ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XXVII, N.° 53 – ENERO 2026

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

Secretaria de Redacción
Isabel Wigg Sotomayor

Gestión Digital
Carla Carreño Guitérrez

Consejo Editorial

Lilian C. San Martín Neira
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: Sostenibilidad y derecho

- Bien jurídico y sostenibilidad (Fabrizio Piraino) 13
- Un modelo de desarrollo para Chile del siglo xxi: desarrollo & conservación (Jorge Aspillaga) 55
- Hacia un derecho del consumo sostenible: una evaluación preliminar del ejemplo francés de Chile (María Elisa Morales y Sara Moreno) 83
- La Directiva de Debida Diligencia en Sostenibilidad Corporativa: equilibrio entre sostenibilidad y competitividad lecciones desde la CSDDD y el debate europeo sobre el paquete de simplificación (Lorena Recabarren Silva y Stelios Andreadakis) 107
- Sostenibilidad corporativa: perspectivas tributarias y la influencia de la OCDE (Matías Pascuali Tello) 143
- Una revisión de la responsabilidad extendida del productor en Chile a diez años de la publicación de la Ley n.º 20920 (Claudia Alfaro Cornejo y Martín Aylwin Fernández) 159
- La deslegalización del sistema de evaluación de impacto ambiental: de la colaboración ley-reglamento a la obligatoriedad de las guías (Edesio Carrasco Quiroga y Miguel Fernández Fernández) 207
- Sostenibilidad y empresa: decisiones de tribunales ambientales y el caso Dominga (Raúl F. Campusano Droguett y Carlos Claussen Calvo) 251
- Papel del Tribunal Constitucional de Chile en el procedimiento ambiental (Jorge Roberto Retamal Valenzuela) 269
- Desalación: desafíos para unir la minería, la agricultura y el desarrollo comunitario (Camila Boettiger, Luis Miguel Elías, José Manuel Tagle y Nicolás Eyzaguirre) 285
- Chile y el derecho nuclear: reflexiones sobre una dialéctica necesaria (Rolando A. García Contreras) 311

II. Misceláneos

- El Banco Central de Chile: reseña histórica de una institución centenaria (Alejandro Lagos Torres) 333
- Sanciones administrativas múltiples: entre el principio de *non bis in idem* y los concursos infraccionales (Nicolás Enteiche Rosales) 357
- Pago de patentes por no uso de aguas: una década de jurisprudencia de inaplicabilidad (Catalina Salem Gesell) 387
- Constitucionalidad de la exclusión de extranjeros de la actividad de cabotaje nacional (José Manuel Díaz de Valdés J.) 421

- Delimitando los contornos de la acción por dolo o culpa grave en la Ley n.º 20009. Análisis de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso causa rol n.º 462-2023 de 2 de abril de 2025 (Sebastián Aguayo Rosso y Eduardo Reveco Soto) 445
- La previsibilidad del daño contractual: fundamentos histórico-dogmáticos y recepción jurisprudencial (Lilian C. San Martín Neira) 471
- Ley de cuotas de género en directorios. El mecanismo elegido por el Congreso chileno para hacer frente a la brecha de género en los consejos de administración (Macarena López U.) 501
- Las cinco paradojas de la narrativa de los derechos humanos: una mirada ius-filósofica (Julio Alvear Téllez) 517

III. Libros, resúmenes y recensiones

- Julio Alvear Téllez, *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2025, 149 pp. (Gustavo Garduño Domínguez) 537
- Nicolás Enteiche Rosales, *Derecho administrativo sancionador chileno*, Santiago Tirant lo Blanch, 2025 (Matías Larroulet Philippi) 543
- Lilian San Martín Neira, *Cargas y deberes de diligencia y colaboración en la relación obli-obilgatoria*, Santiago Tirant lo Blanch, 2025 (Nathalie Walker Silva) 547
- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 27, Universidad del Desarrollo, octubre de 2025 551

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo tiene el agrado de poner a disposición de la comunidad académica, profesional y estudiantil el número 53 de *Actualidad Jurídica*, correspondiente a enero de 2026. En esta nueva entrega, nuestra revista reafirma su vocación de servir como un espacio de reflexión sobre las transformaciones más urgentes del ordenamiento jurídico, dedicando su Tema Central a la sostenibilidad. Uno de los fenómenos, me atrevería decir, más transversales del derecho en el siglo XXI.

Vivimos en una época marcada por la complejidad. La crisis climática, la escasez de recursos naturales y las crecientes demandas sociales han dejado de ser problemas ajenos a la ciencia jurídica para convertirse en el motor de una reingeniería normativa sin precedentes. Si bien históricamente la protección del entorno se circunscribía a los márgenes del derecho administrativo sancionador o a la regulación ambiental específica, hoy la sostenibilidad ha permeado el derecho público y privado, obligándonos a repensar instituciones que durante siglos parecieron inmutables.

Este número se construye sobre la premisa de que el derecho no puede permanecer impávido ante la realidad material que regula. La sostenibilidad no es una declaración de principios ni un catálogo de buenas intenciones; se ha transformado en un estándar jurídico exigible que redefine la propiedad, el contrato, la empresa y la responsabilidad. Los trabajos aquí reunidos exploran esta expansión dogmática, demostrando que la distinción clásica entre lo público y lo privado se desdibuja cuando el objetivo es la preservación de las bases materiales que sustentan la vida en sociedad.

En el ámbito del derecho civil, la reflexión se centra en cómo la finitud de los recursos naturales altera la concepción tradicional de los bienes. La propiedad, entendida clásicamente como el derecho absoluto de usar, gozar y disponer de una cosa, se ve cada vez más tensionada por la función social y ecológica. El ordenamiento jurídico comienza a exigir a los titulares del derecho de dominio un ejercicio de la propiedad que sea compatible con la preservación de los ecosistemas. Esto implica que la sostenibilidad actúa como un límite interno al derecho subjetivo, introduciendo deberes de conservación y prohibiciones de destrucción que habrían sido impensables bajo la dogmática decimonónica. Asimismo, el derecho de consumo evoluciona desde una lógica puramente transaccional hacia una de consumo responsable, en que la información sobre la durabilidad, la reparabilidad y la huella ambiental de los productos se convierte en un elemento esencial del consentimiento y de la protección del consumidor.

Por su parte, el derecho corporativo y económico enfrenta su propia revolución. La empresa moderna ya no puede concebirse únicamente como una unidad de maximización de utilidades para sus accionistas. La irrupción de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza ha transformado la *lex mercatoria* y las normativas nacionales, imponiendo deberes fiduciarios que obligan a los directores y administradores a considerar los riesgos climáticos y sociales como riesgos financieros. La debida diligencia en sostenibilidad ha dejado de ser una práctica voluntaria de responsabilidad social empresarial para convertirse en un imperativo legal, especialmente en las cadenas de suministro globales. En este contexto, la tributación también representa un papel fundamental, no solo como mecanismo de recaudación, sino como una herramienta de política pública capaz de desincentivar conductas nocivas y premiar la inversión verde, alineando los incentivos económicos con los objetivos climáticos del país.

Sin embargo, la transición hacia un modelo de desarrollo sostenible no está exenta de fricciones regulatorias. El derecho administrativo enfrenta el desafío de equilibrar la protección ambiental con la certeza jurídica necesaria para la inversión. En este número se analiza críticamente la evolución del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la creciente tendencia a la "deslegalización" de las normas, en que guías y criterios administrativos, muchas veces carentes de la densidad democrática de la ley, terminan definiendo el destino de grandes proyectos de inversión. Esta tensión entre la discrecionalidad técnica y el principio de legalidad es uno de los nudos gordianos que el derecho público chileno debe resolver para garantizar un desarrollo que sea, a la vez, sostenible y respetuoso del Estado de derecho.

Un capítulo especial merece la gestión de los recursos hídricos, un tema de supervivencia para nuestra geografía. La escasez hídrica ha impulsado la búsqueda de nuevas fuentes, posicionando a la desalación como una tecnología clave para el futuro de la minería, la agricultura y el consumo humano. No obstante, el desarrollo de esta industria requiere un marco regulatorio claro que armonice los intereses económicos con la protección del borde costero y las comunidades aledañas. La regulación de las aguas no solo se relaciona con un problema de distribución de caudales, sino que ha evolucionado a convertirse en un problema de gestión integrada de cuencas y de innovación tecnológica, en que el derecho debe proveer las certezas necesarias para la infraestructura del futuro.

Junto a este análisis central sobre la sostenibilidad, la sección de misceláneos de esta edición ofrece una mirada a otros temas de nuestra convivencia jurídica. La estabilidad de las instituciones económicas es un pilar fundamental para cualquier proyecto de desarrollo, y en este sentido, la revisión histórica de la autonomía y funcionamiento del Banco Central nos recuerda la importancia de contar con organismos técnicos capaces de navegar las turbulencias políticas y económicas con una mirada de largo plazo.

Asimismo, el derecho administrativo sancionador sigue siendo un campo fértil de discusión dogmática. La aplicación de principios penales en sede administrativa, como el *non bis in idem*, y la problemática de las sanciones múltiples frente a un mismo hecho, continúan desafiando a la doctrina y a la jurisprudencia. La certeza sobre los límites de la potestad punitiva del Estado es una garantía esencial para los administrados y un requisito para la legitimidad de la acción pública.

En el ámbito constitucional, la protección de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley son los baremos con los que se mide la justicia de nuestro ordenamiento. Se examinan críticamente normas que, bajo la apariencia de protección a la industria nacional, como las reservas de cabotaje, pueden esconder discriminaciones arbitrarias que atentan contra la libre competencia y el desarrollo económico eficiente. Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materias de derechos de aprovechamiento de aguas muestra cómo la interpretación de la Carta Fundamental incide directamente en la certeza patrimonial y en la capacidad de los particulares para oponerse a cargas públicas desproporcionadas.

Finalmente, el derecho privado y comercial se ve enriquecido con análisis sobre la responsabilidad civil y el gobierno corporativo. La delimitación de la culpa grave y el dolo en el contexto de fraudes bancarios, así como la previsibilidad del daño en sede contractual, son temas que tocan la justicia conmutativa y la asignación de riesgos en las relaciones modernas. A esto se suma la necesaria discusión sobre la paridad de género en los directorios.

Vivimos un momento de inflexión en que el derecho está llamado a ser el arquitecto de un futuro viable. La sostenibilidad, entendida en su sentido más amplio, nos obliga a revisar nuestros dogmas, a flexibilizar nuestras categorías y a dialogar con otras disciplinas. Invitamos a nuestros lectores a sumergirse en estas páginas con espíritu crítico, conscientes de que la construcción de un ordenamiento jurídico justo y sostenible es una tarea colectiva y permanente.

Gonzalo Rioseco Martínez
Director

TEMA CENTRAL

"Sostenibilidad y derecho"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

BIEN JURÍDICO Y SOSTENIBILIDAD

LEGAL GOOD AND SUSTAINABILITY

Fabrizio Piraino[*]

Resumen: En el marco del principio de sostenibilidad, la noción de "bien" admite una reconceptualización que trasciende su entendimiento tradicional. La consideración de la preservación de los recursos naturales incide en el contenido de la propiedad y de otras formas de pertenencia, incorporando un límite antidisipatorio y, al mismo tiempo, un interés positivo en la conservación del recurso.

Palabras clave: bien jurídico, sostenibilidad, preservación, reificación y recursos naturales.

Abstract: Within the framework of the principle of sustainability, the notion of a "good" lends itself to a reconceptualization that goes beyond its traditional understanding. Consideration of the preservation of natural resources affects the content of ownership and other forms of entitlement, introducing an antidissipatory limit and, at the same time, a positive interest in the conservation of the resource.

Keywords: legal good, sustainability, preservation, reification and natural resources.

[*] Profesor titular de Derecho Privado en la Universidad de Palermo, PhD en Diritto civile italiano ed europeo, Universidad Roma Tre. Correo electrónico: fabrizio.piraino@unipa.it

El presente ensayo constituye la reelaboración de la ponencia presentada en el Congreso Doctrinas generales de la sostenibilidad. ¿Hacia una teoría del "derecho privado sostenible"?, celebrado en la Universidad de la Tuscia los días 24 a 26 de octubre de 2024. Fue publicado originalmente en italiano en la *Rivista Critica del Diritto Privato* 2024.

Introducción

Hace más de una década, en las páginas de la *Rivista Critica del Diritto Privato*, razoné sobre la categoría del bien jurídico y su alcance prescriptivo[1]. El lapso sustancialmente breve no justificaría volver sobre el tema, si no fuese porque la sociedad ha comenzado a correr aún más rápido que en el pasado reciente, acentuando de manera repentina problemas de larga data, lo que ha motivado el surgimiento de nuevas sensibilidades e intereses. A estos fenómenos, que inciden en las condiciones de vida y en la propia supervivencia de la humanidad, no han permanecido indiferentes los legisladores de muchos países, aun cuando la urgencia de reaccionar ante el cambio climático[2] no es unánimemente percibida ni siquiera en los Estados pertenecientes a la *tradición jurídica occidental*.

Al centrar la mirada en Italia, no cabe duda del impacto que ha tenido en el ordenamiento jurídico privado la reforma de los arts. 9 y 41 de la *Constitución* italiana, llevada a cabo por la Ley Constitucional núm. 1, de 11 de febrero de 2022. Un impacto notable y de amplísimo alcance, particularmente significativo en el terreno de la conceptualización de la noción de bien y de la redefinición del perímetro de las formas jurídicas de pertenencia. La atención exclusiva que en esta sede se reservará al tema de la objetividad no debe, sin embargo, pasar por alto la presión que la solidaridad intergeneracional[3] ejerce también sobre el concepto jurídico de sujeto[4].

Como es bien sabido, el inciso tercero del art. 9 de la *Constitución* proclama que la república;

> "protege el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La ley del Estado regula los modos y formas de protección de los animales"[5].

El inciso segundo del art. 41 de la *Constitución* se ha visto enriquecido con la referencia a la necesidad de que la actividad económica privada se desarrolle de manera que no cause perjuicio, además de la salud, también al ambiente; mien-

[1] Piraino (2012).

[2] En los últimos años, el cambio climático ha entrado, también, en el ámbito de la responsabilidad civil, en un intento evidente de sacar el problema de la mera dimensión política y dotarlo de relevancia jurídica. Véase, por todos, en Italia, Femia (2024) p. 847 y ss. y, en Chile, San Martín (2023) p. 17 y ss., quien ofrece un panorama muy completo de las repercusiones que los fenómenos socionaturales producen en las normas de responsabilidad civil.

[3] Véase D'Aloia (2016) p. 331 y ss.

[4] El punto es abordado con gran riqueza por Monterossi (2020) p. 185 y ss., en particular p. 259 y ss.; y véase también Lipari (2024) p. 209 y ss. Sobre la tendencia actual a ampliar el perímetro de la subjetividad véase Jacinto (2025) p. 1 y ss.

[5] Rescigno (2021) p. 2 ss.; Poto (2022) p. 1057 y ss.; Nicotra (2021).

tras que el inciso tercero incluye los fines medioambientales entre las directrices que la ley puede fijar para la actividad económica pública y privada, junto con los fines sociales[6]. La tríada ambiente-biodiversidad-ecosistemas refleja una orientación que se está consolidando en el debate doctrinal sobre la protección del ambiente y que se aproxima al derecho ambiental occidental a la luz de los dictados y desarrollos del pensamiento sistémico, aplicado, también, a los estudios jurídico-ecológicos (de ahí la expresión "pensamiento ecosistémico")[7]. La influencia del pensamiento sistémico en las reflexiones en torno a la integridad y las interconexiones de la ecología se refleja en la adopción de la perspectiva sistémica, también en la comprensión y el análisis de las interrelaciones entre individuos y sujetos metaindividuales (sistemas sociales), entre organismos vivos o entre ecosistemas. La categoría de sistema descansa en la idea de un conjunto de partes que, una vez combinadas, presentan cualidades y características nuevas respecto de aquellas que originalmente, y consideradas de manera aislada, exhibían. Este presupuesto incide en el método de análisis y resolución de problemas complejos, el cual debe privilegiar los principios y las características intrínsecas de la organización en lugar de examinar los componentes individuales del sistema, sobre la base de que en un sistema es imposible separar un solo componente de todos los demás. Bajo esta clave conceptual y metodo lógica, naturaleza, sociedad, derecho y ecología resultan inseparables.

En el mismo sentido se orienta una voz autorizada que, por un lado, ha considerado no decisivas estas inyecciones de sensibilidad ambiental e intergene racional en la C*onstitución*, así como la abundante producción de normas, tanto nacionales como europeas, que en los últimos años han hecho referencia constante, aunque no siempre inequívoca, al ambiente: ambos fenómenos aparecen para el autor como "modestos intentos del legislador por salvar su alma"[8]. Por otro lado, se confía más en la ruptura con los paradigmas positivistas y en la constatación de que, en el proceso interpretativo, el objeto es, en cierto sentido, interno al sujeto y dialoga incesantemente con él, de modo que, en el plano medioambiental y de la sostenibilidad, todo ello se traduce en la conciencia adquirida de que "el medio ambiente es uno con nosotros. No sólo está fuera, también está dentro de nosotros"[9].

[6] Cf. Santini (2021) p. 460 y ss.; Capo (2023) p. 81 y ss.; Ceccherini (2023) p. 251 y ss.
[7] Véase al respecto Poto (2022) p. 159 y ss., y 1057 y ss.
[8] Lipari (2024) p. 209 y ss.
[9] *Op. cit*. p. 210.

I. El papel sistemático del principio de sostenibilidad entre objetividad y subjetividad

El principio de sostenibilidad impone a la política y al discurso técnico de los juristas una perspectiva a medio y largo plazo: una clarividencia que no puede sino implicar una contención de los impulsos furibundos del individualismo, incapaz de mirar más allá del *hic et nunc* (aquí y ahora)[10]. Sin embargo, hay que considerar detenidamente si ello requiere una superación del paradigma utilitarista, en favor de su hibridación con un solidarismo social más acentuado[11], o si ello da lugar a una revisión del paradigma utilitarista en clave humanitaria más que individual, y, además, en perspectiva intergeneracional[12].

Es en el marco de esta contraposición teórica donde, en mi opinión, de ben leerse los impulsos a repensar tanto la vertiente de la objetividad jurídica y, en particular, el estatuto normativo de bien, como la vertiente de la subjetividad jurídica[13]. En este estudio, dejaré sin resolver la cuestión de la conveniencia de repensar la subjetividad, desvinculándola del sustrato antropológico-natural[14], a fin de comprobar su idoneidad para abarcar intereses actuales referidos a individuos que aún no existen, aludidos con la fórmula "generaciones futuras", que, por otra parte, ha entrado en varios textos constitucionales de todo el mundo[15]. En cambio, intentaré mostrar que al menos algunos de los conflictos y necesidades sociales que se querrían resolver y regular mediante la ampliación del área de subjetividad pueden encontrar una vía adecuada de regulación, mediante la redefinición del concepto de bien y del contenido de las formas jurídicas de pertenencia.

La tendencia a ampliar el área de subjetividad se presenta, en algunas lecturas, como aún más ambiciosa, pretendiendo configurar no solo los derechos de las generaciones futuras, es decir, de sujetos todavía no físicamente existentes, sino existentes en el plano de la objetividad de sus intereses actuales en disfrutar de una naturaleza que no se vea irremediablemente comprometida e, inclu-

[10] Ruster (2021) p. 1106 y ss.

[11] Esta parece ser la clave de interpretación preferida por Caterini (2018), *passim*, especialmente p. 38 y ss. En el apasionado opúsculo Enrico Caterini propone una concepción de la sostenibilidad como control social y democrático de la economía y, por tanto, en última instancia, en la utilidad social de las iniciativas económicas.

[12] Cf. Irti (2024) p. 1035 y ss., para quien la lógica del beneficio capitalista y la salvación ecológica no pueden coexistir: "Es el aut-aut, del que rehúyen las débiles mentes de los utopistas, consoladores predicadores de una humanidad serena y feliz".

[13] Véase al respecto Míguez (2020) p. 31 y ss.; así como Míguez (2018), *passim*.

[14] D'Aloia (2016) p. 341, n. 97.

[15] Véase Porena (2017) p. 127 y ss. para una visión de conjunto de las referencias constitucionales a las "generaciones futuras".

so, "derechos de la naturaleza"[16]. Son bien conocidos los casos de ampliación del ámbito de la subjetividad en pro del objetivo del desarrollo sostenible, cuando no de la oposición acérrima a los excesos rapaces del capitalismo[17]. Gran clamor causó la ordenanza adoptada en 2010 por el ayuntamiento de la ciudad de Pittsburgh, que, invocando los "derechos inalienables y fundamentales a existir y florecer" de las comunidades naturales y los ecosistemas, prohibió a las *corporaciones el fracking* (fracturación), es decir, la práctica contaminante y nociva de inyectar agua y otros productos químicos a alta presión en el subsuelo con el fin de forzar la apertura de fisuras existentes para extraer petróleo y gas de yacimientos de esquisto[18]. Asimismo, resonante fue el intento de la Corte Constitucional colombiana de poner fin al uso intensivo y a gran escala de métodos de explotación minera y maderera al declarar el río Atrato, junto con su cuenca y afluentes, como una entidad "sujeta a derechos de protección, conservación, mantenimiento y restauración por parte del Estado y las comunidades locales"[19]. Más reciente, el 5 de julio de 2024, la Corte de Quito, en Ecuador, emitió una sentencia que reconocía la responsabilidad del municipio de Quito por la violación de los derechos del río Machángara. El juicio fue promovido por la

[16] En Italia, en este sentido, véase Carducci (2017) p. 486 y ss.

[17] Véase Jacinto (2025) p. 18 y ss.

[18] Paradigmático es el caso Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township, C.A. No. 14-209, 2015 U.S. Dist. LEXIS 139921 (W.D. Pa. October 14, 2015).

[19] Corte Constitucional de Colombia (10/11/2016) sentencia T-622, que concluye en el sentido de "reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32. En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca –en adelante– estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bita en Vichada[343] y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca".

comunidad indígena Kitu Kara y la organización ecologista internacional Global Alliance for the Rights of Nature (GARN), con el objetivo de sostener que la contaminación del río representaba una violación de los derechos constitucionales de la naturaleza. El epílogo no debería sorprender, dado que el art. 71 de la C*onstitución* de Ecuador de 2008 proclama que la naturaleza, también denominada por su nombre indígena Pacha Mama, tiene derecho a existir, a ser conservada y regenerada en sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. La misma disposición reconoce una amplia legitimidad para actuar en salvaguarda de los derechos de la naturaleza[20].

La estrategia de protección del ambiente y del clima a la que se confía la ampliación de la categoría de subjetividad, cuando no la hipostatización de la naturaleza como sujeto, se inspira, pues en razones heterogéneas. Y deben tenerse, también, en cuenta los diferentes contextos normativos. El paso a la subjetividad, en especial con el reconocimiento directo de derechos sobre la naturaleza, podría parecer burdo, o en todo caso ingenuo, a los ojos del observador europeo[21], que, sin embargo, goza de una disciplina armonizada de protección del ambiente ya consolidada y de una tradición dogmática que difícilmente permitiría, por razones culturales, ideales y filosóficas, la separación del binomio entre sujeto y hombre en favor de la idea de un "ser social" incorpóreo[22]. Baste pensar en la C*onstitución Federal Suiza*, especialmente sensible al ambiente y a la biodiversidad, hasta el punto de dedicarle toda la sección 4, sin por ello traspasar

[20] El art. 71 de la C*onstitución de la República del Ecuador* establece: "La naturaleza o Pacha Mama, 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. 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. 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". Igualmente significativo es el art. 72, que reconoce: "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".

[21] Además de la teoría orgánica de la persona jurídica de Von Gierke (1887) (véase sobre este punto Ferrara (1956) p. 22 y ss.), piénsese en la Ship Personification Doctrine, gracias a la cual la jurisprudencia estadounidense ha conseguido, mediante la personificación de los buques, reaccionar contra las evasiones de responsabilidad en caso de violación de las leyes marítimas y de los embargos (véase Lind (2009) p. 39 y ss.). En particular, el movimiento antropomórfico sirvió al Tribunal Supremo para considerar un buque como *an offending thing* y, como tal, sujeto a detención, condena y decomiso como consecuencia del delito que cometió (Corte Suprema de Estados Unidos (6/1/1902), Tucker v. Alexandroff).

[22] En esta última perspectiva, véase Míguez (2020) p. 39, en la estela de Edelman et Hermitte (1988) *passim*.

la línea de la naturaleza como objeto de protección por parte de la Confederación (art. 78)[23]. No debería pasarse por alto el debate que se ha desarrollado en la cultura occidental, y en el ámbito de las ciencias morales, acerca del valor intrínseco de los recursos naturales y de los seres vivos, en el marco de una ética para la naturaleza[24]. Conviene, empero, tener presente que en otras tradiciones culturales y jurídicas y, sobre todo, en contextos en los que la tutela del ambiente lucha por afirmarse de manera efectiva, el recurso a la categoría de subjetividad reviste un alcance no solo sugestivo, sino, también, político.

Si la contraposición entre utilitarismo revisitado y solidarismo se mueve, siempre, en un horizonte antropocéntrico, la ampliación de la subjetividad para incluir los recursos naturales, a fin de poder concebir derechos directamente en su favor, implica el abandono del enfoque antropocéntrico[25]. La elección repercute también, no obstante, en la concepción del derecho, exigiendo la superación de la convicción –bien expresada por Ermogeniano[26]– de que *hominum causa omne ius constitutum est* (todo el derecho ha sido establecido en razón de los hombres).

II. El bien en sentido amplio, el bien en sentido estricto y la objetividad

Es oportuno hacer una aclaración conceptual. El sintagma "bien jurídico" está diferentes significados en el discurso de los juristas y es necesario aclarar sus

[23] El art. 78 de la *Constitución Federal Suiza* establece: "La protección de la naturaleza y del paisaje es competencia de los cantones. En el cumplimiento de sus funciones, la Confederación tendrá en cuenta los objetivos de la protección de la naturaleza y del paisaje. Cuidará los paisajes, los lugares característicos, los lugares históricos, así como los monumentos naturales y culturales; cuando el interés público lo exija, los preservará intactos. Podrá apoyar los esfuerzos de protección de la naturaleza y del paisaje y, mediante contrato o expropiación, adquirir o conservar obras de importancia nacional. Dicta reglamentos para proteger la fauna y la flora y salvaguardar sus hábitats en su diversidad natural. Protege las especies amenazadas. Se protegen los paisajes pantanosos de especial belleza e importancia nacional. No se pueden construir instalaciones ni modificar el suelo. Se exceptúan las instalaciones que sirvan para preservar la finalidad protectora o el uso agrícola existentes".

[24] Véanse, *ex multis*, los trabajos pioneros de Leopold (1949) *passim*; Callicott (1984) p. 299 y ss.; Callicott (1997) p. 211 y ss.; Regan (1981) p. 19 y ss. En la literatura de derecho civil, Monterossi (2020) p. 38 y ss.

[25] Carducci (2017) p. 489, quien afirma: "el tema de los DDN [derechos de la naturaleza] revelaría la artificialidad heurística de considerar al individuo humano como fundador y árbitro de su derecho y a la estatalidad como delimitación efectiva de las reglas de convivencia. En lugar de 'deshumanizar' el derecho [...], lo reconciliaría con la realidad-planeta Tierra".

[26] *Digesto*. 1, 5, 2.

contornos. En una primera acepción, se entiende el interés, patrimonial o no, relevante para el ordenamiento jurídico. En este sentido bastante amplio, el bien jurídico designa, más concretamente, el interés relevante como objeto de una protección particular. Este uso del sintagma 'bien jurídico' es habitual en el derecho penal[27] y, más en general, en los sistemas de responsabilidad, para indicar el interés cuya lesión justifica la reacción del ordenamiento jurídico, bien mediante la imposición de sanciones en sentido técnico, bien mediante el recurso a remedios civiles, ante todo la reparación del perjuicio consecuente mediante la indemnización de daños y perjuicios o, incluso, la inhibición de la conducta lesiva, cuando no peligrosa o mediante ambas clases de consecuencias negativas. Esta primera acepción abarca todos los intereses, despojados de la condición de mero hecho prejurídico y hechos relevantes en clave conservativa en los términos establecidos por el derecho objetivo, y, en consecuencia, incluye los intereses relativos al uso de las cosas y de los objetos inmateriales y a la disposición de los derechos relativos. Esta acepción amplia, que coincide con el hecho relevante en virtud de uno o varios intereses humanos concretos, se presta también al ambiente, entendido como un sistema que incluye recursos naturales, individuos y relaciones sociales. Y aún más, se presta a situar el clima bajo el perfil de contrarrestar el aumento de la temperatura global debido a la emisión de gases de efecto invernadero[28].

La dogmática jurídica, sin embargo, conoce un concepto más restringido y, en este sentido, más técnico del sintagma "bien jurídico". En esta acepción más circunscrita, designa las entidades, materiales e inmateriales, distintas de los sujetos sobre las que se proyectan las necesidades económicas y personales de estos últimos. El bien es, por tanto, todo aquello que es asumido por el ordenamiento jurídico para satisfacer las necesidades de autosatisfacción del sujeto, o la satisfacción de las necesidades de su comunidad de referencia, o las necesidades económicas o ambas. Esta es la acepción en la que el término 'bien' es utilizado en el libro III del *Código Civil* para delimitar el ámbito de la realidad, a partir del fundamental art. 810 del *Código Civil*, al que volveré en breve. En el sentido que acabo de esbozar, el ordenamiento jurídico utiliza la categoría de bien para cumplir su función atributiva, es decir, para identificar las entidades materiales e inmateriales sobre las que los sujetos están autorizados a ejercer su propia tensión apropiativa, con el efecto de excluir a otros o, incluso, a realizar actos de goce colectivo[29]. La noción de bien jurídico en sentido estricto es, por tanto,

[27] Cf. Bertolino e Maldonato (2022) p. 259 y ss.; Camplani (2021) p. 17 y ss.

[28] Esta acepción amplia de interés protegido (en sentido atécnico "bien protegido") es utilizada para calificar el clima por Tiscini (2024) p. 331 y ss., en particular p. 344 y ss.

[29] El tema de la propiedad colectiva ha resurgido con el reciente auge del interés por los usos cívicos: véase al respecto Agrifoglio (2023) *passim*, en particular p. 135 y ss.

funcional para identificar una categoría de derechos subjetivos, los derechos reales precisamente, que se caracterizan no solo por la atribución de un derecho al goce del bien oponible a terceros, o derechos de explotación, en todo caso oponibles a terceros, como en el caso emblemático de los derechos de propiedad intelectual. Los derechos reales en sentido estricto y los derechos de explotación oponibles a terceros están unidos por una forma de tutela específica particularmente intensa, al ser ejercitables, si no *erga omnes*, contra cualquiera que vulnere las prerrogativas del titular[30], y no solo contra una contraparte concreta, identificada históricamente como *actio in rem*.

Aquí, pues, es posible distinguir los terminales de un proceso de objetivación que, si bien expresan una entidad distinta del sujeto, no son bienes. Objetividades, o si se prefiere objetos, son aquellas entidades distintas de las personas y dotadas de una consistencia, incluso inmaterial, siempre que puedan ser identificadas con suficiente claridad, tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico e incorporadas a sus disposiciones. Según una opinión autorizada, solo si el objeto expresa un valor de uso y el derecho relacionado es considerado por el ordenamiento jurídico susceptible de ser vendido, permutado o, en cualquier caso, de ser objeto de tráfico jurídico, integrará también un bien[31].

Los datos personales son objetividades, u objetos, y no bienes, en cuanto destinatarios de una compleja regulación que disciplina, al mismo tiempo, el interés de terceros (los responsables del tratamiento) en acceder y utilizar información personal de otros, junto con el interés del titular en controlar las operaciones de tratamiento y en reapropiarse de sus propios datos. Una disciplina muy articulada que equilibra –como dice el art. 1 Reg. (UE) 2016/679 (GDPR)– la libre circulación de datos personales con los derechos y libertades fundamentales de los interesados, pero que no parece haber dado lugar aún a la reificación de los datos personales[32]. El aire de la atmósfera también es objeto, pero no bien, y así sucesivamente (Parte V del *Código de Medio Ambiente* (art. 267 y ss. *Código de Medio Ambiente*) sobre normas de protección del aire y reducción de emisiones a la atmósfera, así como art. *452*-bis del *Código Penal*: delito de contaminación ambiental).

[30] La correcta aclaración de que la acción real da lugar, en todo caso, a una pretensión contra un sujeto concreto, el infractor, por lo que no puede hablarse propiamente de una eficacia *erga omnes* es de Von Bar (2018) p. 573.

[31] La noción de bien ofrecida en el texto diverge de la propuesta por Von Bar (2018) pp. 578-579, que prescinde de la capacidad del bien para expresar un valor de uso, identificándose con "un objeto que puede ser útil al hombre, cualquiera que sea la forma en que se exprese esa utilidad". La noción de bien propuesta *más arriba* en el texto parece coincidir, en cambio, con la noción de "cosas" formulada por Christian von Bar, para quien tales son "los objetos del tráfico jurídico sobre los que pueden crearse derechos oponibles a terceros, es decir, derechos reales".

[32] Piraino (2017a) p. 369 y ss., especialmente p. 382 y ss.

III. La concepción del bien como posible objeto de reglas de pertenencia orientadas a la circulación

Como explicaba al principio, hace algo más de una década tuve la oportunidad de realizar una investigación sobre la noción de bien[33], que me llevó a estas conclusiones. En primer lugar, el atemperamiento de la concepción formal del bien, que confía el proceso de reificación enteramente a la calificación por el ordenamiento jurídico, tendiendo a disminuir el papel del art. 810 del *Código Civil* en la búsqueda de la noción de bien jurídico: una norma cuya función se agotaría en delimitar el campo de aplicación de la disciplina de los derechos reales[34]. La concepción formal no debe ser repudiada[35] sino corregida en el presupuesto de que califica como bienes a todas las entidades tomadas en consideración, bajo cualquier respecto, por el ordenamiento jurídico. En esta reformulación, la concepción formal confía los índices de identificación del bien al sistema normativo[36], sin por ello hacer coincidir la cualidad de bien con la mera relevancia jurídica del ente, como inevitablemente ocurre cuando la atención se centra solo en los intereses vinculados a la cosa, con la consecuencia de que un ente se cuenta entre los bienes si se presenta como término objetivo de referencia de un interés considerado digno de protección por el ordenamiento jurídico[37]. Como se ha aclarado, la noción de bien debe mantenerse separada de la de objetividad u objeto.

En segundo lugar, se propuso superar el dogma materialista que identifica las cosas con entidades corporales. Dentro de este renovado marco dogmático,

---

[33] Piraino (2012) p. 459 y ss.

[34] Pugliatti (1959) p. 173; Franceschelli (1957) p. 44; Natoli (1965) p. 54; Messinetti (1970) p. 123; Scozzafava (1982) p. 94 y ss.; Barcellona (1988) p. 87; Barcellona (1987) p. 623; Chiarini (2011) pp. 90-91.

[35] Una precisión reciente la ofrece Fazio (2016) *passim*, p. 43 y ss.

[36] El sentido más profundo de su concepción formal del bien jurídico lo expresa Costantino (2005) p. 15, en los términos en que la noción de bien jurídico comporta "excluir que las cosas que pueden constituir el objeto de derechos, y ser 'bienes' en sentido jurídico, sean las cosas tal como aparecen identificables según sus condiciones y cualidades materiales, o sobre la base de los deseos e impulsos individuales, o sobre la base de las valoraciones del mercado". El perfil de la sustracción del proceso de cosificación a las elecciones individuales y, por tanto, a la autonomía privada es destacado por Ferorelli (2006) p. 117. No debe olvidarse que la concepción formal del bien jurídico puede descansar también sobre otras razones: tal es también la propuesta por Scozzafava (1982) p. 53 y ss., pero véanse las aperturas contenidas en Scozzafava (2007) p. 12 y ss., pero aquí la premisa ideológica es otra, esto es, la preclusión del papel del juez como sustituto del Poder Legislativo ante una evolución social que no es contenida o suficientemente gestionada por el ordenamiento jurídico en la configuración del momento, y ello porque la *Costituzione* no otorga al juez el papel de mediador de conflictos sociales.

[37] Véase Piraino (2012) pp. 479-480.

se sugirió reconocer[38] que el progreso de los conocimientos científicos y tecno lógicos, y el consiguiente avance de los horizontes del saber, con la inevitable reconsideración de la categoría de lo real, han liberado definitivamente a la cosa del presupuesto material, incluyéndose en ella una gama de productos de la intelectualidad de naturaleza diversa, pero todos ellos reunidos bajo el signo de la inmaterialidad y, sobre todo, de la objetivación en términos de dato[39], en cuanto ya del todo desligados de la matriz subjetiva que los ha creado, de modo tal que quedan excluidas del elenco de las cosas las prestaciones aún debidas[40]. La cosa es, por tanto, aquel punto de referencia objetivo que, sometido al proceso social de atribución de sentido, se concibe como capaz de producir beneficios susceptibles de generar intereses de naturaleza introvertida –y entonces tales intereses pueden reconducirse a la categoría de autosatisfacción, esto es, del goce–, o de naturaleza extrovertida, es decir, destinados a traducirse en relaciones sociales –y entonces los intereses pueden reconducirse a la categoría de negociabilidad, esto es, de la disposición[41]. *El mínimo de "cosalidad" está representado, sin embargo, por la aptitud del ente para el aprovechamiento individual, colectiva o civil*[42, 43].

[38] Piraino (2012) pp. 483-484.

[39] Gambaro (2012) p. 102 considera que el proceso de objetivación de las cosas corpóreas como abstracciones tales como signos o símbolos reside en la persistencia del objeto con independencia de las actitudes y conductas subjetivas.

[40] Con un enfoque totalmente distinto Gambaro (2012) pp. 102-103 y 106, quien se muestra firme en marcar la distinción entre bienes y servicios debidos.

[41] Piraino (2012) pp. 483-484. Esta noción de lo que debe escapar a la acusación de excesiva generalidad y de efecto de indiferenciación que se le hace –y con razón (Zeno (1989) p. 444; Chiarini (2011) pp. 75-76)– a la concepción amplia esgrimida por la doctrina a favor de la naturaleza jurídica de la cosa según la cual debe incluirse "cualquier entidad, material o inmaterial, jurídicamente relevante, es decir, tomada en consideración por la ley" de modo que la cosa acaba identificándose en la referencia objetiva del derecho subjetivo.

[42] Así también Scozzafava (2007) p. 28, quien considera que la relevancia del valor de uso está ligada al reconocimiento de un derecho absoluto sobre la entidad traducida en bien. Distinta es, por el contrario, la perspectiva de Barcellona (1988) p. 168, según la cual "el campo de regulación de la función atributiva no incluye lo útil, lo limitado, etc., sino todo aquello que, útil o efímero, limitado o abundante, es históricamente capaz de satisfacer una demanda, es decir, no cualquier entidad con valor de uso, sino sólo los valores de uso susceptibles de asumir la forma de valor de cambio". Y, por tanto, la cosificación da protagonismo no al uso en sí mismo, sino al uso traducible en intercambio.

[43] Una expresión, esta última, útil para designar formas de explotación desligadas del paradigma propietario, ya sea privado o público, y ancladas en el esquema diferente del reparto de la cosa en la esfera de los grupos más restringidos a los que se debe la propiedad: una propiedad, por así decirlo, difusa y, por tanto, completamente ajena a la lógica individualista que impregna, en términos muy diferentes, tanto la propiedad privada como la patrimonial, pues ambas están ancladas a la satisfacción de intereses referibles a un único sujeto, individual o colectivo, y no a la satis-

En tercer lugar, se había llegado a una concepción del bien que encuentra su clave en la identificación del bien con la cosa[44], material o inmaterial, asumida por el ordenamiento jurídico como objeto posible de reglas de pertenencia orientadas, no tanto –como estima una corriente de pensamiento autorizadamente representada[45]– a la protección, sino, más bien, a la circulación *lato sensu* de las situaciones subjetivas que en ella se proyectan[46]. Se tuvo, a pesar de ello la prudencia de reconocer que:

> "no es seguro que la vinculación entre la calificación del bien y la circulación jurídica de las correspondientes situaciones subjetivas represente la única perspectiva posible, pero ciertamente es la actual a la luz del derecho positivo y, por tanto, imprescindible para quien quiera discutir el derecho tal como es y no dedicarse meramente a diseñar el derecho como podría ser o como es deseable que sea. La atribución en función circulatoria representa el elemento normativo que integra la disposición del art. 810 del *Código Civil*, permitiéndole desempeñar aquella función reguladora que en su desnuda formulación este enunciado no podría alcanzar por ausencia de un criterio normativo suficientemente específico"[47].

Y, sin embargo, una noción de bien jurídico que pretenda ser prescriptiva, al modo en que puede serlo una categoría normativa, esto es, ejerciendo un marcado valor selectivo de los hechos relevantes a los fines para los que la catego-

facción de múltiples intereses no referibles a una única subjetividad. Esta es la forma de explotación que debería caracterizar a los llamados bienes comunes. La fórmula "explotación civil" me parece que encierra tanto la "tercera dimensión" tratada por Rodotà (1990) p. 44, la caracterizada por la salvaguardia de los intereses colectivos y el trasfondo no patrimonial y que tanto malestar causa a los "devotos de la geometría institucional plana", como la "tensión endémica del bien común con respecto a ciertos ejes categoriales de la modernidad jurídica como Estado/mercado/propiedad y, de este modo, con la gran dicotomía público/privado" de la que habla Nivarra (2011) p. 73. Rodotà (1990) p. 314 destaca la posibilidad de concebir el acceso y la propiedad como dos categorías autónomas y "en situaciones diferentes, potencialmente o actualmente en conflicto".

[44] La perspectiva *cosale* está en el centro de la disposición de Santoro (2012) p. 55 y ss.

[45] Más reciente, Gambaro (2012) p. 101.

[46] Piraino (2012) p. 488. La concepción del bien que propongo ha sido totalmente malinterpretada por Perlingieri (2025) p. 318.

[47] Piraino (2012) p. 489. Bastante sugerente es la perspectiva adoptada por Barcellona (1996) pp. 230-231, quien considera tautológica la estructura del art. 810 del *Codice Civile* que, de hecho, "en esencia no hace más que una mera remisión a otras disposiciones del ordenamiento que definen los límites de lo que entra en la lista de bienes". Constatada la ausencia de una función reguladora propia, queda, entonces, al intérprete la difícil operación hermenéutica de identificar aquellos criterios que la norma en cuestión *por sí sola* no ofrece.

ría se elabora, requiere uno o varios criterios de identificación suficientemente definidos[48]. No así la referencia genérica a la aptitud de la cosa para satisfacer, directa o indirectamente, necesidades humanas, en el sentido de preordenación a satisfacer un interés humano, individual o colectivo[49]. Hay cosas que sí tienen esa aptitud, pero ello no significa que puedan ser calificadas como bienes, en los términos antes ilustrados, que me parecen los que identifican de forma más correcta los rasgos funcionales para la identificación del ámbito de la realidad. Quizá el caso más emblemático esté representado por los datos personales[50], respecto de los cuales la legislación no ha reconocido facultades de apropiación a favor del titular del tratamiento, pero, a decir verdad, ni siquiera respecto del interesado[51]. Lo mismo puede decirse del aire de la atmósfera o de la luz solar, etc., que ni siquiera pueden contarse entre las *res communes omnium* porque ni el aire ni la luz solar son asumidos por el ordenamiento jurídico como entidades apropiables con vistas a su explotación personal y a su sometimiento a un determinado régimen jurídico de circulación.

Existe, obviamente, una sistematización alternativa y no incompatible con la aquí esbozada: una sistematización que desemboca en una noción menos estricta de bien jurídico, para luego elaborar la categoría ulterior de los bienes comunes, que se distinguen por su instrumentalidad para la respecto de la satisfacción de los derechos fundamentales del individuo y del desarrollo de la persona humana, así como por la consiguiente sujeción a un régimen que excluye la apropiación exclusiva y permite, en cambio, un acceso difundido a la cosa y un goce inclusivo[52]. En la categoría de bienes comunes[53] suele incluirse cosas que,

[48] Véase, en este sentido, el certero estudio de Giuliano (2021) primera parte, p. 1214 y ss. y Giuliano (2021) segunda parte, p. 1456 y ss.

[49] Recientemente, Monterossi (2020) p. 40 y ss. se orienta en esta dirección.

[50] Un discurso diferente debe hacerse, obviamente, para la información de carácter económico: sobre este punto, *ex multis*, véase Zoppini (2022) p. 69 y ss.

[51] En otro sentido, véase el valioso estudio de Angiolini (2020) *passim*, en particular p. 110 y ss., que considera en cambio la calificación de los datos personales como bien también adecuada desde el punto de vista de la tutela de la persona, ya que la referencia a la noción de bien "permite explicitar, incluso a nivel de técnica jurídica, la operación, en curso, de construir a través del *medio* de los datos personales un poder del titular del tratamiento y de quienes tratan los datos sobre la propia persona, del que se sigue también la existencia de un valor económico significativo creado a través del uso de los datos". También Ricciuto (2022) p. 323 y ss., es partidario de la calificación de los datos personales como patrimonio, si bien partiendo de premisas conceptuales diferentes.

[52] Sobre este punto véanse, entre muchos otros, especialmente Ostrom (1990) *passim*; Mattei (2011) p. 1117 y ss.; Marella (2011) p. 103 y ss.; AA.VV. (2012) *passim*; Iuliani (2012) p. 617 y ss.

[53] También valora esta categoría en la perspectiva de la búsqueda del principio de sostenibilidad Monterossi (2020) p. 47 y ss. En relación con esto, Perlingieri (2025) p. 324 y ss. se muestra

en la taxonomía aquí ofrecida, no podrían, *de iure condito*, ser incluidas entre los bienes jurídicos, como el aire, las zonas montañosas de gran altitud, los glaciares y las nieves perennes, etcétera[54].

La irrupción del principio de sostenibilidad introduce un nuevo elemento normativo que enriquece los índices categoriales inferibles de la disciplina, codificada y especial, relativa a los bienes y que insta a comprobar si los criterios de apropiación con vistas a la circulación siguen resultando exhaustivos como criterios identificadores de la noción de bien, tanto respecto de los denominados nuevos bienes como con referencia específica a los recursos naturales o, bien, si estos requieren una precisión o, incluso, una integración.

IV. El problema de los denominados "nuevos bienes"

El sintagma "nuevos bienes" o *nuevas propiedades*, por utilizar una expresión que hizo célebre Charles Reich[55], designa esa vasta y heterogénea área de objetividad[56] que parece reclamar un régimen jurídico análogo al de los bienes tradicionales, tanto materiales como inmateriales, y que es candidata, por tanto, a ampliar el ámbito de la realidad. He mencionado la heterogeneidad de este ámbito y, de

crítico con la categoría de bienes comunes y, en cualquier caso, con la capacidad de esta categoría para reforzar la protección del ambiente y del clima, denunciando un discurso confuso y carente de rigor.

[54] La Comisión de Bienes Públicos, creada en el Ministerio de Justicia, por decreto ministerial, el 21 de junio de 2007, con el fin de elaborar un proyecto de ley delegada para modificar las disposiciones del *Codice Civile* relativas a los bienes públicos, y presidida por Stefano Rodotà propuso introducir, junto a los bienes públicos propiamente dichos (a su vez distinguidos en bienes de propiedad pública necesaria, bienes públicos sociales y bienes remunerados), la categoría de bienes comunes, en la que se incluían los recursos naturales, como los ríos, arroyos, lagos y otras aguas; el aire; los parques, bosques y zonas arboladas; las zonas montañosas de gran altitud, los glaciares y las nieves perennes; las franjas de costa declaradas reserva medioambiental; la fauna y flora protegidas; otras zonas paisajísticas protegidas; y los bienes arqueológicos, culturales y medioambientales.

[55] Reich (1964) p. 733 y ss., quien se detuvo en las utilidades dispensadas por el Estado (*govern ment largess*) en forma de autorizaciones administrativas para utilizar recursos públicos o de ventajas concedidas a los particulares, como subvenciones, incentivos, desgravaciones fiscales, licencias comerciales y licencias profesionales. En cambio, *los givins* son analizados por Bell & Parchomovsky (2001) p. 547 y ss.

[56] El tema es ahora objeto de un rico filón de investigación también en Italia: cf. AA.VV. (1991) p. 13 y ss.; Gambaro (2004) p. 675 y ss.; Zoppini (2000) p. 185 y ss.; AA.VV. (2010) *passim*; Colangelo (2012) *passim*; Castellani (2014) p. 487 y ss.; AA.VV. (2023) *passim*; Maniaci (2023) p. xi e ss.

hecho, suele incluir ideas de naturaleza creativa, amparadas por derechos de autor, ideas y procesos productivos de aplicación industrial, objeto de los denominados derechos de propiedad industrial, y las energías[57], cuya naturaleza de bien no debe ponerse en duda; pero también los datos personales, los residuos[58], las muestras biológicas y los biobancos[59], y luego la gama de entidades objetivas instituidas, es decir, constituidas *ex nihilo* por el derecho[60] y, en tal sentido, artificiales[61], como los derechos de construcción[62], los derechos de radiofrecuencia[63], las cuotas lácteas[64], las franjas horarias aeroportuarias[65], las cuotas de emisión de gases de efecto invernadero[66].

Es necesario evitar la tentación de identificar los nuevos bienes con el ámbito de la inmaterialidad[67]. Este último incluye entidades cuya clasificación como bienes está ya bien establecida, y basta pensar en las creaciones, que son objeto de la llamada propiedad intelectual, la información comercial, las bases de datos, las energías, que son naturales, pero inmateriales, etc. Por el contrario, no todas las epifanías de los llamados bienes nuevos se caracterizan por su inmaterialidad, como en el caso de los residuos o las muestras biológicas.

El discurso es más complejo[68] y no puede abordarse correctamente hasta que no se hayan deshecho dos nudos preliminares. El primero se refiere a la elección de reconocer o no autonomía a la noción jurídica de bien respecto de la noción económica. En el pensamiento económico, un bien es cualquier utilidad, material o inmaterial, útil y presente en una cantidad limitada: útil, en la medida en que es apto para satisfacer una necesidad económica; y escaso, en la medida en que

[57] Messinetti (1965) p. 856 y ss.; Pardolesi (1991) p. 444 y ss.; Pardolesi (1982) p. 54 y ss.; D'Ottavio (2023) p. 161 y ss.

[58] Federici (2000) p. 311 y ss.; Di Lullo (2001) p. 383 y ss.; Simone (2014) p. 144 y ss.; Resta (2018) p. 207 y ss.; Nazzaro (2020) p. 621 y ss.; Giorgini (2022) p. 960 y ss.; Cataldo (2023) p. 249 y ss.

[59] Femia (2016) p. 187 y ss.; Lucarelli (2023) p. 189 y ss.; Nurra (2023) *passim*, en particular p. 109 y ss.

[60] El tema ha sido investigado a fondo por Camardi (2018) p. 955, en particular p. 968 y ss.

[61] La fórmula feliz es de Maggiolo (2016) p. 283 y ss.

[62] Orlando (2022) *passim*, en particular p. 116 y ss.; Farina (2023) p. 239 y ss.

[63] Cambini, Sassano e Valletti (2007) p. 295 y ss.; Zeno (2002) p. 713 y ss.

[64] Nascimbene (1997) p. 253 y ss.; Jannarelli (1997) p. 192 y ss.; Tommasini (2008) *passim*, en particular p. 59 y ss.

[65] Colangelo (2009) p. 119 y ss.; Deiana (2014) p. 837 y ss.; Tonetti e Seccamani (2023) p. 263 y ss.

[66] Valditara (2023) p. 123 y ss.

[67] Battelli (2022) p. 49 y ss.

[68] La inadecuación de la categoría de "inmaterialidad" para designar esos llamados nuevos bienes está muy bien ilustrada por Camardi (2018) p. 1009 y ss., destacando, además, que materiales o inmateriales son recursos, no bienes, que son siempre objeto de derechos.

con respecto a él debe desarrollarse un mercado que regule el acceso a la utilidad mediante el pago de un precio. Adoptando esta perspectiva, casi todos los nuevos bienes tendrían que ser calificados como bienes jurídicos. Si, en cambio, a la noción de bien en sentido jurídico se le quiere reconocer una capacidad selectiva autónoma, capaz de distinguir entre los bienes en sentido económico aquellos que son también bienes en sentido jurídico, es indispensable identificar un criterio que permita tal selección, fijando los rasgos tipológicos que caracterizan a los bienes en sentido jurídico. Si se favorece esta última posición –como creo que debe ser–, entonces también debe cuestionarse la función de la categoría normativa de bien. En efecto, los intérpretes más agudos tienen claro que la función normativa de la noción de bien es precisamente la de realizar una selección tipológica de la realidad[69]. Como ya he anticipado la noción autónoma de bien jurídico pretende identificar una categoría de derechos subjetivos caracterizados por la atribución de la entidad útil a un sujeto, o a una comunidad, y por la oponibilidad a terceros, gracias, también, a la protección de una amplia tutela específica y no solo del recurso por equivalente. Sin embargo, el proceso de reificación no se rige solo por la función, ya que –como ya he dicho– la calificación de un ente como bien presupone que este, material o inmaterial, ha sufrido un proceso social de atribución de significado tal que se concibe como capaz de producir beneficios generalizados, idóneos para generar intereses humanos, en la medida en que es, precisamente, una "cosa".

El anclaje de la calificación de bien al reconocimiento social de la entidad como cosa permite disipar la duda sobre la calificación de aquellos derechos de creación administrativa[70], en forma de permisos, licencias y concesiones que dan acceso a un recurso o a una actividad. De hecho, no es suficiente para completar el proceso de reificación que los derechos de creación administrativa sean instrumentales para el establecimiento de mercados artificiales enteramente 'especiales', pero regulados, los llamados *secondary trading*, a los que la política socioeconómica europea encomienda la persecución de determinados objetivos, mediante el juego de incentivos[71], dirigidos en su mayor parte a remediar los costos sociales generados por las externalidades negativas de determina dos

[69] Con su agudeza habitual, Belfiore (1983) p. 862 observa: "cuando se hipotiza un principio de atipicidad de los bienes jurídicos, tendremos que la elaboración de la categoría de los bienes jurídicos se configurará, esencialmente, como una organización de datos 'pre-jurídicos', ya que la reconstrucción de la *ratio* de los índices normativos utilizables aparece, indiscutiblemente, como una etapa obligatoria en el proceso de conocimiento del intérprete que quiere cumplir congruentemente la tarea que le ha sido confiada". En el horizonte de una teoría formal del bien, en cambio, "el análisis de la lógica (de las leyes del movimiento) del sistema no puede ser utilizado específicamente por el intérprete para extraer conclusiones de derecho".

[70] La expresión es de Colangelo (2009) p. 113 y ss. y la recoge Camardi (2018) p. 1008.

[71] Cf. sobre este punto Camardi (2018) p. 1006 y ss.

sectores de la economía[72]. El requisito de la "cosalidad" exige que la entidad, material o inmaterial, en vías de convertirse en un bien se revele instrumental para satisfacer necesidades humanas generalizadas y no ya sectoriales o hiperespecializadas. La vocación de satisfacer intereses de goce y disposición, individuales o colectivos, extendidos por todo el cuerpo social, constituye la esencia del concepto de bien y el presupuesto mismo del reconocimiento de las formas de pertenencia. Más allá de esta línea se extiende el vasto y heterogéneo ámbito de los derechos o posiciones de ventaja cuya titularidad[73] es susceptible de circulación con fines lucrativos, de regulación del mercado o ambos. Los derechos de crédito, los derechos de construcción, los derechos de radiofrecuencia, las cuotas lácteas, las franjas horarias aeroportuarias, las cuotas de emisión de gases de efecto invernadero son bienes en sentido económico, pero no en sentido jurídico. Son derechos y posiciones de ventaja que, cuando se introducen en el circuito de la circulación y se limitan a ese fin, adquieren un valor que va más allá de los poderes y facultades que confieren o del reconocimiento y la protección que otorgan, convirtiéndose en objetividades no reificadas: objetos que no son bienes[74] porque no están destinados a satisfacer necesidades humanas generalizadas[75].

[72] Colangelo (2012) p. 183 y ss.

[73] Propiedad y no pertenencia, como Camardi (2018) p. 1018, plenamente coherente con su idea de la propiedad como entidad "calificada como tal por una norma, y en relación con una situación calificada de pertenencia".

[74] Distinta es la conclusión, aunque muy prudente, de Camardi (2018) pp. 1018-1019, según la cual tales derechos de creación administrativa son verdaderos bienes inmateriales y mercantiles a los que se vincula una situación subjetiva de pertenencia que luego permite formalmente activar el mercado secundario. A favor de la calificación de los derechos de emisión como bienes reales está Gambaro (2012) p. 221.

[75] Así lo reconoce Gambaro (2012) p. 221, con especial referencia a las cuotas de emisión: "la peculiaridad de este tipo de bienes es que no se conciben ontológicamente sólo para ser objeto de intercambio y no permiten ningún otro tipo de uso. Como ya se ha dicho, la variedad de usos lícitos posibles que estimula la inventiva individual y el progreso social es el principal fundamento metapositivo de la atribución de un bien en propiedad individual. Cabe señalar que existen determinados tipos de bienes a los que no se aplica este fundamento". Esta última conclusión podría evitarse si se reconociera, como sugiero *más arriba* en el texto, que ciertos derechos de creación administrativa en términos de regulación del mercado no se liberan de su naturaleza originaria de posiciones de ventaja, a pesar de que se establezca un mercado en torno a ellos, para cuya creación efectivamente se conciben a propósito, permaneciendo como objetos de circulación jurídica no cosificados.

V. Recursos naturales y racionalidad de la preservación

Sin querer ceder a las tentaciones opuestas de un irenismo utópico o, por el contrario, de un hiperrealismo paralizante anclado en la perspectiva de una potestad planetaria, aún por llegar, capaz de imponer el límite de la "sostenibilidad" constatada[76], es posible intentar adaptar los instrumentos jurídicos ya disponibles para combinar el desarrollo económico con la protección del ambiente y la lucha contra el cambio climático. El objetivo de la sostenibilidad se alimenta de una lógica de preservación de los recursos naturales que pueden incluirse en la categoría de bien. No todos los recursos naturales y especies vivas son de hecho bienes en el sentido jurídico. No lo es –como ya he mencionado– el aire, que aún no se presta a ser individualizado de forma que exprese utilidad para su goce y disposición. Incluso, puede dudarse de que el aire integre los extremos de la cosa. Obviamente esto no implica la irrelevancia jurídica del aire, que es objeto de protección, constituyendo así una objetividad, como se desprende de manera inequívoca del Decreto Legislativo n.° 152 de 3 de abril de 2006, el denominado C*ódigo del Medio Ambiente* y, en particular, de la parte V (art. 267 y ss. C*ódigo del Medio Ambiente*) relativa a las normas de protección del aire y de reducción de las emisiones a la atmósfera, así como del art. 452-bis del C*ódigo Penal*. Esta última disposición tipifica el delito de contaminación del ambiente, que se basa en el menoscabo o deterioro abusivo, significativo y mensurable, no solo del agua, el suelo o el subsuelo, un ecosistema, la biodiversidad, la flora y la fauna, sino, también, del aire. Un razonamiento análogo al del aire puede hacerse para los microorganismos y otros muchos componentes bióticos y abióticos de los ecosistemas.

Es necesario, entonces, limitar el discurso a los recursos naturales y especies vivas que son susceptibles de ser encuadrados como bienes, en la medida en que, en primer lugar, sean objeto de un proceso social de atribución de sentido que les considere aislables del ecosistema e idóneos para expresar utilidades de goce y disposición; y, en segundo lugar, porque resulten compatibles con las formas jurídicas de pertenencia, que, a su vez, son susceptibles de ser introducidas en el circuito circulatorio. En relación con estos bienes de relevancia ambiental, el principio constitucional de sostenibilidad y su proyección en el plano de la legislación ordinaria, constituido por el principio de desarrollo sostenible, consagrado en el art. 3 *quater* del C*ódigo del Medio Ambiente*[77] introducen en la

[76] Irti (2024) p. 1035 y ss.

[77] La disposición establece que "1. Toda actividad humana jurídicamente relevante en el marco del presente código deberá respetar el principio del desarrollo sostenible, con el fin de garantizar que la satisfacción de las necesidades de la generación presente no pueda comprometer la

noción de bien una forma de racionalidad que va más allá de la de la explotación de los recursos naturales o animales: la racionalidad de la preservación. El interés en gozar del bien de relevancia ambiental, extrayendo de él utilidades de satisfacción personal o familiar, y en utilizarlo con fines económicos, mayoritariamente modificándolo, deteriorándolo o consumiéndolo, así como realizando actos de disposición sobre los derechos que le corresponden, debe conjugarse con el interés en conservar, siempre que sea posible, su funcionalidad y capacidad de regeneración.

El intento de reconceptualizar el bien a la luz del principio de sostenibilidad no solo asume una función ordenadora y racionalizadora, sino que persigue una finalidad práctico-aplicativa de importante impacto. Ciertamente, la persecución del objetivo del desarrollo económico sostenible no puede encomendarse en exclusiva al derecho privado, ya que a ello deben contribuir de manera ineludible intervenciones públicas adecuadas, no solo, y no tanto, en la conformación de la actuación administrativa. Sin duda, el derecho privado puede –si no[78] debe– desempeñar un papel cuando la sostenibilidad está implicada en las relaciones jurídicas individuales, es decir, cuando se manifiesta –como se ha dicho– "a pequeña escala"[79], aunque debe quedar claro que la protección del ambiente y la lucha contra el cambio climático van más allá de la microdimensión propia de las relaciones de derecho privado.

El objetivo de la redefinición del concepto de bien desde el punto de vista de la sostenibilidad también consiste en hacer jurídicamente relevantes las formas de uso irracionalmente agotador de los recursos naturales, incluso al margen de los procedimientos destinados a salvaguardar el ambiente. Esta ampliación

calidad de vida y las posibilidades de las generaciones futuras. 2. La actividad de la administración pública debe también estar dirigida a permitir la mejor aplicación posible del principio de desarrollo sostenible, por lo que en la elección comparativa de los intereses públicos y privados caracterizados por la discrecionalidad, los intereses de la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural deben ser considerados prioritariamente. 3. Dada la complejidad de las relaciones e interferencias entre la naturaleza y las actividades humanas, el principio de desarrollo sostenible debe permitir identificar una relación equilibrada, dentro de los recursos heredados, entre los que hay que salvar y los que hay que transmitir, de modo que el principio de solidaridad para salvaguardar y mejorar la calidad del medio ambiente también en el futuro se incluya en la dinámica de producción y consumo. 4. La resolución de las cuestiones que implican aspectos ambientales debe buscarse y encontrarse desde la perspectiva de garantizar un desarrollo sostenible, de forma que se salvaguarde el correcto funcionamiento y evolución de los ecosistemas naturales de las modificaciones negativas que puedan producir las actividades humanas".

[78] Llama a la ciencia civil a su deber Marella (2019) p. 1., reivindicando "la creciente centralidad del derecho privado para requerir un esfuerzo de elaboración a la altura de los desafíos planteados por las necesidades humanas, las tecnologías y la articulación de los mercados en la era neoliberal tardía".

[79] Ruster (2021) p. 1111.

del espectro de protecciones pasa, en primer lugar, por la ampliación de la legitimación activa para reaccionar judicialmente ante usos de los recursos incompatibles con el principio de sostenibilidad, anticipando la activación de la tutela respecto de la preservación del ambiente, cuya accionabilidad es –como es bien sabido– prerrogativa exclusiva del Estado[80], pues la legislación europea ha otorgado a la responsabilidad por daños ambientales una función reparadora que acaba siendo absorbida por la función administrativa de recuperación y restauración de los recursos ambientales[81].

El discurso sobre la influencia del principio de sostenibilidad en la conceptualización de bien y la influencia de esta redefinición en las formas de pertenencia se centrará en la propiedad individual. Se dejará de lado, en cambio, el fascinante y también crucial tema de la propiedad civil, como tercera dimensión de la propiedad, junto a la individual y a la pública, evocada por el art. 43 de la *Constitución* y concretada hoy en dominios colectivos, en condominios de edificios y en comunidades energéticas, como instrumentos, además, aptos para encarnar la propiedad colectiva sostenible[82].

VI. Continuación. El límite de la preservación

La racionalidad de la preservación puede adoptar dos concreciones jurídicas diferentes. En primer lugar, constituye un interés general, que trasciende, por tanto, el interés individual en el goce y explotación económica del bien[83]. En tal manifestación, el interés en la preservación actúa como límite interno a la persecución del interés en el goce y la explotación económica, haciendo lícitas solo aquellas formas de uso del bien que, pudiendo, no protegen la capacidad regenerativa del recurso. Estamos en presencia de un modo clásico de conjugar la persecución de intereses privados con intereses generales: el de la funcionalización. Aquí, la funcionalización afecta la noción de bien y, obviamente, se proyecta después sobre las formas jurídicas de pertenencia[84], empezando por el de-

[80] Sobre este punto véase, para todos, Salanitro (2024) p. 200 y ss., en particular p. 222 y ss.

[81] Véase Corte Cost., 1/6/2016, n. 126, Giur. cost. (2016), p. 1509 y ss., con nota Betzu y Aru.

[82] El tema es investigado ahora por Caravita (2025).

[83] Así Ruster (2021) p. 1110, quien, en esta estrategia de funcionalización de la propiedad al objetivo del desarrollo sostenible, moviliza, también, la cláusula general de buena fe en un sentido limitativo de las facultades dominicales.

[84] Di Raimo (2019), p. 4, señala la correlación entre la conformación de la propiedad y el contenido de las formas de pertenencia: "aquí es central la intersección con la disciplina de los bie-

recho de propiedad[85]. Como limitación, el interés de conservación debe combinarse sistemáticamente con el deber de precaución consagrado en el art. 301 del *Código del Medio Ambiente*[86]. Puede afirmarse que el interés en la preservación, como característica del bien jurídico de relevancia ambiental, se convierte en el presupuesto dogmático, en cuanto a las cualidades relevantes del bien, del deber de precaución. El riesgo para la salud humana y el ambiente, identificable tras una evaluación científica objetiva preliminar (art. 301, párr. 2, del *Código del Medio Ambiente*)[87], que desencadena la obligación de informar sin demora a las autoridades competentes, sancionada por el art. 301, párr. 3, del *Código del Medio Ambiente*, presupone siempre que se ha superado el límite de preservación del bien de importancia ambiental. Sin embargo, la recíproca no se aplica, ya que hay usos de los recursos naturales que, aunque no expongan la salud humana o el ambiente a un riesgo científicamente relevante, pueden resultar excesivamente disipadores en términos de conservación de la capacidad del recurso para regenerarse o, al menos, para no agotarse en un plazo demasiado corto. Y, por tanto, es cierta la relevancia de la superación del límite de preservación del bien en cuanto a las medidas de prevención de daños ambientales y de restauración a que se refieren al art. 304 y siguientes del *Código de Medio Ambiente*, y en cuanto a la indemnización de daños a que se refiere el art. 311 y siguientes del *Código de Medio Ambiente*.

Por otro lado, es necesario verificar si la violación del límite de preservación justifica el recurso a remedios típicos de las relaciones de derecho privado como, por ejemplo, la acción de cesación[88], porque ello permitiría una reacción confiada también a acciones con amplia legitimación activa y no solo a la herramienta de la llamada indemnización por daños ambientales[89], que –como es

nes, respecto de la cual es necesario modelar los perfiles sustanciales de las situaciones que tienen a las cosas y a las utilidades como terminales objetivas".

[85] La vía de la funcionalización de la propiedad al objetivo del desarrollo sostenible es tomada con convicción por Nervi (2019) p. 6 y ss.

[86] Véase Wiener (2007) p. 597 y ss.; Wiener (2016) p. 163 y ss.; Ippoliti (2022) *passim*, en particular p. 129 y ss.

[87] Una evaluación científica que, a efectos de la precaución, debe poner de relieve el potencial nocivo de un determinado comportamiento o de una intervención concreta, situándose en el plano de la incertidumbre, aunque sea científicamente relevante; mientras que la obligación de prevención se desencadena cuando resulta científicamente cierto o solo probable *ex ante* que un determinado riesgo dará lugar a efectos nocivos previsibles por parte del agente, privado o público: véase sobre este punto Dell'Anno e Picozza (2012) p. 174.

[88] *Ex multis* véase Frignani (1971) p. 559 y ss.; Rapisarda e Taruffo (1988) p. 8 y ss.; Rapisarda (1987) *passim*; Rapisarda (1993) p. 474 y ss.; Bianca (2007) p. 12 y ss.; Bellelli (2004) p. 607 y ss.; Basilico (2013) *passim*, en particular p. 188 y ss.; Carnevale (2007) p. 63 y ss.

[89] Sobre este punto véase, *ex multis*, Pozzo (2017) p. 76 y ss.; AA.VV. (2022) *passim*; Salanitro (2024) p. 229 y ss.

demasiado sabido– está confiada a la iniciativa exclusiva del Estado (art. 311 del *Código del Medio Ambiente*)[90]. La hipótesis es la de un conflicto patrimonial, o en todo caso *inter privatos*, centrado en la superación del límite interno de preservación del bien, en la línea del ejercicio prohibido de la propiedad, y otras formas jurídicas de pertenencia, perfiladas por la prohibición de actos emulativos (art. 833 del *Código Civil*). El interés vulnerado es el de salvaguardar la integridad y renovabilidad de los bienes de terceros amenazados por usos irracionalmente disipativos del propietario contra el que se ejercita la acción, lo que evita invadir la esfera de la protección del ambiente, que conoce sus propios procedimientos y las conocidas limitaciones de la legitimación activa (art. 298 y ss. del *Código del Medio Ambiente*)[91]. Y debe verificarse la admisibilidad de la tutela colectiva al amparo del art. 840 *bis* y ss. del *Código de Procedimiento Civil*, especialmente en esa clave integrada que sugiere el enfoque sistémico[92], en el supuesto de que el interés individual en salvaguardar la integridad y capacidad regenerativa de los bienes amenazados por el uso que el demandado realiza vulnerando el principio de sostenibilidad integre los requisitos de la acción colectiva de cesación a que se refiere el art. 840 *sexiesdecies* del *Código de Proce-*

[90] El art. 311, párrafo 1, del *Código del Medio Ambiente* confía al ministro del Medio Ambiente y de la Protección del Territorio y del Mar la legitimación exclusiva para actuar, también mediante el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, para la indemnización de los daños ambientales en forma específica y, en su caso, de los bienes equivalentes.

[91] Una perspectiva aún diferente debe adoptarse si se quiere utilizar la acción de cesación para proteger el clima, en los *litigios sobre el cambio climático*. Este punto es investigado por Tiscini (2023) p. 338 y ss., quien identifica los derechos individuales que pueden ser protegidos por una acción de cesación en los "derechos fundamentales de la persona, el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la protección del territorio y de la propiedad (derechos personales y patrimoniales al mismo tiempo)". Estas posiciones individuales se inscriben en un contexto más general marcado por el "interés general en evitar una alteración patológica de las condiciones climáticas; un interés supraindividual, compartido por la colectividad". En consecuencia, se crea un doble nivel de posiciones implicadas *en los litigios sobre el cambio climático*: "en otras palabras, se crea una escisión entre el derecho subyacente y el interés general hacia el que se proyecta la acción judicial (ambos caracterizados por una identidad de *petitum*. Se insinúa entonces la idea de que subyace a las acciones vinculadas a los litigios climáticos no un derecho subjetivo típicamente identificado, sino intereses supraindividuales (difusos o colectivos) comunes a un grupo, de modo que la lesividad de la conducta, aunque afecte a una única posición subjetiva, queda adecuadamente representada al situarse en el contexto del propio grupo. Por tanto, es necesario distinguir el derecho subjetivo del individuo del interés supraindividual de la colectividad". En el mismo sentido, véase Gabellini (2022) p. 1105 y ss., en particular p. 1113.

[92] Véase sobre este punto Pisani (2024) p. 62 y ss., quien no aclara cuál es el interés homogéneo protegido, pues no puede ser el de la protección del ambiente cuya tutela se encomienda al procedimiento de prevención y reparación de daños ambientales, al que se ha hecho referencia en varias ocasiones.

dimiento Civil[93]. La alternativa de la valorización de intereses colectivos o difusos –en definitiva, intereses supraindividuales– no parece practicable, ya que el legislador ha optado por delegar en el Estado la protección de tales intereses generalizados en la preservación del ambiente, así como de un ambiente sano[94]. La conclusión podría ser diferente en el contexto de *los litigios sobre el riesgo climático*[95], es decir, en un horizonte más amplio y sobre todo intergeneracional como el de la lucha contra el cambio climático[96], en el que se vislumbra un interés generalizado en la preservación de las condiciones de vida de las generaciones futuras[97].

VII. *Continuación*. El interés positivo en la preservación

La segunda forma de concreción de la racionalidad de la preservación adopta, en cambio, la forma de un elemento positivo de la realidad. En efecto, el interés por la preservación del recurso puede asumir una significación exquisitamente individual y presentarse como uno de los fines perseguidos por el propietario del recurso. En esta otra manifestación, la preservación va de la mano del goce y la explotación económica del recurso orientando las formas de uso. Esta es quizá la concreción más interesante del principio de sostenibilidad desde el punto de vista de la renovación del concepto de bien jurídico, así como de los tipos de conflicto de los que puede ser fuente, pero también criterio de resolución. Desde el punto de vista del interés positivo del propietario, el objetivo de preservación legitima la actuación del titular del recurso frente a aquellas formas de uso disi-

[93] El presupuesto de la acción colectiva de cesación consiste en la realización de "actos y conductas, puestos en marcha en perjuicio de una pluralidad de personas o entidades" y el art 840 *sexiesdecies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la legitimación activa generalizada a favor de quien pretenda "obtener una orden de cese o prohibición de reiteración de conductas omisivas o comisivas".

[94] Un interés –como es bien sabido– ahora pacíficamente reconocido por el Tribunal Constitucional: Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2018, núm. 58; pero ya Tribunal Constitucional, 28 de mayo de 1987, núm. 210; Tribunal Constitucional, 30 de diciembre de 1987, núm. 641).

[95] Además del ya citado Femia (2024) p. 847 y ss., esp. p. 861 y ss.; Hinteregger (2017) p. 238 y ss.; Conte (2023) p. 669 y ss.

[96] Cf. Tiscini (2024) p. 343 y ss., con quien no se puede estar de acuerdo cuando sostiene que en términos de interés protegido poco cambia entre los litigios medioambientales y *los litigios sobre el cambio climático*, constituyendo estos últimos el *género* del que los primeros son *especies*.

[97] Un interés que recientemente el Trib. Roma, 26 febrero 2024, núm. 3552, en *Danno resp.*, 2024, 644 y ss., con nota de Vittorio Jacinto, excluyó de la lista de intereses subjetivos jurídicamente protegidos, incluyéndolos en el ámbito de los intereses fácticos cuya valoración se deja a la discrecionalidad de los órganos políticos.

pativo de los recursos naturales en propiedad (como propietario) o disponibilidad (como concesionario) de terceros que pongan en peligro la preservación del bien del actor. Piénsese en un uso intensivo de pesticidas químicos por parte del propietario de un terreno que corre el riesgo de comprometer, también en términos de durabilidad, la integridad del suelo y de la capa freática del vecino, quien, por lo tanto, puede actuar en *virtud* del art. 844 del *Código Civil*[98] para preservar su propia propiedad y los demás recursos naturales que existen en ella. Y piénsese de nuevo en la exposición a las aguas salobres de las fincas costeras de propiedad privada provocada por la decisión del ayuntamiento de no realizar obras de reposición de la playa, permitiendo que se agrave la erosión de la costa por el mar, favorecida por las obras de ampliación de la barrera del puerto deportivo.

Estos y otros muchos, que sería fácil prefigurar, son típicos conflictos de propiedad, que se centran en la búsqueda activa del interés del propietario actuante en la preservación de la integridad y capacidad regenerativa del recurso natural de su propiedad. En otras palabras, no existe una incompatibilidad necesaria entre el interés individual y la aplicación del principio de sostenibilidad, del mismo modo que no existe una divergencia necesaria entre la búsqueda de la utilidad individual y la persecución de valores morales o fines políticos consagrados en principios jurídicos. Sin duda, del mismo modo que no se puede predicar la incompatibilidad absoluta entre el interés individual y los principios, tampoco se puede suponer ingenuamente la convergencia constante entre la dimensión individual y la perspectiva axiológica general. De ahí que la connotación utilitarista de la sostenibilidad propia del bien deba combinarse siempre con su circunscripción de orden general, en pos del objetivo de la preservación del bien individual y la precaución ambiental.

VIII. La especificidad de los animales

Los animales constituyen el ámbito problemático en el que se ha formado la más antigua tradición de pensamiento comprometida con el socavamiento del antropocentrismo para atribuir un valor en sí mismo a los seres vivos no humanos e, incluso, para imponer una perspectiva biocéntrica diferente[99].

[98] Aunque partiendo de premisas diferentes, Pisani (2024) p. 56 y ss. recurre también a la protección del art. 844 del *Codice Civile* italiano, sugiriendo una reinterpretación modernizada del límite de la "tolerabilidad normal".

[99] La bibliografía es ya copiosa: *ex multis* cf. Cerini (2012) *passim*; Cereni (2013) p. 28 y ss.; Gasparin (2012) p. 295 y ss.; Martini (2017) p. 109 y ss.; Garetto (2020) p. 165 y ss.; Murgo (2020) p. 179 y ss.; AA.VV. (2022) *passim*; Battelli (2022) p. 16 y ss.; Spoto (2022) p. 56 y ss.; Caterina (2024) p. 39 y ss.

En el análisis del estatuto jurídico de los animales conviene adoptar un canon metodológico particularmente fructífero, que sugiere partir de las características de los distintos tipos de entes a la hora de conceptualizar el bien e identificar las formas de pertenencia a las que confiar el proceso de reificación[100]. Este criterio es siempre válido y permite modular mejor las formas de uso del bien que, en síntesis, extrema, se indican con las fórmulas: facultad de goce y poder de disposición. El canon de la relevancia de las características intrínsecas del bien se vuelve crucial en el debate sobre la calificación de los animales. Su clasificación tradicional en la categoría de bienes debe, de hecho, ajustarse a su connotación de seres sintientes, que no ha pasado desapercibida desde la antigüedad. Cicerón, en *De re publica*, recordaba:

> "Pitágoras y Empédocles advierten que todos los seres vivos tienen los mismos derechos, y proclaman que se imponen castigos ineludibles a quienes ofenden a un ser vivo".

Jeremy Bentham, en su *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, reconoce a los animales como seres sintientes, es decir, capaces de sentir emociones. Esta capacidad de experimentar placer y dolor lo obliga a darles una consideración equitativa, lo que no implica excluir que pueden ser matados o explotados, pero sí exige minimizar, si no excluir por completo, su sufrimiento[101]. En la estela de Jeremy Bentham, debemos a Peter Singer la fundamentación de la "cuestión animal" desde un punto de vista ético-filosófico en clave contemporánea, en una perspectiva que pretende oponerse a la discriminación basada en el concepto de especie[102] y prioriza la necesidad de maximizar la satisfacción de las preferencias del mayor número de seres sintientes[103]. Incluso Tom Regan teoriza sobre los derechos de los animales, partiendo de la base de que los seres humanos, independiente de su grado de racionalidad (baste pensar en los niños y los discapacitados intelectuales), así como los animales, deben ser considerados sujetos-de-vida, es decir, seres autoconscientes que tienen deseos, esperanzas y son capaces de pensar en el futuro[104].

En los ordenamientos jurídicos occidentales sigue prevaleciendo la consideración de los animales como *res* y, en la especie, bienes muebles[105]. Para limi-

[100] Gambaro (2012) pp. 98-99.

[101] Bentham (1780/1998) p. 420 y ss. Sobre el animalismo benthamiano véase. Samek (2004) pp. 15-16.

[102] En cambio, el término 'especismo' fue acuñado en 1970 por Richard Ryder para indicar el intento de una especie de obtener ventajas a expensas de otras: véase Ryder (2010) p. 1 y ss.

[103] Singer (1975).

[104] Regan (1983) *passim*, en particular p. 253 y ss.

[105] Para una revisión exhaustiva, véase Camilletti (2023), p. 211 y ss.; pero véase Spoto (2021) p. 155 y ss.

tarme al sistema italiano, basta pensar en las indicaciones normativas que proporciona el *Código Civil*. El art. 820 del *Código Civil* califica las partes de los animales como frutos naturales; el art. 923 y siguientes prevén expresamente los animales como objeto de la adquisición de bienes por ocupación; el art. 1496 del *Código Civil* contempla el derecho sobre los animales como posible objeto del contrato de compraventa; el art. 2052 del *Código Civil* equipara los animales a las cosas inanimadas a efectos de la fundamentación de la responsabilidad frente a terceros del propietario o "de quien lo utilice durante el tiempo en que los tenga en uso". Una señal de la disposición del ordenamiento jurídico a cambiar el paradigma, dando protagonismo a la naturaleza de seres sintientes de los animales, se observó con la introducción del art. 727, inciso 2.°, del *Código Penal*, que tipifica como contravención el abandono de animales, partiendo de la base de su irreductibilidad como meros objetos de derechos de las personas y de su capacidad de sentir sufrimiento[106]. Un punto de inflexión aún más decisivo en la dirección del reconocimiento jurídico del *bienestar animal* se produjo con el Decreto Legislativo n.° 189 de 20 de julio de 2004, "Disposiciones relativas a la prohibición del maltrato de animales, así como de su utilización en peleas clandestinas o competiciones no autorizadas", que introdujo el título IX bis en el libro II del *Código Penal* "De los delitos contra el sentimiento hacia los animales". El art. 544 bis del *Código Penal* introduce el delito de "matanza de animales", estableciendo: "el que, por crueldad o sin necesidad, causare la muerte de un animal será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años". Por su parte, el art. 544 *ter* del *Código Penal* tipifica el delito de "maltrato de animales", estableciendo:

> "el que, por crueldad o sin necesidad, causare una lesión a un animal o lo sometiere a torturas o comportamientos o trabajos penosos e insoportables para sus características etológicas, será castigado con la pena de reclusión de tres a dieciocho meses o multa de 5.000 a 30.000 euros. La misma pena se aplicará a quien administre a los animales sustancias estupefacientes o prohibidas, o los someta a tratamientos que causen daño a su salud. La pena se aumentará en la mitad si los hechos previstos en el inciso primero provocan la muerte del animal".

El art. 544 *quater* del *Código Penal* tipifica el delito de "espectáculos o manifestaciones prohibidos", según el cual:

[106] El art. 727 del *Código Penal* establece: "será castigado con pena de prisión de hasta un año o multa de 1.000 a 10.000 euros el que abandonare animales domésticos o animales que hayan adquirido hábitos de cautividad. La misma pena se aplicará a quien mantenga animales en condiciones incompatibles con su naturaleza y que les produzcan graves sufrimientos".

> "Salvo que el hecho constituya un delito más grave, el que organizare o promoviere espectáculos o manifestaciones que entrañen tortura o crueldad para los animales será castigado con la pena de reclusión de cuatro meses a dos años y multa de 3.000 a 15.000 euros. La pena se aumentará entre un tercio y la mitad si los hechos a que se refiere el inciso primero se cometieren en relación con la realización de apuestas clandestinas o con ánimo de lucro propio o ajeno, o se produjere la muerte del animal"[107].

En las disposiciones penales, se asigna centralidad al sufrimiento y la salud de los animales en identificación del delito, reconociendo su condición de seres sintientes. Que todo esto suponga la atribución de la condición de sujetos a los animales, aunque no personificados, puede discutirse, ya que las mismas disposiciones penales asumen que los animales pueden ser objeto de derechos de las personas en torno a los cuales se han desarrollado actividades económicas lícitas, como la cría y el transporte, que luego también tienen repercusiones significativas en otras actividades productivas, como la industria de la confección, la cosmética y el mobiliario. Así lo confirma la disposición del art. 544 *sexies* del C*ódigo Penal* que, en caso de condena[108] por los delitos previstos en los arts. 544 *ter*, 544 *quater* y 544 *quinquies* del C*ódigo Penal*, prevé que se ordene siempre el decomiso del animal, a menos que pertenezca a una persona ajena al delito; y prevé, también, la suspensión de tres meses a tres años de la actividad de transporte, comercio o cría de animales si la condena o la aplicación de la pena a instancia de parte se pronuncia contra la persona que realiza las actividades mencionadas.

[107] El art. 544 *quinquies* del C*ódigo Penal* introduce una disposición aún más específica relativa a la "Prohibición de las peleas de animales", estableciendo: "el que promoviere, organizare o dirigiere peleas o competiciones no autorizadas entre animales que puedan poner en peligro su integridad física será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 50.000 a 160.000 euros. La pena se incrementará entre un tercio y la mitad: 1) si las citadas actividades se realizan en connivencia con menores o por personas armadas; 2) si las citadas actividades se promueven utilizando producciones videográficas o material de cualquier tipo que contenga escenas o imágenes de las peleas o competiciones; 3) si el infractor se encarga de la filmación o grabación en cualquier forma de las peleas o competiciones. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 5.000 a 30.000 euros quien, fuera de los casos de complicidad en el delito, criando o adiestrando animales los destine de cualquier forma y también a través de terceros a participar en las peleas a que se refiere el párrafo primero. La misma pena se aplicará también a los propietarios o poseedores de los animales utilizados en las peleas y competiciones a que se refiere el párrafo primero, si prestan su consentimiento. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 5.000 a 30.000 euros el que, aun no estando presente en el lugar de los hechos, fuera de los casos de participación en el delito, organice o realice apuestas sobre las peleas y competiciones a que se refiere el párrafo primero".

[108] Y también la aplicación de la pena a petición de las partes de conformidad con el art. 444 del C*ódigo de Procedimiento Penal* (el llamado *plea bargaining*).

Más allá de la retórica gastada, parece confirmarse que el horizonte de comprensión de la relación entre el animal y el hombre que subyace a esta nueva etapa normativa de valoración de la especificidad de los animales como seres sintientes sigue siendo el esbozado por Immanuel Kant. Un horizonte de sentido en el que el mal hacia los animales es, en última instancia, el mal hacia el hombre, partiendo de la base de que quien es cruel con los animales es igualmente insensible con el hombre, de modo que los deberes hacia los animales son deberes indirectos, porque son deberes hacia uno mismo y hacia la humanidad[109]. No se aparta de este sentido el *ABGB* austriaco, que establece en el § 285a:

> "Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones aplicables a las cosas se aplicarán a los animales únicamente en la medida en que no existan disposiciones divergentes".

La proclamación de que los animales no son cosas expresa, el loable objetivo de destacar su especificidad, pero no pretende negarles la naturaleza de objetos de derechos del hombre, como atestigua la última parte de la disposición que extiende las normas sobre las cosas a los animales en ausencia de disposiciones específicas[110]. En el mismo horizonte se sitúa el § 90a del *BGB*, que sigue el precedente austriaco, reafirmando que los animales no son cosas[111]. En el sistema alemán, la especificidad de los animales también se ha reconocido en el ámbito constitucional: la reforma de 2002 de la Grundgesetz (Ley Fundamental para la República Federal Alemana) introdujo el § 20a, que obliga al Estado a proteger las condiciones de vida de la especie humana y de los animales[112].

En Italia, la especificidad de los animales en el marco más amplio de los bienes jurídicos[113] no se limita, en el plano penal, a la especial relevancia del sufri-

[109] Kant (1785/1971) p. 273 y ss.

[110] Y de hecho Gambaro (2012) p. 213 destaca el significado cultural/ideal del art. 285 del *AGBG* y de las demás disposiciones del ámbito alemán: "como todo movimiento de ideas, tampoco el mencionado puede prescindir de proclamas que cumplen funciones identitarias y confieren así cohesión al grupo de personas que las comparten. La afirmación: 'los animales no son cosas' sirve a este propósito y sin duda se ve facilitada desde el punto de vista expresivo por estar situada en un entorno jurídico alemán en el que, como se ha dicho, no se habla de un derecho de bienes, sino de un derecho de cosas. Sin embargo, desde el punto de vista de la disciplina jurídica, la eficacia de esta proclamación se ve inmediatamente limitada por la afirmación de que las normas relativas a las cosas también se aplican a los animales, salvo excepciones".

[111] El art. 641a del *ZGB* suizo también se modificó en 2002 en la línea de las normativas austriaca y alemana, reconociendo expresamente que los animales no son cosas: "Los animales no son cosas. Salvo disposiciones especiales, las normas aplicables a las cosas son igualmente válidas para los animales".

[112] Buoso (2003) p. 371 y ss.

[113] En la misma línea véase Gambaro (2012) p. 216 y ss., aunque desde una perspectiva de sensibilidad al movimiento de pensamiento de reconocimiento de la especificidad de los anima-

miento y la crueldad infligidos a los mismos y, en el plano privado, a la especial conformación de la facultad de goce y el poder de disposición, que adquieren contenidos diferentes según se trate de animales de compañía o de animales de granja. La distinción es una confirmación más de la perdurable realidad de los animales o, si se prefiere, de la prevalencia del punto de vista antropocéntrico en el plano normativo[114], a pesar del vasto movimiento cultural que critica su preservación, especialmente en la relación hombre-animal[115], y que ha dado lugar a una vertiente de estudios académicos denominada, a escala global, *derecho animal*[116].

Tanto la categoría del animal de compañía como la del animal de granja son legislativas. El animal de compañía se menciona en el art. 514 del *Código de Procedimiento Civil* para incluirlo entre los objetos muebles inembargables (art. 514, n.º 6 bis)[117]. Tanto los animales domésticos como el ganado aparecen en el art. 189 del *Código de la Circulación*, que consagra la obligación de rescatar al usuario de la vía, en caso de accidente imputable de algún modo a su comportamiento, a favor de la persona que haya sufrido daños personales: el inciso 9 bis amplía la obligación de rescatar a los "animales domésticos, ganado o animales protegidos" que hayan sufrido lesiones en el marco de un accidente imputable de algún modo al comportamiento del usuario de la vía. Ciertas disposiciones del arrendamiento de terrenos rústicos se dedican al "ganado de labor o cría" (art. 1641 y ss. del *Código Civil*); mientras que en el art. 2135 del *Código Civil*, sobre la noción legal de empresario agrícola, se hace referencia expresa a los animales de granja[118]. Los animales de compañía son objeto específico de la Ley n.º 281 de 14 de agosto de 1991, ley marco sobre los animales de compañía y la prevención del abandono, cuyo art. 1 proclama:

> "el Estado promueve y regula la protección de los animales de compañía, condena los actos de crueldad contra ellos, los malos tratos y

les: "es evidente que dentro de una teoría de los bienes los animales sintientes no pueden ser equiparados a los objetos inanimados porque tal equiparación sería dogmáticamente incorrecta al proporcionar indicaciones erróneas". A una conclusión diferente llega Battelli (2018), p. 35 y ss., quien considera que los índices normativos, tanto nacionales como supranacionales, militan en el sentido de reconocer a los animales, en especial a los animales domésticos, como centros autónomos de imputación de posiciones protectoras, ya no como meros objetos de derechos, sino como "seres sintientes", ya no ubicables en el área conceptual semántica de las cosas, y mucho menos como "bienes" de valor meramente económico.

[114] Véase también Camilletti (2023), p. 218.

[115] Cf. Pocar (2005) *passim*.

[116] Cooper (1987) *passim*; Favre (2019) *passim*.

[117] El apartado 6 *ter* del art. 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil extiende el régimen de inembargabilidad a "los animales utilizados con fines terapéuticos o para el cuidado del deudor, cónyuge, conviviente o hijos".

[118] Sobre este punto, véase Alessi e Pisciotta (2010) p. 87 y ss., en particular p. 127 y ss.

> su abandono, con el fin de promover la correcta convivencia entre el hombre y el animal y proteger la salud pública y el medio ambiente".

Por último, la disciplina renovada del condominio de edificios excluye que las normas del reglamento de condominio puedan prohibir la posesión o tenencia de animales de compañía (art. 1138, apartado 5 del *Código Civil*). Así lo entiende también el derecho privado europeo: el art. 3, apartado 5, Dir. 2019/771, de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de mercaderías, deja en manos de los Estados miembros

> "excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos de compraventa de: a) bienes de segunda mano vendidos en subastas públicas; y b) animales vivos".

Al transponer la directiva mediante la modificación del *Código de Consumo*, el Decreto Legislativo n.º 170, de 4 de noviembre de 2021, ejerció la libertad de elección al incluir los animales vivos en la noción de bienes de consumo (art. 128, apartado 2, punto 3, del *Código de Consumo*)[119].

Como es bien sabido, la calificación de "animal de compañía" ha sido invocada en los procedimientos indemnizatorios para tratar de fundamentar el reconocimiento del daño por lesión de la relación afectivo-relacional[120], el denominado daño interespecífico[121], a pesar de la clara negación del punto manifestada por las Secciones Unidas del Tribunal Supremo de Casación[122]. Y está en el

[119] Sobre este punto véase Senigaglia (2021) p. 1772 y ss., en particular pp. 1781 y 1783.

[120] En sentido favorable véase Tribunal de Rovereto (18/10/2009), donde la protección de los animales domésticos se eleva al rango de "derecho inviolable" *en virtud* del art. 2 de la *Constitución*, a raíz de las recientes innovaciones (sobre todo, la Ley n.º 189/2004) destinadas a garantizar una protección especial de los animales mediante instrumentos represivos penales. Véanse, en sentido contrario, Tribunal de Milán (20/7/2010) secc. v Civ., núm. 9453; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 12 de enero de 2011, en *Danno resp.*, 2011, 661 y ss., con comentario de Ponzanelli; Trib. Catanzaro, 5 de mayo de 2011, en *Danno resp.*, 2012, 187 y ss., Ponzanelli.

[121] Donadoni (2011) p. 557 y ss.; Donadoni (2024) *passim*, en particular p. 44 y ss.; Poggi (2017), p. 237 y ss.

[122] Tribunal de Casación, sección un., 11 de noviembre de 2008, nos. 26972, 26973, 26974, 26975, que sostuvo: "el perjuicio sufrido por la pérdida de un animal (un caballo de carreras) no era susceptible de indemnización, ya que el perjuicio afectaba a una relación entre el hombre y el animal que, en el ordenamiento jurídico vigente, no tiene cobertura constitucional". Sobre este pasaje de las sentencias de las Secciones Conjuntas véase la crítica de Donadoni (2011) p. 351 y ss. En el mismo sentido que las Secciones Conjuntas, véase ya Tribunal de Casación (27/6/2007), núm. 14846, con nota de Chindemi (2008) p. 211 y ss, con un comentario de Giusseppe Cricenti según el cual: "la pérdida del caballo en cuestión, como animal de compañía, no parece imputable en virtud de un caso de daño existencial consecutivo a la lesión de un interés de la persona humana en la preservación de una esfera de integridad afectiva constitucionalmente protegida. La parte que solicita la protección de tal daño, tiene la carga de la prueba tanto para el *an* como

centro de un debate en el contexto de las crisis familiares, donde se ha planteado el problema de la adopción de medidas judiciales también en relación con el vínculo afectivo con el animal, resuelto hasta ahora, en ausencia de acuerdos entre los cónyuges, con miras a proteger el interés superior del niño, teniendo en cuenta la intensidad de la relación que caracteriza la relación entre los niños y los animales domésticos[123]. Incluso, en el marco de un litigio surgido entre dos exconvivientes *more uxorio*, se ha llegado a aplicar por analogía la institución de la custodia compartida para dirimir la controversia relativa a la relación con el animal de compañía que permanece con uno de los ex convivientes[124].

En el plano del derecho civil, la particularidad de los animales, como seres sintientes, supera la perspectiva penal de lucha contra las formas de uso innecesariamente crueles y el desprecio por la salud animal, y se desarrolla también, si no sobre todo, en el horizonte del desarrollo sostenible: ese horizonte en el que cobra relevancia lo que se ha denominado el "interés en la preservación", que aquí no se circunscribe a la gestión conservadora del bien, sino que se reviste de la ulterior *necessitas iuris* de garantizar el bienestar del animal[125]. Estamos en presencia de una configuración en clave no meramente utilitarista de la preservación del bien-animal, que se ve afectada por la naturaleza viva y sintiente del bien y, por tanto, de su condición de valor en sí mismo, completamente independiente de las necesidades humanas que el bien sea capaz de satisfacer. Así lo ha interpretado el legislador al modificar el art. 9 de la C*onstitución*, que, de este modo, se puso en afinidad con la sensibilidad por el bienestar animal ya recogida por el art. 13 del TFUE, que establece:

> "al formular y aplicar las políticas de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y

para el *quantum debeatur*, y la deducción del daño *in re ipsa*, con referencia genérica a la pérdida de la calidad de vida, no parece suficiente. Además, la deducción específica del daño existencial impide considerar el perjuicio bajo un perfil distinto del daño patrimonial (ya indemnizado) o del daño moral subjetivo y transitorio".

[123] Tribunal Sciacca, (19/2/2019).

[124] Tribunal Roma (15/3/2016), núm. 5322, dictada en el marco de un litigio derivado de la acción ejercitada por una mujer contra su expareja, quien, unos años después de la ruptura de su relación sentimental, supuestamente le había arrebatado su perro, con el fin de que se le condenara a su restitución, así como a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y cuantificados por ella en 15 000 00 euros.

[125] Y de hecho Gambaro (2012) p. 218 concluye: "las situaciones de propiedad sobre los animales, y especialmente sobre los animales de compañía, se configura fuertemente en contemplación de su objeto. En el caso concreto de la propiedad sobre los animales de compañía, se trata de una propiedad alejada del paradigma del art. 832 del Codice Civile porque el ejercicio de las facultades dominicales tiende a invertirse. En efecto, dicho ejercicio está funcionalizado, y en primer lugar en la escala de fines dominicales se encuentra el bienestar del animal; como si se dijera que "el interés del objeto prevalece sobre el interés del sujeto propietario".

> el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sintientes, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional"[126].

La mencionada modificación del art. 9 de la *Constitución* incluyó la disposición explícita de que "la ley del Estado regulará los modos y formas de protección de los animales"[127].

Conclusiones

El estudio de la influencia del principio de sostenibilidad en materia de bienes ofreció la confirmación de que solo pueden alcanzarse resultados duraderos y plenamente satisfactorios sometiendo la normatividad de los principios a un sagaz proceso de *mittelbare drittwirkung* (efecto indirecto sobre tercero)[128]. Solo encauzando la normatividad directa de los principios y derechos fundamentales en los cauces de interpretación de los textos normativos ordinarios y de la dogmática[129] es posible, en efecto, traducir sus contenidos en formas de pensamiento estables y generales, adecuadas para garantizar el principio de igualdad, y no en un pensamiento fragmentario y casuístico. Dentro de este horizonte, los principios y derechos fundamentales pueden desvelar el potencial del significado de la enunciación de normas analíticamente estructuradas, las llamadas reglas, que permanecen inexpresadas, o influir en la proyección de la autonomía privada, tanto como límite[130] como fuente de integración de la regulación contractual[131].

[126] Sobre el valor sistemático del art. 13 del TFUE véase Spoto (2021) p. 166 y ss.

[127] Sobre este punto véase, sobre todo, Izzo (2024) p. 91 y ss.

[128] He dedicado algunos estudios al tema de *la Drittwirkung*: Piraino (2017b) p. 53 y ss.; Piraino (2023), p. 1277 y ss. Sobre este punto véase especialmente Castronovo (2015) p. 37 y ss.; Castronovo (2016) p. 981 y ss.; Castronovo (2017) p. 764 y ss.; Navarretta (2017) *passim*, en particular p. 85 y ss.; Camardi (2017) *passim*, en particular p. 15 y ss.; Femia (2021) *passim*, en particular p. 46 y ss.; AA.VV. (2018) *passim*.

[129] Una reflexión reciente sobre la dogmática y la perdurable vigencia de esta forma de pensamiento, que confía al concepto la tarea de hacer la disposición normativa más inteligible de lo que es a partir del mero análisis textual, así como de enriquecerla de sentido proyectándola en el contexto del sistema, la Castronovo (2024) *passim*.

[130] Véase Roppo (2024) p. 533 y ss.

[131] Recientemente, sobre este punto, véase el muy estimulante estudio de Conte (2024) p. 135 y ss., centrado en los contratos de prestación de servicios de comunicación digital en *los medios sociales*.

El desvelamiento del potencial normativo no expresado del art. 810 del *Código Civil*, y más en general de toda la disciplina codificada de los bienes, es precisamente a lo que se ha podido llegar gracias a la influencia del principio de sostenibilidad. Los principios y derechos fundamentales también pueden expresar una normatividad que permita redefinir el contenido, la amplitud y la función de las categorías, normativas o dogmáticas, mediante la inclusión de ulteriores elementos de la realidad, de modo que se favorezca el enriquecimiento y la extensión de la disciplina que gira en torno a la categoría revisada. Y esto es exactamente lo que se ha podido hacer respecto de la categoría general de "bien jurídico", enriqueciendo el tejido normativo del libro III del *Código Civil* con el objetivo de preservar los recursos en interés actual y en el de las generaciones futuras, y extendiendo la protección *in rem* más allá del ámbito de la realidad en sentido estricto, primero a favor de formas creativas de pensamiento de naturaleza artística o de aplicación productiva, hasta algunas de las objetividades genéricamente señaladas como nuevos bienes.

Bibliografía

AA.VV. (1991): *Dalle res alle New Properties* (Milano, Giuffrè).

AA.VV. (2010): *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali* (Torino, Giappichelli).

AA.VV. (2012): *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni* (Verona, om bre corte).

AA.VV. (2018): *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca* (Napoli, Editoriale Scientifica).

AA.VV. (2022): *Le responsabilità ambientali: profili civili, amministrativi e penali* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

AA.VV. (2023): *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Agrifoglio, Giangabriele (2023): *Contributo allo studio degli usi civici e della proprietà collettiva. Una storia parallela* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Alessi, Rosalba e Pisciotta, Giuseppina (2010): "L'impresa agricola", in Schlesinger, P., *Il Codice Civile. Commentario* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Angiolini, Chiara (2020): *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene* (Torino, Giappichelli).

Barcellona, Mario (1987): "Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici", in *Quadrimestre* (Milano, Giuffre).

Barcellona, Mario (1988): "Per una teoria dei beni giuridici", *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II (Milano, Giuffre).

Barcellona, Pietro e Camardi, Carmelita (1996): *Diritto privato e società moderna* (Napoli, Jovene).

Basilico, Giorgetta (2013): *La tutela civile preventiva* (Milano, Giuffrè).

Battelli, Ettore (2018): "La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma", *Cultura e diritti*, vol. 2.

Battelli, Ettole (2022): "Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici", *Giustizia civile*, vol. 5.

Belfiore, Angelo (1983): "I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine", *Rivista critica del diritto privato*, vol. 1.

Bell, Abraham & Parchomovsky, Gideon (2001): "Givings", *Yale Law Journal*, vol. 111, No. 3.

Bellelli, Andrea (2004): "L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito", *Rivista di diritto civile*, vol. 50, N. 1.

Bentham, Jeremy (1780/1998): *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, edizione italiana, a cura di Eugenio Lecaldano (Torino, Einaudi).

Bertolino, Marta e Maldonato, Lucia (2022): "Il controllo globale della criminalità fra gli obiettivi dello sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030: una priorità da non trascurare", *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 69, N. 2.

Bianca, Cesare (2007): "L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito", in Bellelli, A., *Azione, inibitoria e interessi tutelati* (Napoli, Jovene).

Buoso, Elena (2003): "La tutela degli animali nel nuovo art. 20a del Grundgesetz", *Quaderni costituzionali*, vol. 23, N. 2.

Callicott, J. Baird (1997): "Die begrifflichen Grundlagen der Land Ethic", in Krebs, A., *Naturethik* (Berlin, Suhrkamp Verlag).

Callicott, J. Baird (1984): "Non-Anthropocentric Value Theory and Environmental Ethics", *American Philosophical Quarterly*, vol. 21, No. 4.

Camardi, Claudio (2017): *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo* (Torino, Giappichelli).

Camardi, Carmelita (2018): "Cose, beni e nuovi beni tra diritto europeo e diritto interno", *Europa e diritto privato*, vol. 3.

Cambini, Carlo; Sassano, Antonio e Valletti, Tommaso (2007): "Le concessioni sullo spettro delle frequenze", in Mattei, U., Reviglio, E. y Rodotà, S., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* (Bologna, Il Mulino).

Camilletti, Francesco (2023): "Il contratto di rete nella prospettiva dell'odierno diritto d'impresa", Altalex: pp. 1-10.

Camplani, Franceso (2021): "La tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi", *Lexambiente.it*, N. 3.

Capo, Giovanni (2023): "Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione", *Giustizia Civile*, vol. 1.

Caravita, Alessandro (2025): *Verso una "riconcettualizzazione" di alcune forme di comunione di proprietà alla luce di nuovi interessi emergenti. Proprietà collettive sostenibili e soggettività giuridica*. Tesi di dottorato, A.A. 2024-2025 (Roma, Università La Sapienza di Roma).

Carducci, Michele (2017): "Natura (diritti della)", in Sacco, R., *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento* (Torino, Utet Giuridica).

Carnevale, Valentina (2007): "Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria", *Rivista di diritto processuale*, vol. 62, N. 1.

Castellani, Guido (2014): "New Property (The)", *Digesto delle Discipline Private, Sezione Civile, Aggiornamento* (Torino, UTET) pp. 486-492.

Castronovo, Carlo (2015): *Eclissi del diritto civile* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Castronovo, Carlo (2016): "L'aporia tra ius dicere e ius facere", *Europa e diritto privato*, vol. 2.

Castronovo, Carlo (2017): "Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia", *Europa e diritto privato*, vol. 3.

Castronovo, Carlo (2024): *Dogmatica del diritto* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Cataldo, Pasquale (2023): "I rifiuti: da 'non bene' a nuova risorsa", in AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Caterina, Raffaele (2024): "Gli animali nel diritto: da cose a soggetti?", *Rivista di filosofia. Rivista quadrimestrale*, N. 1.

Caterini, Enrico (2018): *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Ceccherini, Grazia (2023): "Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione", in Zatti, P., *Liber Amicorum per Paolo Zatti* (Napoli, Jovene).

Cerini, Diana (2012): *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche* (Torino, Giappichelli).

Cerini, Diana (2013): "Animali (diritto degli)", *Digesto delle Discipline Private. Sezione Civile*, vol. I (Torino, UTET).

Chiarini, Gabriele (2011): *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post-industriale* (Milano, Giuffre).

Chindemi, Domenico (2008): "Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c.", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. I: pp. 211-ss.

Colangelo, Margherita (2009): "Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nella Unione Europea: il caso degli slots aeroportuali e dello spettro radio", *Europa e diritto privato*, vol. 1.

Colangelo, Margherita (2012*): Creating Property Rights. Law and Regulation of Secondary Trading in the European Union* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers).

Conte, Vincenzo (2023): "Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali", *DPCE Online*, vol. 51, N. 3.

Conte, Vicenza (2024): *Il controllo di costituzionalità delle leggi private globali. Drittwir kung, conformazione del contratto e obbligazione comunicazionale nei social media* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Cooper, Margaret (1987): *An Introduction to Animal Law* (London, Academic Press).

Costantino, Michele (2005): "I beni in generale", in Rescigno, P., *Trattato di diritto privato*, vol. 7, tomo I (Torino, UTET).

D'Aloia, Antonio (2016): "Generazioni future (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del Diritto. Annali*, IX (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

D'Ottavio, Barbara (2023): "Il possesso di energie", in AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Deiana, Massimo (2014): "Natura giuridica degli slot aeroportuali", *Diritto dei trasporti*, vol. 14, N. 3.

Dell'Anno, Paolo e Picozza, Eugenio (2012): *Trattato di diritto dell'ambiente, Principi generali* (Padova, Cedam).

Di Lullo, Marco (2001): "Il rifiuto come bene: titolarità e gestione", *Rivista giuridica dell' ambiente*, vol. 16, N. 3.

Donadoni, Pietro (2011) "Il danno non patrimoniale interspecifico", en Castiglione, S. y Lombardi Vallauri, L. (eds.), *Trattato di biodiritto*, V, La questione animale (Milano) pp. 557-ss.

Donadoni, Paolo (2024): *Il" danno interspecifico" per la perdita della relazione con l'animale d'affezione* (Torino, G. Giappichelli Editore).

Di Raimo, Raffaele (2019): "Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica e distributiva: (soltanto) una premessa", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, N. 4.

Digesto (533): *Digesto o Pandectas* (compilado bajo Justiniano, edición clásica).

Edelman, Bernard et Hermitte, Marie-Angèle (1988): *L'homme, la nature et le droit* (Paris, Éditions Christian Bourgois).

Farina, Marco (2023): "I diritti edificatori", en AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa: ETS).

Favre, David (2019): *Animal Law: Welfare, Interests and Rights* (New York, Aspen Publishing).

Fazio, Eugenio (2016): *Oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo* (Milano, Giuffre).

Federici, Renato (2000): "A proposito di 'cose' che non sono beni: sottosuolo e rifiuti", *Rassegna di diritto civile*, vol. 21, N. 2.

Femia, Pasquale (2016): "Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione", in Farace, D., *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani* (Roma, Aracne).

Femia, Pasquale (2021): *Princìpi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Femia, Pasquale (2024): "Responsabilità civile e climate change litigation", in Scognamiglio C., *Enciclopedia del Diritto. I Tematici. Responsabilità civile*, vol. VII (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Ferorelli, Rosamaria (2006): *La rete dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali* (Bari, Cacucci Editore).

Ferrara, Francesco (1956): "Le persone giuridiche", in Vassalli, F., *Trattato di diritto civile italiano*, vol. II (Torino, UTET).

Franceschelli, Remo (1957): "L'oggetto del rapporto giuridico (con riguardo ai rapporti di diritto industriale)", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

Frignani, Aldo (1971): "Inibitoria", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI (Milano, Giuffrè).

Gabellini, Elena (2022): "Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 76, N. 4.

Gambaro, Antonio (2004): "Dalla New Property alle New Properties (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)", in Scalisi, V., *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (Milano, Giuffrè).

Gambaro, Antonio (2012): *I beni. Trattato di diritto civile e commerciale* (Milano, Giuffrè).

Garetto, Roberto (2020): "Soggettività giuridica dell'animale. Rilievi critici", in Bilotta, F. e Raimondi, F., *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Gasparin, Matteo (2012): "La dicotomia 'persona-cosa' e gli animali", in Castignone, S. e Lombardi, L., *La questione animale, Trattato di Biodiritto*, vol. VI (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Giorgini, Erika (2022): "Rifiuto quale 'bene' e proprietà conformata", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16.

Giuliano, Massimo (2021): "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain", *Nuova giur. civ. comm*, vol. 6.

Hinteregger, Monika (2017): "Civil Liability and the Challenges of Climate Change: a Functional Analysis", *Journal of European Tort Law*, vol. 8, No. 3.

Ippoliti, Carlotta (2022): *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Irti, Natalino (2024): "Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile", *Rivista di diritto civile*, N. 6.

Iuliani, Antonello (2012): "Prime riflessioni in tema di beni comuni", *Europa e diritto privato*, N. 3.

Izzo, Umberto (2024): "Il nuovo art. 9 Cost. e la tutela degli animali riservata alla legge dello Stato: il Legislatore (non) può aspettare", *Osservatorio sulle fonti*, vol. 2.

Jacinto Vittorio (2025): "Studi sulle 'soggettività problematiche'", *Teoria e Storia del Diritto Privato*, vol. xviii.

Jannarelli, Antonio (1997): "Quote di produzione", *Digesto delle Discipline Private, Sezione Civile*, vol. xvi (Torino, UTET).

Kant, Immanuel (1785/1971): "Dei doveri verso gli animali e gli spiriti", *Lezioni di etica* (Bari/Roma, Laterza).

Leopold, Aldo (1949): *A Sand County Almanac: Sketches Here and There* (Oxford, Oxford University Press).

Lind, Douglas (2009): "Pragmatism and Anthropomorphism: Reconceiving the Doctrine of the Personality of the Ship", *University of San Francisco Maritime Law Journal*, vol. 22.

Lipari, Nicolò (2024): "Premesse per un diritto civile dell'ambiente", *Rivista di diritto civile*, vol. 70, N. 2.

Lucarelli, Lorenzo Maria (2023): "Biobanche e campioni biologici", in AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Maggiolo, Michele (2016): "Beni artificialmente creati nei settori agro-alimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati", *Giustizia civile*, vol. 7.

Maniaci, Giorgio (2023): "Introduzione. La nozione di bene giuridico e la sua evoluzione", in AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Marella, Maria Rosa (2011): "Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione", *Rivista critica del diritto privato*, vol. 29, N. 1: pp. 103-118.

Marella, Maria Rosa (2019): "Ripensare lo statuto del diritto privato nella dimensione collettiva degli interessi", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, N. 1.

Martini, Giovanni (2017): "La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di giuridificazione dell'interesse alla loro protezione", *Rivista critica del diritto privato*, vol. 35, N. 1.

Mattei, Ugo (2011): *Beni comuni. Un manifesto* (Roma-Bari, Laterza).

Messinetti, Domenico (1965): "Energie", *Enciclopedia del diritto*, vol. xiv (Milano, Giuffrè).

Messinetti, Davide (1970): *Oggettività giuridica delle cose incorporali* (Milano, Giuffrè).

Míguez, Rodrigo (2018*): Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica* (Milano/Údine, Mimesis).

Míguez, Rodrigo (2020): "Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica", *Diritto e questioni pubbliche*, año 1.

Monterossi, Michael (2020): *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione* (Pisa, ETS).

Murgo, Caterina (2020): "Animals rights or animals defense? Condizione giuridica degli animali e misure possibili d'intervento", pubblicazioni della *Rivista Critica Del Diritto Privato. Strumenti*, 9: pp. 179-192.

Nascimbene, Bruno (1997): "Quote latte: diritto nazionale e diritto comunitario a confronto (o scontro)", *Corriere giuridico*, vol. 14, N. 3.

Natoli, Ugo (1965): *La proprietà. Appunti delle lezioni*, *I* (Milano, Dott. A Giuffre Editore).

Navarretta, Emanuela (2017): *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica* (Torino, Giappichelli).

Nazzaro, Anna (2020): "Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare", *Rassegna di diritto civile*, vol. 40, N. 3.

Nervi, Andrea (2019): "Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica. Qualche riflessione sul diritto di proprietà", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, N. 6.

Nicotra, Ida (2021): "L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid", *Federalismi.it*, N. 16.

Nivarra, Luca (2011): "Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune", in Marella, M.R., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni* (Verona, ombre corte).

Nurra, Antonella (2023): *Brevettabilità del vivente. Principi deboli e interessi forti. I comportamenti umani sul patrimonio genetico tra questioni giuridiche ed etiche* (Roma, Aracne).

Orlando, Gianfranco (2022): *I diritti edificatori. Contributo allo studio delle modifiche "oggettive" della proprietà per atti d'autonomia* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Ostrom, Elinor (1990): *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, Cambridge University Press).

Pardolesi, Roberto (1982): "Le energie", in Rescigno, P., *Trattato di diritto privato*, vol. 7: La proprietà, tomo I (Milano, Giuffrè).

Pardolesi, Roberto (1991): "Energia", *Digesto delle Discipline Private, Sezione Civile*, vol. VII (Torino, UTET).

Perlingieri, Giovanni (2025): "Ambiente, clima e criticità della presunta categoria dei beni c.d. 'comuni'", *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 34, N. 1.

Piraino, Fabrizio (2012): "Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato", *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. 3, núm. 3.

Piraino, Fabrizio (2017a): "Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuova Legislazione Civile Commentata*, vol. 40, N. 2.

Piraino, Fabrizio (2017b): *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principî* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Piraino, Fabrizio (2023): "L'applicazione diretta dei diritti inviolabili", in Zatti, P., *Liber amicorum*, vol. II (Napoli, Editoriale Scientifica).

Pisani, Andrea (2024): *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale* (Torino, Giappichelli).

Pocar, Valerio (2005): *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti* (Bari, Laterza).

Poggi, Francesca (2017): "Cuore di cane: sul risarcimento del danno non patrimoniale interspecifico", *Rivista critica del diritto privato,* vol. 35, N. 2, pp: 237-254.

Porena, Daniele (2017): *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale* (Torino, Giappichelli).

Poto, Margherita (2022): "La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", in Iudica, G., *Responsabilità Civile e Previdenza* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Pozzo, Barbara (2017): "La responsabilità ambientale e l'apporto delle scienze sociali", in Graziadei, M. e Serio, M., *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro* (Torino, Giappichelli).

Pugliatti, Salvatore (1959): "Beni (teoria generale)", *Enciclopedia del diritto v* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Rapisarda, Cristina (1987): *Profili della tutela civile inibitoria* (Padova, Cedam).

Rapisarda, Cristina (1993): "Inibitoria (azione)", *Digesto delle Discipline Private, Sezione Civile*, vol. ix (Torino, UTET).

Rapisarda, Cristina e Taruffo, Michele (1988): "Inibitoria (azione). I) Diritto processuale civile", *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 17.

Regan, Tom (1981): "The Nature and Possibility of an Environmental Ethic", *Environmental Ethics*, vol. 3, No. 1.

Regan, Tom (1983): *The Case for Animal Rights* (Oakland, University of California Press).

Reich, Charles (1964): "The New Property", *Yale Law Journal*, vol. 73.

Rescigno, Francesca (2021): "Quale riforma per l'articolo 9", *Federalismi.it*. N. 16.

Resta, Giorgio (2018): "I rifiuti come beni in senso giuridico", *Rivista critica del diritto privato*, vol. 36, N. 2.

Ricciuto, Vincenzo (2022): "Il trattamento dei dati personali come nuovo fenomeno patrimoniale", in D'Auria, M., *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro* (Roma, Scienze Politiche).

Rodotà, Stefano (1990): *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (Bologna, Il Mulino).

Roppo, Vincenzo (2024): "L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili", in Zatti, P., *Liber amicorum*, vol. i (Napoli, Editoriale Scientifica).

Ruster, Andreas (2021): "Nachhaltigkeit im Sachenrecht", *JuristenZeitung*, Jahr 76, Nr. 22.

Ryder, Richard (2010): "Speciesism Again: The Original Leaflet", *Critical Society*, vol. 1.

Salanitro, Ugo (2024): "Danno ambientale e responsabilità civile", in: Scognamiglio, C., *Enciclopedia del Diritto. I Tematici. Responsabilità civile*, vol. vii (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

Samek, Giacomo (2004): *L'utilità del bene. Jeremy Bentham, l'utilitarismo e il consequenzialismo* (Milano, Vita e Pensiero).

San Martín, Lilian (2023): *Responsabilidad civil por desastres naturales. Fenómenos naturales extremos ante la responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Santini, Giulio (2021): "Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost", *Forum di Quaderni costituzionali*, vol. 2.

Santoro, Franceso (2012): *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 9.ª ristampa).

Scozzafava, Oberdan (1982): *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (Milano, Giuffre).

Scozzafava, Oberdan (2007): "I beni", in Perlingieri, P. (dir.), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale Notai* (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane).

Senigaglia, Roberto (2021): "Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile", *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. 50, N. 4.

Simone, S.G. (2014): "La nozione di 'rifiuto'", in Pennasilico, M., *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Singer, Peter (1975): *Animal Liberation. A New Ethics for Our Treatment of Animals* (New York, HarperCollins).

Spoto, Giuseppe (2021): *Cibo, persona e diritti* (Torino, Giappichelli).

Spoto, Giuseppe (2022): "Benessere e tutela dell'animale: da 'oggetto di protezione' a 'soggetto' di diritti?", *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali* (Roma, Aracne).

Tiscini, Riccardo (2024): "Tutela inibitoria e cambiamento climatico", *Rivista di diritto processuale*, vol. 79, N. 2.

Tommasini, Alessandra (2008): *Quote latte, diritti di impianto e titoli all'aiuto. Limiti all'iniziativa economica e valori del sistema* (Milano, Giuffrè).

Tonetti, Stefano e Seccamani, Andrea (2023): "Le bande orarie aeroportuali: un bene giuridico complesso?", en AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Valditara, Giuseppe (2023): "Le quote di emissione di gas ad effetto serra", in AA.VV., *Nuovi beni e New Properties* (Pisa, ETS).

Von Bar, Christian (2018): "Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose", *Rivista di diritto civile*, vol. 64, N. 3.

Von Gierke, Otto (1887): *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* (Berlin, Weidmannsche Buchhandlung).

Wiener, Jonathan (2007): "Precaution", in Bodansky, D., Brunnée, J. & Hey, E., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press).

Wiener, Jonathan (2016): "Precaution and Climate Change", in Carlarne, C., Gray, K & Tarasofsky, R., *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press).

Zeno, Vicenzo (1989): "Cosa", in *Digesto delle discipline private, sección civil*, IV (Torino, UTET).

Zeno, Vincenzo (2002): "Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 18, N. 4.

Zoppini, Andrea (2000): "Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", *Rivista di diritto civile*, vol. 46.

Zoppini, Andrea (2022): "L'informazione come bene", in D'Auria, M., *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro* (Roma, Scienze Politiche).

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (2016): sentencia T-622, de 10 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional de Italia, Sentencia N° 126, 1 de junio de 2016.

Corte Constitucional de Italia, Sentencia N° 210, 28 de mayo de 1987.

Corte Constitucional de Italia, Sentencia N° 58, 31 de marzo de 2018.

Corte Constitucional de Italia, Sentencia N° 641, 30 de diciembre de 1987.

Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Occidental de Pensilvania, Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township, 14 de octubre de 2015.

Corte Suprema de Casación de Italia, Sentencia N° 14846, 27 de junio de 2007.

Corte Suprema de Casación de Italia, Sentencia N° 26972, 11 de noviembre de 2008.

Corte Suprema de Casación de Italia, Sentencia N° 26973, 11 de noviembre de 2008.

Corte Suprema de Casación de Italia, Sentencia N° 26974, 11 de noviembre de 2008.

Corte Suprema de Casación de Italia, Sentencia N° 26975, 11 de noviembre de 2008.

Corte Suprema De Estados Unidos (1902): Tucker v. Alexandroff, de 6 de enero de 1902.

Tribunal de Catanzaro, 5 de mayo de 2011.

Tribunal de Milán (2010): sentencia n.° 9453, de 20 de julio de 2010.

Tribunal de Roma, Sentencia N° 3552, 26 de febrero de 2024.

Tribunal de Roma, Sentencia N° 5322, 12-15 de marzo de 2016.

Tribunal de Rovereto (2009): 18 de octubre de 2009.

Tribunal de Sant'Angelo dei Lombardi, 12 de enero de 2011.

Tribunal de Sciacca, 19 de febrero de 2019.

UN MODELO DE DESARROLLO PARA CHILE DEL SIGLO XXI: DESARROLLO & CONSERVACIÓN

A DEVELOPING MODEL FOR CHILE IN THE 21ST CENTURY: DEVELOPMENT & CONSERVATION

Jorge Aspillaga[*]

RESUMEN: Principal dilema a resolver en el siglo XXI.

1. Hasta la fecha, existen fundadas razones para estimar que el principal dilema del siglo XXI, es lograr compatibilizar el desarrollo económico con la conservación ambiental.
2. Durante todo el periodo que la especie humana ha habitado el planeta, el hombre, se ha dedicado a usar sus recursos naturales y animales existentes, en forma extrema, sin límites, agotando y extinguiendo los mismos, ocasionando numerosos y muy graves problemas ambientales, que amenazan la sobrevivencia de la especie humana, así como de otras especies vivas.
3. Afortunadamente, la ciencia y tecnología del siglo XXI han avanzado a niveles exponenciales, permitiendo desarrollar soluciones de alta eficiencia y productividad, a costos no solo equivalentes a los de la economía tradicional no sustentable, sino que, incluso, a menores costos, con positivos efectos económicos, financieros, sociales y ambientales.
4. Por ello, estimo, que Chile debe asumir el liderazgo político en la difusión, enseñanza e implementación de la economía social de mercado sustentable, basada en ciencia y tecnología del siglo XXI, en áreas estratégicas de la economía, de alta rentabilidad económica, ambiental y social.

[*] Abogado de la Universidad de Chile, con amplia experiencia en derecho comercial corporativo, negociaciones y contratos, con empresas nacionales y extranjeras de USA y EU, siendo socio de estudio Urenda & Cía., por más de treinta años. Actualmente, se desempeña como abogado consultor y gestor de negocios sustentables con su consultora Aspillaga & Cía., trabajando junto con consultora de ingeniería y gestión ambiental de Portugal, Simbiente. Correo electrónico: aspillagaycia @gmail.com

Páginas web: www.aspillagaycia.com; www.simbiente.com

Palabras clave: economía social de mercado sustentable basada en ciencia y tecnología del siglo xxi.

Abstract:Main Dilemma to be solved in the xxi Century.

1. There are well-founded reasons for estimating that the Main Dilemma of the xxi Century is to make Economic Development compatible with Environmental Conservation.
2. During the entire period that Human Species has inhabited the Planet, man has dedicated to using the Planet's natural and animal resources, in an extreme way, without limits, depleting and extinguishing them, which have caused, many and very serious environmental problems, that threaten the survival of the human species, as well as other living species on the planet.
3. Fortunately, the Science and Technology of the xxi Century, have advanced at exponential levels, allowing the development of highly effi cient and productive solutions, at costs not only equivalent to those of the traditional Unsustainable Economy, but even at lower costs, with positive economic, financial, social and environmental effects.
4. Due to the aforementioned, Chile must assume the Political leader ship in the Diffusion, Teaching and Implementation of the Sustainable Social Market Economy, based on Science and Technology of the xxi Century, in Strategic Areas of the Economy, of High Economic, Environmental and Social Profitability.

Keywords: sustainable social market economy, based on science and technology of the xxi century.

Antecedentes

Principal dilema a resolver en el siglo xxi

Hasta la fecha, existen fundadas razones para estimar que el principal dilema del siglo xxi, es lograr compatibilizar el desarrollo económico con la conservación ambiental[1]

[1] La importancia de compatibilizar el desarrollo económico con la conservación ambiental, no solo es urgente para eliminar o reducir las crisis ambientales existentes, sino que para permitir que el sector productivo continúe produciendo bienes y prestando los servicios que necesitan las personas para vivir.

Durante todo el periodo que la especie humana ha habitado el planeta, que debería llamarse planeta Agua/Tierra, el hombre se ha dedicado a usar sus recursos naturales y animales en forma extrema sin límites, agotando y extinguiendo los mismos, en una verdadera escalada desenfrenada de explotación irresponsable impulsada por ansias de poder y riqueza ilimitados, que han, además, ocasionado en especial en los últimos dos siglos, el fenómeno del cambio climático o calentamiento global, así como otros también muy graves problemas ambientales, que amenazan la sobrevivencia de la especie humana, así como de otras especies vivas.

La grave crisis ambiental antes mencionada, ha determinado que se realicen diversas gestiones en el ámbito global con el objetivo de evitar o, al menos, moderar los graves efectos del fenómeno del calentamiento global, así como de los otros diversos y graves problemas ambientales tales como: la sobrepoblación humana, la pérdida de biodiversidad, la contaminación, la extinción de especies, la acidificación del océano, la escasez hídrica y la deforestación, entre otros.

Asimismo, los altos niveles de éxito de la especie humana en resolver los principales problemas que la aquejaban en cuanto a alimentación, enfermedades y guerras en general, así como la enorme creación de riqueza ha determinado que la humanidad haya crecido en forma muy importante, siendo en la actualidad, cerca de 8 000 000 000 de personas y se haya aumentado la expectativa de vida de las personas, causando una muy importante sobrepoblación excediendo con mucho la capacidad de carga máxima del planeta, poniendo en serio riesgo la sobrevivencia de la especie humana, así como importantes problemas a escala planetaria que han reducido la calidad de vida de cientos de millones de personas en el planeta, en una tendencia, además creciente, la que hay que revertir.

Lo anterior, ha determinado que se hayan realizado importantes esfuerzos tendientes a mitigar los efectos del cambio climático y de la crisis ambiental, cambiando y promoviendo cambiar aquellas acciones que agravan la crisis, tales como: el uso de combustibles fósiles, la deforestación, la extinción de las especies animales, el uso de elementos altamente contaminantes, la generación y mala disposición de los residuos, la disminución y pérdida de bosques, humedales y glaciales, el mal uso del agua, la extinción de especies vegetales nativas, la sobre explotación de los océanos, la basura en los océanos, la contaminación atmosférica, etcétera.

Por otro lado, debemos intentar compatibilizar estas medidas para disminuir la crisis ambiental con el desarrollo o crecimiento económico para no afectar a las enormes cantidades de personas que dependen de la actividad económica, del crecimiento económico y del desarrollo material.

Afortunadamente, la ciencia y tecnología del siglo XXI han avanzado a niveles exponenciales, permitiendo desarrollar soluciones de alta eficiencia y productividad, a costos no solo equivalentes a los de la economía tradicional no sustentable, sino que a menores costos, lo que ha determinado que se esté desencadenando una muy virtuosa tendencia al reemplazo de una economía que no

se preocupaba sino de la rentabilidad a corto plazo a una economía sustentable, con positivos efectos económicos, financieros, sociales y ambientales, según se describirá a continuación.

I. Propuesta: economía social de mercado sustentable basada en ciencia y tecnología del siglo xxi, como modelo económico y social para Chile

I.1. Chile y el modelo de libre mercado

Chile fue líder mundial en la aplicación de la economía de mercado, elevando los niveles económicos y sociales de toda la población a un nivel muy superior, y en un muy corto plazo.

I.2. Nuevo modelo la economía social de mercado sustentable

Chile, ahora, debe pasar a ser líder en la aplicación de la economía social de mercado *sustentable*, obteniendo con ello elevar nuevamente con fuerza los niveles económicos y sociales de todos los chilenos, pero en especial de los más necesitados y de la clase media, aumentando, no solo el prestigio político en el ámbito internacional del país, sino que aumentando la productividad, la rentabilidad de su economía así como del aumento de la inversión y de la riqueza del país, en beneficio de todos sus habitantes.

I.3. Validación del modelo

Existe abundante evidencia científica, económica, financiera, tecnológica, social y política que lo respalda, además de empírica, marcando una clara tendencia a escala mundial, con amplio apoyo en el ámbito público y privado, según se verá a continuación.

I.3.1. The Green Collar Economy

Los postulados de Van Jones, contenidos en su libro *The Green Collar Economy: How One Solution Can Fix Our Two Biggest Problems*, deberían ser seriamente estudiados y evaluar su aplicación en Chile[2].

[2] Este libro de Van Jones, fue la base del programa económico del presidente Barack Obama y en especial porque lograba atacar los dos mayores problemas económicos de la época, el desempleo y el crecimiento económico.

I.3.2. Chile potencia mundial en ERNC

Uno de los aspectos más importantes radica en que Chile es una potencia mundial en Energías Renovables No Convencionales (ERNC) y podría no solo proveerse en un 100 % de energía de ERNC sino que exportar a Sudamérica, según lo han afirmado diversos renombrados expertos de USA, Asia y UE.

I.3.3. Explosivo desarrollo de las ERNC en Chile

Lo anterior ha sido ratificado cada vez más por numerosos estudios de instituciones serias como Bloomberg, que recientemente en el año 2019 ha informado que Chile es el segundo país fuera de la OCDE que más ha invertido en ERNC, siendo solo superado por China y seguido por Brasil.

I.3.4. Siguiendo ejemplo de familia Rockefeller

Todos los miembros de la familia Rockefeller, en el año 2015, vendieron el 100 % de sus posiciones accionarias en petróleo, para reinvertirlas en ERNC. Esta importante decisión está señalando la orientación de la nueva economía del siglo XXI en materia de energía por quienes fueron no solo la familia de mayor fortuna de la historia, sino que líderes indiscutidos en la industria del petróleo[3].

I.3.5. Potencial de inversionistas internacionales

Conforme a lo antes señalado, importantes empresas y grupos económicos del mundo desarrollado están comenzando a invertir fuerte en ERNC, tendencia que está en franco crecimiento a escala mundial y, por cierto, con mucha fuerza y éxito, en Chile.

I.3.6. Hidrógeno verde

Al contar Chile con enormes fuentes de abastecimiento de ERNC, así como importantes reservas de agua (aunque mal distribuidas) lo transforma en un potencial actor muy relevante en el ámbito mundial del combustible estrella de la economía del siglo XXI, no contaminante, el hidrógeno verde. Como dijo el presidente Sebastián Piñera: "Chile fue un país pobre en los combustibles del siglo XX y es una potencia mundial en los combustibles del siglo XXI"[4].

[3] Este ejemplo está siendo imitado por numerosas empresas no solo en el extranjero, sino que en Chile y es una tendencia creciente.

[4] Chile se ha ido consolidando como líder en materia de no solo las ERNC, sino que en los combustibles del futuro como lo es el H_2 verde y la electromovilidad, aprovechando ser productor de litio, cobre y potencial productor de tierras raras.

I.3.7. Mejorando desigualdad económica en forma real

Si Chile masifica la aplicación de medidas de políticas económicas modernas, con base científica y tecnología de punta, haciendo más sustentable su estructura o matriz económica, estará, con ello, transformando, además, su estructura social, logrando bajar el índice Gini a niveles insospechados, en especial, debido a que con mucho los más beneficiados con estas políticas, son los más pobres y la clase media. Así, son estos los que sufren en mayor medida la contaminación, el alto valor de los servicios domiciliarios de agua, electricidad, calefacción e internet. Son los que más sufren no tener aire menos contaminado o limpio, agua potable a un costo más accesible, áreas verdes, belleza escénica, arquitectónica y urbanística, ciclovías, seguridad, etc., que se obtienen cuando se cuenta con mayores recursos económicos y las tecnologías y experiencia adecuadas, pero, por, sobre todo, con la voluntad de hacer los necesarios cambios, desarrollando los modelos de negocios y de financiamiento que los hagan realidad.

I.3.8. Positivos efectos sociales

En Chile, al igual que otros pocos países afortunados, cuyos ejemplos deberíamos seguir, nadie debería pagar ninguna cuenta de electricidad y de calefacción, por lo menos a escala domiciliaria y no tengo duda alguna que así será en el futuro, pero debemos comenzar en algún momento a trabajar en serio para lograrlo. Mientras más nos demoremos estaremos haciendo que decenas de miles de niños y jóvenes permanezcan en la pobreza, en la angustia y en la delincuencia, apoyando ideas revolucionarias y socialistas, del todo regresivas, fracasadas y superadas por la historia y la inteligencia humanas.

I.3.9. Sustentabilidad y calificación financiera del país

Mientras más sustentable sea un país, mejores índices financieros y económicos tendrá en el futuro muy cercano y podrá acceder a mejores condiciones de financiamiento y de cobertura de seguros del extranjero y con mayores y mejores inversiones, aumentando el crecimiento sustentable y la calidad de vida en forma real y permanente.

I.3.10. Investigación y desarrollo científicos

Estamos *ad portas* de la singularidad científica, según manifiesta Ray Kurzweil (en su libro *The Singularity is Near*), y los recursos humanos y materiales que el mundo culturalmente desarrollado posee, y, por ello, económica y socialmente desarrollado, son enormes y están aumentando en forma exponencial, permitiendo la reducción de los costos de las ERNC y de la aplicación de la susten-

tabilidad a los diversos procesos productivos, en especial en países tan bien dotados en estas energías, como Chile[5].

I.3.11. Negativos impactos de no tener una economía sustentable

En Chile, en el año 2019, existían proyectos paralizados por razones ambientales, por un monto aproximado de USD 90 000 000 000 en áreas estratégicas de nuestra matriz económica, en especial en minería y energía. Cada vez es peor negocio no tener una política corporativa auténticamente sustentable, no solo en apariencia o meramente formal.

I.3.12. La sustentabilidad se toma la agenda

La sustentabilidad corporativa en la actualidad ya se ha adoptado con fuerza en los más importantes países desarrollados y en Chile es una muy clara y fuerte tendencia. Los ejemplos son infinitos y crecen día a día.

I.3.13. Universidades lideran la materia

Las principales universidades e instituciones de estudio del mundo están cada vez más activas en la materia, aportando mucha información e intercambio de experiencias. Un buen ejemplo es el programa Grand Challenger UCLA, impresiona, asimismo, la labor que realiza Yale en la materia, siendo que se creó al amparo y en las cercanías del mundo de las finanzas de NY. Impresionante su preocupación y producción intelectual en la materia tan bien descritas y resumidas en el libro *The Coming Transformation*, de *Yale School of Forestry & Environmental Studies* (2009)[6].

I.3.14. Importantes logros globales en sustentabilidad

También resultan muy destacables los logros, en especial de la COP21 y COP22, en las que se han comprometido a participar las principales potencias del mundo. No puedo dejar, además, de mencionar la importante iniciativa de los Sustainable Developments Goals UN y del Paulson Institute (de Henry Paulson), de desarrollar negocios sustentables en USA y China, que han sido muy exitosos.

[5] La ciencia y tecnología están irrumpiendo con fuerza y mucha rapidez en los sectores productivos de los países intelectualmente desarrollados. Axel Kurzweil lo anticipó y creó una universidad que ha sido un enorme éxito en crear proyectos basados en ciencia y tecnología. La Singularity University. www.su.org

[6] Las universidades están teniendo un creciente papel en la investigación científica aplicada en áreas estratégicas de la economía, con alto impacto económico, social y ambiental, siendo el MIT un pionero y líder en la materia de gran éxito.

I.3.15. COP25 en Chile

La violencia imposibilitó realizar el principal evento de promoción ambiental de la historia de Chile.

Sin duda que la realización de la COP25 en Chile, bajo su presidencia, habría constituido el más importante hecho jamás realizado por Chile a favor de combatir los efectos del cambio climático en su historia. Es un enorme y significativo logro de todo el país que haya sido elegido, ya que ello ha sido posible debido al respeto, seriedad y éxito demostrado por Chile, que lo ha posesionado en el ámbito internacional en un alto nivel estratégico. Desde el momento mismo que se anunció que Chile asumiría el desafío de ser país anfitrión, comenzaron a producirse numerosos, diversos y positivos efectos en materia de desarrollo de iniciativas que implican un avance en materia ambiental, transformándose en una verdadera tragedia ambiental, económica y social que no se haya podido realizar debido a la crisis revolucionaria, social y delincuencial comenzada en el mes de octubre de 2019.

I.3.16. Algunas iniciativas empresariales en Chile

Cabe destacar, por ejemplo, las iniciativas realizadas por la SOFOFA, la UAI, Chile País Circular y Chile País Minero, que habían programado y que pudieron solo cumplir en forma parcial, en 2019, con una rueda de cuatro foros preparatorios de la COP25, sobre temáticas de gran importancia ambiental y económica, en al ámbito forestal, minero, de energía, de electromovilidad, entre otros, en los cuales han participado muy destacados empresarios que han manifestado su preocupación de desarrollar una economía sustentable en el país, no solo para disminuir los efectos del cambio climático, sino que para hacer más competitiva, eficiente y socialmente aceptable a la economía, lo que constituye un importante cambio de paradigma del empresariado chileno, al igual que ha ocurrido en el mundo en los países desarrollados.

I.3.17. Creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación

Hay que tener presente que, con mucho, la principal base de la ecología y de la conservación ambiental, es la ciencia. Por ello, es tan importante que se haya creado el Ministerio de Ciencia, para poder estar en mejores condiciones para iniciativas que disminuyan los efectos del cambio climático y las demás crisis ambientales en curso. Por otro lado, la economía del siglo XXI, se basa, asimismo, en la ciencia y tecnología. Los mayores logros económicos de los tiempos modernos se han basado en la ciencia y tecnología, que han permitido impulsar y hacer crecer en forma exponencial los logros y resultados económicos, permitiendo que se hayan

creado enormes fortunas como nunca antes en los países que han logrado un mayor desarrollo científico y tecnológico. Es una tendencia creciente que, a mayor desarrollo científico, habrá mayor desarrollo económico y social.

I.3.18. Earth Center de la UAI

Como un importante ejemplo en Chile de un modelo que busca compatibilizar el crecimiento económico con la conservación, me permito destacar la creación por la UAI del denominado Earth Center, que según se establece en su página web www.ingenieria.uai.cl/centros/earth, que recomiendo revisar, tiene como misión:

> "crear y transferir soluciones tecnológicas innovadoras y políticas públicas en energía, agua, materiales y calidad ambiental, que permitan avanzar hacia un desarrollo sustentable. Para ello se trabaja en 4 líneas estratégicas: transporte y almacenamiento térmico, energías renovables y eficiencia energética, metabolismo circular urbano, y desarrollo sustentable y cambio climático".

Es una muy completa descripción de las potencialidades de la aplicación de la sustentabilidad ambiental al mundo empresarial. En una relación Win/Win.

I.3.19. Recuperación sustentable de la economía

La Unión Europea, fuertemente golpeada por la pandemia, acordó por diversas razones de evidentes ventajas y beneficios estratégicas, económicas y sociales, al igual que ambientales, que la recuperación económica pos COVID-19, debe ser una recuperación sustentable, para lograr no solo objetivos económicos, sino, también, sociales y ambientales, que se manifiestan en una mejor calidad de vida de las personas más necesitadas y en una cada vez más necesaria conservación ambiental, en especial de la vida humana en la biósfera, al ser esta, la vida humana, la que resulta especialmente vulnerable al cambio climático y a otros graves fenómenos ambientales.

I.3.20. Enorme fondo de recuperación económica verde de la Unión Europea

Recientemente, la Unión Europea, acordó la creación de un enorme fondo de recuperación económica verde de 890 000 000 000 € para proyectos que tengan un claro y positivo impacto ambiental.

I.3.21. Importantes iniciativas de actores económicos y financieros del mundo privado de USA a la recuperación sustentable

En el mes de junio de 2020, Michael Bloomberg, como una forma real y concreta de apoyar estas iniciativas de recuperación sustentable, sacó el primer ejem-

plar del *Bloomberg Green Magazine*, siendo pionero en editar una revista dedicada en forma exclusiva a la economía sustentable. En su muy interesante editorial de lanzamiento del primer número dijo:

> "La elección no es entre la protección del medio ambiente y el crecimiento económico, como algunos intentarán reclamar. Es una elección entre capitalizar las fuerzas del mercado o luchar contra ellas, y el mercado se mueve claramente en la dirección de la energía limpia"[7].

I.3.22. Principales conclusiones del foro económico mundial de Davos 2020

Según las conclusiones de los más importantes expertos y líderes a escala mundial, reunidos en el Foro Anual de Davos 2020, las inversiones en soluciones sustentables y en economía verde que supongan una verdadera transformación, serán las protagonistas de la próxima fase de crecimiento y prosperidad en el ámbito global. Iniciativas por un mundo sustentable, que se orienten a combatir el cambio climático y conseguir los objetivos de desarrollo sostenible de la PNUD, fomentando las tecnologías emergentes. Estos mismos expertos han agregado que las empresas deben involucrar a todas las partes interesadas en la creación de valor compartido y sostenido. En crear tal valor, una empresa sirve no solo a sus accionistas, sino a todas las partes interesadas, teniendo en cuenta que el planeta es un *Stakeholder* fundamental que ayuda a crear valor. Las conclusiones de Davos son otra demostración de la pertinencia de aprovechar las medidas tendientes a una economía de mercado sustentable, para capitalizarlas y obtener mejores rentabilidades y aumentar con ello, el valor de la acción, cumpliendo, así, con los objetivos corporativos tradicionales imperantes en Chile.

I.3.23

Cada año en Chile los respectivos gobiernos hacen un recuento de las decenas de proyectos de decenas de miles de millones de dólares que están parados e, incluso, algunos desistidos, por culpa de la presión pública manifestada en diversos recursos judiciales, con un enorme costo para el país, su prestigio y calificación internacional y su productividad. Para paliar dicho problema, el segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera, creó en el Ministerio de Economía Fomento y Turismo, la Oficina de Proyectos Sustentables GPS, cuya necesidad ratifica la pertinencia de lo antes mencionado.

[7] La creación de una sección del famoso portal de noticias económicas y financieras de Michael Bloomberg, constituye un importante hito a seguir por los expertos y líderes de la economía del siglo XXI.

I.3.24. Políticas de ESG

Lo anterior, asimismo, ha desarrollado con mucha más fuerza, a las consultoras expertas en políticas de ESG o de Environmental Social and Governance, convencidas que la aplicación de estas medidas hacen más atractivas a las empresas tanto para los inversionistas como para el mercado[8].

I.3.25

Ratificando lo anterior, Mr. Larry Fink, Chairman and CEO de Black Rock Investment, el mayor y más importante fondo de inversiones del mundo, en carta dirigida a sus gerentes de todo el mundo, les explica con claridad que deben:

> "Poner la Sustentabilidad en el centro de como nosotros invertimos. Portfolios Sustentables pueden proveer retornos mejor ajustados al riesgo para los inversionistas. La Sustentabilidad nos dirigirá a la forma en que nosotros manejaremos el riesgo, construiremos portfolios, designaremos productos, y nos comprometemos con las empresas".

Agrega, que ya no es suficiente preocuparse y servir los intereses de solo los *stakeholders* accionistas de la empresa, sino que el de todos, de los clientes, de los empleados y de la comunidad en la cual opera. Con ello, la empresa disfrutará de una mayor prosperidad en el largo plazo, al igual que lo harán sus inversionistas, trabajadores, y la sociedad como un todo.

I.3.26

Otros expertos en economía, inversiones y finanzas, de talla mundial como Gold man Sachs, Salomon Brothers, Morgan Stanley y muchos otros, comparten la misma visión. Me gusta resumirlo con la frase: "It's also, good for the Business".

II. Estallido revolucionario, social y delincuencial de octubre 2019 en Chile

II.1

Chile, fue víctima de un grave estallido revolucionario, social y delincuencial, que desencadenó una crisis política, económica y social, con altos grados de vio-

[8] Las políticas de ESG se han consolidado por los expertos en economía y por empresarios y líderes de opinión, como elementos fundamentales para los proyectos económicos, ya no solo por colaborar con la protección de los ecosistemas y evitar o reducir los impactos negativos en el mismo, sino que por los positivos impactos en la comunidad y en evitar las enormes trabas de la denominada permisología y la conflictividad judicial, que hacen fracasar o hacer económicamen te inviables numerosos proyectos.

lencia y destrucción en el mes de octubre de 2019 en adelante, que hizo tambalear la continuidad del sistema democrático y el Estado de derecho, por medio de actos de extrema violencia y destrucción, dirigido en contra de diversos objetivos de alta significación social, en especial para la clase media del país. Fuerzas extremas de izquierda, nacionales con apoyo internacional, buscaban lograr la renuncia del presidente Sebastián Piñera y el cambio radical del sistema económico imperante, basado en la economía capitalista de mercado, por un sistema socialista de corte chavista. El presidente Sebastián Piñera, buscando una solución política de la crisis, convocó a las fuerzas políticas para firmar un acuerdo nacional por la paz, que se sustentara fundamentalmente en la dictación de una nueva *Constitución Política del Estado*, para lograr, con ello, apaciguar los ánimos de violencia y convocar a las amplias mayorías al diseño común de un modelo de desarrollo más equitativo. Esta crisis hoy año 2021, está aún en plena evolución y su resultado es incierto, al igual que las características que tendrá esta nueva *Constitución*. El fenómeno desencadenado de octubre de 2019 en adelante bien puede ser denominado la Revolución de Octubre, de carácter molecular disipada, siguiendo ideólogos modernos de la izquierda extrema radical internacional, pos Antonio Gramsci, tales como Félix Guattari, Ernesto Laclau, Chantal Mouffe y Naomi Klein.

II.2. Causas del estallido revolucionario, del estallido social y del estallido delincuencial

II.2.1. Causas del estallido social. Causas del estallido delincuencial

Es un grave error confundir las causas del estallido revolucionario, con las causas del estallido social y del estallido delincuencial. Están, por cierto, relacionadas, pero son diferentes.

El estallido revolucionario tiene sus causas en la metodología de la actual izquierda extrema radical pos Antonio Gramsci, de lograr alcanzar el poder, derrocando al presidente que haya sido elegido y que detente el cargo, mediante el uso de la fuerza extrema y la realización de numerosos ataques en forma simultánea, en objetivos estratégicos para dañar a los pobres y clase media, como el Metro y supermercados periféricos, y con una cobertura de alcance nacional para crear pánico y un estado de *shock* en las autoridades y población en general, con la finalidad que se acceda a la pretensión de poner término al gobierno y sea elegido un gobierno del pueblo, dirigido por el Partido Comunista, Socialista y en Chile, el Frente Amplio, contando con la ayuda y colaboración de los partidos comunistas y socialistas de la región, en especial de Cuba y Venezuela.

El estallido social, por su parte, se basa en el odio y descontento de las clases sociales menos favorecidas, las que tienen la convicción de que los podero-

sos las engañan, las roban y abusan, condenándolos a la pobreza, la discriminación, estimando necesario que se movilicen y hagan manifestaciones masivas para reclamar sus derechos atropellados. Por cierto, que la izquierda exacerba este odio en forma histórica y sistemática, pero con la irrupción masiva de las redes sociales su efecto se ha multiplicado, al igual que con una prensa en especial de la televisión, manifiestamente a favor de explotar estos conflictos, tanto por razones políticas como económicas.

El estallido delincuencial, por su parte, se debe a un mero aprovechamiento de este ambiente revolucionario y de desorden, en los que la autoridad policial se ve, por cierto, desbordada e imposibilitada de hacerle frente y evitar, en especial dado a que el Poder Judicial por razones ideológicas garantistas estima al delincuente una víctima de las injusticias de la sociedad, al que hay que entender, justificar y proteger, al igual que los parlamentarios y políticos de izquierda.

II.3. Negativo impacto internacional para Chile y en especial de la agenda económica, social y ambiental

La extrema violencia destructiva desatada a partir de octubre de 2019 en Chile, determinó que se debieran suspender dos eventos de gran transcendencia para el país, que se realizarían a fines del año 2019, entre los meses de noviembre y diciembre, la APEC y la COP25, produciendo un daño irreparable a la exitosa y dinámica agenda de desarrollo económico, social y ambiental que estaba implementando Chile, sufriendo el país un retroceso nunca antes experimentado en materia económica, social y ambiental, desde la revolución socialista de Salvador Allende de 1970.

II.4. Crisis económica y social producto de la crisis política de la Revolución de Octubre 2019

El impacto económico y social de la revolución comenzada en octubre de 2019, ha sido enorme, afectando el crecimiento económico, la inversión, el empleo, la calidad de vida y el sustento de millones de chilenos que han visto perder su fuente laboral y de vida, en forma tan dramática como abrupta, sufriendo los embates de la política de *shock*, de los ataques incendiarios y de violencia de barrios completos, en especial en el centro de Santiago, plaza Baquedano y en otras ciudades de Chile y en especial Valparaíso, que se muestra hoy como una ciudad asolada por una guerra, con vastos sectores por completo destruidos, todo, agravado por una administración de extrema izquierda del Frente Amplio, enemiga del capitalismo, de los empresarios y que ha instigado y justificado la violencia. Valparaíso, es un horrible ejemplo de lo que puede terminar Chile, en el corto

plazo, si el socialismo logra tomar el poder en Chile e imponer su nefasto sistema político y económico[9].

II.5. Crisis sanitaria y económica causada por la pandemia del COVID-19

Adicionalmente, a comienzos del año 2020 se detectó en la ciudad de Wuhan, China, los primeros casos de personas infectadas con el denominado virus COVID-19, que se propagó con rapidez por gran parte del mundo, causando numerosas muertes y contagios que determinaron que las principales economías del mundo, decretaran medidas de restricción de desplazamiento y de cierre de fábricas a toda clase de establecimientos de comercio y servicios presenciales, lo que produjo enormes problemas económicos en gran parte del planeta, incluyendo a Chile.

III. Evolución del sistema capitalista en el siglo XXI

III.1. El capitalismo no debe ser reemplazado, debe evolucionar a un capitalismo consciente o capitalismo social/ambiental

Solo el capitalismo es capaz de crear riqueza y sin riqueza o recursos económicos, no es posible lograr mayor bienestar social. Pero la riqueza ya no debe generarse sin tener en consideración aspectos ambientales y de impacto social, por el contrario, el sistema capitalista consciente debe saber conciliar la conservación ambiental y el bienestar social a través de las cada vez más numerosas formas y modelo de desarrollo moderno de ESG**.** La expresión capitalismo consciente fue acuñada y descrita por John Mackey y Raj Sisodia, en su libro de igual nombre C*apitalismo consciente***.** Tuve la fortuna de conversar sobre el tema con el propio Raj Sisodia en un encuentro de El Libero, en el club El Golf 40, habiendo ya leído el libro.

[9] Las Políticas de ESG, se han consolidado por los expertos en economía y por empresarios y líderes de opinión, como elementos fundamentales para los proyectos económicos, ya no solo por colaborar con la protección de los Ecosistemas y evitar o reducir los impactos negativos en el mismo, sino que por los positivos impactos en la comunidad y en evitar las enormes trabas de la denominada Permisología y la conflictividad judicial, que hacen fracasar o hacer económicamente inviables numerosos proyectos.

[10] El impacto de no atender con fuerza y con medidas modernas, eficientes y concretas a los problemas sociales en Chile y Latam, es enorme, y se debe actuar con sentido de urgencia en adaptar mejoras.

III.2. Capitalismo siglo XXI

La importante nueva orientación de la economía y las finanzas en las últimas décadas en el mundo desarrollado, no solo ha creado la economía y finanzas sustentables desde el aspecto Ambiental, sino que, además, ha creado un fuerte movimiento intelectual y académico para reformar el modelo capitalista de desarrollo, para hacerlo más armónico con los principios ambientales y con objetivos de mayor bienestar social. Dicha tendencia, si bien ha tenido manifestaciones desde hace varias décadas adquirió una mayor fuerza, en el año 2001, a raíz del otorgamiento del Premio Nobel de Economía al académico Josep Stiglitz, por su contribución a reformar el capitalismo y por el libro de los profesores de Chicago Raghuram Rajan y Luigi Zingales, que lo resumió en una notable frase: "Para salvar al capitalismo, de los capitalistas" (Editorial Pinguin Random House 2003).

III.3. Nuevas tendencias económicas que avalan compatibilizar economía con conservación y objetivos sociales

En los últimos años han surgido importantes tendencias económicas que impulsan una economía capitalista o de mercado que se preocupe del cuidado del ambiente y de su impacto social, bajo diversas denominaciones. Así es posible mencionar a la economía de valor compartido o Shared Value, de los profesores de Economía, ganadores del Nobel Michael E. Porter y Mark Kramer; el capitalismo consciente**,** de los académicos John Mackey y Raj Sisodia; las empresas B**;** capitalismo de triple impacto; capitalismo social; capitalismo progresista; empresas con principios de ESG, entre las más importantes. Estas nuevas tendencias son tan ampliamente difundidas en el mundo como poco conocidas en Chile, sin siquiera ser mencionadas, lo que ratifica el aislamiento intelectual y cultural que aún hoy experimenta Chile en ciertas áreas de gran importancia mundial, todo, por cierto, con importantes y destacadas excepciones.

III.4

Es notable que estas tendencias persiguen hacer compatible el desarrollo económico, con la conservación ambiental y el bienestar social de amplias mayorías postergadas, constituyendo una versión más avanzada de las políticas socialdemócratas, al incluir dentro de su foco principal, no solo los aspectos sociales, sino que los ambientales, siguiendo la fuerte tendencia mundial. En Chile, Joaquín Lavín ha causado gran conmoción por manifestarse socialdemócrata, habiendo sido un líder de la derecha y de la UDI. Esta conmoción, sin duda infundada y exagerada, teniendo en cuenta en especial lo antes mencionado, que denota que

el mundo intelectual y expertos en economía y finanzas, de primer nivel mundial, están adaptando el sistema capitalista tradicional, en forma importante[10].

IV. Implicancias políticas de la aplicación del modelo propuesto

Ahora, en la historia económica de los últimos dos siglos, han existido dos grandes tendencias, que han competido con fuerza su predominio y han separado literalmente al mundo entero, entre países partidarios de uno y otro sistema, incluso en forma física a través de un muro en la ciudad de Berlín, el cual, quien quisiera traspasar, en busca de la libertad de Occidente, era asesinado a balazos, por guardias comunistas. El capitalismo, por un lado, y el socialismo, por el otro. El progreso, bienestar y libertad, por un lado, y la muerte, opresión y cárcel, por la otra. No olviden la isla cárcel de Cuba de más de sesenta años. Por cierto, que los resultados de la aplicación de uno y otro sistema económico han sido dramáticamente distintos.

El socialismo, en especial luego de la caída del muro de Berlín, en el año 1989, experimentó su fracaso final, determinando la extinción o término de la URSS, como el último imperio totalitario socialista en lo económico existente en el mundo, teniendo, asimismo, muy importantes consecuencias geopolíticas, determinando que decenas de países que estaban bajo su tiranía, lograran su libertad e independencia. El costo en vidas de dicho sistema socialista/comunista, se estima en alrededor de 150 000 000. siendo con mucho el sistema político y económico que ha ocasionado más muerte, dolor y pobreza en toda la historia de la humanidad. Recomiendo leer *El libro negro del comunismo*, producto de una completa investigación de académicos universitarios de Europa que renunciaron al comunismo y socialismo al ver el horror causado, como Mauricio Rojas y Roberto Ampuero en Chile y tantos otros (Editorial Planeta y Espasa Calpe 1998).

El capitalismo, por su parte, ha sido lejos el sistema que mayor bienestar, desarrollo y riqueza ha jamás producido la humanidad, favoreciendo a grandes sectores sociales, solucionando graves problemas de bienestar social, evitando cientos de millones de muertes, ayudando a surgir a numerosos países, superar la pobreza, mejorar la infraestructura y prestaciones educacionales, de salud y previsionales, la cultura, el respeto de los DD.HH., incorporar a sectores postergados por razones raciales y culturales, incorporar a las mujeres en diversos

[10] Existe una fuerte tendencia de hacer evolucionar al capitalismo hacia versiones que busquen obtener utilidades financieras y económicas, aplicando principios sustentables de ESG. Es urgente y necesario tomar consciencia de ello y actuar en consecuencia, con convicción real, no por mero *Green Washing* o apariencia.

ámbitos antes vedados, entre tantos otros beneficios, que resulta muy difícil de sopesar y entender a cabalidad. El último logro alcanzado está constituido por el desarrollo de las vacunas para el COVID-19, logrado en tiempo récord y con enormes recursos humanos y materiales. Sin embargo, este enorme desarrollo y éxito del capitalismo no ha estado exento de graves problemas y defectos, de los que también adolece el socialismo, en mucha mayor medida, pero que no por ello deben ser ignorados, sino que superados o mejorados.

Por lo anteriormente expuesto, Chile debe asumir el liderazgo político en la difusión, enseñanza e implementación de la economía social de mercado sustentable, basada en ciencia y tecnología del siglo xxi, en áreas estratégicas de la economía, de alta rentabilidad económica y social.

Positivo impacto en la economía pos COVID-19 de la economía sustentable.

El COVID-19 ha generado una muy grave y extendida mundialmente crisis económica y social, en especial en los países de menores ingresos y de ingresos medios como Chile, en el cual la muy grave crisis económica y social generada por el COVID-19, se ha visto, además, agravada por la también grave crisis política, social y económica que se desencadenó con especial fuerza a partir del 19 de octubre de 2019, que no solo estuvo cerca de quebrar la continuidad del sistema democrático, sino que la violencia extrema desatada y el COVID-19, generaron la destrucción de 1 800 000. de empleos, fuentes de trabajo, emprendimientos, empresas y destruyó el sueño de gran parte de sus habitantes, en un frenesí desatado de fuego, violencia y destrucción no visto desde el gobierno del presidente Salvador Allende. En cuanto al empleo, debe tenerse presente que, si bien se han recuperado cerca de 800 000, la mayoría informales, es decir, no otorgan a estos trabajadores pensión ni atención de salud.

El impacto de la crisis económica y social de doble origen, político, primero, y, luego, sanitario, ha sido enorme y se han debido adoptar medidas muy excepcionales en ayuda de los más necesitados. Sin embargo, tales ayudas son solo temporales, es imposible que sean permanentes, ni siquiera los países más poderosos y ricos del mundo pueden dar estas ayudas en forma permanente. Por ello, se deben adoptar medidas que tengan un efecto en el más amplio espectro de personas que sea posible y realista, focalizándolas.

Chile enfrenta, en materia económica y social, muy graves problemas, que amenazan con volverse endémicos o permanentes, poniendo en serio riesgo no solo el bienestar de la mayoría de los habitantes del país, sino que la sobrevivencia de la democracia, del Estado de derecho y de las libertades personales.

En materia económica, adolece, en primer término, de un menor dinamismo del crecimiento económico, que de no solucionarse, agudizará el déficit fiscal (que ha aumentado hasta cerca del 50 % del PIB para el año 2021), aumentando los intereses, haciendo disminuir la inversión y, con ello, haciendo disminuir aún

más el crecimiento económico y con ello, la generación de recursos económicos al estado, impidiéndole cumplir con las cada vez más fuertes demandas de mejoramiento social, amenazando caer en una dramática espiral de pérdida de recursos fiscales, junto a un fuerte aumento de las expectativas y demandas de mayores beneficios sociales.

Otro grave problema económico que enfrentamos, es la falta de productividad y competitividad, conforme a los parámetros del siglo XXI, fundamentalmente por razones culturales, que hacen al chileno, menos responsable de sus actos; así como el escaso apego a la verdad y honestidad; a la ciencia; la falta de una educación de nivel internacional y a la falta de una economía sustentable.

En materia social, existe una cada vez más irritante e intolerante desigualdad, que se manifiesta con especial fuerza, al comparar el nivel de vida de los habitantes de las tres comunas de mayores ingresos de Santiago, con el nivel de vida de los habitantes de prácticamente todas las demás comunas de Chile, incluyendo las de las otras ciudades importantes, como Viña del Mar, Concón y de Concepción.

Es cierto que se ha avanzado mucho en el nivel de vida de los habitantes de Chile, en especial en los últimos treinta años, anteriores al año 2019, pero este aumento ha sido mucho más rápido y de mucha mayor magnitud y profundidad en estas pocas tres comunas de Santiago, que en todas las otras comunas del país, donde ha sido mucho más lento y de menor magnitud y profundidad.

Lo más irritante que causa enojo y frustración, es que no se es posible siquiera identificar alguna razón para que ello ocurra, salvo que los habitantes que gozan de este nivel de vida privilegiado, que, además, son muy poderosos e influyentes y de todo el amplio espectro político, no tienen realmente interés en mejorar la calidad de vida de sus connacionales menos privilegiados, ello, es inmoral, injusto y, causa odio social, resentimiento y como consecuencia, violencia nihilista, verbal y física.

Esta grave situación social ha sido aprovechada, y está siendo aprovechada en forma creciente por la extrema izquierda, PC, PS y FA, para no solo derrocar al presidente Sebastián Piñera, sino que, además, reemplazar de raíz, ya no solo el sistema neoliberal sino el sistema democrático y de libertad, reemplazándolo por un sistema socialista extremo latinoamericano.

Otro grave problema social que incuba y detona odio social en Chile, es la arraigada creencia que toda fortuna o prosperidad económica ha sido mal habida o ganada a través de trampas, engaños y privilegios, que, además, han condenado a la pobreza o, al menos, a menores ingresos, a las grandes mayorías nacionales. Ello, sin duda, es una exageración y no corresponde a la realidad que es el talento, el esfuerzo y el trabajo que, en general, hay detrás de las fortunas o mayores ingresos, sin embargo, hay que reconocer que existen en Chile casos de abusos e injusticias que deberían cambiar, no tolerarse y ser más severamente castigadas con sanciones penales.

V. Implicancias económicas y sociales de la aplicación del modelo propuesto

La aplicación en Chile de una economía social de mercado sustentable, basada en ciencia y tecnología del siglo xxi, permitiría avanzar en forma importante en la resolución de algunos sino todos, graves problemas económicos y sociales antes enunciados, con un alto y positivo impacto social transversal, es decir, que beneficiaría a todos los habitantes de Chile, y en especial, a los de menores ingresos, logrando una gran cohesión y adhesión social nacional que resulta muy oportuna y necesaria.

El impulso de la inversión y al crecimiento económico en Chile en los últimos años ha experimentado un explosivo crecimiento de la inversión en ERNC, que ha superado con creces no solo las expectativas, sino que a otras áreas más tradicionales de la economía, con una creciente fuerza e impulso. Al respecto me parece especialmente esclarecedor lo señalado por Michael Bloomberg en el Informe Climatescope 2020 New Energy Finance, en el sentido que habiendo analizado 137 naciones, concluyó que Chile es el país más atractivo para la inversión en energías renovables, destacando la solidez de sus políticas energéticas y su ambiciosa meta de 70 % de energía limpia para 2030.

El ministro de Energía de Chile, Juan Carlos Jobet, acogió con beneplácito los resultados del informe internacional, señalando:

> "este reconocimiento nos posiciona como el país más atractivo para invertir en energías limpias, demostrando la solidez del sector energético y nuestro marco regulatorio".

Agregando:

> "actualmente contamos con inversiones en construcción y desarrollo de energías limpias por casi US $ 30.000. millones. Seguiremos trabajando en esta dirección para hacer del sector energético uno de los pilares fundamentales de la recuperación económica de Chile".

El informe señala que Chile fue el país que recibió el cuarto mayor monto de inversión en energías renovables, con una entrada superior a los USD 14 000 millones. Solo lo encabezaban Brasil, India y México, todas de las más grandes economías a escala mundial.

El caso antes descrito, de la inversión en ERNC, es tan solo un ejemplo y además parcial, dado que se circunscribe fundamentalmente a la ERNC solar y eólica, siendo que Chile es potencia mundial en la generación de otras fuentes de ERNC tales como la geotermia, donde posee cerca del 40 % de los volcanes existentes en el mundo, una costa de más de cuatro mil kilómetros para la generación mareomotriz y las más competitivas condiciones para la producción

de hidrógeno verde. Países que solo cuentan con una capacidad mucho más limitada de generación, como, por ejemplo, Islandia, no solo se provee en un 100 % de geotermia, sino que exporta energía a países vecinos. En Islandia nadie paga por energía eléctrica ni calefacción domiciliaria, la que es gratis.

Como ya se ha mencionado, Van Jones, asesor del presidente Barack Obama en sus políticas ambientales y económicas, describe con mucha claridad los beneficios que se pueden generar de emplear criterios de economía sustentable, en su libro *The Green Collar Economy*, Editorial Harper One, 2008, en su capítulo cinco, denominado "The Future is Now", en el que distingue cinco grandes subsistemas o temas de la economía sustentable:

1) Energía.
2) Alimentación.
3) Basura.
4) Agua.
5) Transporte.

En cada uno de estos temas, propone acciones reales y concretas que son posibles de implementar mediante el enorme desarrollo de la ciencia y tecnología mundial al año 2008, que, por cierto, ha aumentado al día de hoy, año 2021. Este libro causó un gran impacto mundial y motivó numerosas acciones y proyectos de gran éxito en el mundo y en Estados Unidos, donde fue especialmente importante para paliar los dos grandes problemas económicos de USA a esa fecha, la falta de crecimiento y el desempleo. Dos grandes problemas económicos que enfrenta Chile, en especial poscrisis de octubre 2019 y pospandemia COVID-19.

Boom de inversiones extranjeras en proyectos de economía sustentable. El sobresaliente potencial en ERNC de Chile y su solidez financiera y económica, como lo ha dicho Michael Bloomberg, ha determinado que se materialicen enormes inversiones en Chile y permite sostener que, si se crean las condiciones adecuadas, debería generarse un boom de inversiones en proyectos sustentables en Chile, no solo en materia de energía sino en, al menos, los otros cuatro rubros mencionados por Van Jones, es decir: alimentación; basura (economía circular); agua y transporte. Hay otros temas muy atractivos, tales como remediación de pasivos ambientales; turismo ecológico; proyectos sustentables de ciencia aplicada; administración sustentable de municipios y de ciudades; ahorro energético; recuperación de ecosistemas dañados, etcétera.

Creación de cientos de miles de nuevos empleos. Estas inversiones en proyectos sustentables producen un muy positivo efecto en la creación de cientos de miles de trabajos, en nuevas ocupaciones, innovadoras, no tradicionales, antes inexistentes, relacionadas con estas nuevas tecnologías, que hacen crecer el mercado laboral en forma real y efectiva. Además, otra característica muy positiva, consiste en que estos nuevos empleos y habilidades antes inexistentes, se dan en

un nivel básico o de escaso nivel técnico, así como en niveles medios o intermedios y, también, a un alto nivel profesional especializado, todos dentro de empleos formales y, por consiguiente, con protección previsional y de salud[11]

Electricidad gratis para todos los habitantes de poblaciones pobres de Chile, ahora. Partiré con un ejemplo, que permitirá comprender a cabalidad y en forma concreta los positivos impactos que la aplicación de políticas económicas sustentables tendría en la población. Chile es una potencia mundial en ERNC. Ningún país del mundo tiene tanto potencial para la generación eléctrica a través de fuentes de ERNC que Chile y, además, a lo largo de todo el país. En los últimos años se han desarrollado y están operando decenas de importantes proyectos de generación eléctrica de ERNC, en el norte, centro y sur del país, pero en especial en el norte, que han permitido que en pocos años, Chile haya resuelto el antes, muy grave problema de generación de energía eléctrica, agudizado por el aumento de la actividad económica que hizo presagiar a importantes y connotados expertos que Chile sufriría graves problemas de falta de competitividad, inversión e, incluso, de suministro, sino se autorizaban nuevos proyectos de generación de combustible fósiles y de mega centrales de embalse como el paradigmático Proyecto de HidroAysén.

Sin embargo, afortunadamente, tales catastrofistas predicciones, estaban equivocadas. En su inmensa mayoría los exitosos proyectos de generación de energía limpia fueron concebidas, impulsadas, financiadas y operadas por grandes empresas transnacionales con muy escasa participación de chilenos en los cargos directivos. Ello es entendible dado que en Chile existe muy poco conocimiento de esta nueva realidad de la economía sustentable, incluso, al más alto nivel profesional, intelectual y empresarial, por cierto, con importantes y cada vez crecientes excepciones.

Esta cierta apatía y desinterés en estas materias por parte de las élites de Chile, es sorprendente, es cierto que la economía sustentable y las políticas de ESG, han adquirido una importancia creciente, con realización de seminarios y cursos, así como la creación de consultoras de buen nivel dedicadas al tema. Pero la brecha existente entre los países de mayor desarrollo y Chile en la importancia asignada es enorme y lo más grave, ni siquiera se tiene consciencia de que exista tal brecha o, bien, no se le otorga importancia alguna o muy marginal.

Este extraño fenómeno, que atribuyo a factores de cierta soberbia o arrogancia así como de lejanía cultural con la economía del siglo XXI e, incluso, al escaso nivel de manejo del inglés y del alemán, hacen que la economía susten-

[11] Con la aplicación del modelo propuesto, los más beneficiados serían las clases de menores ingresos pudiendo contar con numerosos nuevos puestos de trabajo de distintos grados de exigencia académica y serían beneficiados en forma mayoritaria con una mejor calidad de vida, por múltiples razones.

table no forme parte de los temas más debatidos en Chile, en especial en el ámbito de líderes políticos y de opinión en economía y finanzas, incluso de parte de connotados economistas que viven y hacen clases en las más importantes universidades y escuelas de economía del mundo, los que al hablar de Chile omiten su importancia, en general, salvo excepciones.

En Chile, el pensamiento por mucho más generalizado respecto de la economía sustentable, continúa siendo que la sustentabilidad es contraria e impide la obtención de utilidades o aumentar el valor accionario, único objetivo legal, corporativo e, incluso, social (así lo dijo Milton Friedman) de las empresas y en especial de las sociedades anónimas. Así lo piensan la inmensa mayoría de los controladores y directores de las empresas en Chile y así se lo han informado y reafirmado, históricamente sus talentosos abogados de los más prestigiosos estudios jurídicos nacionales, todo, con connotadas y crecientes excepciones.

Sin embargo, permítanme decirlo, están equivocados.

En el siglo XXI, la economía aplicada con criterios de sustentabilidad ambiental y social, es la que logra y seguirá logrando en forma creciente, las mayores utilidades y el mayor aumento del valor accionario de las empresas que lo apliquen. Cada día hay más y mayores ejemplos de ello, como ya se ha mencionado en los primeros párrafos de este artículo. No reconocerlo es un grave error y como dijo un exitoso empresario de Estados Unidos, asustado, correrán incluso el riesgo de ser encarcelados por cometer delitos económicos y ambientales en los próximos años, a sabiendas de los cambios experimentados por la economía a escala mundial.

Quizá el ejemplo más claramente dramático de los muchísimos existentes en el ámbito mundial, sea el caso de la familia Rockefeller y Exxon. La familia Rockefeller ha sido considerada la mayor fortuna jamás creada en la historia de la humanidad, sobre la base del combustible estrella del siglo XX, el petróleo La nueva generación de la familia decidió que Exxon debería cambiar su criterio de generación de valor de la empresa, explorando nuevas áreas de inversión en combustibles más amigables con el ambiente. No hubo acuerdo en ello con el tradicionalista directorio y ello motivó que, sorprendentemente, la familia Rockefeller demandara al directorio de Exxon que no estaba de acuerdo, ganado este espectacular arbitraje que se estudia, no solo en todas las escuelas de derecho y de economía de USA sino del mundo. Para agregar mayor dramatismo, luego, los tres hermanos que constituían la totalidad de la sucesión de la familia Rockefeller, vendieron la totalidad de sus acciones en Exxon, para reinvertirlas en energías renovables. Tuve el honor de poder comentar este caso con el propio David Rockefeller en persona cuando estuvo en Santiago, en el año 2015. Espectacular ejemplo, que es muy poco conocido en Chile, lo que emuestra la apatía y desinterés en estos importantes y apasionantes temas.

Igualmente resulta importante destacar como graves problemas sociales en Chile las desigualdades existentes en el nivel de prestaciones que reciben las personas, en materia de la mayor relevancia, tales como: salud, pensiones, educación y seguridad. Recomiendo leer el muy interesante libro del profesor de Economía, Germán Polanco *Humanizando la economía*... Ediciones Ta y Ta., 2019. Analizar estos importantes problemas sociales exceden con mucho el modesto ámbito de este artículo, pero sin duda deben ser mejorados a través de políticas públicas ambiciosas y con el concurso de todas las fuerzas políticas, con independencia del gobierno de turno y sin que la respectiva oposición obstaculice avanzar en su solución, como ha sido la oposición política que ha debido enfrentar el presidente Sebastián Piñera en especial en su segundo mandato, salvo algunas excepciones de parlamentarios que han apoyado proyectos por el interés superior del país y no de su respectivo partido político o intereses personales.

VI. Propuesta de acción

No cabe duda que Chile, al igual que gran parte de los países del mundo, continuará avanzando en desarrollar una economía y sistema político que sea cada vez más sustentable y social. Sin embargo, debemos acelerar en adoptar las medidas que deberán necesariamente ser primero estudiadas y analizadas antes de ser aplicadas, comenzando con realizar un debate a escala nacional, con la participación de expertos internacionales con experiencia en la materia.

Me permito sugerir, como una forma de impulsar este análisis en el ámbito nacional, que se organice un foro internacional sobre la materia, organizado por alguna institución internacional con experiencia en la organización y realización de estos encuentros, así como de los contenidos que sean estimados los de mayor relevancia y oportunidad para Chile.

A comienzos del año 2020, antes que se desencadenara la pandemia del COVID-19, estuve trabajando con la analista financiera de la oficina de Morgan Stanley, en la ciudad de San Francisco, USA, Lisa Durant, con la participación de un muy destacado profesor de Economía Sustentable de Stanford, en la organización de un foro sobre la importancia que tendría para Chile la implementación de una economía social de mercado sustentable, iniciativa que se suspendió por la pandemia, habiendo desarrollado un interesante y completo temario y presentación del foro.

En el análisis efectuado para el foro, se identificaron las siguientes temáticas:

– Consumo. Estimación y valoración de lo que realmente se necesita y el verdadero precio de ello teniendo en cuenta la salud. ¿Se puede vivir con menos y podría ser más?

– Desarrollo. Desarrollo consciente de ciudades inteligentes con lugares y espacios que permitan que las personas y los ecosistemas prosperen.
– Uso racional de los recursos. Los recursos son finitos y se necesita en forma urgente un uso racional y adecuado.
– Inversión en energías renovables. Continuar con el muy exitoso ciclo de desarrollo iniciado en Chile y en nuevas fuentes expandiendo su cobertura.
– Conservación de ecosistemas. Los ecosistemas deben ser conservados y adoptarse medidas para su regeneración, permitiendo que las personas disfruten de los parques y los espacios naturales, mejorando su calidad de vida.
– Tratamiento de los desechos y medidas de limpieza y remediación. Se debe avanzar en el tratamiento de los desechos en forma moderna en el ámbito nacional, así como la limpieza y remediación de lugares afectados con la contaminación y degradación.
– Salud. Se deben identificar y priorizar las medidas de salud que resulten más amplios teniendo en cuenta la importancia de la disposición de agua y alimentos libres de componentes tóxicos además de los remedios y tratamientos médicos.
– Recursos financieros. Se deben identificar los recursos financieros que puedan estar disponibles en especial en USA y Europa, para la materialización de la implementación de una economía social de mercado sustentable en Chile en forma amplia y a todo nivel.

Objetivos esperados para Chile con foro de economía social de mercado sustentable basada en ciencia y tecnología del siglo XXI.

– Invitar y recibir visita de líderes empresariales, economistas y líderes internacionales de políticas de economía sustentable en Chile.
– Establecer una comunidad de "grupos de expertos" con intereses compartidos e incentivar colaboración.
– Panel de expertos en sostenibilidad y prácticas ESG de empresas y finanzas de nivel internacional. Intercambio de experiencias.
– Análisis de problemas, oportunidades y desafíos de la adaptación a una economía social de mercado sustentable.
– Identificación y contacto con fondos de inversión en proyectos de capital de riesgo de una economía sustentable.
– Asociaciones estratégicas, colaboración y recursos entre Estados Unidos y Chile.
– Mesas redondas para el intercambio de ideas y la colaboración entre líderes y expertos internacionales y nacionales.

Palabras finales

El momento es ahora.

Chile, debe asumir hoy el liderazgo en la implementación y desarrollo de la economía social de mercado sustentable, basada en ciencia y tecnología del siglo xxi**,** para no solo avanzar significativamente en mejorar en forma real, efectiva y permanente la calidad de vida de todos los habitantes del país, sino que, además, para crear una épica nacional, en armonía con todos los demás países y sus habitantes, de emprender un camino común, con objetivos de bienestar comunes, como jamás se ha realizado en la historia de la humanidad.

Pero no solo se trata de mejorar la calidad de vida de los habitantes de Chile, se trata, además, de hacerlo, en armonía con las demás especies vivas con la que compartimos la misma y única biósfera del planeta, la que debemos preservar.

Las especies animales han convivido durante millones de años en forma armónica y sustentable con la biósfera, se han ayudado y colaborado en forma recíproca y con éxito.

Ha llegado el momento en que la especie humana, el *sapiens*, intente hacerlo ahora. Pero sin que ello signifique sacrificar el desarrollo económico y todo el bienestar material que ello produce.

Es el *momentum*, de la economía social de mercado sustentable, basada en ciencia y tecnología del siglo xxi.

Bibliografía

AlphaSense: "ESG/Sustainability: Are Companies Realizing Real ROI?". Disponible en www.alphasense.com/insights/esg-sustainability-roi [fecha de consulta: 13 de enero de 2020].

Banmericas (2020): "Former Obama Campaign Advisor Talks Latin America-Asia Opportunities - Hurdles". Disponible en www.bnamericas.com/en/interviews/former-obama-cam paign-advisortalks-latam-asia-business-opportunities [fecha de consulta: 20 de enero de 2020].

BloombergNEF (2019): "Climatescope 2019". Disponible en http://global-climatescope.org/ [fecha de consulta: 20 de enero de 2020].

Carpenter, Scott (2019): "The European Investment Bank Has Quit Fossil Fuels – But Borrowers Still Have Their Pick of Lenders". Disponible en www.forbes.com/sites/scottcarpenter/2019/11/18/the-europeaninvestment-bank-quits-fossil-fuels-but-borrowers-still-have-their-pick-oflenders/#4f0595037349 [fecha de consulta: 22 de enero de 2020].

Eccles, Robert and Klimenko Svetlana (2019): "The Investor Revoution". Disponible en https://hbr.org/2019/05/the-investorrevolution [fecha de consulta: 23 de enero de 2020].

"Financing the Future". Disponible en www.brunelpensionpartnership.org/wp-content/uploads/2019/11/HermesPublic-Engagement-Report-Q3-2019.pdf [fecha de consulta: 22 de enero de 2020].

Fukuyama, Francis (1992): *El fin de la historia y el último hombre* (Barcelona, Planeta).

Global Divestment Movement Continues to Accelerate. Rockefeller Brothers Fund. Disponible en www.rbf.org/news/global-divestmentmovementcontinues-accelerate [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].

Holger, Dieter, and Sardon ,Maitane (2020): "BlackRock Joins World's Largest Investor Group on Climate Change", Disponible en www.wsj.com/articles/blackrock-joins-worlds-largestinvestor-group-on-climate-change-11578594349 [fecha de consulta: 9 de enero de 2020].

Inaction over Climate Emergency 'Not an Option' Says UN Assembly Chief. UN News. Disponible en https://news.un.org/en/story/2020/01/1055171 [fecha de consulta: 10 de enero de 2020].

Institute for Energy Economics & Financial Analysis (2019): "IEEFA Report: Financial Case Builds for Fossil Fuel Divestment". Disponible en https://ieefa.org/ieefa-report-financial-case-builds-for-fossil-fuel-divestment/ [fecha de consulta: 13 de agosto de 2019].

Institute for Energy Economics & Financial Analysis (2020): "IEEFA Report: Black Rock's Fossil Fuel Investments Wipe US $90 Billion in Massive Investor Value Destruction". Disponible en https://ieefa.org/ieefa-report-blackrocks-fossil-fuelinvestments-wipe-us90-billion-in-massive-investor-value-destruction/ [fecha de consulta: 12 de enero de 2020].

IP&E. Rust, Susanna. "EU Sets Out Plan for Investor Sustainability Disclosure Rules". Disponible en www.ipe.com/eu-sets-out-plan-forinvestorsustainability-disclosure-rules/10029957.article [fecha de consulta: 7 de marzo de 2019].

IUCN (2017): "The World Now Protects 15% of Its Land, but Crucial Biodiversity Zones Left Out". Disponible en www.iucn.org/news/secretariat/201609/world-now-protects-15-its-landcrucial-biodiversity-zones-left-out [fecha de consulta: 10 de marzo de 2017].

Kurzweil, Ray (2005)**:** *The Singularity is Near* (New York, Penguin).

Meyer, Robinson (2019): "Investment Bankers Are Now Waging the War on Coal". Disponible en www.theatlantic.com/science/archive/2019/12/goldman-sachs-fighting climate-change-un/603760/ [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2019.

Paulson Institute. Disponible en www.paulsoninstitute.org [fecha de consulta: 27 de enero de 2020].

Polanco, Germán (2019): *Humanizando el capitalismo, el camino para que Chile alcance el desarrollo* (Santiago, Ediciones Ta y Ta).

Project Drawdown (2019): June 12, 2019. Disponible en www.drawdown.org/ [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2019].

Rockefeller Brothers Fund (2018): "Global Divestment Movement Continues to Accelerate". Disponible en www.rbf.org/news/global-divestmentmovement-continues-accelerate [fecha de consulta: 7 de enero de 2020].

Ross, Alice (2019): "Tackling climate change-an investor's guide". Disponible en www.ft.com/content/fa7a4400-d940-11e9-8f9b-77216ebe1f17 [fecha de consulta: 19 de septiembre de 2019].

Rust, Susanna (22012): EU Sets Out Plan for Investor Sustainability Disclosure Rules". Disponible en www.ipe.com/eu-sets-out-plan-for-investorsustainability-disclosure-rules/10 029957.article [fecha de consulta: 9 de febrero de 2020].

SolAbility (2019): "Do Sovereign Risk and Credit Ratings Really Reflect Investor Risks?". Disponible en http://solability.com/the-global-sustainable-competitiveness-index/sovereignbo nds-sustainability [fecha de consulta: 13 de enero de 2020].

UCLA. Grand Challenges Program. Disponible en www.grandchallenges.ucla.edu [fecha de consulta: 29 de enero de 2020].

UN News (2020): "Inaction over Climate Emergency 'Not an Option' Says UN Assembly Chief". Disponible en https://news.un.org/en/story/2020/01/1055171 [fecha de consulta: 12 de enero de 2020].

UNDP: Sustainable Development GOALS. Disponile en www.undp.org/org [fecha de consulta: 12 de enero de 2020].

World Economic Forum Davos (2020). Disponible en www.transformapartnering.com/davos-2020/ [fecha de consulta: 26 de enero de 2020].

Yale (2009): "The Coming Transformation". Disponible en www.environment.yale.edu/publications [fecha de consulta: 14 de enero de 2020].

HACIA UN DERECHO DEL CONSUMO SOSTENIBLE: UNA EVALUACIÓN PRELIMINAR DEL EJEMPLO FRANCÉS PARA CHILE[*]

TOWARDS A SUSTAINABLE CONSUMER LAW: A PRELIMINARY ASSESSMENT OF THE FRENCH EXAMPLE FOR CHILE

María Elisa Morales[**]
Sara Moreno[***]

Resumen: Este artículo ofrece una evaluación preliminar del derecho del consumo sostenible a partir de un análisis funcional comparado entre Francia y Chile. Examina el derecho a la información, la publicidad ambiental y la durabilidad de los bienes, identificando convergencias y divergencias, y proponiendo lecciones que podrían guiar una futura reforma chilena hacia un marco jurídico más sostenible.

Palabras clave: derecho del consumo sostenible, Francia, Chile.

---

[*] Esta traducción al español fue realizada por las autoras y corresponde a un trabajo originalmente escrito en inglés, titulado "Towards a Sustainable Consumer Law: A Preliminary Assessment of the French Example for Chile", que a la fecha de envío de este trabajo ha sido aceptado para publicación en *Sustainability Law - Comparative, Interdisciplinary and Intradisciplinary Perspectives*. Edited conference volume of the 4th Conference "Junges Nachhaltigkeitsrecht/ Young Sustainability Law 2025" (Nomos, 2025, forthcoming, open access), editado por Felix Aiwanger, Maximilian Götze, Biset Sena Güneş, Vincent Hoppmann, Hans Flemming Maltzahn y Antonia Sommerfeld. Las autoras agradecen especialmente a Diego Nichi Burgos por la adaptación formal del manuscrito a las reglas editoriales de esta revista.

[**] Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Académica del Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: maría.morales@uach.cl

[***] Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Académica de la Universidad del Maule. Correo electrónico: sgmoreno.f@gmail.com

Abstract: This article presents a preliminary assessment of sustainable consumer law through a functional comparative analysis of France and Chile. It explores consumer information rights, environmental advertising, and product durability, highlighting convergences and divergences. The study draws lessons from the French framework to inspire Chilean reforms and strengthen consumer protection by integrating sustainability as a legally protected interest.

Keywords: sustainable consumer law, France, Chile.

Introducción

La crisis climática ha puesto en evidencia la insuficiencia del derecho del consumo concebido en su versión clásica, centrado en restablecer el equilibrio entre consumidores y proveedores, pero sin integrar de manera sistemática la sostenibilidad como interés jurídico autónomo. En Chile, este déficit se refleja en normas de escasa aplicación práctica, mientras que, en Europa, y en particular en Francia, se ha avanzado hacia un marco en el que la protección de los consumidores se entrelaza con la protección ambiental.

Este artículo se propone dar un primer paso al realizar una microcomparación funcional entre los marcos normativos de Francia y Chile, con el objetivo de identificar convergencias, divergencias y posibles lecciones para el derecho chileno. Primero, se presentan las bases conceptuales del derecho del consumo sostenible y la pregunta de investigación que orienta el análisis. Luego, se describe el marco jurídico francés, con especial atención a sus mecanismos de información, control del *greenwashing* y garantías de durabilidad y reparabilidad, contrastándolo con las disposiciones chilenas. Para finalizar, se ofrecen reflexiones sobre las lecciones preliminares que podrían extraerse de la experiencia francesa para avanzar hacia un derecho del consumo sostenible en Chile.

I. Por qué el derecho tradicional del consumidor se queda corto ante la crisis climática: una perspectiva comparativa para inspirar una propuesta chilena

En Chile, la imagen ampliamente difundida del "cementerio de ropa del desierto de Atacama" muestra la acumulación masiva de prendas sin vender o desechadas en el norte del país, donde cada año se vierten toneladas de ropa de moda rápida y de segunda mano[1]. Esta imagen ilustra de manera cruda las consecuen-

[1] Véase, por ejemplo: Iporre (2023); *La Tercera* (2025).

cias de que la legislación en materia de consumo no integre consideraciones de sostenibilidad.

Este fracaso refleja la concepción tradicional del derecho del consumo como un conjunto de normas que abordan el desequilibrio estructural entre consumidores y proveedores. El consumidor es considerado la parte más débil, lo que justifica la intervención del Estado para proteger su libertad de elección y reforzar la autonomía privada. El derecho del consumo chileno se adhiere, en gran medida, a esta visión clásica. Aunque algunas disposiciones mencionan la protección del ambiente, su alcance es limitado y rara vez se aplican, lo que pone de relieve la necesidad de modernizar el marco jurídico.

Esta concepción clásica no reconoce la protección del ambiente ni la sostenibilidad como intereses jurídicos autónomos. Al dar prioridad a la elección individual y al restablecimiento del equilibrio entre las partes por encima de las consideraciones medioambientales, este marco legitima de manera implícita los estilos de vida de alto consumo, reforzando los patrones insostenibles de producción y consumo.

Lo anterior se explica porque el derecho del consumo surgió junto con el auge de la sociedad de consumo, en la que el consumo más allá de las necesidades básicas devino en fundamental para la vida social y económica. Como señalan Geraint Howells, Ian Ramsay y Thomas Wilhelmsson[2], el derecho del consumo refleja de forma casi exacta la estructura de la sociedad de consumo. En consecuencia, sus implicaciones ecológicas han quedado fuera del alcance normativo de este ámbito. La atención se ha centrado en la protección de los denominados derechos básicos de los consumidores[3], basados en el ideal liberal de la elección racional. Sin embargo, la crisis climática ha demostrado que este modelo es insuficiente: el consumo representa casi dos tercios de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero[4].

---

[2] Howells, Ramsay & Wilhelmsson (2018) p. 4.

[3] Los derechos básicos de los consumidores, tal y como los articuló por primera vez el presidente John F. Kennedy en su discurso de 1962 ante el Congreso de Estados Unidos, son: el derecho a la seguridad, el derecho a estar informado, el derecho a elegir y el derecho a ser escuchado.

[4] Ivanova *et al.* (2020) pp. 1-2. Añadiendo algunos datos estadísticos, el resumen para responsables de políticas del informe *Global Resources Outlook 2019* afirma: "la extracción y el procesamiento de los recursos naturales representan más del 90 % de la pérdida de biodiversidad mundial y de los efectos del estrés hídrico". Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente (2019). Más recientemente, se ha señalado que las emisiones de CO_2 basadas en el consumo se calculan restando las emisiones incorporadas en las exportaciones de las emisiones basadas en la producción de un país y sumando las asociadas a las importaciones. Esta medida atribuye la responsabilidad de las emisiones al consumo interno en lugar de a la producción territorial, lo que permite saber si un país es importador o exportador neto de emisiones de CO_2. Incluye las emisiones procedentes de la combustión de combustibles fósiles y los procesos industriales, pero excluye el cambio de uso del suelo, la deforestación y la aviación y el transporte marítimo internacionales. Véase Ritchie y Roser (2024).

Partiendo de este diagnóstico, la legislación actual en materia de consumo tiene por finalidad empoderar a la parte contractual más débil, reforzando su autonomía y su acceso al mercado[5]. Evelyne Terryn ha dicho que esto da lugar a una "legislación insostenible en materia de consumo"[6]: un sistema centrado en los consumidores como titulares pasivos de derechos económicos situados al final de la cadena de suministro[7].

Por lo tanto, es urgente un cambio hacia un enfoque más sistémico y holístico. Uno que aborde las consecuencias sociales, económicas y medioambientales del consumo. Una legislación sobre consumo sostenible puede seguir protegiendo la autonomía, pero solo si integra consideraciones intergeneracionales. Desde este punto de vista, la autonomía significa el derecho a elegir solo en la medida en que esas elecciones no perjudiquen el bienestar de los demás ni obstaculicen el uso regenerativo de los recursos[8]. Esto requiere no solo la transformación, sino, también, la redefinición de los derechos de los consumidores. Como sostienen Vanessa Mak y Evelyne Terryn, las políticas de sostenibilidad deben traducirse en normas jurídicas concretas[9]. Hans Micklitz va más allá y pide hacer borrón y cuenta nueva y diseñar un "nuevo derecho del consumo"[10].

En jurisdicciones como Chile, donde la legislación sobre consumo sostenible es aún incipiente, la atención se ha centrado en una inicial promoción de alternativas más ecológicas, sin incentivos normativos para reducir el consumo o fomentar comportamientos menos perjudiciales para el ambiente. La dimensión social, como la información sobre las condiciones laborales de la producción, también sigue estando muy descuidada.

A diferencia de lo que pasa en Chile, estas preocupaciones han comenzado a dar forma al derecho europeo del consumo, donde la sostenibilidad se está convirtiendo en un ámbito transformador[11]. La UE ha desarrollado una sólida agenda de consumo sostenible, con Francia a la vanguardia[12]. Por el contrario, es-

[5] Terryn (2023) p. 162.

[6] *Op. cit.* p. 186.

[7] *"Homo oeconomicus passivus"*. Reich & Micklitz (2014) p. 6.

[8] Terryn (2023) p. 186.

[9] Mak & Terryn (2020) p. 228.

[10] Micklitz (2019) p. 229.

[11] Grochowski (2021) p. 387.

[12] En el marco de la legislación de la UE, los Estados miembros han incorporado las directrices de la Unión sobre consumo sostenible. Sin embargo, Francia se ha convertido en la jurisdicción líder, yendo más allá de las propuestas de la UE en este ámbito. Terryn (2023) pp. 173-174. Desde 2014, la Ley 2014-344 relativa al consumo ("Ley Hamon") ha modificado el *Código del Consumo* para incluir, entre otras cosas, requisitos sobre la disponibilidad de piezas de repuesto para reparaciones. A pesar de sus numerosas modificaciones, la ley no introdujo prohibiciones explícitas sobre la obsolescencia programada; el art. 8 se limitó a obligar al gobierno a presentar un informe sobre la cuestión, que se entregó en abril de 2017: République Française (2017); Loi 2014-344, relative à la consommation (2014).

tos avances apenas están comenzando en la mayoría de los países en desarrollo, como Chile. Dada la urgencia de la crisis climática, la experiencia europea ofrece valiosas lecciones, en particular en lo que respecta a los enfoques que han demostrado ser eficaces o influyentes. Chile ha recurrido anteriormente de forma selectiva a la legislación europea, como las disposiciones francesas, no solo por su prestigio o, como en este caso, por su carácter pionero, sino, también, porque estas jurisdicciones comparten la misma tradición jurídica.

II. Enfoque metodológico y estructura del artículo

Este artículo presenta un estudio comparativo que busca contribuir al desarrollo del derecho del consumo chileno, mediante un análisis funcional entre los marcos normativos de Francia y Chile. En concreto, realiza una *microcomparación*[13] con el objetivo de fomentar una "mejor comprensión y mejora del derecho nacional"[14] y extraer lecciones que puedan servir como aportes para la elaboración de nuevas propuestas normativas o como base para una reinterpretación. Para ello, adopta el método funcional[15].

Es reconocido que con independencia de la motivación, el principio rector del funcionalismo permanece constante: solo las instituciones que cumplen la misma función son comparables de manera útil. Desde este punto de vista, *la función* actúa como *tertium comparationis*, es decir, el punto de referencia común para instituciones jurídicas distintas[16]. Esta suposición de comparabilidad se basa en una "presunción de similitud" o "universalismo", que postula que todos los sistemas jurídicos se enfrentan a problemas similares y llegan a soluciones funcionalmente equivalentes a través de diversos medios jurídicos[17]. Por lo tanto, un estudio comparativo funcional debe comenzar con una pregunta formulada en términos funcionales y no específicos del sistema[18].

Este método funcional se ajusta a la estructura tradicional de la investigación jurídica comparada, descrita por Jaakko Husa[19] en seis pasos:

i) formulación de una pregunta de investigación funcional,
ii) construcción del marco comparativo mediante la identificación de las jurisdicciones y áreas que se van a comparar,

[13] Zweigert & Kötz (1998) p. 184.
[14] David y Jauffret-Spinosi (2010) p. 29.
[15] Michaels (2006) p. 342.
[16] Zweigert & Kötz (1998) p. 34.
[17] *Op. cit*. p. 32.
[18] *Op. cit*. p. 36.
[19] Husa (2015) p. 140.

iii) descripción de las instituciones jurídicas objeto de comparación,
iv) enumeración de las similitudes y diferencias,
v) análisis y explicación de esos hallazgos y
vi) evaluación de los resultados de la comparación. Esta estructura guía el análisis que sigue a continuación.

III. Derecho del consumo sostenible: una microcomparación entre Francia y Chile

III.1. Dos aclaraciones preliminares

Antes de proceder con el análisis microcomparativo, es necesario hacer dos aclaraciones preliminares.

En primer lugar, hay que señalar que el derecho del consumidor no encaja en los límites tradicionales del derecho privado. Más bien, representa una clara manifestación de la crisis de *la summa divisio*. De hecho, ahora es posible argumentar que el derecho del consumidor constituye una disciplina jurídica autónoma, con su propio núcleo, fundamentos, principios y características esenciales. Entre ellas destaca su carácter interdisciplinario, ya que reúne elementos tanto del derecho privado como del derecho público en un único marco normativo[20]. Un ejemplo revelador es la Ley n.° 19496 de Chile sobre la protección de los derechos del consumidor, que funciona como el estatuto general de protección del consumidor. Esta ley abarca una amplia variedad de disposiciones: el cumplimiento contractual (art. 12, que obliga a los proveedores a respetar los términos y condiciones en los que se ofrecieron los bienes o servicios), el control de las cláusulas abusivas (art. 16 y siguientes), la regulación del organismo estatal encargado de su aplicación (art. 57 y siguientes) y las normas de procedimiento para la reparación judicial y administrativa. Es evidente que este cuerpo legislativo demuestra cómo la protección del consumidor reúne, en un único marco normativo, disposiciones que pertenecen tanto al derecho privado como al público.

Así, pues, el derecho del consumo opera en un ámbito en el que la autonomía está regulada y protegida y en el que el derecho público se cruza con objetivos más amplios de justicia. Esta interacción entre las normas públicas y privadas sustenta lo que podría denominarse una perspectiva binaria, que reconoce la "doble naturaleza" del derecho del consumo[21]. Esta doble naturaleza se hace aún más evidente en el llamado derecho del consumo sostenible, ya

[20] Morales (2020) pp. 557-558.
[21] Hondius (2012) pp. 168-170.

que implica la integración de un interés supraindividual e, incluso, público, a saber: la protección del ambiente.

En segundo lugar, en relación con el concepto de *derecho del consumo sostenible*, este estudio sigue de cerca las ideas propuestas por Evelyne Terryn. Según ella, el derecho del consumo sostenible requiere un enfoque jurídico más sistémico y holístico, que tenga en cuenta no solo las repercusiones económicas del consumo, sino, también, sus dimensiones sociales y medioambientales[22]. Si bien este enfoque puede seguir salvaguardando los derechos asociados a la autodeterminación de los consumidores, debe hacerlo desde una perspectiva intergeneracional e intrageneracional. Como señala la autora, el derecho a tomar decisiones de consumo solo debe preservarse en la medida en que esas decisiones no interfieran en la capacidad de los demás para llevar una buena vida, ni en la gestión sostenible y regenerativa de los recursos naturales[23].

Consideradas en su conjunto, estas aclaraciones proporcionan la base conceptual para el análisis microcomparativo. El presente estudio se propone demostrar que el reconocimiento del derecho del consumidor como disciplina autónoma e híbrida destaca su capacidad para integrar la protección del ambiente como un interés protegido legalmente, tradicionalmente abordado en el derecho público. Por lo tanto, un derecho del consumo sostenible debe implicar una reconfiguración de las categorías clásicas, garantizando que los derechos de los consumidores se ejerzan de manera que no comprometan la capacidad de los demás para llevar una buena vida ni socaven la integridad ecológica. Estas consideraciones guiarán la comparación posterior, cuyo objetivo es evaluar si los marcos normativos de Francia y Chile incorporan este cambio hacia un derecho del consumo que sea a la vez protector y transformador.

III.2. Formulación de la pregunta de investigación funcional

La pregunta de investigación es, por lo tanto, decisiva, pues define tanto el objeto como el alcance de la comparación[24]. Una pregunta cautelosa y bien delimitada ayuda a evitar diseños demasiado ambiciosos que corren el riesgo de dar lugar a resultados superficiales o a una falta de comprensión de las instituciones jurídicas extranjeras objeto de examen[25].

Partiendo de esta premisa metodológica, este estudio sigue un enfoque microcomparativo, entendido como una comparación centrada en problemas jurí-

[22] Terryn (2023) p. 186.
[23] *Ibid*.
[24] Morales (2025) p. 157.
[25] Husa (2015) pp. 142-143.

dicos específicos y no en sistemas jurídicos completos[26]. En consecuencia, la investigación trata de abordar la siguiente pregunta: ¿cómo incorporan la sostenibilidad los sistemas francés y chileno?[27]. En este marco, el análisis se centra en tres áreas específicas: el derecho a la información, la reparabilidad de los bienes duraderos y la publicidad.

III.3. Construcción del marco comparativo: Chile y Francia

Este estudio está siendo realizado por académicas chilenas en Chile con el objetivo de desarrollar una propuesta futura para mejorar la legislación chilena en materia de consumo. El estudio comienza con un examen del sistema jurídico chileno como principal punto de comparación. De acuerdo con la tendencia predominante en el derecho privado y de consumo chileno, el segundo sistema seleccionado es de origen europeo: Francia. Este sistema ofrece un ejemplo particularmente avanzado de derecho del consumo sostenible, ya que combina la aplicación de directivas clave de la UE con ambiciosas iniciativas nacionales. Francia ha acelerado su marco regulatorio en este ámbito desde 2020 a través de la Loi Anti-Gaspillage pour une Économie Circulaire (AGEC) y la Loi Climat et Résilience (LCR), que juntas ilustran un enfoque proactivo para integrar la sostenibilidad en la protección del consumidor.

Francia fue seleccionada no solo por su avance normativo, sino, también, porque ofrece una comparabilidad especialmente adecuada para Chile. Ambos países comparten la misma tradición jurídica, y el derecho chileno ha estado históricamente marcado por la influencia jurídica francesa, empezando por el *Código Civil*[28]. Esta compatibilidad jurídica permite obtener una visión comparativa más significativa que la que sería posible con jurisdicciones de otras familias jurídicas. Esta conexión histórica convierte a Francia en un caso a través del cual observar cómo la sostenibilidad ha remodelado progresivamente el derecho privado y de consumo europeo.

La sostenibilidad entró en la agenda del derecho contractual europeo ya en 2004, cuando el "Manifiesto sobre la justicia social en el derecho contractual europeo" declaró:

[26] Husa (2015) p. 145.

[27] Sostenibilidad entendida como desarrollo sostenible de acuerdo con su noción más difundida: "el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987).

[28] Caffera, Momberg & Morales (2024) p. 456.

> "es importante armonizar los principios generales de justicia social que rigen el orden del mercado con las normas destinadas a proteger los bienes públicos, como un medio ambiente saludable"[29].

Dos décadas más tarde, el derecho privado se considera cada vez más un espacio de transformación, en el que la sostenibilidad emerge como un nuevo ámbito normativo[30].

Desde 2008, la Unión Europea ha seguido una estrategia coherente en materia de consumo sostenible, en afinidad con las iniciativas de las Naciones Unidas. Entre las reformas clave se incluyen la ampliación de la directiva sobre diseño ecológico (2009), las revisiones del reglamento sobre la etiqueta ecológica (2009) y del reglamento sobre el sistema de gestión y auditoría medioambientales (2018), así como las políticas sobre contratación pública ecológica, la hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos (2011) y el plan de acción para la ecoinnovación (2011)[31].

Más recientemente, la legislación de la UE en materia de consumo ha situado la sostenibilidad en el centro de sus prioridades mediante nuevos instrumentos legislativos. El Reglamento (UE) 2024/1781 introduce requisitos de diseño ecológico para garantizar la sostenibilidad de los productos a lo largo de todo su ciclo de vida. La Directiva (UE) 2024/825 apoya la transición ecológica mejorando la protección y la información de los consumidores, al exigir la divulgación de información sobre la vida útil de los productos, su reparabilidad y la protección contra el *greenwashing*. La Directiva (UE) 2024/1799, la Directiva sobre el derecho a la reparación, promueve la reparación como un derecho de los consumidores. En conjunto, estos avances marcan un cambio hacia la integración de la protección del ambiente como interés jurídico en la legislación de la UE en materia de consumo.

Dentro de este marco más amplio, Francia destaca por ir más allá de las propuestas a nivel de la UE en materia de consumo sostenible[32]. Desde 2014, la Ley Hamon (Ley n.º 2014-344) exige que se incluya información sobre la disponibilidad de piezas de repuesto en el *Código de Consumo*. La Ley AGEC (Anti-Gaspillage pour une Économie Circulaire) introdujo posteriormente índices de reparabilidad y durabilidad para los dispositivos electrónicos. Por su parte, la Ley Grenelle 2 (Ley n.º 2010-788), actualizada hasta 2021, exige el etiquetado de la huella de carbono en los productos para involucrar a los consumidores y a las empresas en la acción climática[33]. La Ley Climat et Résilience (Ley n.º 2021-

[29] Grupo de Estudio sobre Justicia Social en el Derecho Privado Europeo (2004) p. 666.
[30] Grochowski (2021) p. 387. Véase Michaels, Ruiz Abou-Nigm & Van Loon (2021).
[31] Van Gool & Michel (2021) p. 2.
[32] Terryn (2023) pp. 173-174.
[33] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2010).

1104) reforzó aún más este marco al añadir los arts. L541-9-11 al C*ódigo de Medio Ambiente,* estableciendo una etiqueta de impacto medioambiental para los bienes y servicios .

En resumen, tanto las reformas a nivel de la UE como el caso avanzado de Francia se centran en dos áreas clave: el derecho a la información –entendido como la publicidad y la prohibición del *greenwashing*– y la reparabilidad y durabilidad de los bienes de consumo.

III.4. Análisis funcional comparativo de las obligaciones de información al consumidor y la durabilidad/reparabilidad de los productos en Francia y Chile

4.1. Francia

Para aclarar el análisis, el apartado sobre Francia se divide en dos partes: en primer lugar, una visión general del marco jurídico sustantivo y las iniciativas legislativas clave y, en segundo lugar, un examen de los mecanismos de aplicación y su eficacia prevista.

a) El enfoque francés de la legislación sobre consumo sostenible

Francia es reconocida como pionera en materia de legislación sobre consumo sostenible. Como señala cierta doctrina, el país ha ido más allá de los requisitos de la UE, estableciendo normas más ambiciosas e integrando la sostenibilidad de forma más profunda en su marco jurídico nacional[34]. El enfoque de Francia se estructura en torno a varios instrumentos jurídicos clave. Desde la perspectiva de la legislación sobre consumo, los más relevantes son la Loi Anti-Gaspillage pour une Économie Circulaire (AGEC)[35] y la Loi Climat et Résilience[36].

La Ley AGEC tiene por finalidad transformar la economía francesa de un modelo lineal a uno circular, eliminando los residuos y la contaminación desde la fase de diseño, poniendo fin a los plásticos de un solo uso para 2040, luchando contra la obsolescencia programada, promoviendo la reparación y la reutilización, y mejorando la información al consumidor. Se aplica a una amplia gama de sectores, incluidos los textiles, los envases, la electrónica y la construcción, y a todos los productos vendidos en Francia. Entre sus innovadoras medi-

[34] Terryn (2023) pp. 173-174.

[35] Loi 2020-105, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (2020).

[36] Loi 2021-1104, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (2021).

das se encuentran el Índice de Reparabilidad[37], que puntúa la facilidad de reparación de un producto en una escala del 1 al 10, y el Índice de Durabilidad[38], que indica la vida útil prevista de un producto. Con esta ley, Francia se convirtió en el primer país del mundo en prohibir la destrucción de bienes de consumo nuevos, pero sin vender.

La Loi Climat et Résilience se basa en este marco para introducir nuevas obligaciones medioambientales y clasificar explícitamente el *greenwashing* como una práctica comercial engañosa según la legislación francesa en materia de consumo. El art. 10 de la ley modifica el art. L121-2 del *Code de la Consommation*, ampliando la definición de prácticas engañosas para incluir:

i) Afirmaciones falsas o engañosas sobre las propiedades de un producto o servicio, especialmente en lo que se refiere al impacto medioambiental.
ii) Tergiversación del alcance de los compromisos de una marca, especialmente los relacionados con la sostenibilidad.

Otro avance importante es la introducción del Eco-Score francés, rebautizado oficialmente como Coste Ambiental (*Coût Environnemental*)[39], desarrollado en el marco de la Ley de Clima y Resiliencia para proporcionar a los consumidores datos estandarizados sobre el impacto ambiental de la ropa y los textiles. Aunque todavía se conoce comúnmente como Eco-Score, el sistema de etiquetado ahora muestra un valor numérico en lugar de una calificación alfabética, y los valores más bajos indican un menor impacto ambiental.

La metodología se basa en evaluaciones del ciclo de vida (LCA) e incorpora dieciséis indicadores medioambientales, entre los que se incluyen las emisiones de gases de efecto invernadero, el uso del agua y la tierra, el consumo de

[37] Décret 2020-1757, relatif à l'indice de réparabilité des équipements électriques et électroniques (2021).

[38] Décret 2024-316, relatif à l'indice de durabilité des équipements électriques et électroniques (2024).

[39] Décret 2025-957, relatif aux modalités de calcul et de communication du coût environnemental des produits textiles (2025), que debe leerse con el *Código de Medio Ambiente*, art. L541-9-11. El decreto define el costo medioambiental como una puntuación del impacto del ciclo de vida expresada en "puntos de impacto" (art. D.541-240) y se aplica a todos los textiles nuevos o remanufacturados comercializados en el mercado francés (art. D.541-241). Exige que el costo se ponga a disposición de los consumidores en el punto de venta y se publique en un portal designado por el gobierno con un desglose detallado por categoría de impacto y un coeficiente de sostenibilidad (arts. D.541-242-243). Los fabricantes, importadores y otros comercializadores deben cargar los datos y son responsables de su exactitud y actualización oportuna (arts. D.541-243(V)-244). Esta obligación complementa el art. L541-9-11 *del Code de l'environnement*, que exige que se facilite a los consumidores información visible, fiable y comprensible sobre el impacto medioambiental de los bienes y servicios a lo largo de todo su ciclo de vida, mediante el marcado, el etiquetado u otros medios adecuados.

energía y la toxicidad. Además de los factores técnicos, el sistema también evalúa prácticas como la agricultura sostenible, la liberación de microfibras y las estrategias de *marketing* que pueden fomentar el consumo excesivo, como los precios extremadamente bajos o la variedad excesiva de productos. Estos criterios permiten diferenciar entre marcas de moda ultrarrápida, convencionales y éticas, incluso cuando los procesos de producción son similares.

El etiquetado del costo medioambiental se aplicará a todos los productos textiles y de confección vendidos en el mercado francés, incluidos los comercializados por empresas extranjeras, y su cumplimiento será obligatorio a partir de 2026. Aunque actualmente es voluntario, las marcas ya pueden enviar sus propias puntuaciones a la plataforma pública. Sin embargo, una vez que comience la aplicación, también se permitirá a terceros publicar puntuaciones en nombre de una marca[40]. Esto supone un fuerte incentivo para que las empresas comuniquen datos precisos durante la fase voluntaria, a fin de evitar riesgos reputacionales o normativos.

Para apoyar la implementación, el ministerio francés de Transición Ecológica y Cohesión Territorial, en colaboración con otras agencias, ha lanzado Ecobalyse[41], una plataforma de código abierto para ayudar a las empresas a calcular y divulgar su coste medioambiental.

En el mismo sector, Francia ha llamado recientemente la atención con la Proposition de loi visant à réduire l'impact environnemental de l'industrie textile (Propuesta de ley para reducir el impacto medioambiental de la industria textil)[42]. Este proyecto de ley responde al importante daño medioambiental causado por la moda rápida (*mode éphémère*), que se caracteriza por la producción en masa, la rápida rotación de las colecciones y las agresivas estrategias de precios. Según la Agencia Francesa de Medio Ambiente y Gestión de la Energía

[40] Décret 2025-957, relatif aux modalités de calcul et de communication du coût environnemental des produits textiles (2025), "Art. D. 541-244.-". Cualquier persona física o jurídica podrá calcular y comunicar el costo medioambiental de una referencia de producto textil, basándose en los datos disponibles o en los datos estimados, de conformidad con todas las condiciones definidas en el art. D. 541-243. "Si el fabricante, importador o cualquier otro distribuidor determina por sí mismo el coste medioambiental de una de sus referencias de productos textiles o lo actualiza, dicho coste medioambiental será la información utilizada por cualquier persona que lo comunique voluntariamente. En su caso, esta última actualizará el coste medioambiental que haya comunicado previamente en un plazo no superior un mes.

Hasta el 1 de octubre de 2026, esta opción solo se aplicará si las personas a las que se refiere el artículo D. 541-243 han dado su consentimiento o han publicado el coste medioambiental en cuestión en el portal mencionado en el artículo D. 541-243".

[41] Ministère de la Transition Écologique.

[42] Disponible en www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000049284718/ [fecha de consulta: 29 de junio de 2025].

(ADEME)[43] "cada año se venden más de 100 000 millones de artículos en todo el mundo"[44]. Empresas como Shein ejemplifican este modelo al ofrecer miles de nuevos diseños diarios a precios ultrabajos, lo que fomenta el consumo excesivo de ropa no esencial.

Esta propuesta legislativa pretende ir más allá de la normativa existente. Obligaría a las plataformas de comercio electrónico a mostrar avisos destacados que informen a los consumidores sobre la huella medioambiental y social de las prendas, su origen geográfico y la disponibilidad de opciones de reparación o reciclaje. También prohibiría las afirmaciones comerciales engañosas, como *la livraison gratuite* (envío gratuito), y prohibiría la publicidad de las marcas de moda ultrarrápida en todos los canales de comunicación, incluidos los contenidos de los *influencers*.

Si bien el marco sustantivo esbozado anteriormente aclara las funciones y los objetivos de las disposiciones francesas, es esencial realizar un análisis separado de su aplicación. Distinguir los mecanismos que garantizan el cumplimiento pone de relieve el diseño institucional y el alcance práctico del sistema, lo que permite al lector ver no solo lo que exige la ley, sino, también, cómo se aplican y supervisan estos requisitos. Esta separación funcional hace que el análisis comparativo sea más transparente y facilita una evaluación más clara de cómo se podrían adaptar herramientas de aplicación similares a otras jurisdicciones.

b) Mecanismos de aplicación y proyecciones de eficacia

Estos instrumentos jurídicos no solo son ambiciosos en su contenido, sino, también, cuentan con mecanismos legales concretos para garantizar su cumplimiento. Entre ellos se incluyen sanciones económicas y restricciones a los productos y obligaciones claras para las empresas. Además, el fuerte apoyo público a estas regulaciones refuerza aún más su eficacia potencial.

La exposición de motivos oficial del proyecto de ley[45] destaca que la presión más urgente proviene de las importaciones de moda ultrarrápida, destacando

> "el auge de numerosas marcas denominadas de moda rápida... a la vanguardia de esta moda exprés, la empresa china de prêt-à-porter Shein cotiza una media de más de 7200 nuevos modelos de ropa al día"

[43] La ADEME es una agencia francesa que participa en la elaboración de políticas nacionales y locales para la transición ecológica. Véase www.ademe.fr/en/frontpage

[44] Propuesta de ley n.º 2129 (16.ª legislatura) (2024)

[45] Disponible en www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000049284718/ [fecha de consulta: 2 de julio de 2025].

y señalando que "la facturación de Shein aumentó un 900 % en solo tres años". Al identificar a Shein y otras plataformas asiáticas similares como emblemáticas de un modelo de negocio insostenible y de gran volumen, la legislatura plantea la necesidad de una aplicación rigurosa de la ley como esencial para frenar los daños medioambientales y sociales de este comercio. Este contexto explica el fuerte énfasis del proyecto de ley en las medidas fronterizas y las herramientas fiscales, allanando el camino para las estrictas sanciones y multas económicas que se derivan de ello.

Es significativo que los arts. 7 y 8 de la *Proposition de loi visant à réduire l'impact environnemental de l'industrie textile*[46] introduzcan una estrategia de aplicación dual que combina controles comerciales en las fronteras con desincentivos fiscales. El art. 7 exige al gobierno que, en el plazo de un año desde su promulgación, informe sobre

> "la aplicación de medidas especulares en las fronteras del mercado interior europeo para imponer normas sanitarias, sociales y medioambientales europeas a la importación de productos textiles *de moda rápida y* ultrarrápida",

y que considere

> "invertir la carga de la prueba para que el exportador deba demostrar que sus productos se han fabricado en condiciones que cumplen las normas europeas, prestando especial atención al respeto de los derechos humanos".

Este mecanismo condicionaría el acceso al mercado de la UE a una producción sostenible verificable, trasladando la carga de la prueba directamente a los exportadores. El art. 8 complementa este enfoque con la creación de un "impuesto sobre los pequeños paquetes de origen extraeuropeo", que grava

> "todos los paquetes de menos de 2 kg enviados a Francia por mercados, plataformas u operadores similares establecidos fuera de la Unión Europea y destinados a consumidores individuales".

El impuesto se calcula por paquete y se recauda con los mismos procedimientos y sanciones que el impuesto sobre el valor añadido, y los vendedores no pertenecientes a la UE deben designar a un representante registrado a efectos del IVA en Francia para cumplir y garantizar las obligaciones de pago. En conjunto, estas disposiciones se dirigen al modelo de importación de bajo costo y gran vo-

[46] Propuesta de ley destinada a reducir el impacto medioambiental de la industria textil (2025).

lumen característico de la moda ultrarrápida y establecen sanciones severas para garantizar su cumplimiento.

El proyecto de ley fue aprobado en la Asamblea Nacional por una abrumadora mayoría, con 337 votos a favor y solo uno en contra[47]. Aunque aún está pendiente de la validación de la Comisión Europea, ya se considera una de las respuestas legislativas más ambiciosas de Europa a las consecuencias medioambientales de la moda rápida.

Otro ejemplo convincente es la Loi Climat et Résilience. El proceso legislativo que dio lugar a esta ley reflejó un amplio consenso social, ya que incorporó 146 propuestas de la Convención Ciudadana por el Clima (Convention Citoyenne pour le Climat[48]). Este enfoque participativo no solo reforzó la legitimidad de la ley, sino que, también, reforzó su aceptabilidad social y su aplicabilidad a largo plazo.

En resumen, el marco jurídico francés no solo pretende ser exhaustivo, también está firmemente comprometido con la integración de la sostenibilidad en la legislación sobre consumo. Al combinar el empoderamiento de los consumidores, la responsabilidad de los productores y unos mecanismos de cumplimiento, Francia ofrece un modelo que merece la pena examinar en jurisdicciones como la chilena.

4.2. Chile

En el ámbito de políticas públicas, Chile ha adoptado una "Estrategia climática a largo plazo 2050"[49]. En este marco, uno de los avances legislativos más significativos ha sido la promulgación de la Ley Marco sobre Cambio Climático[50], publicada en junio de 2022. Sin embargo, estas políticas han tenido poco impacto en la legislación chilena en materia de consumo. Como se analizará más adelante, la Ley n.º 19496 sobre la Protección de los Derechos del Consumidor[51] contiene solo unas pocas disposiciones que reflejan una preocupación emergente por las cuestiones medioambientales, la mayoría de las cuales no se han aplicado en gran medida, a pesar de formar parte de la legislación desde hace varios años.

El art. 3, letra b), establece el derecho básico a "información veraz y oportuna" sobre los bienes y servicios, incluidos su precio y sus características pertinentes, pero no menciona explícitamente los atributos o impactos medioam-

[47] Senado, "Escrutinio público n.º 303, sesión del 10 de junio de 2025".

[48] Véase www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/

[49] Instrumento diseñado por el Ministerio de Medio Ambiente. Véase https://cambioclimatico.mma.gob.cl/estrategia-climatica-de-largo-plazo-2050/descripcion-del-instrumento/

[50] Ley n.º 21455, Ley Marco de Cambio Climático (2022).

[51] Ley n.º 19496, establece normas protección de los derechos de los consumidores (1997).

bientales, y no existe jurisprudencia que lo interprete en ese sentido. El art. 3, letra d), va más allá al incorporar expresamente la protección del ambiente en los derechos de los consumidores, pero tampoco se ha invocado en las decisiones judiciales.

Varias otras disposiciones tratan de garantizar la durabilidad y la fiabilidad de los productos. Los arts. 20 y 21 crean garantías legales para los bienes durables, dando a los consumidores la posibilidad de elegir entre la reparación, la sustitución o el reembolso cuando un producto es defectuoso o no funciona. Este mecanismo se utiliza en la práctica y puede ser aplicado por los consumidores contra los vendedores sin la intervención de abogados o autoridades estatales, lo que muestra cómo la ley opera como una herramienta de autoprotección en las disputas cotidianas.

Las sanciones también tienen una dimensión medioambiental. El art. 24 aumenta las sanciones por publicidad engañosa relacionada con afirmaciones medioambientales, pero los tribunales aún no lo han aplicado. Del mismo modo, el art. 28(f) prohíbe la publicidad engañosa que haga declaraciones falsas o ambiguas sobre el impacto medioambiental, la reciclabilidad o la reutilización de un producto, pero su aplicación judicial sigue siendo mínima.

Una enmienda más reciente, el art. 1(3), amplía la definición de información comercial básica para los bienes duraderos a fin de incluir la vida útil prevista del producto y el periodo durante el cual estarán disponibles las piezas de repuesto y los servicios técnicos, aunque todavía no se han registrado casos en los que se haya aplicado esta norma.

En conjunto, estas disposiciones demuestran que la legislación chilena en materia de consumo ya contiene mecanismos funcionalmente capaces de apoyar el consumo sostenible, pero su potencial sigue sin explotarse en gran medida en la práctica.

Más allá de la Ley de Protección al Consumidor, otras leyes chilenas también contribuyen a promover un consumo más sostenible al centrarse en productos y cadenas de suministro específicos. La Ley n.° 21368, conocida como Ley de Plásticos de Un Solo Uso y Botellas Plásticas[52], tiene por finalidad reducir los artículos desechables en los servicios de restauración, fomentar la reutilización y controlar el uso de botellas de plástico. Prohíbe todos los artículos de un solo uso para comer en el local y solo permite materiales certificados o reciclables para pedidos para llevar cuando el cliente los solicita. La ley también exige que los plásticos certificados sean fáciles de identificar para los consumidores y que las tiendas promuevan la venta de botellas retornables.

[52] Ley n.° 21368, regula la entrega de plásticos de un solo uso y las botellas plásticas, y modifica los cuerpos legales que indica (2021).

La Ley n.º 20920[53], establece normas que responsabilizan a los fabricantes e importadores de productos como pilas, aparatos electrónicos y envases de la gestión de los residuos generados tras su uso por parte de los consumidores[54]. También apoya el etiquetado ecológico y los sistemas de reciclaje organizados. Un ejemplo es la etiqueta voluntaria "elijo reciclar", que indica que un envase es reciclable en al menos un 80 % y tiene por objetivo ayudar a los consumidores a elegir productos más respetuosos con el ambiente, aunque la etiqueta aún se encuentra en fase de prueba.

III.5. Comparación funcional de la legislación sobre consumo sostenible en Francia y Chile

En esta sección se integra el análisis descriptivo y comparativo mediante el examen de ambas jurisdicciones bajo las mismas categorías funcionales. Se destaca cómo cada sistema jurídico aborda los problemas clave de la legislación sobre consumo sostenible y se permite una comparación paso a paso de sus enfoques.

5.1 Declaraciones medioambientales engañosas y *greenwashing*

Francia

La Loi Climat et Résilience clasifica explícitamente el *greenwashing* como una práctica comercial engañosa, modificando el art. L121-2 del *Code de la consommation* para prohibir "las afirmaciones falsas o engañosas sobre las propiedades de un producto o servicio, en particular en lo que se refiere al impacto medioambiental", y para cubrir la tergiversación del alcance de los compromisos de sostenibilidad de una marca.

[53] Ley n.º 20920, establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje (2016).

[54] Recientemente, los textiles fueron incorporados a la lista de productos prioritarios bajo la Ley Marco n.º 20920 sobre Gestión de Residuos, que establece como principal instrumento la Responsabilidad Extendida del Productor (REP). Este régimen obliga a los productores e importadores de ciertos bienes de consumo masivo –como neumáticos, envases y embalajes, aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, pilas, baterías y ahora también textiles– a organizar y financiar la recolección, tratamiento y valorización de los residuos derivados de su comercialización. La declaración de los textiles como producto prioritario constituye solo el primer paso en la implementación de la medida, ya que su plena vigencia dependerá de la dictación del respectivo Decreto de Metas y Otras Obligaciones Asociadas, que fijará las exigencias concretas de recolección y valorización que deberán cumplir los productores.

Chile

La Ley n.° 19496 prohíbe de manera similar la publicidad engañosa. El art. 28(f) prohíbe las afirmaciones falsas o ambiguas sobre el impacto medioambiental, la reciclabilidad o la reutilización de un producto. El art. 24 añade sanciones más severas para las afirmaciones medioambientales engañosas, pero ninguna de las dos disposiciones se ha aplicado de manera significativa.

Comparación

Ambos sistemas abordan formalmente el *greenwashing*, pero Francia establece una prohibición directa y aplicable, mientras que las normas de Chile siguen siendo en gran medida declarativas y han tenido poca aplicación judicial.

5.2 Información al consumidor y etiquetado medioambiental

Francia

Las obligaciones de información medioambiental son fundamentales en el marco francés. El art. L541-9-11 del C*ode de l'Environnement* establece una etiqueta de impacto medioambiental para los bienes y servicios. La Loi Anti-Gaspillage pour une Économie Circulaire (AGEC) exige la divulgación detallada de la durabilidad y reparabilidad de los productos, incluidos los índices de reparabilidad y durabilidad, y prohíbe la destrucción de los bienes de consumo no vendidos.

Chile

El art. 3(b) de la Ley n.° 19496 reconoce el derecho a una información veraz y oportuna, pero no exige explícitamente datos medioambientales. Una reforma de 2022 al art. 1(3) exige a los vendedores que informen a los consumidores sobre la vida útil prevista de un producto y la disponibilidad de piezas de repuesto y servicios técnicos, pero no hay constancia de que se haya aplicado. Los programas voluntarios, como la etiqueta "elijo reciclar" de la Ley de Reciclaje (n.° 20920), indican la reciclabilidad, pero siguen en fase piloto.

Comparación

Francia ofrece un régimen de etiquetado obligatorio y completo, así como índices medibles, mientras que Chile se basa en obligaciones de información general y etiquetas voluntarias.

5.3 Durabilidad y reparabilidad de los productos

Francia

La Ley AGEC obliga a los productores a divulgar y, en algunos casos, garantizar la durabilidad y reparabilidad de los productos. Los consumidores pueden basarse en índices de durabilidad y reparabilidad para tomar decisiones informadas, y los productores tienen la obligación clara de proporcionar piezas de repuesto e información sobre reparaciones.

Chile

Los arts. 20 y 21 de la Ley n.º 19496 otorgan a los consumidores el derecho a la reparación, sustitución o reembolso de los bienes duraderos defectuosos. Estas garantías se utilizan ampliamente y pueden ser exigidas de manera directa por los consumidores sin representación legal, pero no imponen obligaciones más amplias para mejorar la vida útil de los productos. Además, la legislación chilena no crea incentivos para que los consumidores se decanten por la reparación o los productos duraderos. Dado que pueden optar libre y fácilmente por el reembolso o un nuevo artículo cuando se produce un defecto, el derecho a la reparación sigue siendo secundario y menos atractivo en la práctica.

Comparación

Ambos sistemas reconocen la durabilidad como un interés de los consumidores, pero Francia la transforma en obligaciones exigibles a los productores, mientras que Chile la enmarca principalmente como una solución posterior al defecto, en la que la facilidad de los reembolsos o las sustituciones hace que la reparación sea una opción menos utilizada.

5.4 Prevención de residuos y controles de la moda rápida

Francia

Francia prohíbe la destrucción de bienes de consumo no vendidos y ha presentado la Proposition de loi visant à réduire l'impact environnemental de l'industrie textile, que se centra en la moda ultrarrápida con medidas fronterizas y un impuesto sobre los paquetes pequeños procedentes de fuera de la UE. El art. 7 exige "medidas especulares" para imponer las normas medioambientales de la UE a las importaciones e, incluso, propone invertir la carga de la prueba, de modo que los exportadores deban demostrar el cumplimiento de las normas medioambientales y de derechos humanos. El art. 8 establece un impuesto sobre los paquetes de menos de 2 kg enviados por plataformas no pertenecientes a la UE, que se recauda siguiendo los mismos procedimientos que el IVA.

Chile

La legislación chilena no contiene ninguna prohibición equivalente sobre la destrucción de productos no vendidos ni ninguna regulación directa de la moda rápida. Los principales instrumentos de reducción de residuos son sectoriales: la Ley n.º 21368 prohíbe los plásticos de un solo uso en los servicios de restauración, mientras que la Ley de Reciclaje n.º 20920 crea una responsabilidad extendida del productor para determinados productos y fomenta el etiquetado ecológico y el reciclaje.

Comparación

Francia adopta medidas específicas para reducir los residuos textiles y frenar el impacto medioambiental de la moda rápida, mientras que Chile se basa en leyes más amplias de gestión de residuos que no son específicas para los consumidores y cuyos destinatarios son los productores.

Además, Francia ha iniciado la regulación de la industria de la moda rápida mediante propuestas legales específicas que restringen la publicidad e imponen obligaciones relacionadas con la sostenibilidad a las plataformas. Chile no ha introducido iniciativas comparables.

Reflexiones y lecciones para Chile

Esta comparación revela diferencias significativas en el diseño jurídico, la aplicabilidad y la ambición. Chile ha introducido algunas consideraciones medioambientales en su legislación sobre consumo, pero estas siguen siendo modestas y rara vez se aplican. Por el contrario, incluso dentro de los límites de este análisis preliminar, Francia ofrece un marco jurídico más completo y aplicable, que sitúa la sostenibilidad en el centro de la protección del consumidor.

Varios factores pueden explicar por qué Chile aún no ha adoptado normas igualmente estrictas. Una razón fundamental es la falta de voluntad política, lo que puede entenderse a la luz de la condición de economía en desarrollo del país. Las prioridades políticas han tendido a centrarse en cuestiones percibidas como más urgentes, como la seguridad pública y la migración. Las influencias culturales también desempeñan un papel importante. Chile ha estado marcado durante mucho tiempo por la fuerte influencia cultural y económica de Estados Unidos, especialmente desde la dictadura que comenzó en 1973, momento desde el que se reforzaron los ideales capitalistas orientados al mercado. Estos factores históricos y culturales ayudan a explicar tanto el escaso interés por la legislación en materia de consumo sostenible como la débil aplicación de las pocas disposiciones medioambientales que existen.

Para Chile, la implicación es clara: integrar la sostenibilidad en la legislación sobre consumo requiere obligaciones exigibles para los productores, la modulación de algunos derechos de los consumidores y mecanismos reguladores coherentes. Si bien Francia no ofrece un modelo que pueda replicarse mecánicamente de manera íntegra sin variaciones, su experiencia proporciona un ejemplo inspirador y compatible de cómo una transformación legal significativa es necesaria y factible.

De cara al futuro, destacan ciertos puntos de partida para la reforma. La necesidad más apremiante es reforzar el etiquetado medioambiental obligatorio y las obligaciones de información veraz, garantizando que los consumidores reciban datos claros y verificables sobre la durabilidad de los productos y su impacto medioambiental.

Francia demuestra el valor de pasar de disposiciones ambiciosas a normas jurídicas vinculantes, respaldadas por herramientas cuantificables como los índices de reparabilidad y durabilidad. Ha desarrollado un sistema estructurado de etiquetado medioambiental, ha abordado la obsolescencia programada, ha introducido medidas de prevención de residuos y ha regulado la moda rápida. Es importante destacar que estas reformas gozan de una fuerte legitimidad pública, como lo demuestra el papel de la Convención Ciudadana por el Clima en la elaboración de la Loi Climat et Résilience.

No obstante, cualquier propuesta de trasplante legal debe basarse en un análisis más detallado y específico del contexto. Es esencial realizar más investigaciones desde dentro de Francia para comprender el funcionamiento preciso y el impacto de sus instrumentos jurídicos. Este artículo ofrece tan solo una perspectiva preliminar destinada a orientar y fomentar la investigación y el desarrollo de políticas en el futuro.

Bibliografía

Caffera, Gerardo, Momberg, Rodrigo & Morales, María Elisa (2024): "Legal Transplants: A Case Study of Private Law in Its Historical Context", in Siems, M. & Yap, P.J. (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 453-474.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2010): "Metodologías de cálculo de la huella de carbono y sus potenciales implicaciones para América Latina". Disponible en https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5475cea4-6e9d-4a76-841b-b71a13b7ac37/content [fecha de consulta: 29 de junio de 2025].

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987): World Commission on Environment and Development: "Nuestro futuro común: Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo". Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/139811?ln=es[fecha de consulta: 29 de junio de 2025].

David, René y Jauffret-Spinosi, Camille (2010): *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de Alfredo Sánchez y Jorge Sánchez (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).

Grochowski, Mateusz (2021): "European Consumer Law after the New Deal: A Tryp tich", *Yearbook of European Law*, vol. 39, pp. 387-422.

Grupo de Estudio sobre Justicia Social en el Derecho Privado Europeo (2004): "Social Justice in European Contract Law: a Manifesto", *European Law Journal*, vol. 10.

Howells, Geraint, Ramsay, Ian & Wilhemsson, Thomas (2018): "Consumer Law in its International Dimension", in Howells G., Ramsay, I. & Wilhelmsson, T. (eds.), *Hand book of Research in International Consumer Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, second edition).

Hondius, Ewoud (2012): "The Innovative Nature of Consumer Law", *Journal of Consumer Policy,* vol. 35.

Husa, Jaakko (2015): *A new introduction to comparative law* (Dublin, Bloomsbury).

Iporre Nicole (2023): "El desierto del norte chileno que se convirtió en el basurero de la ropa usada". Disponible www.latercera.com/tendencias/noticia/el-desierto-del-norte-chile no-que-se-convirtio-en-el-basurero-de-la-ropa-usada/NLUEXOSIA FHCHPO54KXKI KYPHM/ [fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

Ivanova, Diana *et al*. (2020): "Quantifying the potential for climate change mitigation of consumption options", *Environmental Research Letters*, vol. 15 number 9.

La Tercera (2025): "El desafío de transformar el desierto de ropa en el norte de Chile",. Disponible en www.latercera.com/laboratoriodecontenidos/noticia/el-desafio-de-transformar-el-desierto-de-ropa-en-el-norte-de-chile/NGHA3CAFMJC3HLG VEVXGRRB5SY/ [fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

Mak, Vanessa & Terryn, Evelyne (2020): "Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law", *Journal of Consumer Policy,* vol. 43.

Michaels, Ralf (2006): "The Functional Method of Comparative Law", in Reimann, M. & Zimmermann, R. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press).Micklitz, Hans (2019): "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, Issue 6: pp. 229-237.

Michaels, Ralf, Ruiz Abou-Nigm, Verónica & Van Loon, Hans (2021): *The Private Side of Transforming our World UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law* (Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia).

Ministère de la Transition Écologique (2024): *Calculez le coût environnemental de vos produits* [Calcule el costo medioambiental de sus productos]. Disponible en https://ecobalyse.beta.gouv.fr

Morales, María Elisa (2020): "El lugar del derecho del consumo en la summa divisio de las disciplinas jurídicas", en Mendoza, P. y Morales, M.E. (dirs.), *Estudios de derecho pri-*

vado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado (Santiago, DER Ediciones).

Morales, María Elisa (2025): "Derecho comparado. Una primera aproximación", *Actualidad Jurídica*, n.° 51.

Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente (2019): "Perspectivas de los recursos mundiales 2019: Recursos naturales para el futuro que queremos (Panel Internacional de Recursos, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, marzo de 2019)" (Resumen para responsables de políticas). Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30797/EGR2019.pdf [fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

Reich, Norbert & Micklitz, Hans (2014): "Economic Law, Consumer Interests and EU Integration", in Reich, N., *European Consumer Law*, 2.ª ed. (Cardiff, Intersentia).

République Française (2017): *Rapport au Parlement sur l'obsolescence programmée. sa définition juridique et ses enjeux économiques*. Disponible en www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000268.pdf [fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

Ritchie, Hannah y Roser, Max (2024): "Emisiones de CO_2 basadas en el consume". Disponible en https://ourworldindata.org/grapher/consumption-co2-emissions [fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

Terryn, Evelyne (2023): "Can Consumer Law Become Sustainable?", in Micklitz, H.; Twigg-Flesner, C. (eds.). *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe* (London, Hart Publishing).

Van Gool, Elias & Michel Anaïs (2021): "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol 10, Issue 4.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein (1998): *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, third edition).

Legislación

Francia

Décret 2020-1757, relatif à l'indice de réparabilité des équipements électriques et électroniques, 29 décembre 2020. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042837 821

Décret 2024-316, relatif à l'indice de durabilité des équipements électriques et électroniques, 5 avril 2024. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000049375942

Décret 2025-957, relatif aux modalités de calcul et de communication du coût environnemental des produits textiles, 6 septembre 2025. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2025/9/6/TECD2515462D/jo/texte

Loi 2014-344, relative à la consummation, 17 mars 2014. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028738036

Loi 2020-105, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, 10 février 2020. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041553759/

Loi 2021-1104, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, 22 août 2021. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043956924

Propuesta de ley n.º 2129 (16.ª legislatura), *Propuesta de ley destinada a reducir el impacto medioambiental de la industria textil*, Asamblea Nacional, presentada el 30 de enero de 2024. Disponible en www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b2129_proposition-loi

Propuesta de ley destinada a reducir el impacto medioambiental de la industria textil (2025). Senado, texto n.º 136 (2024-2025) modificado el 10 de junio de 2025, arts. 7-8. Disponible en www.senat.fr/leg/tas24-136.html

Senado, "Escrutinio público n.º 303, sesión del 10 de junio de 2025", sobre el conjunto de la propuesta de ley destinada a reducir el impacto medioambiental de la industria textil. Disponible en www.senat.fr/scrutin-public/2024/scr2024-303.html

Chile

Ley n.º 21455, Ley Marco de Cambio Climático, 13 de junio de 2022

Ley n.º 19496, Establece Normas Protección de los Derechos de los Consumidores, 7 de marzo de 1997.

Ley n.° 20920, Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, 1 de junio de 2016.

Ley n.° 21368, Regula la Entrega de Plásticos de un Solo Uso y las Botellas Plásticas, y Modifica los Cuerpos Legales que Indica, 13 de agosto de 2021.

LA DIRECTIVA DE DEBIDA DILIGENCIA EN SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA: EQUILIBRIO ENTRE SOSTENIBILIDAD Y COMPETITIVIDAD LECCIONES DESDE LA CSDDD Y EL DEBATE EUROPEO SOBRE EL PAQUETE DE SIMPLIFICACIÓN

THE CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE: BALANCING SUSTAINABILITY AND COMPETITIVENESS LESSONS FROM THE CSDDD AND THE EUROPEAN SIMPLIFICATION PACKAGE DEBATE

> [...] Partiendo de la labor que iniciamos en Versalles y proseguimos en Granada y Bruselas, y basándonos en la Agenda Estratégica, lograremos que la Unión sea más competitiva, productiva, innovadora y sostenible asegurando al mismo tiempo la cohesión económica, social y territorial y velando por la convergencia y por unas condiciones de competencia equitativas tanto dentro de la Unión como a escala mundial.
>
> Declaración de Budapest sobre el Nuevo Pacto para la Competitividad Europea, 8 de noviembre de 2024.

Lorena Recabarren Silva[*]
Stelios Andreadakis[**]

[*] Abogada y cientista política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster y Doctora en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Subsecretaria de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2018-2022. Socia fundadora de VRB Litigación, Compliance y Tecnología (2022). Profesora en materia de gobierno corporativo y sostenibilidad en la Facultad de Derecho y en el Magíster de Derecho de la Empresa en la Universidad del Desarrollo y de derecho constitucional en la Universidad Nacional Andrés Bello. Correo electrónico: lorena.recabarren@udd.cl

[**] Profesor asociado (*Reader*) en Derecho Corporativo y Financiero, Brunel Universidad de Londres. Profesor investigador, Universidad de Desarrollo, Chile. Abogado Universidad de Atenas, Grecia. Magister y Doctorado en Derecho por la Universidad de Leicester, Inglaterra. Correo electrónico: stylianos.andreadakis@udd.cl

Resumen: El debate europeo sobre la Directiva de Debida Diligencia en Sostenibilidad Corporativa (CSDDD) y el paquete de simplificación Ómnibus I refleja la tensión entre la sostenibilidad y la competitividad. Este artículo examina cómo la Unión Europea intenta equilibrar altos estándares ambientales y sociales con la necesidad de mantener la competitividad económica. A partir de esta experiencia, se analizan los desafíos y oportunidades que este debate plantea para Chile, considerando su estructura exportadora y su marco regulatorio emergente en materia de sostenibilidad corporativa. Se propone que el equilibrio es posible si se adoptan principios de proporcionalidad, gradualidad y gobernanza coherente, transformando la sostenibilidad en una ventaja competitiva más que en una carga regulatoria.

Palabras clave: CSDDD, sostenibilidad corporativa, competitividad, debida diligencia, Unión Europea, Chile.

Abstract: The European debate on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) and the *Omnibus I* simplification package reflects the tension between sustainability and competitiveness. This article examines how the European Union is attempting to balance high environmental and social standards with the need to maintain economic competitiveness. Based on this experience, the challenges and opportunities that this debate poses for Chile are analysed, considering its export structure and its emerging regulatory framework on corporate sustainability. It is proposed that striking a balance is possible if the principles of proportionality, gradualism and coherent governance are adopted, transforming sustainability into a competitive advantage rather than a regulatory burden.

Keywords: CSDDD, corporate sustainability, competitiveness, due diligence, European Union, Chile.

Introducción

La aprobación de la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa (en adelante, la Directiva sobre Debida Diligencia o simplemente CSDDD, por su sigla en inglés)[1], marca un punto de inflexión en la evolución del derecho empresarial europeo. Esta norma consolida un modelo

[1] Unión Europea (2019).

de responsabilidad preventiva, que obliga a las grandes empresas a identificar, prevenir y mitigar los impactos negativos de sus actividades sobre los derechos humanos y el ambiente, transformando la sostenibilidad en una obligación jurídica y no meramente voluntaria. Este paradigma, basado en la gestión del riesgo y la transparencia a lo largo de las cadenas globales de valor, redefine la relación entre el Estado, las empresas y la sociedad.

Chile, como economía abierta y fuertemente integrada a los mercados internacionales, no puede permanecer al margen de esta transformación. La entrada en vigor de la Ley n.° 21595 sobre Delitos Económicos[2] y atentados contra el ambiente, junto con las exigencias de divulgación no financiera impulsadas por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), evidencia una convergencia hacia modelos normativos similares, que sitúan la debida diligencia y el cumplimiento preventivo en el centro de la gobernanza empresarial.

De ahí la pregunta que da origen a este artículo: ¿es posible equilibrar desarrollo sostenible y sostenibilidad corporativa con niveles de competitividad adecuados para que las empresas puedan desarrollarse y desplegarse ampliamente?

A partir de esta interrogante, que resuena fuerte en el contexto chileno, se busca identificar las lecciones que Chile puede recoger de la experiencia europea en esta materia, así como describir los principales efectos prácticos que la nueva normativa tendrá sobre las empresas nacionales insertas en cadenas de valor globales, particularmente europeas, cuyos impactos ya comienzan a hacerse visibles.

Con ese objetivo, el análisis se estructura en tres ejes centrales:

a) Los aprendizajes que ofrece la experiencia europea sobre cómo articular exigencias de sostenibilidad social y ambiental con simplificación y coherencia regulatoria.
b) La relevancia de esos aprendizajes para Chile, considerando su estructura productiva y exportadora, así como su marco normativo vigente.
c) Las condiciones para alcanzar un equilibrio entre sostenibilidad y competitividad en el contexto nacional, de modo que las empresas no queden excluidas de los mercados internacionales y, al mismo tiempo, avancen en la protección de los derechos humanos y del ambiente, conforme a los Principios Rectores de Naciones Unidas (2011)[3] y las directrices de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable (2023)[4].

Para responder a estas preguntas, el artículo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar, se ofrece una panorámica del contexto normativo eu-

[2] Ley n.° 21595 sobre Delitos Económicos y Medioambientales (2023).
[3] Naciones Unidas (2011).
[4] OCDE (2023).

ropeo, situando la CSDDD dentro del debate político y regulatorio que la acompañó, con especial atención a las tensiones entre sostenibilidad y competitividad.

En segundo lugar, se analiza el marco chileno en materia de sostenibilidad corporativa, aún fragmentario y difuso, centrado principalmente en el cumplimiento penal, laboral y medioambiental, junto a las nuevas exigencias de reportabilidad no financiera y de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En tercer lugar, se examinan los efectos prácticos que la regulación europea comienza a generar en las cadenas globales de valor, particularmente en aquellas en las que participan empresas chilenas, identificando riesgos, oportunidades y los ajustes regulatorios en discusión. A partir de ello, se reflexiona sobre los aprendizajes que Chile puede extraer de la experiencia europea, considerando sus propias particularidades estructurales y normativas, y se proponen lineamientos iniciales para avanzar hacia un equilibrio entre sostenibilidad y competitividad que no sacrifique los derechos humanos ni los estándares ambientales.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones, sosteniendo que la construcción de un modelo chileno de sostenibilidad corporativa exige un enfoque preventivo, gradual y dialogante, capaz de armonizar la protección de bienes colectivos con la promoción de un entorno empresarial competitivo y sostenible.

Con este enfoque, el artículo busca contribuir a la comprensión de un debate regulatorio que, aunque tiene su epicentro en Bruselas, genera consecuencias inmediatas para Chile tanto en el plano jurídico como en el económico.

I. El marco europeo: CSDDD y el Paquete de Simplificación (Ómnibus I)

I.1. La Directiva de Debida Diligencia en Sostenibilidad Corporativa (CSDDD)

Para comenzar a responder a las preguntas antes mencionadas, es necesario situar el debate en el contexto normativo europeo actual. La CSDDD representa el primer marco vinculante de la Unión Europea para la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos y daños medioambientales con efecto extraterritorial explícito. Basada en una lógica de gestión de riesgos, la CSDDD obliga a las grandes empresas europeas, así como a determinadas empresas no pertenecientes a la UE que operan en el mercado de la UE, a identificar,

prevenir, mitigar y rendir cuentas de los impactos adversos derivados de sus propias operaciones y de sus cadenas de valor[5].

Dado que muchas empresas realizan numerosas actividades de subcontratación, supone un verdadero reto para ellas supervisar sus actividades comerciales y mantener el control sobre todos los actores a lo largo de sus cadenas de valor. La CSDDD representa un claro cambio de perspectiva, pasando de ser una medida que las empresas adoptan voluntariamente para actuar con la debida diligencia, a convertirse en una obligación (mandato) de actuar con la debida diligencia[6]. El incumplimiento de la ley propuesta puede dar lugar a responsabilidad civil, cargos penales o la suspensión de la empresa infractora[7]. Por eso, la gestión de riesgos es fundamental para evitar sanciones.

La CSDDD no surgió de forma aislada. Debe leerse junto con un corpus más amplio de instrumentos de la UE que, en conjunto, constituyen una nueva arquitectura reguladora para la sostenibilidad empresarial: en particular, la Directiva sobre la Divulgación de Información Corporativa en Materia de Sostenibilidad (CSRD)[8], que amplía las obligaciones de información no financiera y el alcance de las empresas obligadas a divulgar información sobre sostenibilidad; y el reglamento sobre taxonomía, que define las actividades económicas sostenibles desde el punto de vista medioambiental. Estos instrumentos se refuerzan mutuamente. Las obligaciones de información previstas en la CSRD tienen por objetivo aumentar la transparencia del rendimiento de las empresas en materia de sostenibilidad; la taxonomía pretende normalizar lo que se considera actividad sostenible y la CSDDD impone obligaciones sustantivas para gestionar los daños reales[9]. En conjunto, señalan un cambio de la gobernanza basada en la divulgación de información hacia una regulación orientada a los resultados.

Sin embargo, han surgido tensiones entre la ambición reguladora y la competitividad económica percibida. El hito que marcó el inicio formal de esta reflexión fue la publicación, a comienzos de septiembre de 2024, del informe *The Future of European Competitiveness*[10], conocido como Informe Draghi, en alusión al expresidente del Banco Central Europeo, encargado por la Comisión Europea para evaluar la competitividad del mercado europeo. Dicho informe puso de relieve una tensión estructural: cómo mantener altos estándares medioambientales y sociales, en el ámbito regulatorio y de buenas prácticas, sin afectar la productividad, la innovación y la capacidad de inversión de las empresas europeas.

[5] Márquez, Marullo y Schonfelder (2024) pp. 6-7.
[6] Schilling-Vacaflor & Lenschow (2023) p. 679.
[7] Smit *et al.* (2020) p. 137.
[8] Unión Europea (2014).
[9] Blanco, Dámaso y Bardel (2024) pp. 158-161.
[10] Draghi (2024).

Como respuesta a los desafíos y orientaciones planteados por el Informe Draghi, en enero de 2025 la Comisión Europea publicó la *Brújula para la Competitividad* (*Competitiveness Compass*)[11], que definió una hoja de ruta para armonizar sostenibilidad y crecimiento económico. El documento propuso un paquete de medidas orientadas a simplificar las cargas administrativas derivadas de las obligaciones de reportabilidad no financiera (CSRD), de diligencia debida en sostenibilidad corporativa (CSDDD) y de cumplimiento del Reglamento de Taxonomía[12]. El objetivo era conciliar los altos estándares medioambientales y de derechos humanos con la competitividad industrial y comercial de la UE[13], garantizando que la transición hacia un modelo económico sostenible no se convirtiera en una desventaja comparativa frente a otras economías globales.

Esta iniciativa reconoce un dilema político persistente: cómo mantener o elevar los estándares de sostenibilidad sin imponer costos de cumplimiento desproporcionados, especialmente a las empresas integradas en cadenas de valor globales o a los proveedores más pequeños. La CSDDD y sus instrumentos complementarios constituyen un ambicioso paquete normativo con gran potencial transformador. Sin embargo, sigue abierta la cuestión de si estas normas producirán mejoras duraderas en el comportamiento empresarial y si las medidas de simplificación sugeridas en la *Brújula Competitiva* lograrán equilibrar eficacia regulatoria y competitividad económica.

Este debate adquirió una nueva dimensión en febrero de 2025, cuando la Comisión Europea presentó el paquete Ómnibus I[14]. La iniciativa fue notable no solo por su contenido, sino, también, por su oportunidad: menos de nueve meses después de la aprobación formal de la CSDDD, evidenció que las preocupaciones sobre los costos, las cargas administrativas y la competitividad habían cobrado un impulso político inmediato[15]. El Ómnibus I refleja un esfuerzo por racionalizar las obligaciones superpuestas y armonizar los requisitos de los instrumentos clave, incluidos la CSDDD, la CSRD y el Reglamento sobre Taxonomía, al tiempo que busca restablecer la confianza en que la agenda de sostenibilidad de Europa puede coexistir con una base industrial sólida y competitiva.

I.2. El Paquete Ómnibus I: simplificación y competitividad

El paquete Ómnibus I representa el primer paso importante de la comisión para recalibrar la nueva arquitectura de sostenibilidad. Sus objetivos declarados son

[11] Comisión Europea (2025).
[12] Unión Europea (2020).
[13] *Op. cit.* paras 4-7; Gros (2025) p. 4; Di Vaio & Ali (2025).
[14] European Commission (2025).
[15] Eliantonio *et al.* (2025) pp. 11, 26-27.

tres: reducir los costos de cumplimiento para las empresas, eliminar las duplicaciones entre los marcos de información y diligencia debida, y restablecer un sentido de proporcionalidad que permita a las empresas europeas seguir siendo competitivas en el ámbito mundial.

Una de sus características principales es la racionalización de las obligaciones de información. Las empresas habían expresado su preocupación por que las exigencias combinadas de la CSRD y la CSDDD pudieran crear requisitos de divulgación superpuestos, lo que daría lugar a una carga administrativa excesiva sin mejorar necesariamente la calidad de la información facilitada a los reguladores, los inversores o las partes interesadas[16]. Por lo tanto, Ómnibus I propone plantillas armonizadas, umbrales de información simplificados y una mayor dependencia de las plataformas digitales para garantizar la accesibilidad y reducir la duplicación.

Otra dimensión clave es el ajuste de los umbrales de aplicabilidad. Al elevar la vara para que las empresas entren en el ámbito de aplicación de determinadas obligaciones, Ómnibus I pretende limitar la carga que recae sobre las medianas empresas y centrar los recursos de aplicación en las grandes empresas con mayor impacto potencial. Esta recalibración ha sido bien acogida por varias asociaciones empresariales, pero también ha suscitado el temor entre las ONG y las organizaciones sindicales de que pueda diluir el objetivo preventivo de la CSDDD al eximir de escrutinio a partes importantes de las cadenas de suministro mundiales[17].

El paquete también destaca el énfasis de la comisión en la competitividad como perspectiva política. Se hace referencia explícita a la reducción de los costos administrativos, la minimización de la fragmentación entre los Estados miembros y la armonización de los requisitos de sostenibilidad con las normas comerciales mundiales. Esta orientación se hace eco de las advertencias del Informe Draghi y de los posteriores debates políticos sobre el riesgo de que Europa se exceda en materia de regulación en un momento de intensa competencia geopolítica y económica[18].

Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, en junio de 2025, adoptó su posición negociadora sobre dicho paquete legislativo, introduciendo cambios relevantes en los umbrales de aplicación de la CSDDD y reduciendo el alcance de las obligaciones de diligencia debida.

El 13 de octubre de 2025, el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI, por su sigla en inglés), adoptó su posición negociadora sobre el paquete Ómnibus I, por diecisiete votos a favor y seis en contra, con el obje-

[16] Stadler, Bonatti & Mithoper (2025) p. 13.
[17] Jagrič, Mumel & Skaza (2025) pp. 5-6.
[18] Bavoso (2024) p. 1; Ferran (2025) pp. 13-17.

tivo de simplificar las normas de reportabilidad en sostenibilidad y las obligaciones de debida diligencia. Bajo este marco, por ejemplo, solo las empresas con más de cinco mil empleados estarán obligadas por las exigencias de debida diligencia, umbral que la directiva aprobada en julio de 2024 establecía en mil trabajadores, además de tener una facturación anual de mil quinientos millones de euros, en lugar de los cuatrocientos cincuenta millones originales, alineándose así con la posición negociadora del Consejo.

La tramitación legislativa del Ómnibus I ha desencadenado un importante debate en el ámbito político, académico y social. Los parlamentarios europeos han buscado hacer concesiones mutuas, en medio de amplias y discrepantes posiciones, donde la participación del eurodiputado sueco Jörgen Warborn (PPE), principal negociador del expediente de debida diligencia en el Parlamento[19], tuvo un efecto sustantivo; el *lobby* de algunos Estados y empresas se ha desatado en contra de las reglas de sostenibilidad, argumentando que las directivas dañarían la competitividad europea –would hurt European competitiveness–[20], incluyendo un reciente llamado a los parlamentarios europeos de empresas como Total Energies y Siemens, reflejando la opinión de cuarenta y seis compañías –antes favorables a la normativa– para "abolir" las normas de sostenibilidad, señalando que aquello sería

> "una clara y simbólica señal de los gobiernos y la Comisión, para las compañías europeas e internacionales, sobre su real compromiso con restaurar la competitividad en Europa"[21],

mientras que los críticos al paquete simplificador argumentan que revisar el marco de sostenibilidad tan pronto después de la adopción de la CSDDD socava la estabilidad y la previsibilidad de la legislación de la UE[22].

Asimismo, desde las organizaciones de la sociedad civil, la academia y grupos de empresas e, incluso, Estados miembros se ha pedido vigilancia para garantizar que los objetivos fundamentales de protección de los derechos humanos y el ambiente no se vean comprometidos en aras de la eficiencia administrativa; a buscar un balance entre el objetivo de la simplificación regulatoria y la creación de marcos más eficientes, sin comprometer la integridad y ambición de las actuales regulaciones en marcha como la CSRD y la CSDDD[23]. Otros advierten que la simplificación, aunque deseable, puede convertirse en un eufemismo para debilitar las normas, especialmente si los ajustes dan lugar a una menor su-

[19] Pacheco (2025).
[20] Ainger & Schwartzkopff (2025).
[21] Abnett & Furness (2025).
[22] Plana-Erta (2025) p. 4.
[23] San Martín (2024) p. 85.; Alfonso (2024); Declaración de Copenhagen (2025).

pervisión de las prácticas empresariales en sectores sensibles como el extractivo, el textil o el agrícola[24].

Este debate en Bruselas, que llegó a un acuerdo a mediados de diciembre de 2025, no se limita a Europa. Para países como Chile, cuya economía está fuertemente orientada a la exportación e integrada en las cadenas de valor mundiales, la evolución del marco europeo es más que un experimento regulatorio lejano. La CSDDD en su versión aprobada establece unos parámetros de referencia que las empresas chilenas que suministran a los mercados europeos tendrán inevitablemente que cumplir. Por lo tanto, comprender cómo funcionan estos instrumentos y cómo pueden ajustarse en la práctica es esencial para anticipar sus implicaciones directas para las empresas, los reguladores y los responsables políticos chilenos.

I.3. La relevancia para Chile: sostenibilidad, competitividad y cadenas globales de valor

El marco regulatorio europeo en materia de sostenibilidad corporativa y debida diligencia no es un fenómeno aislado, sino un referente normativo que proyecta sus efectos más allá de las fronteras de la Unión Europea. Para un país como Chile, cuya economía depende de forma importante de las exportaciones y de su inserción en cadenas globales de valor, particularmente en sectores como la minería, la agroindustria, la pesca y la vitivinicultura, las exigencias europeas constituyen un estándar de cumplimiento que impactará de manera directa en la competitividad de las empresas nacionales. Dicho de otro modo, cumplir con los requisitos europeos no será solo una cuestión de reputación corporativa, sino, también, un prerrequisito para mantener el acceso a mercados estratégicos.

La aprobación de la CSDDD y las modificaciones introducidas por el paquete Ómnibus I obligan a las compañías chilenas que exportan a la UE o que forman parte de cadenas de suministro de empresas europeas a revisar de manera exhaustiva sus prácticas internas. Esto incluye la gestión de riesgos medioambientales y sociales, la trazabilidad de la cadena de valor, la implementación de canales de denuncia internos y la adopción de mecanismos de reparación en casos de vulneración de derechos humanos o de daños medioambientales[25].

Aunque las obligaciones recaen formalmente sobre las grandes empresas europeas, estas trasladan la presión a sus proveedores y socios comerciales, de modo que las empresas chilenas deben prepararse para cumplir estándares cada vez más exigentes.

---

[24] De Sadeleer (2025) p. 11.

[25] Schilling-Vacaflor & Gustafsson (2024) pp. 422-423; Bastos & Schilling-Vacaflor (2024) p. 261; Recabarren y Richards (2024) p. 300.

La relevancia también se refleja en términos de competitividad. Chile compite con países que ofrecen productos similares en el mercado del cobre, de la fruta o del vino y que también buscan posicionarse en el mercado de la Unión Europea. En este contexto, el cumplimiento temprano y sólido de los estándares europeos podría convertirse en una ventaja comparativa, proyectando a Chile como un socio confiable y sostenible. Sin embargo, la ausencia de lineamientos claros a escala nacional respecto de cómo adaptarse a estos cambios puede generar costos de transición desiguales, en particular para las pequeñas y medianas empresas, que enfrentan limitaciones de recursos y capacidades[26].

II. Marco regulatorio y horizonte normativo en Chile

El marco chileno en materia de debida diligencia en sostenibilidad corporativa, como se ha entendido hasta acá, es fragmentario y difuso, asociado principalmente al cumplimiento normativo en materia penal, laboral y medioambiental, además de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las exigencias de reportabilidad no financiera. Sin embargo, analizado en su conjunto, es posible señalar que el país avanza en esta materia situándose en la senda de convergencia con estándares internacionales.

Es así que Chile ha desarrollado instrumentos legales vinculados a *compliance* penal, normativa recién actualizada por la nueva ley de delitos económicos; derechos laborales, obligaciones medioambientales y de protección de datos personales. Adicionalmente, ha impulsado desde el regulador, obligaciones de reportabilidad no financiera, mientras que desde el Ejecutivo y el Congreso Nacional se han levantado iniciativas de ley en materia de debida diligencia en derechos humanos.

En la mayor parte de los desarrollos y evoluciones de estas piezas normativas, que configuran un panorama híbrido que combina obligaciones vinculantes con *soft law* y prácticas voluntarias, se advierte de manera explícita la inspiración de la regulación europea, así como de los marcos de principios y estándares internacionales de la Organización de Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo y de la Organización para la Cooperación el Desarrollo Económico (OCDE)[27].

[26] Álvarez, Pucheta y Bertranou (2023) pp. 32 y 58; Muñoz-Villagran, Johnson & Sánchez de la Guía (2022) p. 66.

[27] Recabarren y Richards (2024) pp. 286-288.

II.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Delitos económicos Ley n.º 21595

A primera vista, la CSDDD y la Ley n.º 21595 sobre Delitos Económicos se inscriben en ámbitos jurídicos distintos –la primera, de naturaleza eminentemente administrativa y civil; la segunda, de carácter penal–. Sin embargo, ambas se articulan sobre un modelo preventivo de responsabilidad que desplaza el foco desde la sanción *ex post* hacia la anticipación y gestión de riesgos[28]. En este marco, la debida diligencia, la gestión de riesgos y los mecanismos internos de control no son meras buenas prácticas, sino elementos esenciales para evitar la responsabilidad jurídica de la persona jurídica.

En virtud de la CSDDD, las empresas están obligadas a adoptar políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos y ambiente, identificar los impactos adversos reales y potenciales, e integrar dichos resultados en sus estrategias empresariales. El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a responsabilidad civil o administrativa, consolidando un régimen de deberes positivos de prevención y supervisión[29].

De manera análoga, la Ley n.º 21595 redefine la arquitectura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ampliar el catálogo de delitos económicos y ambientales, incorporar el concepto de modelos de prevención del delito y vincular de forma expresa la gobernanza corporativa con la prevención de daños ambientales graves[30]. En este sentido, una empresa puede ser penalmente responsable cuando la ausencia o ineficacia de su modelo de prevención contribuye de forma relevante a la comisión de un delito por parte de sus directivos o dependientes[31]. En ambos sistemas, las estructuras internas de gobernanza –y no las sanciones *ex post*– constituyen el principal instrumento de intervención jurídica. La gobernanza corporativa se convierte, así, en el eje de la imputación normativa, transformando la sostenibilidad y el cumplimiento normativo en obligaciones jurídicas exigibles y no en compromisos de autorregulación voluntaria.

II.2. Normativa laboral (Ley Karin)

La orientación preventiva que caracteriza tanto a la CSDDD como a la Ley n.º 21595 sobre Delitos Económicos encuentra un paralelo significativo en la reciente Ley

[28] Canalda (2025) p. 5.
[29] Morato (2024) pp. 14-16; Bueno *et al.* (2024) p. 297.
[30] Marcazzolo-Awad y Serra-Cruz (2025) pp. 106-109.
[31] Vizcardo (2024) p. 4.

n.° 21643, que Modifica el Código del Trabajo y Otros Cuerpos Legales, en Materia de Prevención, Investigación y Sanción del Acoso Laboral, Sexual o de Violencia en el Trabajo, conocida como "Ley Karin", reforzando los deberes empresariales en materia de prevención del acoso laboral, sexual y de la violencia en el trabajo. Aunque pertenecen a ámbitos normativos distintos estas tres normas comparten una lógica estructural común: el tránsito desde la reacción *ex post* hacia la gestión *ex ante* del riesgo corporativo.

En particular, tanto la CSDDD como la Ley Karin imponen a las empresas obligaciones positivas de diligencia y gobernanza interna, orientadas a identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos derivados de sus actividades. En el caso europeo, la debida diligencia se proyecta sobre la cadena global de valor y exige políticas que aseguren el respeto a los derechos humanos, mientras que, en Chile, la Ley Karin introduce un deber reforzado de prevención de riesgos psicosociales que obliga a las organizaciones a implementar protocolos, canales de denuncia y medidas de acompañamiento[32]. En ambos contextos, la empresa se convierte en garante institucional del bienestar humano, ya sea en relación con comunidades afectadas por su actividad económica o con los trabajadores que integran su estructura interna.

Desde una perspectiva de gobernanza, ambos marcos reconfiguran la responsabilidad empresarial como una función transversal de cumplimiento normativo. La Ley Karin, al exigir sistemas internos de prevención, investigación y reparación, acerca la gestión del clima laboral a los estándares de *compliance*, estableciendo paralelismos con los modelos de debida diligencia exigidos por la CSDDD[33]. Así, el eje de imputación se desplaza nuevamente hacia el diseño organizacional y la cultura corporativa, donde la omisión o ineficacia de los mecanismos preventivos puede generar responsabilidad jurídica o reputacional.

II.3. Comisión para el Mercado Financiero. Memorias integradas

En tanto servicio público responsable de supervisar el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero en Chile[34], la CMF emite normas regulatorias con el objetivo de cumplir su mandato legal de facilitar la participación de los agentes de mercado, reduciendo asimetrías de información y el resguardo de la fe pública; de mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de diversos actores de manera prudencial, con foco tanto en la estabilidad financiera y la gestión de riesgos como en la promoción

[32] Aranda (2024) p. 77; Jiménez (2024) pp. 18-20.

[33] Corn y Sanhueza (2025) p. 433.

[34] Ley n.° 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero (2016).

de mejoras o nuevos productos e instrumentos financieros, y el adecuado cumplimiento normativo de las personas o entidades bajo su fiscalización.

En este marco, desde hace una década, la CMF ha venido trabajando en incorporar los riesgos relacionados con la sostenibilidad –ambientales, sociales y de gobernanza– en la gestión de riesgos del sistema financiero en Chile y las diversas entidades que lo componen, a través del impulso de su identificación, abordaje y reportabilidad[35]. Como lo ha explicado el mismo órgano regulador[36], el enfoque de supervisión en la divulgación de sostenibilidad está apalancado en los objetivos de estabilidad financiera, a través de su adecuada incorporación en el proceso de autoevaluación de capital y liquidez, protegiendo al cliente financiero; de conducta de mercado, imprimiendo integridad y transparencia a los mercados, y un objetivo de desarrollo de mercado, reconociendo el despliegue y crecimiento de "mercados verdes"[37].

Un hito relevante en este camino fue la publicación de la NCG n.º 461 de la CMF en 2021, que establece nuevos requisitos por parte del regulador para la elaboración y presentación de memorias anuales de las empresas a partir de 2023 (sobre ejercicio 2022), incorporando temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo de manera integral en ese reporte –sobre la base de un enfoque integrado–, considerando que las prácticas en materia de sostenibilidad pueden impactar material en el desempeño de los emisores de valores y en las decisiones de los inversionistas[38].

Esta normativa, actualizada en 2024[39], busca que las empresas elaboren un reporte integrado que conecte la estrategia comercial con la sostenibilidad. Basándose en la información de materialidad financiera, alinea la normativa chilena con estándares internacionales, como la divulgación de métricas SASB por industria. Esto facilita una mejor comparación y accesibilidad de la información en el sistema, mejorando su calidad y transparencia para todos los actores del mercado[40]. De esta forma, las memorias integradas se constituyen en mecanismos valiosos para el mercado en relación con la forma en que las empresas integran y gestionan las temáticas ambientales y sociales en su gobierno corporativo, en sus definiciones estratégicas y, por supuesto, en sus sistemas integrados de gestión de riesgos.

En términos prácticos, el aspecto más novedoso de esta normativa ha sido la incorporación del reporte de información de sostenibilidad en el aspecto social, incluidos los impactos que afectan los derechos de las personas, entendiendo,

[35] NCG n.º 385 (2015) y NCG n.º 386 (2015).
[36] CMF (2023).
[37] Scavone, Sanabria y Alvarado (2020).
[38] CMF (2021); CMF (2025a).
[39] NCG n.º 519 (2024)
[40] Larraín (2024) pp. 233-236.

como lo hace el regulador, que la materialidad de impacto retroalimenta la materialidad financiera, dando cuerpo al concepto de *doble materialidad* a que se refiere la directiva europea sobre reportabilidad de sostenibilidad corporativa[41].

En este marco, las exigencias de reportabilidad no financiera, esto es, de divulgación de información sobre aspectos de la sostenibilidad que se identifican como asuntos materiales para una empresa, impulsan y promueven las obligaciones de debida diligencia en su dimensión social, por ejemplo, a través de procesos de debida diligencia en derechos humanos[42] o conducta empresarial responsable[43]. Lo anterior, en la medida que la particular metodología de aquellos instrumentos es el punto de partida natural para la identificación de eventuales impactos, riesgos y oportunidades vinculados con las personas y grupos de personas que se relacionan con la compañía, cuyos derechos conforman el elemento clave del criterio social de la sostenibilidad corporativa.

II.4. Horizonte normativo en Chile en materia de debida diligencia en derechos humanos para las empresas

Como se ha señalado antes, Chile no cuenta con una normativa específica sobre debida diligencia en derechos humanos, ni tampoco se puede apreciar hasta ahora un debate político o social amplio o mediático al respecto. Sin embargo, los horizontes normativos en la materia comienzan a perfilarse.

Chile aprobó en 2011 los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, un instrumento internacional no vinculante, que ha dado forma y contenido a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos a través de procesos de debida diligencia en derechos humanos, sobre la base de un enfoque de gestión de riesgos[44], mientras que desde su adhesión como Estado miembro de la OCDE en 2010, debe alinear sus leyes y políticas con los principios, estándares y normativas de la organización tales como aquellas vinculadas con las empresas, esto es, de manera fundamental, las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales 1976 (última actualización 2023) y los Principios de Gobierno Corporativo 1999 (última actualización 2023), que promueven la conducta empresarial responsable de aquellas en áreas tales como: el cohecho, los intereses de los consumidores, la divulgación de información, la ciencia y la tecnología, los derechos humanos, los derechos laborales, el ambiente y la protección de datos personales[45].

[41] Dunfjäll (2025) pp. 12-13; CMF (2025b).
[42] Naciones Unidas (2011).
[43] OCDE (2023).
[44] Naciones Unidas (2011) p. 21; Recabarren y Richards (2024) pp. 248-250 y 274.
[45] OCDE (2023).

En el marco de estas normativas, si bien no vinculantes, pero altamente significativas en términos de su influencia como parte del denominado *soft law* en el derecho internacional[46], tanto desde el Poder Ejecutivo como Legislativo en Chile se observa cómo la temática de empresas y derechos humanos, incluidas las nociones sobre obligaciones de debida diligencia y gestión de riesgos de derechos humanos, mecanismos operativos de reclamación y medidas de reparación, ha ido encontrando espacios de expresión crecientes a través de políticas públicas, acciones público-privadas e iniciativas de ley.

El principal instrumento de política pública ha sido el desarrollo de los planes de acción nacional de empresas y derechos humanos (en adelante, PAN), los que son considerados una forma concreta en que los Estados pueden materializar sus compromisos internacionales en la temática, en tanto:

> "instrumentos adecuados para determinar las obligaciones del Estado tanto frente a las empresas de propiedad estatal o controladas por éste, como de las empresas privada"[47].

En Chile, el primer Plan de Acción Nacional en la materia se publicó en el último año de gobierno de la presidenta Michelle Bachelet (2017) y, por tanto, suejecución, monitoreo y evaluación le correspondió a la administración del gobierno del presidente Sebastián Piñera, mismo periodo en el que, desde la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se elaboró el segundo plan (2022-2025). De esta forma, nuevamente un gobierno de distinta coalición política, del presidente Gabriel Boric, se hizo cargo de llevar adelante una política pública no diseñada por este. Y así será con el próximo gobierno de turno, que iniciará su periodo de administración en marzo de 2026, pues debiera tener que gestionar el plan de acción que se encuentra en elaboración, en su tercera versión. Esta secuencia cronológica da cuenta de un elemento valioso, y es que en materia de derechos humanos, en el marco de las normas internacionales de derechos humanos y sostenibilidad social, Chile ha considerado este tema como una política de Estado[48].

Por otra parte, cabe señalar que a la fecha se han propuesto tres iniciativas de ley en materia de debida diligencia de derechos humanos para las empresas, de origen parlamentario; los proyectos de ley *Boletín* n.° 17.520-17 (Cámara de Diputados), *Boletín* n.° 17.446-17 (Senado) y *Boletín* n.° 17196-17 (Senado).

[46] Hennebel & Tigroudia (2025) pp. 92-95; Elgesem (2024) p. 3.

[47] Cantú (2017) p. 127.

[48] Para conocer más sobre los planes de acción nacional de empresas y derechos humanos en Chile, pueden consultarse las siguientes URL: https://globalnaps.org/ y www.derechoshumanos.gob.cl/planes-de-derechos-humanos/

La primera de ellas, cuya autora es la senadora Paulina Vodanovic, se alinea con los fundamentos señalados en los PRNU respecto de las obligaciones de debida diligencia, estableciendo adicionalmente quiénes serían los sujetos obligados sobre la base del número de trabajadores y las utilidades anuales de las empresas, refiriendo a la directiva europea de 2024 en la materia[49]. El segundo, de autoría de la entonces senadora Isabel Allende, de acuerdo con lo señalado en sus ideas matrices, tiene por finalidad:

> "fortalecer el rol que tienen las empresas en el respeto y promoción de los derechos humanos y medio ambiente, mediante la identificación de riesgos y daños causados, tanto directa como indirectamente, fortalecimiento de medidas de prevención, reparación y seguimiento, entre otras materias",

en la misma línea de los PRNU y las Líneas Directrices de la OCDE[50]. Mientras que la tercera iniciativa, impulsada por la diputada Lorena Fríes, establece que se busca que las empresas que desarrollen actividades en el territorio nacional deban cumplir con la "obligación de implementar mecanismos permanentes, eficaces y verificables de debida diligencia en materia de derechos humanos", y que aquellos estén destinados a

> "permitir la identificación oportuna de los riesgos que sus operaciones puedan generar sobre los derechos de terceros, la adopción de medidas preventivas adecuadas y, en caso de producirse afectaciones, la obligación de reparar integralmente sus consecuencias"[51].

Se trata de iniciativas que están en primer trámite constitucional y que no han generado mayor debate político ni en el entorno de los medios de comunicación, pero que ponen de relieve el interés de algunos parlamentarios por elevar esta temática a la discusión legislativa. En este mismo sentido, es preciso señalar que el Ejecutivo, en junio de 2023, anunció el ingreso de un proyecto de ley en la materia para el año siguiente (2024), sin embargo, hasta la fecha aquello no ha ocurrido, y no se conocen borradores de este[52].

Lo que importa destacar es que, en todos los casos antes referidos, hay dos elementos que se repiten. En primer lugar, el objetivo de que Chile cuente con una normativa vinculante que exige obligaciones de debida diligencia a las empresas, tanto públicas como privadas, y, en segundo término, su inspiración en los Principios Rectores de Naciones Unidas y el desarrollo normativo que han tenido, principalmente, en Europa.

---

[49] *Boletín* n.° 17.196-17.
[50] *Boletín* n.° 17.446-17.
[51] *Boletín* n.° 17.520-17.
[52] Ministerio de Justicia (2023).

Este último punto es importante. La apreciación general de la normativa europea en la materia, es que se ha ajustado a la lógica de la gestión de riesgos, propia del lenguaje del quehacer de las empresas. Es un criterio que, en principio, se advierte adecuado y que, en caso de que se dé una discusión legislativa en Chile, debiera ser la que lo motivara.

Esto es, tal como se ha señalado para las referencias normativas de la ley de delitos económicos, la denominada "Ley Karin" y las normas de la CMF, las normas que hasta ahora han decantado en exigencias concretas los principios de debida diligencia en derechos humanos para las empresas, lo han hecho a través del establecimiento de obligaciones que obedecen a un modelo preventivo de responsabilidad respecto de las actividades, resultantes de sus operaciones o de su cadena de suministros, que puedan causar, contribuir o vincularse directamente con impactos negativos en los derechos humanos[53], a partir de la comprensión de los riesgos corporativos desde una aproximación de doble materialidad[54].

III. Lecciones del debate europeo para Chile

III.1. La relación económica entre Chile y la Unión Europea

La relación económica entre Chile y la Unión Europea se desarrolla en un marco de interdependencia productiva y comercial en el que las cadenas globales de valor (CGV) desempeñan un papel estructural. Chile es el mayor productor de cobre y el segundo de litio a escala mundial, es el tercer socio comercial de la UE en América Latina, y sus empresas participan como proveedores de materias primas y bienes intermedios en sectores estratégicos (minería, energía, agroindustria y productos forestales) que alimentan cadenas de suministro europeas orientadas hacia la transición ecológica y digital[55]. En este contexto, la CSDDD incidirá en la manera en que las compañías europeas seleccionan, supervisan y auditan a sus socios comerciales fuera del territorio de la UE, ya que extiende sus obligaciones de debida diligencia más allá de las fronteras comunitarias.

Para Chile, esto significa que el cumplimiento de estándares ambientales, laborales y de derechos humanos dejará de ser un requisito reputacional para

[53] Una revisión de las principales normas vinculantes en materia de debida diligencia en derechos humanos se puede revisar en McCorquodale (2024) chapter 7, y desde una visión más crítica Scheper (2015).

[54] Baumüller & Sopp (2021) pp. 19 y 22.

[55] Consejo Europeo (2025).

transformarse en una condición contractual y de acceso al mercado europeo. La debida diligencia no se limitará a las grandes corporaciones con presencia internacional, sino que se proyectará sobre proveedores, contratistas y subcontratistas chilenos, quienes deberán demostrar trazabilidad, transparencia y gestión preventiva de riesgos[56]. En consecuencia, el debate europeo sobre sostenibilidad corporativa no es ajeno a la realidad chilena: afecta de una manera directa la posición del país en las cadenas globales de valor y condiciona su competitividad futura. Este impacto normativo resulta especialmente relevante al considerar la estructura del comercio exterior chileno.

El perfil exportador del país, concentrado en recursos naturales y sectores intensivos con impacto ambiental, plantea desafíos específicos frente a las nuevas exigencias de la CSDDD. El cobre y el litio, pilares de la transición energética europea, se enfrentan a crecientes expectativas de transparencia en materia de derechos humanos, relaciones comunitarias y uso del agua en las zonas de extracción. Del mismo modo, la agroindustria chilena, particularmente frutas, vinos y productos del mar, se halla sujeta a controles cada vez más estrictos respecto de condiciones laborales, trazabilidad y bienestar animal. La industria salmonera y el sector forestal, por su parte, representan áreas de especial sensibilidad[57]. Las denuncias relacionadas con contaminación, pérdida de biodiversidad y conflictos socioambientales podrían convertirse en riesgos materiales para las empresas exportadoras si los compradores europeos trasladan las obligaciones de debida diligencia a través de cláusulas contractuales. De esta manera, la CSDDD actúa como un catalizador para elevar los estándares internos de sostenibilidad empresarial en Chile, impulsando una convergencia normativa y operativa con las expectativas regulatorias europeas[58].

Estas tensiones entre sostenibilidad y competitividad se reflejan, también, en el plano institucional y diplomático. En 2023, la firma del Acuerdo Marco Avanzado (AMA) Chile-Unión Europea consolidó una nueva etapa de cooperación bilateral basada en el principio de comercio sostenible y responsable. Este instrumento refuerza la convergencia entre las agendas de sostenibilidad, derechos humanos y buen gobierno corporativo, estableciendo obligaciones vinculadas a la transparencia, la participación y la calidad regulatoria.

La inclusión de un capítulo sobre sostenibilidad dentro del acuerdo no solo responde a las exigencias del mercado europeo, sino que proyecta una visión de política pública chilena alineada con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y con los principios de la gobernanza responsable. Al respecto, el acuerdo marco puede interpretarse como una oportunidad estratégica para Chile

[56] Godina (2024) p. 3; González (2024).

[57] Marin, Möhle & Aneise (2025); CEPAL (2024).

[58] Ortiz (2025) pp. 109-111.

de armonizar su marco jurídico empresarial con las tendencias regulatorias europeas y anticipar los impactos de la CSDDD, reduciendo posibles fricciones comerciales futuras[59].

No obstante, a pesar de estos avances regulatorios y diplomáticos, la posición de Chile sigue siendo vulnerable frente a las oscilaciones del marco normativo europeo. Dada la alta dependencia del mercado comunitario para varios de sus productos de exportación, incluso pequeñas variaciones en los estándares ambientales, sociales o de gobernanza pueden traducirse en exigencias contractuales más estrictas por parte de los importadores europeos. Esto obliga a las empresas chilenas a desarrollar capacidades de monitoreo regulatorio y adaptación continua, integrando los criterios ESG (Environmental, Social and Governance/ Ambiental, social y de gobernanza) en su gestión corporativa[60].

En consecuencia, el debate europeo sobre sostenibilidad empresarial debe ser observado por Chile no solo como un referente normativo, sino, también, como un factor estructural de su inserción internacional. Las lecciones del proceso europeo muestran que la sostenibilidad se ha convertido en un requisito de competitividad global y que la anticipación regulatoria –más que la reacción– será clave para mantener una posición sólida en las cadenas de valor sostenibles del siglo XXI.

III.2. Claves del debate entre sostenibilidad y competitividad

El marco europeo plantea un desafío regulatorio interno para Chile. El país se encuentra en un proceso de modernización de su normativa en materia de sostenibilidad y derechos humanos en la empresa, pero carece aún de un marco normativo de debida diligencia que pueda dialogar de manera directa con el europeo. Esto genera el riesgo de una fragmentación normativa y de una dependencia excesiva de estándares extranjeros para guiar las prácticas nacionales[61]. La discusión en torno a la CSDDD y al paquete Ómnibus I ofrece una oportunidad para que Chile reflexione sobre la conveniencia de avanzar hacia un marco propio de debida diligencia, que combine las particularidades de su matriz productiva con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y ambiente.

Examinar las lecciones del debate europeo para Chile permite identificar oportunidades de alineación normativa, así como los desafíos derivados de su inserción en cadenas globales de valor cada vez más condicionadas por cri-

[59] Arroyo (2024) p. 45.
[60] De Arteche, Welsh y Santucci (2024) pp. 12-13.
[61] Navarro (2025) pp. 44-47.

terios de sostenibilidad, considerando al gobierno corporativo como el espacio normativo central para la gestión del riesgo social y ambiental.

Las transformaciones introducidas por la CSDDD reconfiguran el paradigma global de la responsabilidad empresarial, y permiten establecer interesantes puntos de convergencia con, por ejemplo, la reciente Ley n.° 21595 sobre Delitos Económicos o la denominada Ley Karin, que incorporan un enfoque preventivo análogo, donde los modelos de prevención del delito y los mecanismos internos de cumplimiento se erigen en pilares de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Más allá de los desafíos, la experiencia europea constituye una fuente valiosa de aprendizaje para Chile. La tensión entre sostenibilidad y competitividad que atraviesa el debate en Bruselas también resuena en Santiago: ¿cómo garantizar altos estándares de protección medioambiental y social sin poner en riesgo el acceso a los mercados y el dinamismo exportador? Responder a esta pregunta requiere no solo de ajustes legales, sino, también, de una transformación cultural en el sector empresarial, orientada a asumir la sostenibilidad como un componente esencial de la estrategia competitiva y no como una mera carga regulatoria.

La tensión entre competitividad empresarial y sostenibilidad en Europa se redefine en un entorno global de creciente incertidumbre geopolítica, fragmentación comercial y transición verde-digital[62], escenario que se replica, guardando proporciones, en Chile. Se trata de una tensión que busca conciliar las distintas dimensiones para un desarrollo sostenible, a través de una política que combine adecuadamente eficiencia económica con objetivos sociales y ambientales.

La sostenibilidad también puede ser una fuente de ventaja competitiva mediante la innovación, el uso eficiente de los recursos y un marco legal estable, sin embargo, también es necesario considerar que puede verse por los principales actores del mercado, como obligaciones que se suman a una carga regulatoria cada vez más exigentes para las empresas, y que si no se comprende como parte de un ecosistema global, su desarrollo se percibe no solo oneroso y burocrático, sino, incluso, una amenaza para la supervivencia corporativa.

Por lo tanto, más que un simple conflicto, la tensión de la que ha sido protagonista Europea este año es expresión de una dinámica compleja donde las empresas deben gestionar los costos de la sostenibilidad al mismo tiempo que aprovechan las oportunidades para la competitividad a largo plazo, mientras que por parte de los Estados y los entes reguladores se espera moderación, simplicidad y coordinación; entendiendo esta tensión como "un fenómeno en una relación dinámica que involucra competencia y complementariedad"[63].

[62] Guarisco *et al.* (2025) pp. 530-531.

[63] Glinik, Holzmann & Rauter (2024) p. 3.

Por tanto, a partir de la experiencia que se ha vivido en Europa, las principales claves que se pueden observar para equilibrar competitividad y sostenibilidad, en términos de las exigencias vinculantes, o no, que se pueden prever para las empresas en materia de obligaciones de reportabilidad no financiera y debida diligencia, se anclan en que aquellas parezcan justas, adecuadas y oportunas para todas las partes involucradas.

III.3. Condiciones para un equilibrio en Chile

Más allá de cuál sea el desenlace en Bruselas de la tensión que se ha desarrollado este año en torno a la competitividad y la sostenibilidad, para ponerlo en términos simples, su experiencia permite advertir algunas condiciones para que en Chile se pueda lograr un equilibrio en esta materia.

En primer lugar, que el debate de políticas públicas en torno a la temática se ajuste a los principios y estándares internacionales en aplicación; en segundo lugar, que su objetivo sea moderar la tendencia ultrarregulatoria, recogiendo las mejores prácticas y la experiencia que sobre la misma se ha vivido en otras latitudes, a través de normas claras y concretas, que se coordinen con las ya existentes, sin perjudicar las demandas de sostenibilidad ambiental y social, ni la competitividad con mercados más regulados, como el europeo; y, en tercer término, que el debate se ajuste a la realidad chilena, abriendo una conversación de buena fe entre los distintos actores políticos, económicos y sociales, evitando simplemente "copiar" modelos extranjeros.

De esta forma, cualquier debate que se proponga acerca de una norma vinculante en materia de debida diligencia en derechos humanos en Chile, no puede pretender construirse desde el vacío o *ab initio*. Chile tiene más de diez años de desarrollo en la incorporación, si bien fragmentada y difusa, de principios y estándares internacionales de sostenibilidad corporativa que no se pueden pasar por alto, en el que tanto organismos públicos como privados han hecho sus aportes y participado de manera activa En este sentido, se insertan las iniciativas de políticas públicas desde el Ejecutivo y el Legislativo antes señaladas, pero también es dable destacar aquellas que provienen tanto del mundo de la academia como de las mismas empresas.

Desde el ámbito académico, la Universidad Diego Portales y la Universidad de Chile cuentan con programas de investigación, extensión y docencia en materia de empresas y derechos humanos. En el primer caso, desde el 2010 el Centro de Derechos Humanos tiene un área de trabajo dedicada a las empresas y los derechos humanos, destacando entre sus actividades, el estudio de línea base sobre empresas y derechos humanos en el marco de la elaboración del primer plan de acción nacional de empresas y derechos humanos en Chile[64]. En el segun-

[64] Centro de Derechos Humanos (2016).

do caso, en enero de 2025 se crea el Núcleo de Investigación en Empresas y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, compuesto por académicos del Centro de Derechos Humanos (CDH)[65] y los departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Económico y Derecho Internacional.

Por su parte, la Pontificia Universidad Católica de Chile cuenta con el Programa de Sostenibilidad Corporativa, alojado en su Facultad de Derecho, desde donde hace tres años se lleva a cabo la medición de las empresas chilenas que cotizan en bolsa, en un *ranking* de empresas y derechos humanos[66], basado en la metodología utilizada por la organización sin fines de lucro World Benchmarking Alliance, fundada en 2018, para construir el Corporate Human Rights Benchmark (CHRB). Mientras que la Universidad del Desarrollo ha incluido entre sus cursos electivos del pregrado en la Facultad de Derecho y en la nueva malla del Magíster de Derecho de la Empresa, vinculado al Centro de Derecho Regulatorio y Empresas de dicha facultad, una línea de docencia en sostenibilidad corporativa y derechos humanos.

Desde el ámbito gremial las iniciativas han sido numerosas y diversas, apalancadas por organizaciones como Pacto Global Chile, Acción Empresas o Casa de la Paz. Entre tales iniciativas destacan: el Programa Piloto de DD.HH y Empresas, liderado por ACCIÓN Empresas en colaboración con el Consejo Minero y la Asociación de Generadoras de Chile, en 2020 y la elaboración de la Guía para las empresas: empresas y derechos humanos en 2019, por parte de la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC)[67].

Desde la sociedad civil, destacan el trabajo de la Fundación Casa de la Paz, creada en 1983, que lidera el proyecto Guías Chile sobre empresas y derechos humanos[68], cofinanciado por la Unión Europea, y el desarrollo de la plataforma chilena de la sociedad de derechos humanos y empresas, que reúne a veintiún organizaciones y cuyo propósito es:

> "[...] lograr que nuestro país cuente con un sistema robusto de protección, denuncia y reparación de las violaciones a los derechos huma-

[65] Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos (2025), véase https://derecho.uchile.cl/centro-de-derechos-humanos

[66] Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Programa de Sostenibilidad Corporativa, véase https://sostenibilidadcorporativa.uc.cl/

[67] CPC (2019).

[68] A la fecha, las publicaciones en el marco de este trabajo son: *Guías Chile: empresas y derechos humanos-Personas migrantes y refugiados; Guías Chile: empresas y derechos humanos-personas mayores* y *Guía para el reclutamiento responsable de trabajadores y trabajadoras migrantes en el sector agroalimentario.* Disponibles en https://casadelapaz.cl/

nos de individuos y comunidades por los efectos negativos de la actividad empresarial"[69].

De este modo, si bien el camino recorrido por Europa en materia de sostenibilidad corporativa, especialmente a través de la CSDDD y los debates que a partir de aquella se han dado, ofrece a Chile una referencia valiosa, su eventual transferencia a ordenamientos jurídicos requiere un enfoque equilibrado y contextualizado. La construcción de un modelo de sostenibilidad empresarial debe reconocer la necesidad de compatibilizar los objetivos de protección ambiental y social con la competitividad económica, así como con la realidad estructural del tejido empresarial, sindical, social y académico chileno.

a) Un diálogo inclusivo:
empresas y trabajadores

El primer elemento de equilibrio consiste en incorporar las visiones tanto del sector empresarial como del mundo del trabajo en el diseño y la ejecución de las políticas de sostenibilidad, sin presuponer que cada uno de aquellos actores representa una determinada posición en relación con la competitividad y la sostenibilidad. Una regulación eficaz no puede imponerse solo desde una lógica tecnocrática o sancionatoria: debe construirse mediante mecanismos participativos y de diálogo social, en los que las partes interesadas (empresas, trabajadores, sindicatos, asociaciones gremiales y organismos públicos) contribuyan activamente a definir estándares y metas comunes[70].

En la práctica, esto podría concretarse mediante mesas tripartitas sectoriales, procesos de consulta pública o acuerdos voluntarios de cumplimiento progresivo, donde se identifiquen conjuntamente los principales riesgos ambientales y sociales de cada sector productivo, y se establezcan planes de mejora con metas verificables. De este modo, la sostenibilidad deja de ser una imposición externa para transformarse en un proceso coconstruido y adaptado a las realidades operativas de cada industria. La participación activa de los trabajadores, a través de comités paritarios, canales internos de denuncia o programas de formación, resulta esencial para garantizar la efectividad de los modelos de cumplimiento y de diligencia debida[71]. Los empleados suelen ser quienes, primero, detectan prácticas o riesgos que podrían comprometer los derechos humanos o el ambiente. Incorporar su voz no solo fortalece la legitimidad del sistema, sino que, también, mejora su capacidad preventiva y correctiva.

[69] Plataforma chilena de la Sociedad de Derechos Humanos y Empresas: www.derechoshumanosyempresas.cl

[70] Durand (2019) p. 96.; García-Montoya & Manzi (2023) pp. 143-145.

[71] Rojas (2023) p. 295.

Por último, el involucramiento temprano del sector empresarial permite anticipar posibles efectos económicos o regulatorios adversos, facilitando la compatibilidad entre sostenibilidad y competitividad. Cuando las empresas comprenden los objetivos de la regulación y participan en su diseño, pueden integrar los principios de sostenibilidad en su gestión estratégica, transformándolos en ventajas competitivas más que en simples obligaciones de cumplimiento.

b) Proporcionalidad y gradualidad

La proporcionalidad y la gradualidad constituyen condiciones esenciales para garantizar la implementación efectiva y justa de cualquier marco normativo en materia de sostenibilidad y diligencia debida[72]. En el contexto chileno, donde el tejido empresarial está compuesto mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas (PYMES), la diferenciación regulatoria resulta indispensable para evitar efectos contraproducentes sobre la competitividad y la formalización.

Las grandes empresas cuentan con estructuras de gobernanza, departamentos de cumplimiento y capacidades financieras que les permiten desarrollar sistemas integrales de diligencia debida, auditoría de proveedores y reportes de sostenibilidad. En cambio, las Pymes suelen carecer de los recursos humanos y técnicos necesarios para cumplir con estándares complejos[73]; por ello, requieren instrumentos simplificados, guías sectoriales, capacitación y acompañamiento público. Un modelo proporcional podría incorporar mecanismos de cumplimiento escalonado, donde las obligaciones aumenten gradualmente según el tamaño, la facturación o el nivel de riesgo de la empresa. Por ejemplo, las PYMES podrían comenzar con declaraciones básicas de compromiso y canales internos de denuncia, mientras que las grandes empresas deberían implementar procesos completos de identificación, evaluación y mitigación de impactos en sus cadenas de valor.

Asimismo, la gradualidad temporal resulta clave. La introducción progresiva de las obligaciones, acompañada de incentivos fiscales, programas de certificación o asistencia técnica estatal, permitiría evitar que la regulación se perciba como una carga y, por el contrario, se incorpore como un instrumento de mejora continua. Este enfoque se alinea con las mejores prácticas comparadas, como las previstas en la CSDDD, que reconoce distintos plazos y umbrales de aplicación según el tipo y tamaño de empresa[74].

En definitiva, la proporcionalidad no implica una reducción del estándar normativo, sino su adecuación a las capacidades reales de los actores económi-

[72] Navarro (2025) pp. 49-51.

[73] Vargas y Trujillo (2022) pp. 75-77.

[74] San Martín (2024) pp. 102-103.

cos, garantizando que todos contribuyan, de manera justa y efectiva, al cumplimiento de los objetivos comunes de sostenibilidad y responsabilidad empresarial.

c) Instrumentos para sostener equilibrios

Lograr un equilibrio entre sostenibilidad y competitividad exige instrumentos institucionales y de gobernanza que aseguren coherencia, eficiencia y credibilidad en la implementación de políticas empresariales responsables[75]. Estos instrumentos actúan como puentes entre la regulación, la práctica corporativa y las políticas públicas, permitiendo que la sostenibilidad se consolide como una función estructural del sistema económico.

En primer lugar, la gobernanza corporativa de la sostenibilidad debe ocupar un lugar central. Integrar los objetivos ambientales y sociales en la estructura de gobierno corporativo (por ejemplo, mediante comités especializados, la incorporación de métricas ESG o la gestión de riesgos no financieros) permite internalizar la diligencia debida como una función estratégica y permanente, más allá del cumplimiento formal o declarativo[76].

En segundo lugar, las cláusulas contractuales en las cadenas de suministro constituyen un instrumento clave para extender los compromisos de sostenibilidad a lo largo de toda la cadena de valor. Siguiendo el modelo europeo, las empresas matrices pueden exigir estándares mínimos de conducta ambiental y social a sus proveedores, promoviendo la responsabilidad compartida y reduciendo la necesidad de una regulación excesivamente intervencionista[77].

Un tercer pilar es la colaboración desde el Estado, que debe garantizar la coherencia de las políticas públicas, ambientales, laborales, fiscales e industriales, y ofrecer programas de capacitación y asistencia técnica que fortalezcan las capacidades de cumplimiento, especialmente en las PYMES. En este sentido, el Estado debe desempeñar un papel facilitador y orientador, no solo fiscalizador.

Finalmente, el aprovechamiento de instrumentos y códigos ya existentes es fundamental. Chile dispone de marcos y herramientas relevantes, como los Principios de Gobierno Corporativo de la CMF[78], los ODS y diversos códigos de ética y buenas prácticas sectoriales. Integrar estos instrumentos en una estrategia nacional de sostenibilidad corporativa permite reducir costos económicos y administrativos, fomentar la capacitación continua y avanzar hacia una convergencia de objetivos entre los sectores público y privado.

[75] Valencia y Esquivel (2022) p. 427.
[76] Scavone y Marchesano (2023) pp. 104-5.
[77] Navarro (2024) pp. 31-32.
[78] CMF (2024).

En suma, las condiciones para un equilibrio en Chile pasan por un diseño normativo dialogante, gradual y coordinado, que promueva la responsabilidad empresarial sin comprometer la competitividad. El desafío consiste en consolidar una cultura de sostenibilidad corporativa que combine estándares internacionales con la realidad nacional, garantizando un tránsito ordenado hacia un modelo de gobernanza empresarial sostenible, inclusivo y socialmente legítimo. Este proceso, más que una simple adaptación normativa, requiere una evolución institucional y cultural, en la que Estado, empresas y trabajadores compartan un mismo horizonte: que la sostenibilidad no sea un costo, sino una inversión en el futuro productivo y ético del país.

Conclusiones

La experiencia europea en materia de sostenibilidad corporativa ofrece lecciones valiosas para Chile en un momento de transición normativa y económica. En primer lugar, la Unión Europea demuestra que la sostenibilidad no puede concebirse únicamente como un ideal ético o una política pública, sino como un componente estructural de la competitividad. La CSDDD, junto con el paquete de regulaciones complementarias (CSRD, Taxonomía, Ómnibus I), ha transformado las obligaciones empresariales en materia ambiental y de derechos humanos en deberes jurídicos *ex ante*, que exigen a las empresas gestionar de forma preventiva los riesgos de sus operaciones y de sus cadenas de suministro. La experiencia europea también muestra que la simplificación regulatoria no debe confundirse con una relajación de estándares, sino con la búsqueda de mecanismos más eficientes y coherentes de cumplimiento.

Así, lo que se ha podido observar es un dilema político persistente: cómo mantener o elevar los estándares de sostenibilidad sin imponer costos de cumplimiento desproporcionados, en particular a las empresas integradas en cadenas de valor globales o a los proveedores más pequeños. En este sentido, el caso europeo demuestra que sostenibilidad y competitividad no son objetivos excluyentes. Los marcos de diligencia debida pueden fortalecer la resiliencia empresarial y el acceso a mercados si se implementan con criterios de proporcionalidad y gradualidad. Para Chile, la clave está en construir un modelo adaptado a su estructura productiva, diferenciando las obligaciones según el tamaño y el riesgo de las empresas. La participación de trabajadores y gremios en el diseño de politicas de sostenibilidad es esencial para lograr legitimidad y efectividad.

El equilibrio entre sostenibilidad y competitividad no es una utopía regulatoria, sino una cuestión de diseño institucional[79]. La experiencia europea mues-

[79] Ferran (2025) p. 12.

tra que simplificar no significa debilitar, sino hacer más eficiente la regulación[80], mientras que avanzar en coherencia normativa y fortalecer la gobernanza corporativa puede transformar la sostenibilidad en motor de productividad[81]. En definitiva, anticiparse a la convergencia regulatoria global puede otorgar al país una ventaja estratégica: demostrar que la sostenibilidad, lejos de ser un costo, es una inversión en el futuro competitivo y ético del país.

El marco nacional avanza de forma fragmentaria hacia la sostenibilidad corporativa. Normas como la Ley n.º 21595 sobre Delitos Económicos, la Ley n.º 21643 (Ley Karin) y las NCG 461 y 519 de la CMF reflejan una evolución hacia modelos preventivos basados en gestión de riesgos. Si bien Chile aún carece de una ley de debida diligencia en materia de derechos humanos, la convergencia con estándares internacionales es clara. Esta trayectoria sugiere una arquitectura regulatoria emergente que combina cumplimiento penal, laboral, medioambiental y financiero bajo un principio común: la prevención[82].

A medida que la normativa evoluciona y la incertidumbre geopolítica aumenta, el análisis de riesgos proporciona un punto de apoyo fundamental, ayudando a las empresas a identificar y abordar problemas persistentes como el trabajo forzoso, el trabajo infantil y las preocupaciones sobre salud y seguridad de sus trabajadores. El análisis de riesgos sustenta una debida diligencia eficaz en materia de derechos humanos, apoya el cumplimiento de los marcos regulatorios y de presentación de informes también en otros ámbitos de las compañías, y ofrece enfoques prácticos para fomentar la transparencia y la resiliencia en las cadenas de suministro[83].

Para Chile, estos aprendizajes resultan relevantes dado su perfil exportador y su inserción en cadenas globales de valor altamente expuestas a las exigencias de sostenibilidad europeas. Sectores estratégicos como el cobre, el litio, la agroindustria o la salmonicultura se enfrentan a crecientes demandas de trazabilidad, respeto a los derechos humanos y mitigación de impactos ambientales. En este

[80] Plana-Erta (2025) p. 6.

[81] Quintero, Gaitàn y Saavedra (2024) p. 317.

[82] Además, cabe señalar el desarrollo de una taxonomía de actividades económicas medioambientales sostenibles (T-MAS), un sistema de clasificación para identificar qué actividades económicas son ambientalmente sostenibles –Ministerio de Hacienda (2021)–. Desde su inicio, este proceso se centra en las actividades medioambientales, sin embargo, ha ido evolucionando hacia la comprensión de que, respecto de las actividades de esa naturaleza vinculadas a los seis objetivos medioambientales que se ha fijado Chile, se debe asegurar, además, un nivel mínimo en términos sociales, garantizado por las denominadas "salvaguardas mínimas sociales". En la propia definición de la autoridad, el propósito de T-MAS, una iniciativa en desarrollo y hasta ahora voluntaria para las empresas, es "proporcionar certidumbre, transparencia y comparabilidad a los mercados, facilitando la transición hacia una economía más sostenible".

[83] Institute for Human Rights and Business (2024).

contexto, la adopción de políticas de debida diligencia empresarial y de modelos de prevención del delito deja de ser una cuestión de reputación y se convierte en una condición de acceso a los mercados internacionales.

El equilibrio entre sostenibilidad y competitividad –presente tanto en el debate europeo como en el chileno– no se alcanza renunciando a los estándares, sino a través de una implementación inteligente y basada en riesgos[84]. En Europa, las iniciativas como el Ómnibus I impulsadas por la comisión buscan reducir costos administrativos y eliminar duplicidades sin debilitar la esencia del marco normativo. Este enfoque puede inspirar a Chile a fortalecer sus instrumentos de cumplimiento mediante orientaciones claras, simplificación de procedimientos y un mayor apoyo técnico a las pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, la convergencia regulatoria global en materia de sostenibilidad y responsabilidad corporativa es ya un proceso en marcha. Desde una perspectiva empresarial, la evolución del marco europeo representa un escenario a seguir con atención. Para las compañías chilenas, comprender estos desarrollos puede significar una oportunidad de fortalecimiento estratégico, en la medida en que la gestión de riesgos ambientales y sociales se ha convertido en un factor de competitividad global. En este contexto, el valor radica no en la adopción de idénticas normas, sino en la capacidad de anticipar y responder con flexibilidad a los cambios regulatorios y de mercado, considerando en ese debate tanto la evidencia científica, las distintas experiencias en el ámbito comparado y los propios avances de marco jurídico chileno, permitiendo una evaluación adecuada de aprendizajes para construir de manera robusta los próximos pasos de una política de sostenibilidad competitiva que acompañe el desarrollo de una economía y sociedad sostenible hacia el futuro en Chile.

Bibliografía

Abnett, Kate & Furness, Virginia (2025): "TotalEnergies, Siemens urge EU to abolish climate law, letter shoes". Disponible en www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/totalenergies-siemens-urge-eu-abolish-climate-law-letter-shows-2025-10-09/ [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ainger, John & Schwartzkopff, Frances (2025): "EU Lawmakers Agree to Drastically Curtail ESG Directives". Disponible en www.bloomberg.com/news/articles/2025-10-13/european-lawmakers-agree-to-drastically-curtail-esg-directives [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

[84] Guarascio *et al.* (2025) pp. 530-531; Álvarez, Pucheta y Bertranou (2023) pp. 5-7 y 27-30.

Alfonso Sánchez, Rosalía (2024): "Gobernanza sostenible: entre la reputación y el relato", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 83: pp. 17-76.

Aranda Gahona, Luis Alejandro (2024): "Algunas reflexiones en torno a la entrada en vigencia de la Ley Karin", *Revista Chilena de la Administración del Estado*, n.º 12: pp. 75-90.

Arroyo Pecharromán, Miguel Salvador (2024): "Los desafíos de la información corporativa sobre cambio climático en las iniciativas internacionales y normativas europeas", *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, vol. 39: pp. 145-206.

Bastos Lima, Mairon G. & Schilling-Vacaflor, Almut (2024): "Supply chain divergence challenges a 'Brussels effect' from Europe's human rights and environmental due diligence laws", *Global Policy*, vol. 15, No. 2: pp. 260-275.

Baumüller, Josef & Sopp, Karina (2022): "Double materiality and the shift from non-financial to European sustainability reporting: review, outlook and implications", *Journal of Applied Accounting Research*, vol. 23, No. 1: pp. 8-28.

Bavoso, Vincenzo (2024): "The Quest for European Competitiveness, the Draghi Report, and the Chimera of EU-wide Capital Markets". Disponible en https://ssrn.com/abstract=5015148 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Blanco, Vicente; Dámaso, Javier y Bardel, Daniela Alejandra (2024): "Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas", *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 70, n.º 5: pp. 133-168.

Bueno, Nicolás; Bernaz, Nadia; Holly, Gabrielle & Martin-Ortega, Olga (2024): "The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise", *Business and Human Rights Journal*, vol. 9, No. 2: pp. 294-300.

Canalda Criado, Sergio (2025): "Las políticas de gestión medioambiental, de sostenibilidad y de diligencia debida como escenarios de participación de los trabajadores", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 16, n.º 1: pp. 1-34.

Cantú, Humberto (2017): "Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. xvii: pp. 113-144.

Centro de Derechos Humanos (2016): *Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos humanos - Chile*. Disponible en https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/SchC3B6nsteiner_Estudio20Linea20Base20Chile2027.5.2016.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Corn, Emanuele y Sanhueza, Leopoldo (2025): "Delito o no delito: Esa es la cuestión. A propósito del procedimiento disciplinario contra el funcionario público en casos de acoso laboral", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 93, n.º 257: pp. 415-436.

De Arteche, Mónica Regina; Welsh, Sandra Vanessa y Santucci Marina (2024): "Acciones Environmental, Social and Governance en empresas de Argentina, Colombia y Chile", en *Libro de Memorias* (Bucaramanga, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga) pp. 10-24.

De Sadeleer, Nicolas (2025): "The European Green Deal: greenwashing compounded by deregulation (Omnibus law) or a genuine paradigm shift?", *European Journal of Risk Regulation*: pp. 1-32.

Di Vaio, Assunta & Ali, Tayyab (2025): C*arbon Accounting for the Sustainable Transition: Accountability, Compliance, and Climate Change* (Abingdon, Oxon: Taylor & Francis).

Dunfjäll, Måns (2025): "Materiality in Transition: Challenges and Opportunities in Corporate Sustainability Reporting under the CSRD", *European Journal of Risk Regulation*: pp: 1-15.

Durand, Francisco, (2019): *La captura del Estado en América Latina: reflexiones teóricas* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la PUCP).

Elgesem, Frode (2023): "The role of soft law in the application of the law: The Norwegian Perspective", *Oslo Law Review*, vol. 10, No. 2: pp. 1-8.

Eliantonio, Mariolina; Kulovesi, Kati; Peeters, Marjan; Puharinen, Suvi-Tuuli & Savaresi, Annalisa (2025): "Greening the EU and the Rule of Law: Reflections on Opportunities and Limits of the EU's Legal Powers". Disponible en SSRN https://ssrn.com/abstract=5315459 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ferran, Eilis (2025): "Regulating for Growth in an Era of Rising Economic Nationalism: UK and EU Perspectives". Disponible en https://ssrn.com/abstract=5360053 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

García-Montoya, Laura & Manzi, Pilar (2023): "From economic to political power: economic elites and policymaking during times of crisis", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 15, No. 2: pp. 138-167.

Glinik, Martin; Holzmann, Patrick & Rauter, Romana (2024): "Tensions of sustainability in the establishment of new ventures and their managerial responses", C*leaner Production Letters*, vol. 6: pp. 1-11.

Godina, Liliana Vaudo (2024): "Autorregulación para la gestión de seguridad en las cadenas de suministro", *European Public & Social Innovation Review*, vol. 9: pp. 1-19.

González Bondia, Alfonso (2024): "Business, human rights and the environment: From corporate social responsibility to mandatory human rights and environmental due diligence", in Campins Eritja M. & Fernández-Pons X. (coords), *Deploying the European Green Deal*, (Abingdon Oxon, Routledge) pp. 209-227.

Gros, Daniel (2025): "The Draghi and Letta Reports: Overloaded Messages and Limited Impact", *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 63, Issue S1: pp. 1-8.

Guarascio, Dario; Holzner, Mario; Iacobucci, Donato & Meliciani, Valentina (2025): "European competitiveness in the new global context: structural constraints, strategic

dependencies and the role of the new industrial policy", *Journal of Industrial and Business Economics,* vol. 52, Issue 3: pp. 525-533.

Hennebel, Ludovic & Tigroudja, Hélène (2025): "The Place of Soft Law Standards in International Human Rights Law", in Hennebel L. & Tigroudja H. (coords.), *International Human Rights Law: A Treatise* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 92-110.

Jagrič, Timotej; Mumel Damijan & Skaza, Aljaž (2025): "Evaluation of Environmental, Social, and Governance Risks? A Critical Literature Review with Practical Implications", *Sustainability*, vol. 17, No. 18, 8451: pp. 1-19.

Jiménez Cepeda, Luis (2024): "Acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo: la ineficacia de las normas anteriores y los nuevos desafíos de la Ley Karin", *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, vol. 22, n.º 41: pp. 16-30.

Larraín, Mauricio (2024): "Factores ambientales, sociales y de gobernanza en la creación de valor a largo plazo", en Cáceres A.E. y Anfossi F.A. (coords.), *Directorios en acción: creando valor sostenible en América Latina* (Santiago, ESE Business School Universidad de los Andes) pp. 225-238.

Marcazzolo-Awad, Ximena Luz y Serra-Cruz, Diva (2025): "El concepto de empresa para los delitos económicos y sus implicancias para las personas naturales y personas jurídicas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 45: pp. 79-114.

Marín, Anabel; Möhle, Elisabeth & Aneise, Ana Julia (2025): "Environmental Crisis and Sustainable Development in South America", in *Oxford Research Encyclopedia of Climate Science* (Oxford: Oxford University Press).

Márquez Carrasco, Carmen, Marullo Chiara y Schönfelder Daniel (2024): "Adopción de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: relevancia para España y las empresas españolas", *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3: pp. 3-9.

Morato García, Rosa María (2024): "El proceso de diligencia debida en la nueva Directiva europea", *Trabajo y Derecho*, No. 119: pp. 1-28.

McQuordale, Robert (2024): *Business and Human Rights* (Oxford, Oxford University Press).

Muñoz-Villagrán, Cristóbal Moreno; Johnson, Vader & Sánchez de la Guía, Lucía (2022): "Design in Small and Medium-Sized Businesses as a Condition for Innovation: The Case of Chile", *The International Journal of Sustainability in Economic, Social and Cultural Context*, vol. 18, No. 9: pp. 54-68.

Navarro García, Fernando (2024): *Responsabilidad social corporativa. Teoría y práctica de la sostenibilidad* (Madrid, ESIC Editorial).

Navarro García, Fernando (2025): *Derechos humanos en la empresa sostenible: la diligencia debida en sostenibilidad* (Madrid, ESIC Editorial).

Ortiz Palafox, Karla Haydee (2025): "Responsabilidad social como motor de la sostenibilidad en economías emergentes", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 31, n.º 1: pp. 107-119.

Pacheco, Marta (2025): "Los legisladores de la UE votan para flexibilizar los requisitos de diligencia debida corporativa", Disponible en www.euronews.com/my-europe/2025/10/14/eu-lawmakers-vote-to-ease-corporate-due-diligence-requirements [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Plana-Erta, Dolors (2025): "El informe de sostenibilidad, la CSRD y la propuesta ómnibus de la UE". Disponible en https://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/_recursos/documents/24/05_OIKO24_ES.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Quintero García, Leydy Tatiana; Gaitàn Riaño, Sandra y Saavedra Najar, Rodrigo Alfonso (2024): "Gobierno corporativo y sostenibilidad en Latinoamérica", *RAN* (Universidad de Concepción), vol. 10, n.° 2: pp. 313-331.

Recabarren, Lorena y Richards, Constanza (2024): "La lógica del compliance y la debida diligencia en derechos humanos: desde los principios a la normativa vinculante", en Alcalde, M.C. y Pascuali, M., *Compliance Sectorial* (Valencia, Tirant lo Blanche,) pp. 235-329.

Rojas Rivero, Gloria Pilar (2023): "La diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la participación sindical", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. 15: pp. 281-303.

San Martín Calvo, Marina (2014): "Avances en la sostenibilidad de empresas: del pacto verde europeo a la directiva CSRD y la propuesta de directiva sobre diligencia debida", en Vercher Moll, F. J., Matarredona, J.B. y Grau J.B. (coords.), *Sostenibilidad y derecho: una visión pluridisciplinar* (Madrid, Marcial Pons) pp. 85-112.

Scavone, Graciela y Marchesano, Marisa (2013): "Los reportes de sustentabilidad como comunicadores de los resultados del proceso de debida diligencia", *La Junta*, vol. 6, n.° 2: pp. 100-113.

Scavone, Graciela; Sanabria, Verónica Raquel y Morales Alvarado, Gaidar (2020): "Análisis de los mercados financieros verdes en los países de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú", *La Junta*, vol. 3, n.° 1: pp. 64-89.

Scheper, Christian (2015): "From naming and shaming to knowing and showing: human rights and the power of corporate practice", *The International Journal of Human Rights*, vol. 19, Issue 6: pp. 737-756.

Schilling-Vacaflor, Almut & Gustafsson, Maria-Therese (2024): "Towards more sustainable global supply chains? Company compliance with new human rights and environmental due diligence laws", *Environmental Politics*, vol. 33, No. 3: pp. 422-443.

Schilling-Vacaflor, Almut & Lenschow, Andrea (2023): "Hardening Foreign Corporate Accountability Through Mandatory Due Diligence in the European Union? New Trends and Persisting Challenges", *Regulation & Governance*, vol. 17, No. 3: pp. 677-693.

Stadler, Emilia; Bonatti, Michelle & Mithofer, Dagmar (2025): "Unraveling Complex Impacts Pathways of the Ecodesign for Sustainable Products Regulation and Cor-

porate Sustainability Due Diligence Directive in Global Textile Value Chains: A European Perspective", *Regulation & Governance*: pp. 1-20.

Valencia, William Segundo y Esquivel Mercedes Janqui (2022): "La responsabilidad social empresarial y el desarrollo sostenible en latinoamérica en tiempos de pandemia", *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, vol. 6, n.º 1: pp. 415-435.

Vargas Càrdenas, Ana María y Trujillo Puentes, Jorge (2022): "La tributación de las Pymes y su cumplimiento tributario", *Revistas de Estudios Tributarios*, No. 28: pp. 75-105.

Vizcardo, Erick Palao, (2024): "¿Un encargado de prevención puede tener responsabilidad penal?", *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, vol. 5, n.º 10: pp. 3-21.

Normas

Boletín n.º 17.196-17: Proyecto de Ley que modifica la ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas, con el objeto de establecer obligaciones para promover la protección de derechos humanos, a las personas jurídicas que indica. (21 de octubre de 2024). Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/77673/2/17196-17_20241021.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Boletín n.º 17.446-17: Proyecto de Ley que establece y regula la debida diligencia de las empresas en el respeto a los derechos humanos, el medio ambiente y el cambio climático (3 de abril de 2025). Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/78584/9/20250408_09_17446-17.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025]

Boletín n.º 17.520-17: Proyecto de Ley que establece la obligación de incorporar la debida diligencia en derechos humanos a las empresas que operen en territorio nacional (5 de mayo de 2025). Disponible en www.camara.cl/verDOC.aspx?prmID=83253&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA&prmFICHATIPO=DIP&prmLOCAL=0 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

European Commission (2025): Paquete Ómnibus I: Comunicación de la Comisión Europea sobre la simplificación de las normas de sostenibilidad y competitividad. COM (2025) 80 (26 de febrero de 2025). Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_614 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ley n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), 23 de febrero de 2016, actualizada 12 de enero de 2019 (Ley n.º 21130).

Ley n.º 21595 sobre Delitos Económicos y Medioambientales, 17 de agosto de 2023.

Ley n.º 21643, Acoso Sexual, Acoso Laboral y Violencia en el Trabajo (Ley Karin), 3 de enero de 2024.

Norma de Carácter General (NCG) n.º 385 (2015): Superintendencia de Valores y Seguros. Disponible en www.cmfchile.cl/normativa/ncg_385_2015.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Norma de Carácter General (NCG) n.° 386 (2015): Superintendencia de Valores y Seguros. Disponible en www.cmfchile.cl/normativa/ncg_386_2015.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Norma de Carácter General (NCG) n.° 461 (2021): Comisión para el Mercado Financiero. Disponible en www.cmfchile.cl/normativa/ncg_461_2021.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Norma de Carácter General (NCG) n.° 519 (2024): Comisión para el Mercado Financiero. Disponible en www.cmfchile.cl/normativa/ncg_519_2024.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Unión Europea (2025): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Una Brújula para la Competitividad de la UE, COM(2025) 30 final (21 de enero de 2025). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52025DC0030 [fecha de consulta: 17 de octubre 2025]

Unión Europea (2014): Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Texto pertinente a efectos del EEE. DO L 330 (15 de noviembre de 2014). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32014L0095 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Unión Europea (2024): Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02024L1760-20250417 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Unión Europea (2020): Reglamento 2020/852/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. DO L 198/13 (22 de junio de 2020) Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02020R0852-20200622 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Otros documentos

Álvarez Alonso, César; Pucheta, Mauro y Bertranou, Camila (2023): "La dimensión social de la transición justa en las experiencias europeas: retos y buenas prácticas para Chile y América Latina. Un estudio comparado". Disponible en https://kar.kent.ac.uk/104743/ [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CEPAL (2024): "Estudio económico de América Latina y el Caribe, 2024: trampa de bajo crecimiento, cambio climático y dinámica del empleo". Disponible en www.cepal.

org/es/publicaciones/80595-estudio-economico-america-latina-caribe-2024-trampa-crecimiento-cambio-climatico [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CMF (2021): "Normativa emitida: Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la memoria anual, Noviembre de 2021". Disponible en www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-49802_doc_pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CMF (2023): "A la luz de la norma Nº 461. Divulgación de los estándares de sostenibilidad de las empresas". Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/articles-75022_doc_pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CMF (2024): "Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo". Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/articles-81366_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CMF (2025a): "Sostenibilidad y gobierno corporativo: aprendizajes y desafíos de la implementación de la NCG 461 y 519". Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/articles-97760_doc_pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CMF (2025b): "El rol de la CMF en la divulgación de información de riesgos de sostenibilidad", en IX Seminario de Armonización Internacional, septiembre de 2025. Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/w3-article-100717.html [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

CPC (2019): *Empresas y derechos humanos. Nuestro compromiso.* Disponible en www.cpc.cl/wp-content/uploads/2019/05/1_Guia-para-Empresas-DDHH-2019_17abril.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Consejo Europeo (2025): "Comercio UE-Chile: datos y cifras". Disponible en www.consilium.europa.eu/es/infographics/eu-chile-trade-relations-facts-and-figures/ [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Declaración de Copenhagen (2025): "EU Sustainability Omnibus - A Call for Evidence-Based Policymaking (Copenhagen Declaration)". Disponible en www.uni-hamburg.de/newsroom/im-fokus/2025/0909-interview-copenhagen-declaration/copenhagen-declaration-final.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Draghi, Mario (2024): "The Future of European Competitiveness". Disponible en https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?fi lename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20compe titiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

European Commission (2025): "Competitiveness Compass. (European Commission. (2025) 'Competitiveness Compass', Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Competitiveness Compass for the EU'. COM (2025) 30 Final". Disponible en https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2-e0ed18105a34_en [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Institute for Human Rights and Business (IHRB) (2024): "The UN Deputy High Commissioner for Human Rights Nada Al-Nashif's remarks during IHRB's event: Responsible Business in Uncertain Times: Strengthening Corporate Leadership Amidst Widening Global Conflicts, hosted at the ICRC in Geneva on 9 October 2024". Disponible en www. ihrb.org/latest/speech-from-un-deputy-high-commissioner-for-human-rights-at-responsible-business-in-uncertain-times#:~:text=Human%20rights%20due%20diligence%20is%20the%20compass%20that%20can%20help,It%20is%20an%20ethical%20responsibility [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ministerio de Hacienda (2021): "Hoja de ruta para una taxonomía en Chile". Disponible en www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/finanzas-sostenibles/taxonomia-para-actividades-economicas-medioambientalmente-sostenibles/documentos [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ministerio de Justicia (2023): "Gobierno anuncia que el próximo años ingresará proyecto de ley de debida diligencia en materia de derechos humanos y empresas". Disponible en www.minjusticia.gob.cl/gobierno-anuncia-que-el-proximo-ano-ingresara-proyecto-de-ley-de-debida-diligencia-en-materia-de-derechos-humanos-y-empresas/ [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Naciones Unidas (2011): "Principios rectores de Naciones Unidas". Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

OCDE (2023): "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable". Disponible en www.oecd.org/es/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable_7abea681-es.html [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Smit, Lise; Bright, Claire; Mccorquodale, Robert; Bauer, Matthias; Deringer, Hanna; Baeza-Breinbauer, Daniela; Torres-Cortés, Francisca; Alleweldt, Frank; Kara, Senda; Salinier, Camille & Tejero Tobed, Héctor (2020): *Study on due diligence requirements through the supply chain*. Disponible en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA: PERSPECTIVAS TRIBUTARIAS Y LA INFLUENCIA DE LA OCDE

CORPORATE SUSTAINABILITY: TAX PERSPECTIVES AND THE INFLUENCE OF THE OECD

Matías Pascuali Tello[*]

RESUMEN: La sostenibilidad corporativa ha tenido un gran desarrollo en los últimos años, sin embargo, una relación no muy común es la de este concepto con la tributación, esta se ha dado de forma relevante gracias a los trabajos de la OCDE y la incorporación de los elementos de la moral impositiva y el cumplimiento cooperativo tributario

PALABRAS CLAVE: sostenibilidad tributaria, moral impositiva, cumplimiento cooperativo.

ABSTRACT: Corporate sustainability has had a great development in recent years; however, a not very common relationship is that of this concept with taxation, this relationship has been mainly thanks to the work of the OECD and the incorporation of the elements of tax morality and cooperative compliance.

KEYWORDS: tax sustainability, tax morality, cooperative compliance

INTRODUCCIÓN

En una era marcada por el aumento de los problemas ambientales, las desigualdades sociales y la volatilidad económica, el concepto de sostenibilidad corporativa ha surgido como un marco fundamental para guiar las operaciones co-

[*] Profesor investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

merciales hacia la viabilidad a largo plazo de las empresas. La sostenibilidad corporativa se extiende más allá de la mera administración ambiental para abarcar la resiliencia económica y la responsabilidad social, a menudo encapsuladas en los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG). Este artículo explora la interacción entre la sostenibilidad corporativa y la tributación, examinando cómo las políticas fiscales pueden incentivar u obstaculizar las prácticas sostenibles. Hacemos hincapié en la importancia de la relación de formas no tradicionales de enfrentar el problema de la recaudación tributaria cuando esta se analiza a la luz del concepto de sostenibilidad y la influencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cuyas directrices e iniciativas han dado forma a las estrategias tributarias mundiales en consonancia con los objetivos de sostenibilidad.

En el panorama global contemporáneo, la sostenibilidad corporativa ha trascendido sus orígenes como un nicho de preocupación ética para convertirse en un pilar fundamental de la política económica y la estrategia empresarial. Definida en términos generales como la búsqueda de la creación de valor a largo plazo que equilibra la protección del ambiente, la equidad social y la prosperidad económica, la sostenibilidad corporativa está cada vez más entrelazada con los mecanismos fiscales. Los impuestos, como herramienta de política pública, no solo generan ingresos para los gobiernos, sino que, también, moldean el comportamiento corporativo al incentivar prácticas sostenibles o penalizar las dañinas. Este capítulo profundiza en la relación multifacética entre la sostenibilidad corporativa y la tributación, con un enfoque particular en el papel fundamental de la OCDE en la armonización de las políticas fiscales internacionales para apoyar los objetivos de sostenibilidad.

La urgencia de esta intersección se ve enfatizada por la escalada de los desafíos globales, incluido el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y las crecientes disparidades sociales. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, que abarca diecisiete objetivos de desarrollo sostenible (ODS)[1], proporciona un plan de acción, donde la tributación emerge como un facilitador crítico. Por ejemplo, los sistemas fiscales eficaces pueden financiar las inversiones públicas en infraestructuras verdes y desalentar las actividades intensivas en carbono. La OCDE, que representa a treinta y ocho economías de altos ingresos a partir de 2025, ha estado a la vanguardia de esta agenda, influyendo en las reformas fiscales en todo el mundo a través de investigaciones basadas en evidencia y marcos multilaterales. Intentaremos explicar estas dinámicas explorando contextos históricos, marcos legales, desafíos y trayectorias futuras, basándose en desarrollos recientes hasta 2025.

[1] Naciones Unidas (2015).

I. El concepto de sostenibilidad corporativa

La sostenibilidad corporativa se refiere a la integración de prácticas sostenibles en las estrategias comerciales centrales, asegurando que las empresas operen de una manera que satisfaga las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras. En un primer momento se usó el termino 'sostenibilidad' para tratar temas relacionados con la protección del ambiente con el paso del tiempo el término se ha extendido a la preocupación de la sociedad por el futuro, ya sea medioambiental, pero también social y económico relacionándolo con el crecimiento económico sustentable apuntando a una visión del largo plazo en la toma de decisiones[2]. Este concepto ha evolucionado de iniciativas voluntarias de responsabilidad social corporativa (RSC) a un imperativo regulatorio, impulsado por las demandas de los *stakeholders*, las preferencias de los inversores y los estándares internacionales. En esencia, la sostenibilidad implica equilibrar el "triple resultado": personas, planeta y ganancias.

En la actualidad, el criterio más utilizado en el ámbito de la sostenibilidad es el concepto de ESG (ambientales, sociales y de gobernanza), el cual se encuentra íntimamente relacionado con la sostenibilidad corporativa y la responsabilidad social empresarial (RSE), es por esto que es necesario distinguir estos tres conceptos y como interactúan.

La sostenibilidad corporativa, la responsabilidad social empresarial y los criterios ESG son conceptos interrelacionados que forman parte de la evolución de las prácticas empresariales hacia un modelo más responsable y ético.

Sostenibilidad corporativa, se refiere a la integración de prácticas que aseguran la viabilidad a largo plazo de la empresa, considerando impactos ambientales, sociales y económicos. Va más allá de la mera supervivencia, incorporando la gestión de riesgos y oportunidades para generar valor compartido con *stakeholders*.

Responsabilidad social empresarial (RSE), es un enfoque voluntario y ético donde las empresas asumen obligaciones hacia la sociedad, el ambiente y la ética, más allá de las legales. Incluye acciones como filantropía, diversidad laboral y reducción de emisiones, priorizando el impacto social.

I.1. Criterios ESG

Son métricas estandarizadas para evaluar el desempeño de una empresa en tres pilares:

[2] Melé (2024) p. 177.

E (Ambiental: cambio climático, recursos),
S (Social: derechos humanos, comunidad) y
G (Gobernanza: ética, transparencia).

Se usan principalmente en inversiones para medir riesgos y oportunidades sostenibles.

II. ¿Cuál es la relación entre estos conceptos?

Estos conceptos no son sinónimos, pero se complementan y evolucionan relacionándose, formando un continuum hacia una gestión más integral, la RSE es el precursor histórico de estos. Surgió en las décadas 1950-1960 como respuesta a demandas sociales, enfocándose en acciones voluntarias para mitigar impactos negativos. Es más cualitativa y orientada a la reputación, pero carece de métricas estandarizadas; por otro lado, la sostenibilidad corporativa integra la RSE al incorporar dimensiones ambientales y económicas de manera estratégica. Mientras la RSE es reactiva (responder a problemas sociales), la sostenibilidad es proactiva, alineando el negocio con objetivos globales como los ODS de la ONU. La sostenibilidad corporativa usa la RSE como pilar social, pero la expande a la viabilidad total del modelo de negocio.

Finalmente, un tercer actor, son los criterios ESG, estos representan la evolución cuantitativa de la RSE y la sostenibilidad, proporcionan indicadores auditables que permiten a inversores y reguladores evaluar el compromiso real de una empresa. Por ejemplo, lo que en RSE era una donación comunitaria, en ESG se mide como impacto social cuantificable. Cumplir con ESG puede ser una forma de implementar RSE, pero no agota su enfoque ético más amplio.

En resumen, la RSE alimenta la sostenibilidad corporativa con principios éticos, mientras que los ESG la operacionalizan con datos y métricas, impulsando una transición de la filantropía voluntaria a una estrategia competitiva integrada en el *core* del negocio. Esta relación es clave en un contexto de mayor escrutinio regulatorio y presión inversora.

Desde un punto de vista legal, la sostenibilidad corporativa está cada vez más codificada en las leyes nacionales e internacionales. Por ejemplo, directivas de la Unión Europea, como la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa (CSRD)[3] exigen divulgaciones detalladas sobre los impactos ESG. Sin embar-

[3] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

go, la dimensión tributaria introduce un elemento impositivo, donde las políticas tributarias sirven como herramientas para fomentar comportamientos sostenibles. Los impuestos pueden penalizar las actividades perjudiciales para el ambiente (por ejemplo, las emisiones de carbono) o recompensar las inversiones en tecnologías verdes, alineando así los incentivos corporativos con objetivos sociales más amplios, pero la visión tributaria de la sostenibilidad va más allá de los impuestos verdes, tiene relación con un comportamiento tributario sostenible.

En su proyección jurídica la sostenibilidad tiene una estructura especial, la sostenibilidad sobre todo en su concepción de RSE más que normas imperativas, las empresas generan de forma voluntaria posturas que aportan al mejoramiento social[4], esto puede cambiar cuando nos referimos a los criterios ESG, pues al tener un elemento cuantitativo puede tener un elemento más obligatorio.

III. Evolución histórica de la sostenibilidad corporativa

El concepto de sostenibilidad corporativa tiene sus raíces en el Informe Brundtland de 1987[5], que introdujo el "desarrollo sostenible" como la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras. En el ámbito corporativo, esto evolucionó de iniciativas voluntarias de responsabilidad social corporativa (RSC) en la década de 1990 a informes ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) más estructurados en la década de 2000[6]. En la década de 2010, la sostenibilidad se integró en el gobierno corporativo, influenciada por el activismo de los inversores y las presiones regulatorias.

IV. Sostenibilidad tributaria, la interconexión entre la sostenibilidad corporativa y sus elementos tributarios

La sostenibilidad corporativa y la tributación están interconectadas, pues las prácticas sostenibles de una empresa, más allá de los impuestos verdes, pueden influir en su estructura fiscal a través de incentivos, deducciones y una mejor gestión de costos operativos, al tiempo que refuerzan la transparencia y el cumplimien to normativo, fortaleciendo la relación con las autoridades tributarias y los *stakeholders*.

[4] García (2018) p. 115.
[5] World Commission on Environment and Development, Our Common Future (1987).
[6] United Nations Global Compact (2004).

Los impuestos representan un doble papel en la sostenibilidad corporativa: como generador de ingresos para los gobiernos y como modificador del comportamiento para las empresas.

En típico ejemplo lo vemos en relación con los impuestos ambientales, como los mecanismos de fijación de precios del carbono, los cuales internalizan las externalidades al hacer que los contaminadores paguen por el daño ambiental, promoviendo así métodos de producción más limpios. Estos impuestos son fundamentales para mitigar la contaminación del aire y avanzar en los objetivos de sostenibilidad.

Por otro lado, la relación entre sostenibilidad corporativa e impuestos va mucho más allá, esta relación tiene que ver con un comportamiento corporativo sostenible tributariamente, cumpliendo sus obligaciones de forma voluntaria y aportando al bienestar social en su calidad de actor de esta.

La sostenibilidad corporativa en su visón tributaria requiere que la empresa sea un colaborador de la actividad estatal en cuanto a su carácter de recaudador de impuestos, esto es un cambio de paradigma de la posición normal de la empresa ante el fenómeno tributario.

Los estudios empíricos destacan la correlación positiva entre la tributación y el desarrollo sostenible. En los países de la OCDE se ha demostrado que los impuestos sobre la renta personal, las ganancias corporativas y los bienes y servicios respaldan los ODS, y las tasas impositivas promedio efectivas exhiben una fuerte asociación positiva.

El papel de los impuestos en esta evolución ha sido transformador. Los primeros impuestos ambientales demostraron cómo los instrumentos fiscales podían internalizar las externalidades ambientales. Con el tiempo, los países de la OCDE los han ampliado para incluir impuestos a la energía, gravámenes sobre la contaminación e incentivos para las inversiones en energías renovables. Los primeros trabajos de la OCDE, como el informe de 2010 sobre impuestos, innovación y ambiente[7] destacaron cómo el diseño fiscal podría estimular la innovación verde a través de estudios de casos sobre gestión de residuos y reducción de emisiones. Esta progresión histórica enfatiza un cambio de medidas punitivas a incentivos proactivos, alineando las estrategias corporativas con los imperativos globales de sostenibilidad.

IV.1 Marcos legales para la sostenibilidad corporativa y tributaria

En el ámbito mundial, los marcos legales exigen cada vez más la integración de la sostenibilidad en las operaciones corporativas, con la tributación como un me-

[7] OECD (2010) p. 14.

canismo clave de aplicación. En la Unión Europea, la Directiva de Diligencia Debida en Materia de Sostenibilidad Corporativa y la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa exigen a las empresas que divulguen los impactos ESG, a menudo vinculados a incentivos tributarios para el cumplimiento. Del mismo modo, existen a escala mundial innumerables ejemplos de beneficios tributarios relacionados con incentivos medioambientales, lo que ilustra cómo las leyes nacionales pueden promover la sostenibilidad.

En el frente internacional, el Proyecto de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS) de la OCDE, lanzado en 2013, aborda la elusión tributaria por parte de las multinacionales, asegurando que los beneficios se graven donde se crea valor. Esto se relaciona, como veremos más adelante, con el concepto de sostenibilidad tributaria relacionada con el cumplimiento voluntarios y sostenible de los impuestos. El Impuesto Mínimo Global 2021 bajo el Pilar Dos, implementado progresivamente para 2024, tiene como objetivo frenar la competencia fiscal y estabilizar las bases fiscales, con implicaciones para el desarrollo sostenible en las economías en desarrollo. Sin embargo, estas regulaciones no están exentas de controversia; Los críticos argumentan que favorecen a las naciones desarrolladas, lo que podría exacerbar las desigualdades en la gobernanza fiscal global, así, por ejemplo, Sol Picciotto señala que los países en desarrollo no deberían comprometerse con la propuesta GloBE de la OCDE, que es injusta e ineficaz. Este análisis revela que estas propuestas son inadecuadas para los países pobres[8] en el mismo sentido Willem VanderMeulen hablando del Pilar 2 señala que no es sorprendente la aparente falta de consideración de las necesidades de los países no occidentales a la hora de elaborar normas que deben aplicarse a todo el mundo[9].

Existe un consenso más o menos general en la academia que la sostenibilidad no es solo un elemento económico y social, sino que, también, es un elemento jurídico[10].

IV.2 Mecanismos tributarios que promueven la sostenibilidad corporativa

La tributación influye en la sostenibilidad corporativa a través de varios mecanismos, categorizados en impuestos ambientales, reformas del impuesto sobre la renta de las empresas e incentivos para la innovación.

[8] Cobham (2023).
[9] VanderMeulen (2024) pp. 233, 260.
[10] Zuloaga y Vial (2025) p. 107.

Impuestos ambientales y fijación del precio del carbono

Los impuestos ambientales, como los impuestos al carbono y los sistemas de comercio de emisiones, internalizan los costos sociales de la contaminación, alentando a las corporaciones a adoptar tecnologías bajas en carbono. En los países de la OCDE se ha demostrado que estos impuestos reducen de manera significativa la contaminación del aire y apoyan las transiciones de sostenibilidad.

Impuesto sobre la renta de las empresas e incentivos a la inversión

Las estructuras del impuesto a las empresas afectan profundamente a las inversiones corporativas en activos sostenibles. Análisis recientes de la OCDE indican que el impuesto sobre la renta puede distorsionar la asignación de capital a menos que se diseñe con incentivos verdes, como la depreciación acelerada de equipos de energía renovable o créditos fiscales para investigación y desarrollo en tecnologías limpias.

Incentivos para la innovación y la responsabilidad social

Los incentivos fiscales para la innovación, como los créditos de investigación y desarrollo, fomentan las tecnologías sostenibles. Además, la gobernanza fiscal está emergiendo como un componente de la responsabilidad social empresarial (RSE) con estudios que la vinculan con comportamientos de evasión fiscal en entornos internacionales.

La redefinición del concepto de planificación tributaria y el concepto de moral tributaria

Este es el elemento más relevante, a nuestro parecer, de los ejemplos de sostenibilidad tributaria, esta redefinición parte de la base de entender el fenómeno jurídica tributario de una manera distinta a la tradicional.

El fenómeno tributario se ha entendido usualmente como un fenómeno legal y, por lo tanto, un tema donde lo relevante es el derecho, así las grandes formas de minimizar las cargas tributarias han sido la evasión que es un incumplimiento de la norma tributaria y la elusión en la cual, si bien existe un cumplimiento formal de la norma tributaria se produce una violación al espíritu de esta.

Sin embargo, al desarrollar el concepto de sostenibilidad tributaria comienzan a incluirse elementos morales a los impuestos, y acá se produce una dicotomía entre una visión jurídica de los impuestos en que los contribuyentes solo se encuentran obligados a cumplir la norma tributaria, históricamente se ha dicho que el cumplimiento de las obligaciones tributarias es una cuestión legal

y no moral[11], no obstante, con el nacimiento del concepto de planificación tributaria agresiva como un como modalidad de planificación inadmisible por la OCDE a principios del siglo XXI se han comenzado a incluir elementos de moral muy relacionados con el concepto de sostenibilidad tributaria, este concepto de moral tributaria lo desarrollaremos más adelante.

V. La relación entre la sostenibilidad corporativa y las iniciativas de cumplimiento cooperativo

Las iniciativas de cumplimiento cooperativo representan un cambio de paradigma en la administración tributaria, pasando de auditorías adversariales a asociaciones de colaboración entre autoridades tributarias y las empresas contribuyentes, pueden definirse como el establecimiento de una relación de cooperación basada en la confianza entre los contribuyentes y las autoridades tributarias sobre la base del cumplimiento tributario voluntario que conduce al pago de la cantidad adecuada de impuesto en el momento adecuado[12]. Originadas en el estudio del Foro de Administración Tributaria de 2008 de la OCDE, estas iniciativas, inicialmente denominadas *enhanced relationship*[13], fomentan la confianza, la transparencia y el entendimiento mutuo para garantizar cumplimientos tributarios precisos y oportunos. En esencia, se alinean estrechamente con la sostenibilidad corporativa al integrar la gobernanza fiscal en los marcos ESG, considerando las contribuciones fiscales justas como una responsabilidad social que respalda el bienestar social y la estabilidad económica a largo plazo.

VI. Vínculos conceptuales con la sostenibilidad

Según lo que hemos señalado, el cumplimiento cooperativo fomenta la adhesión no solo a la letra, sino, también, al espíritu de las leyes tributarias, según las

[11] García (2018) p. 119.

[12] Pascuali (2025) p. 521.

[13] "relaciones mejoradas" el concepto de *enhanced relationship* fue utilizado en un primer momento por la OCDE para referirse a estas situaciones, sin embargo, fue cambiado a *co-operative compliance*, ya que el término original generaba confusiones, y podía interpretarse como un trato preferencial o "acuerdos especiales" que violaban principios constitucionales como la igualdad ante la ley, especialmente en traducciones a otros idiomas o cuando se usaba aislado del contexto explicativo, sugiriendo beneficios como reducciones en el impuesto pagadero. En cambio, *co-operative compliance* describe con mayor precisión el proceso de cooperación mutua y su objetivo principal dentro de las estrategias de gestión de riesgos de cumplimiento.

Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que enmarcan la tributación como parte de una conducta empresarial responsable. Esta alineación mitiga los riesgos de reputación asociados con la planificación fiscal agresiva, que puede erosionar la confianza de las partes interesadas y contradecir los compromisos de sostenibilidad. Los estudios indican que la gobernanza fiscal, a través del cumplimiento cooperativo, mejora la legitimidad corporativa al demostrar contribuciones equitativas a las finanzas públicas, apoyando así ODS como la reducción de las desigualdades (ODS 10) y la paz, la justicia y las instituciones sólidas (ODS 16).

En la práctica, estas iniciativas requieren marcos de control fiscal (Tax Control Frameworks) o TCF sólidos (la OCDE define a los TCF como "la parte del sistema de control interno que garantiza la exactitud e integridad de las declaraciones e información tributaria de una empresa)"[14]. El TCF desempeña un papel fundamental para reforzar el concepto de cumplimiento cooperativo, es necesario que estos integren la gestión del riesgo fiscal en los sistemas de gobernanza de toda la empresa. Los TCF, basados en pilares como la estrate gia fiscal, la asignación de responsabilidades y los mecanismos de garantía, reflejan la gestión de riesgos ESG al promover la transparencia y la rendición de cuentas. Esta integración fomenta modelos de negocio sostenibles al reducir las incertidumbres financieras y permitir que los recursos se destinen a iniciativas ambientales y sociales.

VII. Asistencia en cumplimiento tributario

Las iniciativas de cumplimiento cooperativo ayudan significativamente a las empresas a lograr estándares de cumplimiento tributario más altos. Al enfatizar la divulgación en tiempo real de los riesgos e incertidumbres fiscales, estos programas permiten la resolución temprana de problemas, reduciendo la necesidad de fiscalizaciones y conflictos innecesarios.

Estas iniciativas reducen las cargas de cumplimiento al centrar las fiscalizaciones en áreas o contribuyentes de alto riesgo, lo que permite que las entidades de bajo riesgo operen con una interferencia mínima. Es más probable que las empresas más grandes y rentables los adopten, lo que lleva a una disminución de la evasión y elusión tributarias. Este enfoque colaborativo también aprovecha las auditorías internas, agilizando los procesos de cumplimiento e integrando las consideraciones tributarias en las operaciones comerciales para una adherencia sostenida.

[14] OECD (2016) p. 7.

VIII. El elemento reputacional

Más allá del cumplimiento, el cumplimiento cooperativo produce ventajas sustanciales para la reputación. Al hablar de reputación nos referimos al concepto de reputación corporativa, la cual puede definirse como la imagen proyectada ante los distintos grupos de interés por parte de una empresa[15]. Al señalar un compromiso con la transparencia y las prácticas fiscales éticas, las empresas mejoran su posición ante los *stakeholders*, incluidos los inversores, los reguladores y el público. En una era de mayor escrutinio sobre los comportamientos tributarios corporativos, amplificado por iniciativas de transparencia como BEPS, la participación demuestra una buena ciudadanía, mitigando los riesgos de daño a la reputación por escándalos fiscales.

Los informes de la OCDE señalan que tales programas aumentan la confianza de la comunidad en la equidad del sistema tributario, alineándose con las narrativas de RSE. No obstante, existe una posible compensación: si bien el cumplimiento cooperativo reduce la evasión fiscal, puede desviar recursos de otras actividades ESG, lo que sugiere un efecto de sustitución que podría afectar las percepciones de reputación más amplias vinculadas a la sostenibilidad.

IX. El concepto de moral tributaria y su relación con la sostenibilidad corporativa

La sostenibilidad corporativa, que abarca los principios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG), se ha convertido en un imperativo estratégico central para las empresas de todo el mundo. Enfatiza la creación de valor a largo plazo que equilibra el desempeño económico con las responsabilidades sociales y ambientales. La moral tributaria, definida como la motivación intrínseca o la voluntad de las personas y entidades de pagar impuestos de forma voluntaria, influenciada por las percepciones de equidad, la confianza en las instituciones y las consideraciones éticas[16], representa un papel fundamental en el cumplimiento fiscal y la generación de ingresos públicos. La intersección de estos conceptos es cada vez más relevante, pues se espera que las empresas sostenibles vean el pago de impuestos no solo como una obligación legal, sino como una contribución al bienestar de la sociedad.

El vínculo entre estos conceptos se ha intensificado desde la década de 2010, particularmente después del proyecto de erosión de la base imponible y

[15] Fernández (2022) p. 99.
[16] OECD (2019) p. 4.

traslado de beneficios (BEPS) de 2013 de la OCDE, que examinó la planificación fiscal agresiva. Los análisis históricos muestran que las empresas que adoptan la sostenibilidad a menudo exhiben una moral fiscal más alta, viendo los impuestos como parte de su contrato social. Por ejemplo, el auge de la importancia de los *stakeholders* en la década de 2020 ha presionado a las empresas para que integren la responsabilidad fiscal en la RSE, reconociendo que la evasión fiscal erosiona la confianza pública y contradice los compromisos de sostenibilidad.

X. Vínculos conceptuales

La sostenibilidad corporativa y la moral fiscal están interconectadas a través de lentes éticos, económicos y sociales. Éticamente, la moral tributaria refleja la obligación moral de contribuir de manera justa a la sociedad, alineándose con el énfasis de la RSE en la integridad y la responsabilidad. La alta moral fiscal de los ejecutivos puede influir en las estrategias fiscales corporativas, promoviendo el cumplimiento más allá de los mínimos legales para apoyar los objetivos de desarrollo sostenible.

Económicamente, las empresas sostenibles priorizan la estabilidad a largo plazo sobre las ganancias a corto plazo, lo que se correlaciona con estrategias fiscales estables en lugar de una planificación agresiva. Socialmente, los impuestos financian servicios esenciales como la educación y la protección del ambiente, lo que hace que la moral tributaria sea un sustituto de la ciudadanía corporativa. Sin embargo, las tensiones surgen cuando los motivos de lucro entran en conflicto con los imperativos morales, ya que la moral fiscal personal de los ejecutivos puede ser anulada por las demandas de maximización de los accionistas, acá es importante el concepto de interés social.

XI. Mecanismos que vinculan la sostenibilidad y la moral tributaria

La responsabilidad fiscal corporativa (CTR) emerge como una piedra angular de la sostenibilidad, que abarca dimensiones instrumentales (beneficios financieros), políticas (ciudadanía), integradoras (alineación con otros aspectos de la RSE) y éticas (obligaciones morales). El CTR ético postula que la evasión tributaria es inmoral, basándose en el utilitarismo y la deontología para argumentar a favor de contribuciones fiscales justas. Esto fomenta una mayor moral fiscal, pues las empresas sostenibles integran la ética fiscal en la gobernanza, mejorando la transparencia y la confianza de las partes interesadas.

XII. Influencia del comportamiento ejecutivo

La moral fiscal de los ejecutivos tiene un impacto significativo en la planificación fiscal corporativa. Las normas sociales y los riesgos de reputación pueden disuadir las estrategias agresivas, especialmente en mercados donde el comportamiento fiscal afecta la percepción de la marca. Con todo, los marcos legales y los deberes fiduciarios de los administradores, en cuanto a su compromiso con el interés social, pueden entenderse como una obligación a priorizar las ganancias, limitando las decisiones impulsadas por la moral a menos que se alineen con el éxito financiero. Aún así, el surgimiento del concepto de Enlightened Shareholder Value (ESV)[17] como principio rector del actuar de los administradores de empresas, en cuanto a que el interés social y el beneficio de los accionistas pasa por un respeto de los *stakeholders*, y en este caso, considerando al fisco o al Estado como un *stakeholder* en cuanto a su calidad de recaudador de impuestos, puede justificar una actuación o la aplicación de conductas acordes a la CTR.

XIII. Estrategias fiscales sostenibles

Las empresas con un sólido desempeño ESG adoptan estrategias fiscales sostenibles, caracterizadas por una baja variabilidad en las tasas impositivas efectivas, lo que indica un enfoque en el cumplimiento a largo plazo sobre la elusión. Esto refleja una elevada moral fiscal, ya que la gestión de la sostenibilidad, a través de esfuerzos ambientales, sociales y de gobernanza, promueve un comportamiento fiscal ético.

En una era en la que los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) dominan las discusiones en los directorios de empresas, la sostenibilidad corporativa ha pasado de ser una preocupación periférica a un imperativo estratégico central. Las empresas son cada vez más examinadas no solo por sus huellas de carbono o iniciativas de diversidad, sino, también, por sus huellas tributarias, específicamente, cómo manejan los impuestos. En el corazón de este escrutinio se encuentra el concepto de *moral fiscal*, impulsada por consideraciones éticas, normas sociales y un sentido del deber cívico.

En esencia, la relación depende de dimensiones morales compartidas. Tanto la sostenibilidad como la moral fiscal invocan la ética de la virtud: la soste-

[17] Para un estudio en profundidad de este tema véase Zuloaga (2021) pp. 25-62. También Pascuali (2023).

nibilidad exige una administración a largo plazo, mientras que el cumplimiento tributario requiere altruismo hacia el bien colectivo.

XIV. Hacia un futuro moralmente coherente

La relación entre la sostenibilidad corporativa y la moral fiscal no es binaria sino simbiótica: la verdadera sostenibilidad exige una alta moral fiscal, ya que las contribuciones fiscales sostienen el tejido social en el que se basan las iniciativas ESG. Si bien algunas empresas desvinculan los dos para obtener ganancias a corto plazo, en la actualidad se visualiza un cambio. A medida que se intensifican los desafíos globales como el cambio climático, las empresas que adoptan los impuestos como palanca de sostenibilidad no solo cumplirán con las leyes, sino que liderarán con autoridad moral. Al hacerlo, afirman que el capitalismo ético no es un oxímoron, sino un modelo para una prosperidad duradera.

Desde un punto de vista legal, esta intersección plantea preguntas críticas sobre el cumplimiento, la responsabilidad y el panorama regulatorio en evolución. Si bien la moral tributaria, definida como el compromiso ético voluntario con las obligaciones tributarias más allá de la mera aplicación, opera en gran medida en el ámbito moral, se cruza con los deberes legales vinculantes bajo las leyes fiscales nacionales e internacionales.

XV. Integración de las prácticas fiscales en los marcos ESG: obligaciones legales y presentación de informes

El pago de impuestos puede considerarse un pilar de la "sostenibilidad económica", alineándose con la visión de que los impuestos son contribuciones al bienestar de la sociedad. Legalmente, los informes ESG son cada vez más obligatorios, lo que eleva la transparencia fiscal de la moral voluntaria al requisito reglamentario. En la UE, la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa exige la divulgación de estrategias fiscales y la presentación de informes país por país para las grandes empresas, integrando los impuestos en las métricas ESG.

La "T faltante" en ESG (impuestos) destaca una brecha legal: los inversores ven cada vez más la evasión agresiva como inconsistente con la responsabilidad social, lo que podría desencadenar incumplimientos del deber fiduciario para los directores. En jurisdicciones como el Reino Unido, el régimen del oficial superior de contabilidad responsabiliza personalmente a los ejecutivos por las fallas en el cumplimiento tributario, entrelazando la moral con la responsabilidad legal.

Conclusiones

La sostenibilidad empresarial, vista a través del prisma de la tributación, representa un nexo crítico para lograr los objetivos de desarrollo global. Los impuestos no solo financian bienes públicos esenciales para la sostenibilidad, también orientan el comportamiento corporativo hacia prácticas éticas y ambientalmente racionales. La influencia multifacética de la OCDE, a través de la investigación, las recomendaciones de políticas y la colaboración internacional, ha elevado la tributación como una herramienta estratégica en este esfuerzo. A medida que las naciones se esfuerzan por alcanzar los ODS de 2030, será primordial el perfeccionamiento continuo de las políticas tributarias, informadas por los conocimientos de la OCDE. La investigación futura debería explorar la eficacia de estas medidas en diversos contextos económicos, asegurando que la sostenibilidad siga siendo una piedra angular de la gobernanza corporativa y fiscal.

Bibliografía

Cobham, Alex (2023): "Tax reform watchdog urges countries to reject 'harmful' OECD deal". Avilable in https://taxjustice.net/press/tax-reform-watchdog-urges-countries-to-reject-harmful-oecd-deal/ [fecha de consulta: 9 de octubre de 2025].

Fernández Torres, Isabel (2022): "Reputación y buen Gobierno", en Martínez-Ehevarría, A. (ed.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación* (Navarra, Aranzadi).

García Novoa, César (2018): "Responsabilidad social corporativa y derecho tributario", en Fernández-Albor, A. y Pérez Carrillo, E. (eds.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero* (Madrid, Marcial Pons).

Melé, Domenec (2024): *The Humanistic Person - ventered Company* (Cham, Springer).

Naciones Unidas (2015): "Plan de acción sobre los objetivos de desarrollo sostenible", UN Doc 15/333.

OECD (2010): *Taxation, Innovation and the Environment* (Paris, OECD Publishing).

OECD (2016): *Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks* (Paris, OECD Publishing).

OECD (2019): *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?* (Paris, OECD Publishing).

Pascuali, Matías (2025): "Compliance tributario, hacia un modelo de cumplimiento cooperativo", en Alcalde, M.C. y Pascuali, M. (eds.), *Compliance Sectorial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Pascuali, Matías (2023): "El concepto de sucess of the company y los intereses de los stakeholders, en la sección 172 (1) de la UK Companies Act 2006", *Actualidad Jurídica*, n.° 47.

United Nations Global Compact (2004): *Who Cares Wins. Connecting Financial Markets to a Changing World*. Available in https://documents1.worldbank.org/curated/en/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

VanderMeulen, Willem (2024): "OECD Two-Pillar GloBE Rules: Is It Time to Abandon Hope for International Cooperation on a Global Minimum Corporate Income Tax?", *Emory International Law Review*, vol. 38, Issue 1 233.

World Commission on Environment and Development, Our Common Future (1987): UN Doc A/42/427. Available in www.un-documents.net/our-common-future.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Zuloaga Rios, Isabel & Vial Undurraga, María Ignacia (2025): "Sustainability as a general principle of transnational commercial contract law", 30 *Uniform Law Review*, vol. 30, Issue 2: pp. 107-128.

Zuloaga Ríos, Isabel Margarita (2021): "El interés social como principio rector del actuar de la empresa moderna", en Vásquez, F. (ed.), *Estudios de derecho comercial. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial Tirant lo Blanch).

UNA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DEL PRODUCTOR EN CHILE A DIEZ AÑOS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY N.° 20920

REVIEW OF CHILE'S EXTENDED PRODUCER RESPONSIBILITY POLICY TEN YEARS AFTER THE ENACTMENT OF LAW NO. 20.920

Claudia Alfaro Cornejo[*]
Martín Aylwin Fernández[**]

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo analizar la implementación de la responsabilidad extendida del productor a una década de la publicación de la Ley n.° 20920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, normativa que instauró este instrumento económico en el ordenamiento jurídico nacional, y que busca hacer responsables a los productores de ciertos productos –que la referida ley denomina "productos prioritarios"– de organizar y financiar la gestión de los residuos en que estos se transformen. Para tales efectos, este trabajo:

i) describe la realidad nacional en materia de generación y manejo de residuos;
ii) revisa la necesidad de instaurar este instrumento económico, sus objetivos, principales sujetos regulados y su funcionamiento;

[*] Máster en Derecho Ambiental y Energético (LL.M.), New York University. Profesora del Diplomado en Economía Circular de la Universidad de Chile. Correo electrónico: claudia.alfaro.cornejo@gmail.com

Las opiniones vertidas son emitidas a título personal y no representan la opinión del Ministerio del Medio Ambiente, donde la autora se desempeña como jefa del Departamento de Legislación y Regulación Ambiental.

[**] Máster en Derecho de la Energía y los Recursos Naturales (LL.M.), Melbourne University. Profesor de posgrado en Programas de Medio Ambiente y Compliance en la Universidad del Desarrollo, Universidad de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: martin@aylwin.cl

iii) identifica y analiza los principales desafíos y oportunidades que se presentan para los distintos actores involucrados en su implementación (productores, sistemas de gestión, gestores, consumidores, entre otros) y
iv) concluye que, pese a los grandes retos existentes, esta regulación es clave para transitar de manera gradual desde un modelo económico lineal a uno circular, constituyendo un verdadero cambio de paradigma en la forma en que se gestionan los residuos en el país.

Palabras clave: economía circular, responsabilidad extendida del productor, gestión de residuos, Ley n.° 20920.

Abstract: This article analyzes the implementation of the Extended Producer Responsibility a decade after the enactment of Law No. 20,920, "Framework for Waste Management, Extended Producer Responsibility, and Recycling Promotion", which consists of an economic instrument for waste management that aims to make producers of certain products –which Law No. 20,920 refers to as "priority products"– responsible for organizing and financing the management of the waste into which these products are transformed at the end of their useful life. To this end, this article:

i) describes the national reality in terms of waste generation and management;
ii) reviews the need to implement this economic instrument, its objectives, main regulated actors, and how it works;
iii) identifies and analyzes the main challenges and opportunities that have arisen for the various actors involved in its implementation (producers, producer's organizations, waste pickers, consumers, among others) and
iv) concludes that, despite the major challenges that still exist, this regulation is key to gradually transitioning from a linear economic model to a circular one, constituting a paradigm shift in waste management in the country.

Keywords: circular economy, extended producer responsibility, waste management, Law No 20,920.

Introducción

Una de las crisis ambientales más desafiantes de la actualidad, es aquella relacionada con la contaminación provocada por los residuos[1]. Estimaciones recientes indican que el volumen de desechos generados a escala mundial aumenta a un ritmo acelerado cada año. En efecto, de acuerdo con un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) del año 2024, se prevé que la generación de residuos sólidos urbanos aumente de dos mil cien millones de toneladas en 2023, a tres mil ochocientos millones de toneladas en 2050[2]. Como contrapartida, y considerando los costos de la contaminación, los problemas de salud y el cambio climático derivados de una inadecuada gestión de los residuos, se estima que el costo de ello asciende a trescientos sesenta y un mil millones de dólares[3]. De esta manera, el mismo estudio concluye que si no se adoptan medidas urgentes, para 2050 este costo anual global podría casi duplicarse[4].

Esta crisis tiene importantes consecuencias vinculadas con las otras dos crisis ambientales que enfrentamos actualmente: el cambio climático y la pérdida de biodiversidad. En efecto, el transporte, procesamiento y disposición final de residuos generan CO_2, así como otros gases de efecto invernadero, que contribuyen al fenómeno del cambio climático[5]. En particular, el gas metano –que se libera a partir de la descomposición de desechos orgánicos en vertederos y otros sitios de disposición final– tiene efectos en el corto plazo sobre el calentamiento global[6].

Por otra parte, las prácticas indiscriminadas de eliminación de residuos pueden liberar sustancias químicas peligrosas en el suelo, los cuerpos de agua y la atmósfera, generando daños a largo plazo a la flora y fauna, muchos de los cuales pueden ser irreversibles. Esta contaminación tiene efectos adversos sobre la biodiversidad, compromete la integridad de ecosistemas y puede ingresar en la cadena alimentaria humana[7].

Chile no es una excepción a esta tendencia. De acuerdo con la última evaluación de desempeño ambiental de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al país el año 2024,

[1] Naciones Unidas (2024).
[2] PNUMA (2024) p. 18.
[3] *Op. cit*. p. 30.
[4] *Op. cit*. p. 18.
[5] *Op. cit*. p. 12.
[6] Kaza, Yao; Bhada, Van Woerden (2018) p. 118.
[7] *Op. cit*. p. 12.

> "el sistema de gestión de residuos sigue siendo ineficaz, ya que más del 90% de los residuos municipales se depositan en vertederos"[8].

Asimismo, indica que siguen existiendo importantes desafíos para desviar los desechos orgánicos de los vertederos y aumentar las tasas de reciclaje, que apenas alcanzan un 1 %, siendo Chile uno de los países miembros de la OCDE que menos valoriza sus residuos. En este sentido, la OCDE destaca la necesidad de invertir en infraestructura para la gestión de los residuos y de implementar medidas que desincentiven su disposición final[9].

En esta misma línea, un estudio de 2025 estima que, del total de los desechos sólidos municipales, 85 % van a rellenos sanitarios, 11 % a vertederos, 2 % a rellenos sanitarios manuales y un 2 % a basurales. En este contexto, el referido estudio señala que las bajas tasas de recuperación de residuos –tanto orgánicos como reciclables– tiene un altísimo costo ambiental y económico, lo que no solo se debe a un ajustado presupuesto municipal, sino que, también, a la falta de un enfoque orientado a la reducción en su generación. De esta manera, concluye que la infraestructura, capacidad de gestión y cultura ambiental son claves para avanzar en una mejor gestión de los mismos[10].

Para hacer frente a esta situación, Chile ha adoptado diversas políticas públicas en las últimas décadas. No obstante, no fue sino hasta 2016 cuando se produjo una verdadera revolución en la gestión de residuos[11]: el 1 de julio de ese año se publicó la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (Ley n.° 20920 o Ley), cuyo objetivo consiste precisamente en:

> "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"[12].

El principal instrumento regulado por esta ley es la responsabilidad extendida del productor (REP), que consiste en un:

> "régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y

[8] OCDE (2024) p. 11.

[9] *Ibid*.

[10] Kyklos (2025).

[11] Cunha & Ferreira (2015) p. 3.

[12] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 1°.

financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país"[13].

Como explican algunos autores[14], los esquemas de REP implican un cambio estructural: trasladar la responsabilidad de la gestión de los residuos, que tradicionalmente recae en los municipios, al productor de esos productos. De esta manera, esta nueva normativa constituye un doble cambio de paradigma: por una parte, constituye un paso hacia la transición desde un modelo productivo lineal a uno circular y, por otra, responsabiliza al productor de los impactos ambientales de los productos una vez que estos se convierten en desechos, siendo una manifestación del principio "el que contamina paga"[15].

A diez años de la publicación de la Ley n.º 20920, resulta pertinente revisar el nivel de implementación de la REP en Chile, así como identificar los desafíos y las oportunidades asociados. En este contexto, el objetivo del presente artículo es, en primer lugar, revisar el modelo de gestión de residuos existente antes de la implementación de la REP. En segundo lugar, revisar la REP, sus objetivos, funcionamiento y principales sujetos regulados. En tercer lugar, identificar y analizar –a partir de la experiencia nacional e internacional– los principales desafíos y oportunidades para los diferentes actores involucrados en la implementación de la REP. Por último, a la luz del análisis presentado, realizar ciertas conclusiones.

I. Gestión de residuos antes de la Ley n.° 20920

Como se ha señalado, a diferencia del resto de los países miembros de la OCDE –que tienen altas tasas de reciclaje o de recuperación de energía–, en Chile, la gran mayoría de los desechos generados sigue llegando a disposición final en rellenos sanitarios u otros sitios de disposición final. De esta manera, Chile es el país miembro de la OCDE que menos valoriza sus residuos[16]. En este escenario, se espera que la Ley n.º 20920 cambie la situación actual, aumentando de manera gradual las tasas de reciclaje, así como otros tipos de valorización. Ahora bien, para comprender cómo esta normativa está modificando el actual régimen de gestión de residuos, es esencial tener claridad sobre cómo funcionaba el régimen anterior a su publicación.

[13] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 9.°.

[14] Lindhqvist (2001) p. 29.

[15] Aylwin y Bortnik (2017) p. 344.

[16] OCDE (2024) p. 65.

I.1. Generación de residuos entre 1995 y 2016

La generación de desechos tiene una relación directa con el crecimiento económico. En consecuencia, un aumento del producto interno bruto (PIB) de un país implica un aumento de los residuos sólidos urbanos[17]. Esta tendencia se observa con claridad en Chile, país que, desde la década de 1990, ha experimentado un crecimiento económico progresivo que, junto con los beneficios del progreso, ha provocado un aumento de la generación de residuos[18].

La ciudad de Santiago es un claro ejemplo de la relación entre el crecimiento económico y la generación de desechos. En efecto, se estima que en el periodo 1995-2016, la generación de residuos *per capita* aumentó de manera importante, de 0,67 kg/(persona por día)[19] a 1,2 kg/(persona por día) en 2013[20]. En el mismo periodo, el crecimiento del PIB *per capita* fue de USD7 366 en 1995 y de USD22 578 en 2013[21], todo lo cual evidencia que el crecimiento económico trae aparejada una creciente presión sobre la generación y gestión de los residuos.

Como respuesta a esta problemática, entre 1995 y 2016 se produjo un cambio radical en la gestión de desechos en Chile. La publicación del Decreto Supremo n.° 148, de 2002 –que aprobó el reglamento sanitario para la gestión de residuos peligrosos–, y del Decreto Supremo n.° 189, de 2005 –que aprobó el reglamento sobre condiciones sanitarias y de seguridad básicas en los rellenos sanitarios–, ambos del Ministerio de Salud, marcaron un hito relevante en la elaboración de normativas para afrontar esa situación. En 1996, todos los desechos sólidos residenciales se eliminaban en vertederos y rellenos sanitarios que no cumplían con altos estándares ambientales[22]. Sin embargo, en 2005, considerando los avances normativos antes mencionados, se logró un importante avance: solo el 40 % de los residuos generados se eliminaba en vertederos y basureros, y el 60 % se eliminaba en vertederos sanitarios[23]. En este contexto, en 2008, se intentó dar más facultades a los municipios para gestionar un cobro diferenciado en la tarifa de la recolección de desechos con el objetivo de desincentivar su generación o, incluso, premiar acciones como el reciclaje[24].

---

[17] De Tilly (2005) p. 31.

[18] Pino, Iglesias, Garreaud, Cortés, Canals, Folch, Burgos, Levy, Naeher y Steenland (2015), p. 355.

[19] Braütigam, González, Szanto, Seifert, Vogdt (2012) p. 282.

[20] Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de la Región Metropolitana (2014) p. 15.

[21] Banco Mundial (2024).

[22] Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005) p. 9.

[23] Ministerio de Medio Ambiente de Chile (2011) p. 140.

[24] Ley n.° 20280, Introduce Diversas Modificaciones a la Ley Nº 17.235, Sobre Impuesto Territorial, al Decreto Ley Nº 3.063, de 1979, Sobre Rentas Municipales y a Otros Cuerpos Le-

Junto con el aumento en la generación de desechos a lo largo de los años, también ha cambiado su composición. En la década de 1970, los residuos generados en Chile correspondían en su mayoría a fracciones orgánicas, sin embargo, desde la década de 2000, la composición incluye cada vez más materiales reciclables, como papel, metal y vidrio[25]. A modo ejemplar, en 2009, el 48 % correspondía a componentes orgánicos, mientras que el 31 % correspondía a materiales reciclables como papel y cartón, vidrio y plásticos[26]. Lo anterior demuestra que los patrones de consumo han ido cambiando, presentando oportunidades de mejora en la forma en que se gestionaban los residuos.

Sin perjuicio de lo anterior, la cantidad de desechos generados en Chile genera diversos problemas. En primer lugar, porque ningún grupo humano quiere vivir cerca de sitios de disposición final, resulta complejo encontrar lugares para vertederos sanitarios que sean rentables[27]. En segundo lugar, en relación con el problema anterior, la dificultad para encontrar terrenos aptos para vertederos sanitarios facilita la creación de vertederos ilegales[28], lo que se traduce en mayores impactos al ambiente y a la salud de la población.

Para hacer frente a estos problemas, en 2005 se elaboró la Política Integral de Gestión de Residuos, cuyo objetivo era precisamente reforzar las normas medioambientales de eliminación final y reducir la generación de residuos sólidos[29]. Sin embargo, los avances aparejados a esta política no fueron significativos. En la década siguiente a su publicación, se promulgaron varias normativas sobre residuos, pero la realidad de la gestión de estos en 2011 no era muy prometedora: solo se recuperó el 4 % de los desechos sólidos urbanos y el 96 % restante se eliminó. Del total de los desechos enviados a disposición final, una cuarta parte se eliminó en vertederos con normas medioambientales insuficientes[30]. Por tanto, a pesar de contar con una política de gestión en esta materia y algunos incentivos regulatorios como los contenidos en la Ley de Rentas Municipales, no se generó ningún cambio real hacia una política de gestión sostenible.

Además, el sistema existente previo a la implementación de la REP asignaba la responsabilidad del manejo de los residuos en las municipalidades, lo que presentaba limitaciones estructurales relevantes. Como las municipalida-

gales (2008) art. 2 n.° 1. Esta ley modificó la Ley de Rentas Municipales reconociendo que el cobro del servicio municipal de aseo puede ser diferenciado, incluyendo, entre otros criterios, programas ambientales que incluyan reciclaje, frecuencia de volúmenes de extracción o condiciones de accesibilidad.

[25] Vásquez (2005) p. 29.

[26] Ministerio de Medio Ambiente (2011) p. 141.

[27] Goic (1996) p. 21.

[28] Ministerio de Medio Ambiente (2011) p. 141.

[29] Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005) p. 14.

[30] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016) p. 25.

des no reciben el pago del 100 % de los usuarios del servicio, deben financiar la mayor parte del costo del manejo de los residuos. Como es posible advertir, en este esquema, el papel de los productores en la gestión de desechos era nulo. Así, cualquier iniciativa de reciclaje o recuperación, era derivada de la responsabilidad social empresarial, o del hecho de que algunos productos tenían valor de mercado.

En este contexto, como se detalla en la sección II de este trabajo, la OCDE recomendó a Chile incorporar instrumentos económicos de gestión de residuos, como esquemas REP, de amplia aplicación en el derecho comparado[31]. Producto de ello, en 2013 se ingresó un proyecto de ley al Congreso para dar cumplimento a lo anterior, lo que culminó con la publicación de la Ley n.° 20920. Con ello, se modifica de manera sustantiva la lógica regulatoria desarrollada a la fecha, que se encontraba enfocada en regular el transporte y la disposición final de los residuos, pero no su aprovechamiento ni el establecimiento de medidas vinculadas a la prevención[32].

Así, con la publicación de la Ley n.° 20920 se abandona la lógica de priorizar la eliminación –aunque sea en rellenos que cumplan determinados estándares ambientales– y se adopta un nuevo paradigma. Este nuevo modelo reconoce que determinados desechos que comúnmente denominamos basura, en realidad constituyen un recurso susceptible de reutilización, reciclaje o aprovechamiento energético, quedando la eliminación como última alternativa.

I.2. Gobernanza de la gestión de residuos

Antes de la implementación de la Ley n.° 20920, la única institución competente para la gestión de los desechos sólidos urbanos era la municipalidad. En efecto, de acuerdo con la Ley n.° 18695 –Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades–, las municipalidades son las encargadas del aseo y ornato de sus comunas. En términos prácticos, esto significa que la municipalidad, a través de su unidad ambiental, es responsable del servicio de recolección de basura en el territorio municipal[33]. Como se explica en detalle en el siguiente apartado, con la implementación de la Ley n.° 20920, se da pie a un régimen de doble responsabilidad: los municipios siguen siendo responsables de la recolección y eliminación de los desechos sólidos municipales en general, y los productores son responsables de la gestión de los residuos de productos prioritarios, esto es, aquellos reciclables.

Para cumplir con el servicio de recolección, los municipios están facultados por ley para hacerlo de manera directa o, bien, mediante licitaciones a em-

[31] OCDE (2016) p. 2.

[32] Dussaubat y Tapia (2016).

[33] Ley n.° 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (1988) art. 3 letra f).

presas privadas que ofrecen servicios de recolección y eliminación[34]. Los contratos de concesión firmados por los municipios y las empresas privadas se basan en un precio por volumen recogido[35]. Ello, sin embargo, supone un desincentivo estructural para el reciclaje, ya que, con los contratos actuales de gestión de residuos, el aumento de las tasas de reciclaje implica una pérdida relevante de ingresos para las empresas encargadas del servicio.

Así, para financiar el servicio de gestión, los municipios tienen la facultad legal de cobrar a los contribuyentes una tasa anual por el servicio de desechos sólidos domésticos. Sin embargo, este sistema tiene importantes falencias: se estima que el 80 % de la población de Chile está exenta de esa obligación[36] porque su vivienda está tasada por debajo –o en equivalente– a 225 UTM, lo que equivale a USD9 544. Esto deja en evidencia un problema de diseño institucional. Dado que la mayoría de los contribuyentes están exentos del pago del servicio, las municipalidades asumen ese costo, lo que genera inequidades entre las distintas comunas del país: mientras que los municipios con mayores ingresos fiscales disponen de recursos suficientes para financiar la gestión de residuos, los municipios de menores ingresos tienen que utilizar recursos –que podrían destinarse a otros asuntos relevantes, como la salud o la educación– para cumplir con este servicio.

En este contexto, surge la siguiente pregunta: ¿cuál era destino de los productos reciclables en Chile antes de la REP? Para responderla, hay que distinguir entre dos fuentes de desechos reciclables: los municipales e industriales. Los primeros han tenido, durante los años 1995 a 2016, un destino similar al de los residuos orgánicos: los vertederos sanitarios. En efecto, en 1995 no existía ningún tipo de reciclaje, y en 2016, aunque el 50 % de los desechos domiciliarios eran reciclables, se estima que solo se recicló el 5,6 %[37].

Por su parte, los desechos industriales han tenido mejores resultados. Lo anterior se explica, en gran medida, a la necesidad de la industria de encontrar soluciones para liberar el espacio que los residuos ocupaban en sus instalaciones[38] y a que estos –como *commodities* que son– tienen un valor de mercado. En efecto, ya el año 2016, esto es, hace casi diez años, la tasa de reciclaje de desechos industriales alcanzaba un 80 %.

Según un informe de la OCDE de 2016, Chile carecía de un mercado de reciclaje. Esta afirmación puede tener dos posibles explicaciones. Por un lado, que existen pocos o ningún incentivo para reducir los residuos y reutilizar los productos. Por otro, la existencia de desincentivos legales en las regulaciones so-

[34] Ley n.° 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (1988) art. 8.
[35] OCDE (2005) p. 147.
[36] OCDE (2016).
[37] Ministerio de Medio Ambiente de Chile (2016) p. 337.
[38] Asociación Gremial de Industriales del Plástico (ASIPLA) (2016) p. 16.

bre la materia[39]. De forma paradójica, en ese mismo informe, Chile estaba clasificado como uno de los países miembros de la OCDE que menos residuos municipales generaba por persona[40]. Aunque esto podría considerarse un éxito, este dato pierde valor al considerar que la gran mayoría de esos desechos sigue llegando a disposición final, sin ser aprovechados.

En definitiva, como es posible advertir de lo anterior, hasta antes de la publicación de la Ley n.° 20920 el año 2016, normativa que instauró la REP, la gobernanza en esta materia recaía en gran medida en las municipalidades, sin una estructura de incentivos que permitiera o promoviera la prevención y la valorización de la enorme cantidad de desechos generados. Esta situación gatilló no solo la publicación de la Ley n.° 20920, sino que, también, la elaboración de una serie de otras importantes políticas públicas e instrumentos normativos que se presentan a continuación.

I.3. Esfuerzos de política pública para enfrentar la contaminación por residuos

Si bien la Ley n.° 20920 ha sido la primera y principal herramienta normativa en Chile para transitar hacia una economía circular, es importante destacar que en la última década se ha elaborado una serie de políticas públicas y leyes destinadas a revertir la preocupante situación existente en materia de generación y manejo de residuos, que se alinean con el objeto perseguido por dicha ley, complementándose.

Así, dando cumplimiento a los compromisos contenidos en la Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés) del año 2020, Chile elaboró tres importantes instrumentos. En primer lugar, en 2021 el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) publicó la *Hoja de ruta para un Chile circular al 2040*, que nace de un amplio proceso participativo e intersectorial, y que tiene un horizonte de aplicación de veinte años. Esta última tiene por objetivo acelerar la transición de Chile hacia un modelo económico circular, siguiendo la tendencia de los países desarrollados[41].

En segundo lugar, el año 2022, se publicó la *Estrategia nacional de residuos orgánicos - Chile 2040*, que fija como meta pasar de un 1 % a un 66 % de valori-

[39] OCDE (2016) p. 25.

[40] *Op. cit*. p. 104.

[41] Para ello, fija metas a largo plazo, que van desde: generación de empleos verdes; disminuir en un 10 % la generación de residuos sólidos municipales por habitante; disminuir en un 15 % la generación total de residuos por PIB; aumentar en un 30 % la productividad material; aumentar en un 40 % las tasas de reciclaje; aumentar en un 30 % las tasas de reciclaje de residuos sólidos municipales y recuperar el 50 % de los sitios afectados por la disposición ilegal de residuos.

zación de los residuos orgánicos generados a escala municipal al año 2040. Para tales efectos, establece una serie de metas intermedias al 2030[42].

Por último, el año 2024, el MMA lanzó una plataforma digital para monitorear los avances de Chile en materia de economía circular[43], dando cumplimiento así al último compromiso contenido en la NDC 2020. Esta última proporciona acceso a una serie de indicadores clave que permiten evaluar la transición del Chile hacia un modelo de desarrollo más sostenible. En particular, ofrece datos sobre: flujos de materiales, generación de residuos, emisiones de gases de efecto invernadero, uso de hídrico y energía, generación de empleos verdes, desempeño económico, entre otros.

A lo anterior, se suma la publicación de importantes leyes, en actual implementación, como la Ley n.° 21100, que Prohíbe la Entrega de Bolsas Plásticas de Comercio en Todo el Territorio Nacional, publicada el año 2018. Esta última, como su nombre lo indica, tiene por finalidad proteger el ambiente mediante la prohibición de entrega de bolsas plásticas de comercio –esto es, aquellas bolsas entregadas por establecimientos de comercio para el transporte de mercaderías o, en el caso de compras realizadas por medios electrónicos, bolsas para el transporte de mercaderías que es entregada al consumidor final–.

Además, destaca la publicación de la Ley n.° 21368, que Regula la Entrega de Plásticos de un Solo Uso y las Botellas Plásticas, y Modifica los Cuerpos Legales que Indica, publicada el año 2021. Esta última tiene por objetivo proteger el ambiente y disminuir la generación de residuos, mediante la limitación en la entrega de productos de un solo uso en establecimientos de expendio de alimentos, el fomento a la reutilización y la certificación de los plásticos de un solo uso, y la regulación de las botellas plásticas desechables[44].

Asimismo, cabe relevar que, con fecha 2 de octubre de 2025, el MMA aprobó la "Estrategia de Economía Circular para Textiles al 2040", que tiene por propósito:

> "orientar acciones y articular esfuerzos para prevenir la generación de residuos, prolongando la vida útil de los textiles, fomentando la calidad,

[42] Estas metas son: valorizar un 30 % de los residuos orgánicos generados a escala municipal; llegar a cinco mil establecimientos educacionales con composteras o vermicomposteras; contar con un 50 % de las instituciones públicas separando en origen y valorizando los residuos orgánicos que generan; contar con quinientas mil familias que utilicen composteras o vermicomposteras en sus viviendas; alcanzar quinientos barrios del programa "Quiero mi barrio" haciendo compostaje o vermicompostaje y lograr que todos los parques urbanos administrados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo valoricen los residuos orgánicos generados, de manera preferente en sus instalaciones.

[43] Disponible en https://economiacircular.mma.gob.cl/plataforma-indicadores/ [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

[44] Ley n.° 21368 Regula la Entrega de Plásticos de un Solo uso y las Botellas Plásticas, y Modifica los Cuerpos Legales que Indica (2021) art. 1.°.

> la reutilización y la valorización textil, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente y fortalecer el desarrollo local del ecosistema textil y la innovación"[45].

Además, siguiendo las recomendaciones de la OCDE para hacerse cargo de la fracción orgánica de los desechos generados, cabe mencionar que el año 2023 el Ejecutivo ingresó un proyecto de ley para promover la valorización de los residuos orgánicos y fortalecer su gestión en el ámbito territorial, el que, a la fecha de publicación de este trabajo se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados[46, 47].

Por último, cabe mencionar que en 2025 se publicó la actualización a la NDC[48], la que fija contribuciones orientadas a manejar, entre otras cosas, la fracción orgánica de los residuos generados. En particular, sus compromisos en materia de economía circular consisten en:

i) impulsar la valorización de los residuos orgánicos municipales en el país de cara al año 2030 (para lo cual se contempla como compromiso, tramitar con carácter de urgente el proyecto de ley antes mencionado),
ii) desarrollar, a más tardar en 2026, una "estrategia nacional para prevenir y reducir las pérdidas y desperdicios de alimentos" y
iii) fortalecer la gestión y valorización de los residuos de la construcción, demolición y aquellos generados en situaciones de desastres.

II. La responsabilidad extendida del productor en Chile

II.1 ¿Por qué implementar la REP?

Aunque la disposición final de desechos en vertederos constituye una alternativa preferible frente a la eliminación ilegal, dista de ser la solución al problema. En

[45] En particular, establece cuatro metas principales, que se implementarán mediante dieciocho iniciativas y cuarenta y siete acciones concretas, organizadas en cuatro ejes: Cultura, Territorios, Regulación e Innovación Circular: (i) disminuir el sobreconsumo de productos textiles; (ii) impulsar el desarrollo de oficios formales y empleos en economía circular; (iii) aumentar la valorización de los residuos textiles y (iv) prevenir y erradicar los vertederos ilegales de residuos textiles.

[46] *Boletín* n.° 16182-12.

[47] En particular, el proyecto de ley busca: (i) extender la vida útil de la infraestructura existente, de manera tal de disminuir los conflictos socioambientales gatillados por comunidades que se oponen a la construcción de nuevos rellenos sanitarios; (ii) disminuir el actual problema de desfinanciamiento municipal asociado a la gestión de residuos; y, (iii) contribuir sustantivamente en la reducción de gases de efecto invernadero.

[48] Ministerio del Medio Ambiente (2025) p. 24.

efecto, la disposición final trae aparejadas diversas consecuencias, que van desde la creciente presión sobre la limitada capacidad instalada existente para seguir recibiendo residuos; el incremento de los conflictos socioambientales, asociado a que la mayoría de los sitios de disposición final se ha emplazado cerca de comunidades vulnerables; genera diversos impactos al ambiente, en particular, el incremento de gases de efecto invernadero que contribuyen al cambio climático[49]. Por ello, resulta crucial explorar otros instrumentos de política pública para afrontar esta problemática.

Como se expuso en las secciones anteriores, durante los años 1995 a 2016, las políticas adoptadas en esta materia se centraron en asegurar la disposición final ambientalmente racional de los residuos. En dicho periodo, no se adoptaron políticas que lograran reducir o recuperar los desechos, y el mercado por sí solo no logró internalizar las externalidades asociadas a la generación y manejo de los mismos. Algunos municipios y el sector privado pusieron en marcha iniciativas de reciclaje a pequeña escala para la gestión de residuos con valor de mercado[50].

En este contexto, el año 2005 la OCDE recomendó a Chile[51]:

i) profundizar la aplicación del principio "el que contamina paga", mediante cargos adecuados en la gestión de desechos y
ii) crear nuevos instrumentos económicos para la gestión de residuos.

Siguiendo esa recomendación, en 2013, el gobierno de la época presentó un proyecto de ley que establecía la REP como instrumento económico para la gestión de residuos. Aunque el argumento expresado en el mensaje del proyecto de ley era que el instrumento se utilizaba ampliamente en el ámbito internacional, es evidente que la principal característica del instrumento es que introduce incentivos para internalizar el costo ambiental del producto a lo largo de todo su ciclo de vida, haciéndose cargo de una de las problemáticas estructurales del manejo de desechos en el país, según fue expuesto.

Los argumentos a favor de la implementación de la REP no se debatieron expresamente durante la aprobación de la Ley n.° 20920 en el Congreso. Sin embargo, el ministro de Medio Ambiente entre 2014 y 2017, declaró que la Ley n.° 20920 no solo permitiría a Chile ponerse al día en materia de gestión de residuos para alcanzar el objetivo de reciclaje del 30 %, sino que, también, supondría una nueva forma de enfocar el desarrollo[52].

[49] Alfaro y Currie (2023) p. 119.

[50] Biblioteca del Congreso Nacional (2016) p. 4.

[51] OCDE (2005) pp. 8 y 124.

[52] Véase https://vinculacion-bkp.utem.cl/2016/06/17/masiva-convocatoria-marco-el-desarrollo-de-seminario-internacional-sobre-gestion-sustentable-de-residuos/ [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

A pesar de que la REP ha sido criticada respecto a su necesidad o eficacia[53], existen varios argumentos a favor de su implementación:

i) la escasez de vertederos[54];
ii) la sustitución de materias primas escasas (como el petróleo y la arena) por materiales reciclados[55] y
iii) la creación de incentivos para que los productores diseñen productos más fáciles de reutilizar, reciclar o eliminar[56].

En última instancia, la REP pretende ajustar los conocimientos tecnológicos de los patrones de producción de la sociedad moderna para reducir el problema causado por los residuos[57]; un objetivo que está en consonancia con los principios de la Comisión Europea para la Economía Circular[58]. Según ciertos autores, otros beneficios económicos asociados a la implementación de esquemas REP son la atracción de inversiones y la creación de empleo[59].

Lo anterior se ve reflejado en la regulación comparada, donde desde fines de la década de 1980 se estima que el concepto de la REP se ha convertido en un principio consolidado de política ambiental internacional, incorporándose de manera progresiva en la legislación y prácticas de un número cada vez mayor de países en el mundo[60]. En efecto, se estima que desde el año 2001, tanto el número como la diversidad de esquemas REP han aumentado de manera significativa, estimándose que existen alrededor de cuatrocientos sistemas REP en actual operación, primando esquemas de carácter obligatorio[61].

La protección del ambiente y la conservación de los recursos naturales son objetivos que pueden abordarse mediante instrumentos de mercado, ya sea cambiando las condiciones de mercados existentes o, bien, creando nuevos[62]. En este sentido, la REP es un instrumento económico que protege el ambiente, sin distorsionar su funcionamiento normal[63]. Así, a diferencia de los enfoques de "comando y control", la REP propone un modelo basado en el cumplimiento de objetivos[64], otorgando al productor una doble flexibilidad para cumplir con sus obligaciones[65]. En primer lugar, el instrumento se adapta al modelo produc-

[53] Kroepelien (2000) p. 165.
[54] Hanisch (2011) p. 170.
[55] Sachs (2006) p. 64.
[56] Lifset (1993) p. 169.
[57] Kroepelien (2000) p. 168.
[58] Comisión Europea (2015) p. 2.
[59] Van Beukering, Kuik y Oosterhuis (2014) p. 479.
[60] OCDE (2016) p. 1.
[61] *Op. cit.* p. 2.
[62] Parson & Kravitz (2013) p. 418.
[63] Kroepelien (2000) p. 168.
[64] Van Rossem, Tojo & Lindhqvist (2006) p. 1.
[65] Parson & Kravitz (2013) p. 420.

tivo del productor, en tanto no establece una prohibición sobre la cantidad de productos que introduce en el mercado[66]. En segundo lugar, porque permite al productor encontrar la forma más eficiente y económica de cumplir con el objetivo perseguido por este[67].

A mayor abundamiento, los esquemas REP se alinean con ciertos objetivos de la economía circular, la que plantea la necesidad de dejar atrás la lógica lineal de "extraer-producir-consumir-botar", y

> "avanzar hacia un modelo en que los residuos y la contaminación se eliminan desde la etapa de diseño, los productos y los materiales que entran en el ciclo económico se aprovechan durante el mayor tiempo posible o incluso de forma indefinida, y los procesos económicos regeneran los sistemas naturales en lugar de degradarlos"[68].

Además, es consistente con los esfuerzos de política pública a escala internacional para combatir la crisis por contaminación por desechos. A modo ejemplar, recientemente se publicó la Directiva (UE) 2025/1982, de 10 de septiembre de 2025, que modifica la Directiva 2008/98/CE, relativa a residuos, que busca, entre otros temas, potenciar esquemas REP (en particular para textiles y calzado)[69].

En suma, la implementación de la REP en el orden jurídico nacional es deseable, por cuanto responde a la necesidad de dejar atrás un modelo productivo lineal, de manera tal de modernizar el esquema de manejo de residuos en el país, corrigiendo fallas de mercado, promoviendo el principio contaminador pagador y poniendo el foco ya no en la eliminación, sino en la prevención y en la valorización.

II.2 La REP en Chile

a) Aspectos generales

Como se ha adelantado, la REP se instauró en Chile con la Ley n.° 20920, la que, de acuerdo con su art. 1.°, tiene un doble objetivo: por un lado, disminuir la generación de residuos y, por otro, fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización. Lo anterior, con el fin de proteger la salud de las personas y el ambiente.

Para alcanzar ambos objetivos, la ley contempla dos tipos de instrumentos:

---

[66] Aylwin y Bortnik (2017) p. 320.

[67] Lifset (1993) p. 166.

[68] Ministerio del Medio Ambiente (2021) p. 6.

[69] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2025/1892/oj/eng [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

i) en su título III, establece el instrumento principal de la ley, esto es, la REP y
ii) en su título II, regula otros instrumentos para prevenir la generación de residuos o promover su valorización (por ejemplo, sistemas de depósito y reembolso, obligaciones de etiquetado, exigencias de ecodiseño, entre otros).

En este trabajo solo se abordará el régimen de la REP.

La Ley n.° 20920 define la REP como un régimen especial en virtud del cual los productores de ciertos productos –denominados "productos prioritarios"– son responsables de organizar y financiar la gestión de los residuos de los productos que comercializan en el país. De esta manera, el régimen chileno ha optado por asignar responsabilidades tanto financieras como organizativas a los productores, tal y como reconocen ciertos autores[70].

En este contexto, cabe destacar que la Ley n.° 20920 estableció los siguientes productos prioritarios, considerando criterios asociados a su consumo masivo, volumen significativo, peligrosidad, factibilidad de valorización y la experiencia en la regulación comparada[71]: aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes, neumáticos y pilas.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia Ley n.° 20920 señala que el MMA se encuentra facultado para aplicar la REP a las categorías y subcategorías de otros productos, los que se entenderán productos prioritarios[72]. Lo anterior, en la medida que se trate de sustancias u objetos que, una vez transformados en residuos, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, sea deseable que queden sujetos a las obligaciones de la REP[73]. Ello resulta de toda lógica, pues no sería eficiente tener que introducir modificaciones legales para incorporar nuevos productos prioritarios, lo que podría tardar años, siendo contrario a la necesidad urgente de avanzar hacia un modelo más sostenible.

En efecto, usando esta facultad, el MMA dictó la resolución exenta n.° 3914, de 2025, que declaró a los textiles como un nuevo producto prioritario, en atención al gran volumen de generación de los residuos de estos productos, sí como a la presencia de recursos aprovechables en estos.

Para su implementación, el MMA debe elaborar decretos supremos para cada producto prioritario establecido en la Ley n.° 20920, los que fijarán metas

[70] Lindhqvist (2001) p. iii.

[71] Biblioteca del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta 13 de octubre de 2025]

[72] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 10 inciso final.

[73] Definición de "producto prioritario" de la Ley n.° 20920.

de recolección y valorización, así como obligaciones asociadas, siguiendo el procedimiento contemplado en el Decreto Supremo n.° 8, de 2017, del Ministerio, que establece el reglamento que regula el procedimiento de elaboración de los decretos supremos establecidos en la Ley n.° 20920 (reglamento procedimental), que contempla diversas etapas[74].

En particular, la ley indica que las metas se calcularán en relación con la cantidad de productos prioritarios introducidos en el mercado nacional por cada productor, y pueden ser diferentes con base en consideraciones demográficas, geográficas y de conectividad[75]. Por su parte, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las metas, los decretos también pueden establecer obligaciones asociadas ("asociadas" a las metas, pues se relacionan precisamente a su cumplimiento)[76].

A la fecha, el MMA ha dictado los decretos de metas de tres de los seis productos prioritarios contemplados en la Ley n.° 20920:

i) Decreto Supremo n.° 8, de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos (DS n.º 8/2019)[77];

[74] En resumen, se identifican las siguientes etapas: (i) la dictación de una resolución de inicio, que contendrá el producto prioritario a regular, fijando un plazo tanto para recibir antecedentes sobre la materia a regular, como para dictar el anteproyecto de decreto; (ii) la conformación de un comité operativo ampliado, integrado por representantes de los ministerios, así como por personas naturales y jurídicas ajenas a la administración del Estado que representen a los productores, los gestores de residuos, las asociaciones de consumidores, los recicladores de base, la academia, las organizaciones no gubernamentales, entre otros; (iii) la elaboración de un anteproyecto; (iv) un proceso de consulta pública, donde cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al contenido del anteproyecto; (v) la consulta al Consejo Consultivo del MMA; (vi) el análisis de las observaciones recibidas durante el proceso de consulta pública, donde el MMA deberá analizarlas y ponderarlas, identificando si corresponde o no incorporarlas en el decreto supremo; (vii) la aprobación de una propuesta de decreto supremo, que deberá someterse al pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático; y, (viii) finalmente, la dictación del decreto supremo, que deberá someterse a consideración del Presidente de la República.

[75] Ley n.º 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 12.

[76] Estas pueden consistir en obligaciones de: (i) etiquetado; (ii) información a distribuidores o comercializadores, gestores y consumidores, incluyendo la tarifa correspondiente al costo de la gestión de residuos; (iii) diseño e implementación de estrategias de comunicación y sensibilización; (iv) diseño e implementación de medidas de prevención en la generación de residuos; (v) entrega separada en origen y recolección selectiva de residuos; (vi) limitaciones en la presencia de sustancias peligrosas en los productos; (vii) exigencias de ecodiseño; y, (viii) especificación de los roles y responsabilidades que corresponden a los diferentes actores involucrados en el cumplimiento de las metas.

[77] Publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 20 de enero de 2021.

ii) Decreto Supremo n.° 12, de 2020, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes, respectivamente (DS n.° 12/2020)[78] y
iii) Decreto Supremo n.° 47, de 2023, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de aceites lubricantes (DS n.° 47/2023)[79].

Asimismo, el MMA ha iniciado la elaboración de los decretos de metas del resto de los productos prioritarios (pilas, aparatos eléctricos y electrónicos y baterías)[80].

Por último, cabe mencionar que, una vez publicado un decreto de metas en el *Diario Oficial*, comienza a correr un plazo de treinta días hábiles para que cualquier persona que considere que no se ajusta a esta ley y que le causa perjuicio pueda interponer un recurso de reclamación ante los tribunales ambientales, el que no suspenderá los efectos del decreto de que se tate. A la fecha de este trabajo, solo han sido reclamados el DS n.° 8/2019 y el DS n.° 47/2023[81].

b) Funcionamiento

La Ley n.° 20920 mandata a que los productores sujetos a la REP deban dar cumplimiento a sus obligaciones a través de un "sistema de gestión"[82], que corresponde al mecanismo instrumental creado por la normativa para tales efectos, el que podrá ser individual o colectivo, dependiendo de si un productor decide dar cumplimiento solo o, bien, junto a otros productores.

Al respecto, es importante aclarar que, para operar, todo sistema de gestión –sea individual o colectivo (SIG y SCG, respectivamente)–, debe contar con la autorización previa del MMA, para lo cual el o los productores deberán presentar un "plan de gestión". Este último, en términos generales, corresponde a un documento que –entre otras cosas– detallará la estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas, en todo el territorio

[78] Publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 16 de marzo de 2021.
[79] *Op. cit.* 11 de noviembre de 2024.
[80] Al respecto, cabe mencionar que, considerando que se trata de productos prioritarios relacionados, el MMA tomó la decisión de regular a las pilas y los aparatos eléctricos y electrónicos en un solo decreto supremo. En efecto, una cantidad importante de productores, lo son de ambos productos; una cantidad considerable de aparatos eléctricos y electrónicos requiere de pilas para su funcionamiento, por lo que en la práctica una fracción suele importarle y comercializarse con estas incorporadas en ellos.
[81] En el primer caso, la reclamación fue desestimada, y en el segundo, aún no se ha dictado sentencia. Véanse roles: R-279-2021 y R-490-2024 (agrupada con R-491-2024 y R-492-2024), del Segundo Tribunal Ambiental.
[82] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 19.

nacional, y que se deberá presentar a través de la plataforma de Ventanilla Única del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RETC). Si dicho plan garantiza de forma razonable su eficacia para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la ley y en el decreto de metas respectivo, será autorizado por el MMA[83].

En este contexto, es importante mencionar que la Ley n.° 20920 mandata a los sistemas de gestión a contratar con gestores autorizados y registrados los servicios de recolección y valorización, y así dar cumplimiento a las metas establecidas en el respectivo decreto de metas. Por tanto, como su nombre lo indica, los sistemas de gestión están obligados a "gestionar"[84] el manejo de los residuos, pero serán los gestores –contratados por estos sistemas– los que en la práctica realizarán las operaciones materiales de manejo[85].

Para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, los sistemas de gestión deberán entregar al MMA informes –de avance y finales–. En este contexto, por expreso mandato de la Ley n.° 20920, corresponderá a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA o Superintendencia) la fiscalización del cumplimiento de las metas de recolección y valorización de residuos de cada producto prioritario y de las obligaciones asociadas, contenidas en el decreto respectivo, como, asimismo, del funcionamiento de los sistemas de gestión, el cumplimiento de los deberes de información y otras obligaciones.

En este contexto, la Ley n.° 20920 contempla un catálogo de infracciones distinto a aquel contemplado en la Ley n.° 20417, Orgánica de la SMA, lo que ha generado ciertas discusiones en la práctica (por ejemplo, la aplicabilidad o no de los programas de cumplimiento en los sancionatorios asociados a incumplimientos de obligaciones REP[86], lo que deberá ser abordado por la Superintendencia en los sancionatorios en curso[87]). En particular, la ley señala que las infracciones pueden ser gravísimas, graves o leves, pudiendo ser objeto de amonestaciones por escrito y multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales[88].

---

[83] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 26.

[84] De acuerdo con el art. 2 n.° 11 de la ley recién citada, gestión se define como: "Operaciones de manejo y otras acciones de política, de planificación, normativas, administrativas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización, referidas a residuos".

[85] De acuerdo con el art. 2 n.° 13 recién mencionada, manejo se define como: "Todas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento".

[86] Tapia y Vodanodic (2025):

[87] Véase https://portal.sma.gob.cl/index.php/fiscalizacion-ley-rep-sma-inicia-los-primeros-procedimientos-sancionatorios-por-incumplimientos-de-obligaciones/ [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

[88] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 39.

Ahora bien, para que el estema REP funcione, no solo es necesario identificar con precisión al productor y sus obligaciones. Además, la Ley n.° 20920 regula otros actores como agentes útiles para el cumplimiento de los objetivos de la REP. Considerando lo anterior, en el siguiente apartado se identifican y analizan los principales actores regulados por la ley: productores de productos prioritarios, sistemas de gestión, gestores, consumidores y el MMA.

III. Principales actores regulados por la REP

III.1. Productor de producto prioritario

En el ciclo de vida de un producto intervienen diversos actores, por tanto, identificar quién es el productor es relevante[89], sobre todo considerando que las principales obligaciones de la REP recaen en él. La Ley n.° 20920, en este sentido, adoptó los criterios expresados por autores del derecho comparado para construir las definiciones de productor[90]. Así, en términos generales, para la Ley n.° 20920, el productor es el que tiene el mayor nivel de control sobre las decisiones relacionadas con el diseño del producto y de la selección de materiales.

En particular, el art. 3 n.° 21 de la Ley n.° 20920 contiene la siguiente definición de "productor de producto prioritario":

> "Persona que, independientemente de la técnica de comercialización:
> a) enajena un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional.
> b) enajena bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor.
> c) importa un producto prioritario para su propio uso profesional.
> En el caso de envases y embalajes, el productor es aquel que introduce en el mercado el bien de consumo envasado y, o embalado [...]".

Como es posible advertir de la lectura de dicho artículo, la Ley n.° 20920 contempla una norma general que se aplica a cinco de los seis productos prioritarios establecidos en ella, y una norma especial, que solo se aplica a los envases y embalajes. Si bien no se entregaron argumentos explícitos al presentar el proyecto de ley al Congreso para justificar esta distinción, ello se debe a la notable diferencia existente entre los envases y embalajes y el resto de los productos

[89] Brian & Ravi (2011) p. 86.
[90] Lindhvist (2001) p. 57.

prioritarios. En efecto, mientras que la generalidad de los productos prioritarios puede recuperarse de manera directa, en el caso de los envases y embalajes, no es el producto envasado o embalado el que está sujeto a la REP, sino el envase o embalaje que lo contiene. En consecuencia, lo que importa para efectos de determinar quién es el productor en este caso, es quién introduce al mercado un bien de consumo que viene envasado o embalado. Considerando lo anterior, la regulación de este producto prioritario alcanza a una infinidad de industrias, pues en la práctica todos los bienes de consumo que circulan en la economía vienen envasados o embalados.

De esta forma, los productores sujetos a la REP estarán obligados, según se establezca en cada decreto supremo[91], entre otras cosas, a:

i) organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo el territorio nacional, así como 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) asegurar que la gestión de los residuos de los productos prioritarios se realice por gestores autorizados y registrados[92].

III.2. Sistemas de gestión

a) SIG y SCG

Como se adelantó, la ley mandata a que las obligaciones en el marco de la REP se cumplan a través de un sistema de gestión: SIG o SCG. En términos generales, estos actúan como entidades que cumplen las obligaciones de REP en nombre de los productores[93]. Su objetivo final es organizar y financiar la recolección y valorización del porcentaje de residuos que cumple con la obligación individual del productor o las obligaciones combinadas de todos sus miembros[94].

De esta manera, los sistemas de gestión constituyen un cambio radical para la gobernanza de la gestión de residuos en Chile. Como se fue examinado en la

[91] De acuerdo con Ley n.º 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) en su art. 3 n.° 21: "el decreto supremo que establezca las metas y otras obligaciones asociadas de cada producto prioritario sobre la base de criterios y antecedentes fundados determinará los productores a los que les será aplicable la responsabilidad extendida del productor, previa consideración de su condición de micro, pequeña o mediana empresa, según lo dispuesto en la Ley Nº 20.416".

[92] Ley n.º 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 9.º.

[93] OCDE (2016) p. 78.

[94] Mayers y Scott (2013) p. 278.

sección I de este trabajo, los municipios han sido los principales responsables del aseo y ornato de las comunas del país. Así, con la entrada en vigencia de la Ley n.° 20920, parte de las facultades de los municipios serán ejercidas por los SCG, no pudiendo los municipios impedir dicha gestión[95].

Aunque los SIG y SCG tienen los mismos objetivos, están reguladas de forma diferente en la Ley n.° 20920:

a) En un SIG, el productor cumple con las obligaciones de la REP de manera individual[96]. En un SCG, por su parte, para cumplir los productores deberán constituir o adherirse a una persona jurídica distinta de los productores que la conforman, que no distribuya utilidades entre sus asociados. Esta deberá estar integrada únicamente por productores –salvo que el decreto supremo respectivo permita la integración de otros actores relevantes–, y será responsable ante la autoridad, teniendo como único fin la gestión de residuos de productos prioritarios.
b) Los SIG están obligados a contratar directamente a gestores autorizados y registrados[97]. Los SCG, por su parte, deberán realizar licitaciones públicas por regla general para contratar con gestores autorizados y registrados, lo que se traduce en un procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo SCG 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[98]. Es importante mencionar que, de manera excepcional, los SCG pueden solicitar al MMA que se les exceptúe de realizar licitaciones públicas por razones fundadas. En particular, la ley señala que, entre las razones para solici tar dicha excepción al MMA, se encuentran: la ausencia o inadmisibilidad de interesados en ella; casos de emergencia, urgencia o imprevisto; circunstancias o características del convenio que así lo requieran y cuando se trate de la contratación de recicladores de base. A este respecto,

[95] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) en su art. 30 inciso final señala: "La función privativa de aseo y ornato de las municipalidades no podrá ser invocada para impedir el manejo de los residuos de productos prioritarios por parte de los sistemas de gestión".

[96] Sin perjuicio de ello, y tal como ha quedado regulado en los decretos de metas ya publicados, para efectos de dar cumplimiento a las obligaciones de la REP, dos o más productores que se encuentren relacionados en los términos establecidos en la Ley n.° 18045, Sobre Mercado de Valores (1981), podrán actuar representados por solo uno de ellos, debiendo encontrarse debidamente mandatado para tal efecto.

[97] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 21.

[98] *Op. cit*. art. 24.

el legislador optó por replicar las causales contenidas en el reglamento de la Ley n.° 19886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios[99], sin un mayor desarrollo, lo que ha generado problemas prácticos, según se trata más adelante.

c) Considerando estas diferencias, los SCG tienen obligaciones específicas que no aplican a los SIG:
   - Se encuentran obligados por la Ley n.° 20920 a presentar, junto a su plan de gestión, un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que declare que en sus bases de licitación y en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del SCG, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Como será analizado más adelante, este trámite ha generado importantes demoras en la autorización de los SCG, así como falta de flexibilidad.
   - Deben constituir y mantener vigente una fianza, seguro o garantía para asegurar el cumplimiento de las metas y obligaciones asociadas[100]. Al respecto, cabe mencionar que, durante la discusión legislativa, se advierte que ello se definió con el objetivo de caucionar el pago de eventuales multas que la SMA pueda imponer a este tipo de sistemas en caso de incumplimientos[101]. Ello es consistente con el hecho de que los SCG deban constituirse como una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados para dar cumplimiento a sus obligaciones.
   - Los productores que integran el SCG deberán pagar una tarifa para financiar los costos en que incurra la referida persona jurídica, con base en criterios objetivos, tales como la cantidad de productos comercializados en el país y la composición o diseño de tales productos.

Sin perjuicio de lo anterior, existen similitudes:

a) Tanto SIG como SCG deben obtener una autorización por parte del MMA y, para ello, deben presentar un plan de gestión.

[99] Ley n.° 19886 Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (2003) art. 8 letras a), c) y g) en relación con Ministerio de Hacienda (2004), art. 10 n.° 1, 3 y 7.

[100] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 22 letra a).

[101] Biblioteca del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta 13 de octubre de 2025] p. 100.

b) Ambos tipos de sistemas deben entregar informes de cumplimiento ante el MMA, los que serán fiscalizables por la SMA, los que contendrán, entre otras cosas: la cantidad de productos prioritarios introducidos en el mercado por los productores que integran el sistema de gestión; una descripción de las actividades realizadas; el costo de la gestión de residuos del año que se está informando, en el caso de un sistema individual y el cumplimiento de las metas de recolección y valorización, así como de las obligaciones asociadas, si correspondiere.
c) La fiscalización y eventual sanción frente al incumplimiento de las obligaciones, tanto de SIG como SCG, recae en la SMA.

b) Grandes sistemas colectivos domiciliarios o GRANSIC

En particular, el DS n.° 12/2020 establece metas para envases domiciliarios y no domiciliarios, las cuales aumentan de manera gradual en el tiempo, lo que permitirá disminuir considerablemente la cantidad de residuos de envases que hoy llegan a rellenos sanitarios, sin ser aprovechados. Así, por ejemplo, las metas para envases domiciliarios alcanzan los siguientes porcentajes: 60 % para los de cartón para líquidos, 55 % para los de metal, 70 % para los de papel y cartón, 45 % para los de plásticos y 65 % para los de vidrio.

Es importante destacar que el DS n.° 12/2020 regula una categoría específica de SCG: los GRANSIC, esto es, SCG

> "integrados por 20 o más productores no relacionados, constituidos para dar cumplimiento a las obligaciones que el presente decreto impone a los productores de envases domiciliarios"[102].

En este contexto, y con la finalidad de incentivar la descentralización, y de esta manera potenciar la recolección de residuos de envases y embalajes a lo largo de todo el territorio nacional, el DS n.° 12/2020 contempla obligaciones asociadas de cobertura, que se expresan a través de la exigencia de recolección domiciliaria y la operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos.

Considerando lo anterior, es importante mencionar que las municipalidades o asociaciones de municipalidades tienen un papel crucial, en tanto dichas obligaciones deberán cumplirse en sus territorios. A este respecto, el DS n.° 12/2020 indica en su art. 42, lo siguiente:

> "Las municipalidades o las asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica y los sistemas de gestión *podrán convenir para que aquellas realicen las siguientes actividades: separación en origen, recolección*

[102] Ministerio del Medio Ambiente (2020) art. 2 n.° 17.

> *selectiva, establecimiento u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de envases y otras acciones que faciliten la implementación de la Ley*, tales como promover la educación ambiental de la población sobre la prevención en la generación de residuos y su valorización, diseñar e implementar estrategias de comunicación y sensibilización, así como medidas de prevención en la generación de residuos" (cursivas agregadas).

Además, la misma disposición normativa señala:

> "Las municipalidades de las comunas en las que un GRANSIC se encuentre realizando la recolección domiciliaria de residuos de envases, dando cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 36, *deberán incorporar en la ordenanza municipal que corresponda la obligación a sus vecinos, en tanto consumidores, de entregar separadamente los residuos en origen y fomentar el reciclaje*" (cursivas agregadas).

Asimismo, y replicando lo establecido en el art. 30 de la Ley n.° 20920, el DS n.° 12/2020 señala:

> "La función privativa de aseo y ornato de las municipalidades *no podrá ser invocada para impedir el manejo de los residuos de productos prioritarios por parte de los sistemas de gestión o los gestores contratados por aquellos*" (cursivas agregadas).

De la revisión de estas y otras disposiciones, tanto de la Ley n.° 20920 como del DS n.° 12/2020, se desprende que las municipalidades o asociaciones de municipalidades podrán convenir con el o los GRANSIC la forma en que operará la REP en sus territorios. Ello es crucial para una correcta implementación de la REP del producto prioritario envases y embalajes, pues el cómo se materialicen dichos convenios determinará, entre otros aspectos:

i) si la municipalidad se involucrará directamente en las actividades de gestión de residuos;
ii) si dejará esta actividad íntegramente a los GRANSIC;
iii) cómo se coordinarán estos últimos con los sistemas de recogida de residuos domiciliarios tradicionales; entre otras cosas.

III.3. Gestores

Para cumplir con las obligaciones de la REP, los productores se organizan a través de un SIG o SCG. A su vez, como se ha explicado, para cumplir con las metas y obligaciones asociadas, estos sistemas de gestión deben contratar a gestores autorizados y registrados.

La ley define "gestor" en su art. 3 n.° 10 como aquella

> "persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos y que se encuentra autorizada y registrada en conformidad a la normativa vigente".

Pero: ¿qué significa estar autorizado y registrado? ¿Quiénes pueden ser gestores? ¿Qué operaciones de gestión pueden realizar?

Los gestores, como ya se ha mencionado, deben estar autorizados y registrados. La referencia que hace la ley a "autorizados", implica la obtención de todas las autorizaciones establecidas por la normativa vigente, esto es: todas aquellas autorizaciones ambientales y sanitarias necesarias para operar. En relación con las autorizaciones ambientales, cuando proceda, se deberá obtener una resolución de calificación ambiental, de conformidad con lo dispuesto en la Ley n.° 19300,sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Decreto Supremo n.° 40, de 2012, del MMA, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Además, todo gestor debe contar con una autorización sanitaria expresa, de acuerdo con el DFL n.° 1 de 1990, del Ministerio de Salud, que Determina Materias que Requieren autorización Sanitaria Expresa.

Por su parte, la referencia que hace la ley a "registrados", implica que los gestores deben inscribirse en la plataforma de Ventanilla Única del RETC, que contiene toda la información sobre emisiones, residuos y transferencias de contaminantes generados por actividades industriales o no industriales y que son potencialmente peligrosos para la salud humana y el ambiente.

Por último, respecto a quién puede ser gestor, es importante mencionar que, aunque la ley no lo señale de forma explícita, se desprende de una lectura de la misma, que los gestores pueden ser: empresas, municipalidades o asociaciones de municipalidades y recicladores de base.

Al respecto, es importante aclarar que, a diferencia de otros gestores que tienen regulaciones expresas en la Ley n.° 20920, las empresas de gestión de residuos se rigen por las normas generales, lo que se traduce en la obligación general de estar registradas y autorizadas, tal y como se ha explicado.

Por su parte, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la ley, los municipios y las asociaciones de municipios pueden actuar como gestores y apoyar en el cumplimiento de la REP. En particular, el art. 25 de la ley indica que los sistemas de gestión podrán celebrar convenios con municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica, destinados a la separación en origen, a la recolección selectiva, al establecimiento u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de productos prioritarios o a la ejecución de otras acciones que faciliten la implementación de esta ley en sus comunas.

A este respecto, cabe mencionar que, en dictamen n.° E485392N24, la Contraloría General de la República, a raíz de una consulta realizada por el MMA, concluyó:

> "el legislador únicamente ha conferido a las municipalidades y a sus asociaciones la facultad de suscribir convenios con los sistemas colectivos de gestión de residuos, en orden a materializar los fines perseguidos con el establecimiento de la citada ley N° 20.920. Asimismo, se advierte que los objetivos de los mencionados convenios no dicen relación con aquellos que la ley autoriza desarrollar a las corporaciones municipales".

Debido a lo anterior, señaló que no resultaba procedente la celebración de convenios de colaboración con los SCG dispuestos por el art. 25 de la Ley n.° 20920, por parte de corporaciones municipales.

En este contexto, cabe relevar que los municipios tienen una ventaja relevante como gestores: la propia ley señala que, si un SCG decide contratar con una municipalidad, podrá hacerlo directamente, sin tener que realizar una licitación pública, que constituye la regla general de contratación[103]. En dicho caso, los municipios pueden ejecutar las operaciones de gestión de forma directa o a través de terceros. En este último caso, deberán someterse a lo prescrito en el art. 24, sin perjuicio de la Ley n.° 19886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. De una revisión de la historia fidedigna de la ley, se desprende que esta excepción se incorporó para facilitar la gestión de los municipios en sus respectivos territorios e incentivar su participación como gestores[104].

[103] En este mismo sentido, la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 30 letra a) señala que, a fin de colaborar con el adecuado cumplimiento del objeto de dicha ley, las municipalidades "podrán, de manera individual o asociada, celebrar convenios con sistemas de gestión".

[104] Así, a modo ejemplar, cabe mencionar que, en primer trámite constitucional, el abogado del Ministerio del Medio Ambiente de la época aclaró que "cada municipio será libre de decidir si celebra convenios, y efectivamente se incorpora esta indicación para permitir que las asociaciones celebren convenios si estos les facilitan su gestión" (p. 103). Por su parte, en segundo trámite constitucional, el ministro del Medio Ambiente de la época, Pablo Badenier, sostuvo: "*El proyecto de ley [...] considera incentivos económicos para que las municipalidades se incorporen como gestores de residuos. Cada municipio podrá celebrar convenios con sistemas de gestión* o recicladores de base; deberá emitir permisos municipales para establecer y operar instalaciones de almacenamiento en bienes nacionales de uso público bajo su administración (puntos limpios / centros de acopio); e incorporar en ordenanzas municipales la obligación de separar residuos en origen [...]" (p. 203). Biblioteca del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta 14 de octubre de 2025].

Ahora bien, la gestión de residuos en los países en desarrollo no solo la llevan a cabo las empresas y los municipios, sino, también, los trabajadores urbanos que se ganan la vida recogiendo, clasificando y vendiendo desechos reciclables[105]. Mientras que en otros países de la OCDE se les ha considerado una interferencia en el funcionamiento normal del sistema[106] o se les ha ignorado por completo[107], en Chile se les reconoce como actores fundamentales.

Los recicladores de base se definen en el art. 3 n.° 22 de la ley como toda

> "persona natural que, mediante el uso de la técnica artesanal y semi industrial, se dedica en forma directa y habitual a la recolección selectiva de residuos domiciliarios o asimilables y a la gestión de instalaciones de recepción y almacenamiento de tales residuos, incluyendo su clasificación y pretratamiento".

Sin perjuicio de lo anterior, la ley indica de forma expresa que considerarán también como recicladores de base las personas jurídicas que estén compuestas exclusivamente por personas naturales registradas como tales en el RETC.

Estos actores constituyen una innovación, al incorporar y reconocer a un grupo históricamente olvidado por las experiencias internacionales. Por un lado, la inclusión de los recicladores de base se incorpora como principio rector de la ley[108], lo que se traduce en que pueden ser contratados por los sistemas de gestión para el cumplimiento de metas. Por otro lado, cuentan con diversos beneficios:

i) deben recibir de manera gratuita las bases de licitación cuando manifiesten interés de participar[109];
ii) los SCG pueden contratarlos directamente sin tener que realizar una licitación pública[110] y
iii) su participación otorga mayor puntuación en la adjudicación del Fondo de Reciclaje[111].

III.4. Consumidor y consumidor industrial

En su formulación original, la ley solo definía y regulaba al "consumidor" entendido como todo generador de un residuo de producto prioritario. Así, por ejem-

[105] Schluep (2014) p. 439.

[106] OCDE (2001) p. 54.

[107] Scheinberg, Nesić, Savain, Luppi; Sinnott, Petean y Pop (2016) p. 823.

[108] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 2 letra c).

[109] *Op. cit.* art. 24 inciso segundo.

[110] *Op. cit.* art. 25 inciso quinto.

[111] Ministerio del Medio Ambiente (2018).

plo, si en un día de calor una persona compra una botella plástica de agua, la consume y luego la desecha, será para efectos de la Ley n.° 20920, un consumidor.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la tramitación de la ley en el Congreso, actores de la industria del reciclaje levantaron observaciones a dicha definición, haciendo presente que el tratamiento de residuos domiciliarios y no domiciliarios tenía una realidad muy distinta, no siendo conveniente dejar una sola definición de consumidor. Dado lo anterior, el Ejecutivo incorporó una nueva definición: el consumidor industrial. Este último se define como todo establecimiento industrial, de acuerdo con la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), que genere residuos de un producto prioritario.

En efecto, de una revisión de la Historia Fidedigna de la Ley n.° 20920, es posible advertir que la distinción entre consumidor y consumidor industrial se incorporó para poder diferenciar la generación de residuos industriales y domiciliarios. A este respecto, durante la tramitación legislativa, el ministro del Medio Ambiente de la época, Pablo Badenier, sostuvo:

> "Por último, dentro de las modificaciones propuestas por el Ejecutivo, se incorpora una distinción entre el consumidor individual e industrial, para diferenciar la generación de residuos industriales y domiciliarios. El motivo, esgrimió, es el alto porcentaje de reutilización de los residuos industriales, situación muy diversa a la realidad domiciliaria. Dicha diferencia permitirá eximir al consumidor industrial del cumplimiento de una meta cuantitativa de recolección y valorización de residuos, sin perjuicio de la obligación de reportar al Ministerio del Medio Ambiente la cantidad de residuos que recicla, ya sea por medios propios o a través de un sistema de gestión operado por un tercero. Los residuos domiciliarios, en tanto, se recolectarán y valorizarán por medio de un sistema de gestión. Dicha medida fue ampliamente solicitada por la Asociación Nacional de la Industria del Reciclaje (ANIR) y el Comité Pro Reciclaje"[112].

En este contexto, cabe mencionar que, mediante DS n.° 22, de 2023, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se modificó la OGUC, en el sentido de actualizar sus normas a las disposiciones de la Ley n.° 20920, identificando los tipos de establecimientos que serán considerados como industriales para efectos de la definición de consumidor industrial, dentro de los que caben:

a) Los edificios industriales y aquellas instalaciones de impacto similar al industrial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1.28 y

[112] Biblioteca del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta 13 de octubre de 2025] p. 278.

b) Los edificios de la clase de equipamiento "comercio" destinados a centros comerciales cerrados, grandes tiendas y supermercados, del art. 2. 1.33. El resto de las clases de equipamiento señaladas en el referido artículo ("científico", "culto y cultura", "deporte", "educación", "esparcimiento", "salud", "seguridad", "servicios" y "social"), escaparían del ámbito industrial para efectos de la Ley n.° 20920 y muchas tienen una regulación específica en materia de residuos[113].

La relevancia de tener la calidad de consumidor o consumidor industrial radica en que la Ley n.° 20920 contempla obligaciones específicas para estos actores en el marco de la REP. En particular, señala que todo consumidor estará obligado a entregar el residuo de un producto prioritario al respectivo sistema de gestión, bajo las condiciones básicas establecidas por estos e informadas a todos los involucrados. Lo anterior, a diferencia de los consumidores industriales, que pueden optar entre entregar los residuos de productos prioritarios que generen a un sistema de gestión o, bien, valorizarlos por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados[114].

Asimismo, los tres decretos de metas publicados a la fecha contemplan la posibilidad de que los consumidores industriales que valoricen por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados, puedan celebrar convenios con sistemas de gestión, para que las toneladas generadas y valorizadas por dichos consumidores, se les imputen a estos sistemas[115].

III.5. Ministerio del Medio Ambiente

En todo este entramado regulatorio, el MMA desempeña un papel central, pues tiene importantes obligaciones a su cargo. En primer lugar, le corresponde elaborar los decretos supremos de metas y obligaciones asociadas para cada producto prioritario regulado en la ley. Para ello, debe seguir las etapas establecidas en el procedimiento regulado en el título III del Reglamento Procedimental, el que, entre otras cosas, contempla la elaboración de un anteproyecto, la conformación de un comité operativo ampliado, un proceso de consulta pública del mismo y la elaboración de una propuesta de decreto supremo, que deberá ser sometida al pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático. Si bien el Reglamento Procedimental contempla un plazo de seis meses para la elaboración del anteproyecto de decreto, el MMA se encuentra

[113] Por ejemplo, Ministerio de Salud (2006).

[114] Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016) art. 34.

[115] En la práctica, este modelo se le denomina en el derecho comparado como esquema de *monitoring*, porque el sistema de gestión monitorea al consumidor industrial.

facultado para prorrogar su dictación, así como para extender otras etapas del proceso. Considerando que la regulación de cada producto prioritario presenta grados de complejidad muy distintos, ya que se trata de productos con características, mercados y actores muy diversos, en la práctica, los primeros decretos de metas han demorado alrededor de tres años en ser dictados[116].

En segundo lugar, cumple el papel fundamental de aprobar los distintos sistemas de gestión, a través de la revisión del plan de gestión que estos deben presentar, para lo cual debe cumplir con el procedimiento establecido en el título V del Reglamento Procedimental, que contempla una etapa de admisibilidad, la revisión del contenido de fondo del plan, y su aprobación o rechazo. Asimismo, y considerando que los planes de gestión aprobados, y la consiguiente autorización del sistema de gestión, tendrán una duración de cinco años, el MMA debe autorizar la renovación de dicha autorización. Por último, tiene el deber de autorizar las modificaciones significativas realizadas a los planes de gestión.

En tercer lugar, le corresponde implementar los distintos decretos de metas, lo que, en la práctica, ha implicado la dictación de una serie de resoluciones que los operativizan. Así, para implementar los DS n.° 8/2019, DS n.° 12/2020 y DS n.° 47/2023, a la fecha, el MMA ha dictado un total de nueve resoluciones, dentro de las que se encuentran, a modo ejemplar, la aprobación de guías que detallan el contenido que deben cumplir los planes de gestión para cada producto prioritario, y resoluciones que establecen las condiciones y el mecanismo de cálculo de la garantía que deben presentar los SCG para caucionar el cumplimiento de las metas. Además, se ha traduce en revisar y autorizar o rechazar las distintas solicitudes de excepción para la realización de licitaciones públicas por parte de los SCG. Asimismo, es competente para interpretar administrativamente los decretos de metas vigentes.

En cuarto lugar, tiene la obligación de revisar los decretos de metas, como máximo cada cinco años desde la plena entrada en vigencia de estos, en conformidad con el procedimiento establecido en el título IV del Reglamento Procedimental, el que, entre otras etapas, contempla una etapa de evaluación del desempeño y efectividad del decreto de metas de que se trate, debiendo analizar la información obtenida a través de los informes de cumplimiento entregados por los sistemas de gestión autorizados, así como otros estudios y antecedentes con los que cuente. Luego de ello, deberá dictar una resolución ordenando la elaboración de un nuevo anteproyecto de decreto o, bien, poner término al proceso de revisión, extendiendo la vigencia del decreto supremo respectivo.

[116] Así, por ejemplo, el decreto de metas de neumáticos se inició con fecha 22 de diciembre de 2017, y culminó con la publicación del DS n.° 8/2019 el 20 de enero de 2021. Por su parte, el decreto de metas de envases y embalajes se inició con fecha 4 de enero de 2018, y culminó con la publicación del DS n.° 12/2020 el 16 de marzo de 2021.

En quinto lugar, le corresponde realizar requerimientos de información a los productores de productos prioritarios. A este respecto, cabe mencionar el artículo segundo transitorio de la Ley n.° 20920 señala que mientras no entren en vigencia los decretos supremos que establezcan las metas y otras obligaciones asociadas de cada producto prioritario, el MMA podrá requerir a los productores de productos prioritarios que entreguen información relativa a la comercialización de estos y a la gestión de los residuos derivados de dichos productos prioritarios. En esta misma línea, el art. 11 de la Ley n.° 20920, indica que el MMA podrá requerir a los productores, cuyos productos prioritarios se encuentren en una categoría o subcategoría excluida de la aplicación de la REP, informar anualmente y respecto al año inmediatamente anterior al requerimiento, información relativa a su comercialización y a la gestión de los residuos de dichos productos prioritarios –esto es, la misma información a que alude el artículo segundo transitorio de la Ley n.° 20920, referenciado en el considerando anterior–.

Por último, por expreso mandato legal, el MMA deberá diseñar e implementar programas de educación ambiental destinados a transmitir conocimientos y crear conciencia en la comunidad sobre la prevención en la generación de residuos y su valorización. Para ello, tanto productores de productos prioritarios como gestores podrán colaborar con el MMA en la aplicación de dichos programas.

IV. Principales desafíos y oportunidades en la implementación de la REP

A diez años de la publicación de la Ley n.° 20920, y a tres años de la entrada en vigencia de los primeros decretos de metas, resulta crucial realizar un balance e identificar los principales desafíos y oportunidades en su implementación.

IV.1. Sensibilización y educación ambiental

Uno de los principios que permea la Ley n.° 20920, es la educación ambiental, la que se recoge de forma expresa en el principio participativo consagrado en su art. 2 letra f) al indicar:

> "La educación, opinión y el involucramiento de la comunidad son necesarios para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización".

Lo anterior se traduce en la obligación del MMA de implementar programas educativos sobre la importancia en la prevención y valorización de residuos, pudiendo, para ello, colaborar con productores y gestores autorizados, así co-

mo en la obligación de los municipios de promover la educación ambiental de la población en torno a la prevención de su generación y a su valorización.

En este contexto, uno de los principales desafíos de los GRANSIC, es que, al realizar la recolección selectiva de residuos domiciliarios, existe una baja participación de los consumidores –esto es, los generadores– en la separación en origen y entrega diferenciada de sus envases y embalajes, lo que, sin duda, dificulta el cumplimiento de las metas establecidas en el DS n.° 12/2020. Para que se cumplan las metas de reciclaje es indispensable el apoyo de la ciudadanía, lo que implicará un cambio conductual sustancial.

De acuerdo con la reciente Encuesta Nacional de Reciclaje y Reutilización Reciclando-ando 2025[117], la preocupación por el ambiente se encuentra en el lugar n.° 11 de los encuestados, lo que refleja un descenso en el interés general de la ciudadanía por estos temas (encontrándose la delincuencia, la inmigración y el desempleo dentro de los primeros lugares). En esta misma línea, el Barómetro del Reciclaje 2025 indica que, a dos años de vigencia de los primeros decretos REP, solo un 30 % de los chilenos recicla semanalmente[118].

Si bien el conocimiento sobre la Ley n.° 20920 ha crecido de manera relevante desde 2024, ello aún no se ha visto reflejado en cambios de comportamiento en la ciudadanía, por lo que la promoción de información y conciencia ambiental en esta materia seguirá siendo un desafío relevante en los próximos años.

En consecuencia, tanto el MMA como sistemas de gestión y gestores deberán duplicar y diversificar sus esfuerzos en la implementación de programas educativos, innovar en estrategias comunicacionales, promover alianzas público-privadas y diseñar incentivos conductuales, lo que en un futuro podría requerir la incorporación de este tipo de aspectos en la revisión del DS n.° 12/2020 (por ejemplo, regulando sistemas de depósito y reembolso, o estableciendo obligaciones de etiquetado para informar a los consumidores) o, bien, de ser necesario, en una modificación a la Ley n.° 20920.

IV.2. Fiscalización y free riders

Se estima que alrededor de quince mil empresas son las que tienen la obligación de gestionar los residuos de los productos que introducen en el mercado nacional, sin embargo, solo dos mil estarían adheridas a un sistema de gestión autorizado[119].

[117] Véase www.paiscircular.cl/wp-content/uploads/2025/09/Estudio-Reciclando-ando-2025.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

[118] Véase www.esghoy.cl/wp-content/uploads/2025/10/Informe.-La-verdad-sobre-el-reciclaje.-Resumen-2025-1.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

[119] Véase https://kyklos.cl/oportunidades-de-negocio-que-trae-la-ley-rep/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2025].

Así, a tres años de la entrada en vigencia del DS n.° 8/2019 y DS n.° 12/2020, existe un amplio universo de empresas que o, bien, desconocen sus obligaciones en el marco de la REP u optan por incumplirlas y esperar una eventual fiscalización o sanción por parte de la SMA.

En este contexto, la estrategia de fiscalización por parte de la SMA será clave para desincentivar el incumplimiento y lograr que los *free riders* –esto es, productores que se benefician del sistema, sin financiarlo ni dar cumplimiento a sus obligaciones– ajusten su comportamiento a las exigencias de la Ley n.° 20920.

A la fecha de este trabajo, la SMA ha dado inicio solo a dos procedimientos sancionatorios en el contexto de la REP[120]. El primero, en contra de una empresa dedicada a la provisión de infraestructura de tecnologías de la información y la comunicación, por no contar con un sistema de gestión autorizado para dar cumplimiento a las metas del DS n.° 12/2020. El segundo, en contra de una empresa comercializadora de neumáticos, por no haber informado las toneladas de neumáticos que fueron ingresadas al mercado nacional durante el año 2022, ni haber efectuado operaciones de manejo de residuos que considerara la valorización de este producto prioritario.

Si bien estas acciones por parte de la SMA son relevantes, se estima aún son incipientes considerando la magnitud del problema. Dado lo anterior, será fundamental que, en los próximos años de implementación de la REP, la SMA despliegue más actividades de fiscalización y avance en la aplicación de medidas ejemplificadoras, de manera tal de disuadir el incumplimiento no solo de productores de productos prioritarios, sino, también, respecto del resto de los actores involucrados en la implementación de este instrumento.

A este último respecto, cabe recordar que, de acuerdo con el art. 38 de la ley, la SMA tiene amplias facultades, correspondiéndole fiscalizar no solo el cumplimiento de las metas y las obligaciones asociadas, sino que, también, el funcionamiento de los sistemas de gestión, el cumplimiento de los deberes de información y demás obligaciones establecidas en la ley, para lo cual podrá requerir información a gestores, a sistemas de gestión, a distribuidores o comercializadores, al Ministerio de Salud, al Servicio Nacional de Aduanas, al Servicio de Impuestos Internos, a municipalidades, entre otros.

[120] El primero, en contra de una empresa dedicada a la provisión en el ámbito mundial de infraestructura de tecnologías de la información y la comunicación, por no contar con un sistema de gestión autorizado para dar cumplimiento a las metas del DS n.° 12/2020, desde septiembre de 2023. El segundo, en contra de una empresa dedicada a la comercialización de neumáticos, por no haber informado las toneladas de neumáticos que fueron ingresadas al mercado nacional durante el año 2022, ni haber efectuado operaciones de manejo de residuos en el periodo 2023 que considere la valorización de este producto prioritario.

IV.3. Desarrollo de infraestructura y capacidad instalada

Los decretos de metas publicados a la fecha fijan metas ambiciosas, que se traducen en grandes desafíos en términos de infraestructura y capacidad instalada para dar cumplimiento a las exigencias normativas.

En particular, el DS n.° 8/2019 establece metas diferenciadas para dos categorías de neumáticos –categoría A (no mineros) y categoría B (mineros)– con porcentajes de valorización que llegan a un 90 % y 100 % respectivamente, al octavo año de implementación (2030). De acuerdo con el DS n.° 8/2019, estas metas pueden cumplirse a través de las siguientes operaciones: recauchaje, reciclaje material, coprocesamiento y valorización energética.

Por su parte, el DS n.° 12/2020 fija metas para envases domiciliarios y no domiciliarios. Si bien el decreto entrega flexibilidad para dar cumplimiento los primeros cuatro años[121], las metas aumentan de manera progresiva por subcategoría. Así, para envases domiciliarios, al duodécimo año, las metas alcanzan los siguientes porcentajes: 60 % (cartón para líquidos), 55 % (metal), 70 % (papel y cartón), 45 % (plástico) y 65 % (vidrio). Por su parte, para envases no domiciliarios, al noveno año de implementación, las metas alcanzan los siguientes porcentajes: 70 % (metal), 85 % (papel y cartón) y 55 % (plástico). En este contexto, el DS n.° 12/2020 señala que las metas de valorización pueden cumplirse únicamente a través del reciclaje material. Lo anterior, salvo que se trate de residuos de envases de sustancias peligrosas y de envases agroindustriales, los que podrán ser sometidos a cualquier operación de valorización.

Por último, el DS n.° 47/2023 fija metas para aceites recuperables, las que, al decimosegundo año de implementación llegan a un 90 %. Dichas metas podrán cumplirse con cualquier operación de valorización, incluyendo la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética.

Sin embargo, estas metas contrastan con la realidad nacional: la limitada capacidad existente para valorizar. A modo ejemplar, de acuerdo con un estudio de la Asociación Nacional del Reciclaje (ANIR), la capacidad de reciclaje de las materialidades reguladas para envases y embalajes (domiciliarios y no domiciliarios), es de apenas un 57 %. Así, para alcanzar las metas proyectadas al 2034, se estima se necesitarán inversiones cercanas a ciento sesenta millones de dólares, lo que implica triplicar la inversión actual[122]. Asimismo, la infraestruc-

[121] Por ejemplo, permitiendo, para las metas domiciliarias, que los productores puedan cumplir hasta un 50 % de las metas correspondientes a cada subcategoría, con una cantidad de toneladas equivalente de cualquiera de las otras subcategorías, excluyendo al vidrio, por su peso.

[122] Véase www.latercera.com/pulso/noticia/reciclaje-en-chile-capacidad-tecnica-cubre-poco-mas-de-la-mitad-del-total-generado/KHNKBNDVAVHUHB4FWSDABGQFOM/?outputType=base-amp-type&utm_source=chatgpt.com [fecha de consulta: 16 de octubre de 2025].

tura de clasificación y pretratamiento es insuficiente, con una capacidad que no superaría las cuarenta mil toneladas anuales, concentrada en gran medida en la Región Metropolitana, lo que genera desigualdades a escala territorial.

En este escenario existen importantes desafíos, pero también oportunidades para fortalecer e incentivar el desarrollo de la capacidad instalada existente, incluyendo: el desarrollo de infraestructura descentralizada; el fomento a la inversión privada, agilizando la obtención de autorizaciones para la operación de nuevas plantas de tratamiento; la capacitación de gestores, municipios y recicladores de base; el impulso de nuevas tecnologías de tratamiento; entre otros aspectos.

IV.4. Acceso a información y trazabilidad

Dentro de los principios rectores de la ley, se encuentra:

i) el de transparencia y publicidad, conforme al cual la gestión de residuos se efectuará de manera que la comunidad pueda acceder a la información relevante sobre la materia y
ii) el de trazabilidad, entendido como el conjunto de procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer las cantidades, ubicación y trayectoria de un residuo o lote de residuos a lo largo de la cadena de manejo.

El cumplimiento de estos principios es clave, no solo para fortalecer la confianza pública en el sistema –dando cuenta de cómo los desechos entregados a los gestores fueron efectivamente valorizados–, sino que, también, para permitir que las empresas puedan contar con información clara y consistente, y así facilitar la mejora en sus procesos y toma de decisiones.

Al respecto, es importante mencionar que tanto la ley como los decretos de metas publicados incorporan obligaciones específicas de reporte de informa ción. Así, por ejemplo, la Ley n.° 20920 señala que deberán declarar en Ventanilla Única del RETC, entre otros actores, productores de productos prioritarios, sistemas de gestión y gestores. Asimismo, deberán entregarse, también, a través de dicho portal, los informes de cumplimiento de metas y obligaciones asociadas, los que serán fiscalizables por la SMA.

En este contexto, los principales desafíos en materia de información y trazabilidad que persisten incluyen mejorar la coordinación interinstitucional para evitar la duplicidad de reportes e información; mejorar la interoperabilidad de plataformas informáticas y la publicidad oportuna de los datos reportados, resguardando la confidencialidad de la información comercialmente sensible.

IV.5. Adaptación de los regulados a los nuevos requerimientos normativos

Como se ha descrito en este trabajo, la ley ha establecido una serie de obligaciones para los diversos actores que interactúan en la implementación de la REP: productores, sistemas de gestión, gestores, consumidores, entre otros.

Uno de los cambios más relevantes introducidos por la REP se relaciona con la modalidad de contratación de los gestores, esto es, mediante licitaciones públicas. Este nuevo esquema ha generado importantes complejidades para los SCG, los que, previo a realizar las licitaciones, deben contar con un informe favorable del TDLC, que declare que en sus bases no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

En la práctica, ello se ha traducido en solicitudes no contenciosas ante el TDLC, el que, considerando las complejidades de cada mercado, así como el hecho de que se trata de una regulación relativamente reciente, puede tomar un tiempo considerable en emitir su informe[123]. Asimismo, el mismo TDLC ha indicado que las modificaciones a las bases deben contar con un nuevo informe, lo que, en la práctica, prolonga los plazos de tramitación y genera una regulación menos dinámica.

Quienes pueden participar de las licitaciones, esto es, los gestores, deben encontrarse autorizados y registrados en Ventanilla Única del RETC. Sin embargo, un número importante de gestores que históricamente han participado en la gestión de los residuos, desconocen las exigencias asociadas a la REP, lo que provoca que, en diversas ocasiones, nadie participe en las licitaciones, quedando desiertas[124]. Como consecuencia de lo anterior, los SCG se ven forzados a solicitar excepciones de licitación al MMA, lo que, en definitiva, termina por desincentivar el desarrollo de procesos competitivos.

Otro gran desafío, en este escenario, es la relación e interacción entre los GRANSIC, municipios y gestores, en el cumplimiento de las obligaciones de recolección selectiva y operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de envases y embalajes. Lo anterior es relevante si se considera que, conforme a la normativa, el SCG puede desplegarse en los territorios comunales, de distintas maneras: contratando a gestores, distintos de los municipios, mediante licitaciones; celebrando convenios con municipios, para que sean estos los que hagan las licitaciones, y celebrando convenios para que los municipios actúen directamente como gestores.

[123] Acá un ejemplo de estos procesos llevados a cabo en el TDLC: https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=2&idCausa=42335 [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

[124] A modo ejemplar, véase https://resimple.cl/licitaciones/licitaciones-historicas-para-empresas-gestoras/ [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

En este contexto, se estima que la colaboración público-privada resulta esencial para identificar falencias en el funcionamiento del sistema. Si bien existen iniciativas valiosas que van precisamente en esa dirección[125], es necesario fortalecer e incentivar instancias de diálogo tempranas, que involucren a la mayor cantidad posible de actores, de modo tal que se puedan identificar aspectos de mejora con anticipación a la eventual revisión de los decretos de metas.

IV.6. Papel del MMA como implementador y coordinación interinstitucional

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 de la Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el MMA es la

> "Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa".

A su vez, el art. 70 del mismo cuerpo normativo enlista una serie de competencias en materia de regulación ambiental.

Ahora bien, con la publicación de la Ley n.° 20920, y como fue detallado en extenso en la sección anterior de este trabajo, el MMA adquirió un conjunto de nuevas atribuciones y obligaciones en la implementación de la REP. Si bien muchas de ellas se relacionan con las competencias tradicionales de dicha Secretaría (esto es, con la regulación ambiental), otras implican un papel operativo y de ejecución.

De esta manera, además de elaborar los distintos decretos de metas –así como una multiplicidad de instrumentos de gestión ambiental– , que ya implica una tarea compleja, el MMA debe implementarlos, lo que en la práctica se traduce en la revisión, análisis y respuesta oportuna de una serie de requerimientos por parte de los regulados, que van desde solicitudes de interpretación de los decretos de metas, solicitudes de los SCG de ser exceptuados de realizar licitaciones públicas, la revisión y autorización de sistemas de gestión, entre otras.

Esta duplicidad de atribuciones (de regulación e implementación) se enfrenta a importantes limitaciones de capacidades técnicas y humanas del MMA, que pueden traducirse en demoras y trabas para una eficiente implementación

[125] Véase www.paiscircular.cl/economia-circular/buscan-soluciones-a-las-trabas-que-frenan-la-ley-rep-en-envases-y-embalajes-a-traves-de-mesa-publico-privada-impulsada-por-corfo/ [fecha de consulta: 16 de octubre de 2025].

de la REP. Lo anterior, se suma a la complejidad de establecer las metas. En efecto, teniendo en cuenta la falta de experiencia en materia de REP en Chile, existen enormes incentivos para que las autoridades copien la experiencia europea inicial. Pero, como señalan ciertos autores[126], es importante examinar cuál es la meta óptima para Chile, teniendo en cuenta los factores sociales, económicos, demográficos y geográficos, pues, de lo contrario, el costo social de la gestión puede ser demasiado elevado y no beneficioso para el bienestar general.

En este contexto, seguirá siendo un desafío para el MMA equilibrar el desarrollo de normativa ambiental, con una implementación eficiente de la REP. Ello es especialmente relevante si se considera que se trata de una regulación en constante crecimiento y evolución, donde gradualmente se irán incorporando más y más productores/productos prioritarios. En otras palabras: se trata de una regulación que solo va en aumento. En este escenario, será crucial hacer un seguimiento del papel del MMA en los años que vienen, y analizar una eventual reforma legal que permita crear una agencia de implementación, tal y como ocurre en el derecho comparado[127].

A lo anterior, se suma el desafío de fortalecer la coordinación entre los distintos ministerios, servicios e instituciones que participan en la implementación de la REP, promoviendo entendimientos comunes sobre sus actores, obligaciones y funcionamiento del sistema. Lo anterior es relevante si se considera, a modo ejemplar, que: es el MMA el que elabora los decretos de metas, autoriza los sistemas de gestión e interpreta las disposiciones de los decretos de metas; que es la autoridad sanitaria la que entrega las autorizaciones a los gestores (por ejemplo, para la operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de productos prioritarios); es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en la OGUC, el que reguló qué establecimientos serán considerados consumidores industriales para efectos de la Ley n.° 20920; es la SMA la que fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones de la REP; es el TLDC el que debe emitir el informe asociado a las bases de licitación de los SCG; es la Fiscalía Nacional Económica la que vela por el respeto a las normas de libre competencia; entre otros actores.

En la práctica, ello se traduce en la necesidad de que los distintos actores generen canales de comunicación regulares y efectivos, que permitan converger hacia interpretaciones coherentes. De lo contrario, se genera el riesgo de que los regulados reciban información inconsistente, afectando con ello la certeza jurídica y una adecuada implementación de este instrumento económico.

[126] Cunha & Ferreira (2015) p. 175.

[127] Véase https://filieres-rep.ademe.fr/producer-responsibility-organisations [fecha de consulta: 15 de octubre de 2025].

IV.7. Promoción de los principios de la economía circular

No hay duda de que la REP es un instrumento eficaz para reducir los desechos que llegan a disposición final en vertederos, además de contribuir a que los municipios reduzcan sus costos de gestión[128]. Sin embargo, aunque la valorización (por ejemplo, a través del reciclaje), representa una mejora significativa si se compara con la disposición final, ello no elimina el problema desde el origen. De hecho, la existencia de tasas de reciclaje elevadas, aun cuando contribuye a disminuir la demanda de materias primas[129], no aborda el problema de raíz: la sobre producción y el consumismo desmedido.

Asimismo, es importante considerar que el reciclaje también conlleva impactos ambientales[130]. Por ello, los instrumentos preventivos son la principal forma de reducir la generación de desechos en origen[131]. Lo anterior se plasma en el principio de "jerarquía en el manejo de residuos", consagrado en la Ley n.° 20920 y en la Directiva 2008/98/CE, en virtud del cual siempre debe privilegiarse la prevención.

Como fue mencionado anteriormente, la Ley n.° 20920 contempla en su art. 4° la facultad del MMA para dictar decretos supremos destinados a prevenir la generación de residuos o promover su valorización. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la regulación de la REP y sus decretos de metas, hay claras manifestaciones de los principios de la economía circular, esto es:

i) eliminar los residuos y la contaminación desde el diseño;
ii) mantener productos y materiales en uso y
iii) regenerar los sistemas naturales[132].

En particular, ello se manifiesta, por ejemplo, en lo siguiente:

a) La ley exige, dentro de los contenidos de los planes de gestión, que los productores deben incorporar estrategias para prevenir la generación de residuos, lo que se ha incorporado en todos los decretos de metas publicados a la fecha, que pueden consistir en estrategias comunicacionales y educativas.
b) La ley faculta al MMA a regular exigencias de ecodiseño en los decretos de metas. Este último se define en su art. 3 n.° 7 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".

[128] OCDE (2001) p. 59.
[129] Cunha & Ferreira (2015) p. 7.
[130] Allwood (2014) p. 450.
[131] Jacobsen y Kristoffersen (2002) p. 5.
[132] Ministerio del Medio Ambiente (2021) p. 14.

c) El art. 3 del DS n.° 12/2020 excluye a los envases reutilizables –esto es, aquellos que cumplen con un número mayor a uno de ciclos o rotaciones en los que son rellenados de forma industrial, o usados por un productor, para el mismo propósito para el que fueron originalmente concebidos– de las metas, fomentando su utilización.
d) El art. 20 del DS n.° 12/2020 permite la modulación de las tarifas que deben pagar los distintos productores que conforman un SCG, dependiendo de las características de los envases y embalajes que introducen al mercado nacional. De esta manera, la tarifa deberá modularse considerando el costo que tiene dar cumplimiento a las metas, así como recargos y bonificaciones que consideren los siguientes criterios de ecodiseño:
   (i) las complejidades que presenta el envase para realizar su recolección en el país;
   (ii) las complejidades que presenta el envase para que estos sean efectivamente valorizados y
   (iii) si el envase incorpora material reciclado en el país, siempre y cuando los residuos utilizados en el proceso de reciclaje también se hayan generado en Chile.
e) Por último, el art. 31 del DS n.° 12/2020 permite la presentación de proyectos de reducción, los que, de ser aprobados por el MMA, pueden implicar una 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.

En este escenario, uno de los principales desafíos del MMA en los años que vienen, será impulsar instrumentos y regulaciones que potencien los principios de la economía circular, de manera tal de abordar la crisis por contaminación de residuos desde el origen, promoviendo un cambio cultural.

Conclusiones

A diez años de la publicación de la Ley n.° 20920, no cabe duda de que la REP se erige como uno de los instrumentos regulatorios más relevantes del último tiempo para enfrentar la actual crisis por contaminación provocada por la generación de residuos. En efecto, esta regulación representa un cambio de paradigma en la forma en que tradicionalmente estos se gestionan en el país, desplazando parte de la responsabilidad de las municipalidades hacia los productores. Así, al incorporar el principio de "el que contamina paga", y responsabilizar a los productores de productos prioritarios de organizar y financiar la gestión de

los residuos de dichos productos, la REP internaliza los costos ambientales aparejados y fomenta decisiones de diseño más responsables para con el ambiente.

El desarrollo normativo alcanzado a la fecha, con la dictación e implementación de tres decretos de metas –para neumáticos, envases y embalajes y aceites lubricantes– y el inicio de los procedimientos de elaboración de los decretos de metas de todos los productos contemplados en la ley, demuestra un esfuerzo institucional importante, que va en la dirección correcta. Sin embargo, tal como ha ocurrido en otros países con esquemas REP al inicio de su implementación, persisten importantes desafíos: baja participación ciudadana en la separación y entrega separada de los residuos; la existencia de *free riders*; falta de infraestructura y capacidad instalada para el tratamiento y así alcanzar las metas impuestas por la normativa; la necesidad de los regulados de adaptarse a los nuevos requerimientos; entre otros.

En este contexto, será fundamental hacer un seguimiento de estos desafíos, de manera tal de identificar de manera temprana las brechas y oportunidades de mejora del sistema, lo que eventualmente podría traducirse en modificaciones normativas. Para ello, fortalecer la colaboración público-privada será crucial para promover el diálogo, impulsar la innovación e intercambiar información y experiencias. Asimismo, será importante fortalecer las capacidades institucionales, la coordinación intersectorial y la educación ambiental.

Sin perjuicio de lo anterior, la REP constituye un pilar fundamental para transitar de manera gradual desde una economía lineal –basada en "extraer-usar-desechar"– hacia una circular, donde el foco está puesto en la prevención, la valorización y el uso eficiente de los recursos naturales. De esta manera, una adecuada implementación de este instrumento, acompañada de una colaboración efectiva de los distintos actores involucrados, no solo permitirá al país dar cumplimiento a sus compromisos internacionales, sino que, también, avanzar decididamente hacia un desarrollo sostenible.

Bibliografía

Alfaro, Claudia y Currie, Robert (2023): "*Residuos y cambio climático: mecanismos para una gestión integrada*". Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/04/aj-47-residuos-y-cambio-climatico-mecanismos-para-una-gestion-integrada-claudia-alfaro-y-robert-currie.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Allwood, Julian (2014): "*Cuadrando la economía circular: el papel del reciclaje dentro de una jerarquía de estrategias de gestión de materiales*", en Worrel, E. y Reuter, M., *Manual de reciclaje* (Waltham, Massachusetts, Elsevier).

Asociación Gremial de Industriales del Plástico (ASIPLA) (2016): *Chile se recicla, impactos y desafíos de la ley marco para la gestión de los residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje*.

Aylwin Martín y Bortnik, David (2017): "*La Ley N° 20.920 y la era REP: un cambio de paradigma en el manejo de residuos en Chile*". Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ36_315.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Banco Mundial (2024): "GDP per capita, PPP (current international $) – Chile". Disponible en https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.PP.CD?locations=CL [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025]

Banco Mundial (2018): "What a waste 2.0: a global snapshot of solid waste management to 2050". Disponible en https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/d3f9d45e-115f-559b-b14f-28552410e90a

Braütigam, Klaus-Rainer; González, Tahnee; Szanto, Marcel; Seifert, Helmut; Vogdt, Joachim (2012). "Gestión de residuos sólidos urbanos en Santiago de Chile: retos y perspectivas hacia la sostenibilidad", en Heinrichs, D.; Krellenberg, K.; Hansjürgens, B.; Martínez, F. (eds.), *Risk Habitat Megacity* (Berlin/Heidelberg, Springer).

Brian, Jacobs & Ravi, Subramanian (2011): "Sharing Responsibility for Product Recovery Across the Supply Chain", *Product and Operations Management*, vol. 21, No. 1.

Comisión Europea (2015): "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular". Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015DC0614 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005): "Política de gestión integral de residuos sólidos". Disponible en https://santiagorecicla.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/08/articles-26270_pol_rsd.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

Cunha Marques, Rui & Ferreira Da Cruz, Nuno (2015): *Recycling and Extended Producer Responsibility, The European Experience* (New York, Ashgate Publishing Company).

De Tilly, Soizick (2005): "Waste generation and related policies: Broad trends over the last ten years". Disponible en www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2004/02/addressing-the-economics-of-waste_g1gh3ead/9789264106192-en.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Dussaubat, Jean Paul y Tapia, Claudio (2016): "Ley de Fomento al Reciclaje: hacia la responsabilidad extendida del productor". Disponible en www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art_07_02-1.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre].

Goic, Pedro (1996): "Problemas y desafíos para un manejo racional de residuos sólidos en Chile", en Ministerio de Planificación y Cooperación de Chile, Políticas públicas en el manejo de residuos sólidos". Disponible en www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/

btca/txtcompleto/DIGITALIZADOS/M665ppmr-1996.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre].

Hanisch, Carola (2011). "Is Extended Responsibility Effective? Environmental Science & Technology". Disponible en www.researchgate.net/publication/51209369_Is_Extended_Producer_Responsibility_Effective [fecha de consulta: 14 de octubre].

Jacobsen, Henrik y Kristoffersen, Merete (2002): "Case studies on waste minimisation practices in Europe". Disponible en www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/topic_report_2002_2/topic_report_2002_2/@@download/file [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Kaza, Silpa; Yao, Lisa C.; Bhada-Tata, Perinaz; Van Woerden, Frank (2018): "What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050". Disponible en https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/d3f9d45e-115f-559b-b14f-28552410e90a [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Kroepelien, Knut (2000): "Extended Producer Responsibility-New Legal Structures for Improved Ecological Self-Organization in Europe?", *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 9, No. 2.

Kyklos (2025): "Radiografía de los residuos domiciliarios municipales. Datos 2023". Disponible en https://chilesinbasura.cl/wp-content/uploads/2025/08/Radiografia-de-los-residuos-domiciliarios-municipales-1.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Lifset, Reid (1993): "Take it Back: Extended Producer Responsibility as a Form of Incentive-Based Environmental Policy", *Journal of Resources Management and Technology*, vol. 21, No. 4.

Lindhqvist, Thomas (2001): *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environment Improvements of product Systems* (Lund, The International Institute for Industrial Environmental Economics).

Mayers, Kieren y Scott, Butler (2013): "Desarrollo y funcionamiento de las organizaciones de responsabilidad del productor. Un estudio de caso", *Revista de Ecología Industrial*, vol. 12, n.° 2.

Ministerio de Medio Ambiente de Chile (2011): *Informe oficial del estado del medio ambiente.* Disponible en https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/06/Informe-del-estado-del-medio-ambiente.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Ministerio de Medio Ambiente de Chile (2016): *Informe sobre el estado del medio ambiente*. Disponible en https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/06/IEMA 2016.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Ministerio del Medio Ambiente (2021): "Hoja de ruta para un Chile circular al 2040". Disponible en https://economiacircular.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2021/07/HOJA-DE-RUTA-PARA-UN-CHILE-CIRCULAR-AL-2040-ES-VERSION-COMPLETA.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2025].

Ministerio del Medio Ambiente (2025). "Contribución determinada a nivel nacional (NDC) de Chile. Actualización 2025". Disponible en https://cambioclimatico.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2025/09/NDC-2025-2035.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

Naciones Unidas (2024): "World must move beyond waste era and turn rubbish into resource: UN Report". Disponible en www.unep.org/news-and-stories/press-release/world-must-move-beyond-waste-era-and-turn-rubbish-resource-un-report [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

OCDE (2001): *Responsabilidad ampliada del productor. Manual de orientación para gobiernos*. Disponible en www.oecd.org/en/publications/extended-producer-responsibility_9789264189867-en.html [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

OCDE (2005): "Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2005". Disponible en www.cepal.org/es/publicaciones/1288-evaluaciones-desempeno-ambiental-chile [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

OCDE (2016): "Extended Producer Responsibility: Guidance for efficient waste management". Disponible en www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/extended-producer-responsibility-and-economic-instruments/Extended-producer-responsibility-Policy-Highlights-2016-web.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

OCDE (2016): "Evaluaciones de desempeño ambienta: Chile 2016". Disponible en www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2016/07/oecd-environmental-performance-reviews-chile-2016_g1g65c7c/g2g754d9-es.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

OCDE (2024): "Evaluación del desempeño ambiental de la OCDE: Chile 2024". Disponible en www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/03/oecd-environmental-performance-reviews-chile-2024_ce98cfc1/5bc65d36-en.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2022].

Parson, Edward & Kravitz, Eric (2013). "Market Instruments for the Sustainability Transition", *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 38.

Pino, Paulina; Iglesias, Verónica; Garreaud, René; Cortés, Sandra; Canals, Mauricio; Folch, Walter; Burgos, Soledad; Levy, Karen; Naeher, Luke y Steenland, Kyle (2015): "Chile se enfrenta a su futuro en materia de salud ambiental tras 25 años de crecimiento acelerado", *Annals of Global Health*, vol. 81, No. 3.

PNUMA (2024): "Beyond an age of waste. Turning rubbish into a resource. Global Waste Management Outlook". Disponible en https://library.sprep.org/sites/default/files/2024-04/global_waste_management_outlook_2024.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Sachs, Noah (2006): "Planning the Funeral at Birth: Extended Producer Responsibility in the European Union and United States", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 30.

Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de la Región Metropolitana (2014): "Informe sobre la gestión de residuos sólidos en la Región Metropolitana". Dis-

ponible en https://santiagorecicla.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/REPORTE-SOBRE-LA-GESTION-DE-RESIDUOS-SOLIDOS-2014-RM1.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Scheinberg, Anne; Nesić, Jelena; Savain, Rachel; Luppi, Pietro; Sinnott, Portia; Petean Flaviu y Pop, Flaviu (2016): "De la colisión a la colaboración: integración de los recicladores informales y los operadores de reutilización en Europa: una revisión", *Gestión e Investigación de Residuos*, vol. 34, n.° 9.

Schluep, Mathias (2014): "Informal Waste Recycling in Developing Countries". Disponible en www.researchgate.net/publication/286236672_Informal_Waste_Recycling_in_Developing_Countries [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Tapia, Claudio y Vodanovic Pía (2025): "El camino no tomado: programas de cumplimiento y Ley REP". *El Mercurio Legal*.

Van Beukering, Pieter; Kuik, Onno y Oosterhuis, Frans (2014): "La economía del reciclaje", en Worrel, E. y Reuter, M., *Manual de reciclaje* (Waltham, Massachusetts, Elsevier).

Van Rossem, Chris; Tojo, Naoko & Lindhqvist, Thomas (2006): *Lost in Transposition. A Study of the Implementation of Individual Producer Responsibility in the WEEE Directive*. Disponible en https://friendsoftheearth.eu/wp-content/uploads/2012/06/lund_weee_transposition_final_28sept06.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Vásquez, Oscar (2005): "Modelo de simulación de gestión de residuos sólidos domiciliarios en la Región Metropolitana de Chile", *Revista Dinámica de Sistemas*, vol. 1, n.° 1.

Normas

Ley n.° 18045, Sobre Mercado de Valores, 21 de octubre de 1981.

Ley n.° 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, 29 de marzo de 1988.

Ley n.° 19886 Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 11 de julio de 2003.

Ley n.° 20280, Introduce Diversas Modificaciones a la Ley n.° 17.235, Sobre Impuesto Territorial, al Decreto Ley n.° 3.063, de 1979, Sobre Rentas Municipales y a Otros Cuerpos Legales, 26 de junio de 2008.

Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, 1 de junio de 2016.

Ley n.° 21368, Regula la Entrega de Plásticos de un Solo uso y las Botellas Plásticas, y Modifica los Cuerpos Legales que Indica, 6 de agosto de 2021.

Ministerio de Hacienda (2004): Decreto Supremo n.° 250, Aprueba Reglamento de la Ley Nº 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Ministerio de Salud (2009): Decreto Supremo n.° 6, que Aprueba Reglamento Sobre Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud (REAS), 23 de febrero de 2009.

Ministerio del Medio Ambiente (2017). Decreto Supremo n.°8, Reglamento que Regula el Procedimiento de Elaboración de los Decretos Supremos Establecidos en la Ley n.° 20920.

Ministerio del Medio Ambiente (2019). Decreto Supremo n.°8, Establece Metas de Recolección y Valorización y Otras Obligaciones Asociadas de Neumáticos, 28 de mayo de 2019.

Ministerio del Medio Ambiente (2020): Decreto Supremo n.° 12, Establece Metas de Recolección y Valorización y Otras Obligaciones Asociadas de Envases y Embalajes, 8 de junio de 2020.

Otros documentos

Biblioteca del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley N° 20.920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

Boletín n.° 16182-12. Disponible en https://tramitacion.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=16182-12 [fecha de consulta: 13 de octubre de 2025].

LA DESLEGALIZACIÓN DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: DE LA COLABORACIÓN LEY - REGLAMENTO A LA OBLIGATORIEDAD DE LAS GUÍAS

THE DELEGALIZATION OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT SYSTEM: FROM STATUTORY–REGULATORY COLLABORATION TO THE BINDING EFFECT OF ADMINISTRATIVE GUIDELINES

Edesio Carrasco Quiroga[*]
Miguel Fernández Fernández[**]

Resumen: La regulación ambiental chilena se ha estructurado en función de instrumentos de gestión ambiental que implementan el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de proteger y velar por la preservación de la naturaleza.

Uno de estos instrumentos es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuyo procedimiento está a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), el que, sobre la base de una declaración (DIA) o Estudio de Impacto Ambiental (EIA), determina preventivamente si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta o no a las normas vigentes. No obstante, a pesar de su naturaleza reglada, este procedimiento ya no descansa solo en la Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), ni en el Decreto Supremo n.° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del SEIA (RSEIA). Durante los últimos años, la autoridad am-

[*] Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LL.M) Universidad de California, Berkeley y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor LLM Universidad Católica de Chile y MDA Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: ecarrasc@uc.cl

[**] Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LL.M) Constitucional y Regulatorio Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mmfernandez@uc.cl

biental, mediante un conjunto de ordinarios, instructivos, circulares, guías y criterios de distinto tipo y fuente, ha intentado –de manera dispersa e inorgánica–, dotar de contenido sustantivo y procedimental la regulación del SEIA. En ese marco, el objetivo de este trabajo es documentar y analizar el fenómeno descrito, dando cuenta de cómo se ha ido erosionando la ley y el reglamento como fuentes primarias de regulación del SEIA, un procedimiento especialmente sensible para el desarrollo del país, situación sobre la que el Congreso Nacional no parece haber puesto mucha atención en las últimas reformas legales aprobadas o actualmente en tramitación.

Palabras clave: evaluación ambiental, procedimiento reglado, potestad reglamentaria, instructivos, guías, criterios.

Abstract: Chile's environmental regulation has been structured around a set of instruments designed to implement both the constitutional right to live in an environment free from pollution and the State's duty to protect and ensure the preservation of nature. Among these tools, the Environmental Impact Assessment System (SEIA) occupies a central role. The procedure is administered by the Environmental Assessment Agency (SEA), which, on the basis of either an Environmental Impact Statement (DIA) or an Environmental Impact Study (EIA), determines in advance whether the environmental impact of a given project or activity conforms to applicable regulations. Notwithstanding its legally regulated nature, this procedure has gradually ceased to rest solely upon Law No. 19,300 on the General Bases of the Environment (LBGMA) and Supreme Decree No. 40/2012 of the Ministry of the Environment, which establishes the Regulation of the SEIA (RSEIA). In recent years, the administrative authority –through a diverse set of official letters, instructions, circulars, orders, guidelines, and interpretative criteria– has sought, in a fragmented and uncoordinated manner, to provide substantive and procedural content to the SEIA's regulatory framework. Thus, the purpose of this paper is to document and analyze the phenomenon described and to explain the factors that have led the SEIA into a process of progressive delegalization. The study shows how the law and its corresponding regulations have been progressively eroded as sources of regulation for a procedure that is particularly sensitive to the country's development –an issue to which the National Congress appears to have devoted little attention in recent or ongoing legislative reforms.

Keywords: environmental assessment, regulated procedure, regulatory authority, instructions, guidelines, criteria.

Introducción

El derecho ambiental chileno –tanto en su regulación normativa como en su aplicación práctica–, se ha estructurado sobre un binomio estable, pero a la vez flexible: la creación democrática de las normas jurídicas (constitucionales y legales) que lo nutren y su ejecución técnica (reglamentaria) por la Administración. Esta vinculación se expresa con especial nitidez en el art. 19 n.° 8 de nuestra *Constitución*, que le asegura, a todas las personas, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación; fija deberes de cuidado y preservación a cargo del Estado; y dispone una cláusula de reserva legal ambiental, frente a la eventual limitación o restricción de otros derechos. A partir de ahí, el legislador diseñó la LBGMA, como una ley de bases que fija los pilares esenciales del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, delegando en su reglamento la concreción de los aspectos técnicos de su ejecución.

Sin embargo, durante los últimos años, el equilibrio ley - reglamento ha comenzado a resquebrajarse. El SEA, amparado en el art. 81 literal d) de la LBGMA, ha llevado adelante una frenética actividad infranormativa, dictando una serie de instrumentos que, aunque formalmente no son obligatorios, en la práctica, se han convertido en estándares cuasilegales, exigibles para todos aquellos que participan de la evaluación ambiental de proyectos. Este fenómeno ha desplazado –y desfondado, poco a poco– el valor jurídico regulatorio desde las fuentes formales del derecho ambiental (LBGMA, RSEIA), hacia instrumentos cuya elaboración carece de participación democrática y son inmunes al control judicial propio de un Estado de derecho moderno, erosionando el principio de reserva legal ambiental y, con ello, la arquitectura institucional del SEIA.

El presente trabajo examina críticamente –desde una matriz jurídica y práctica– este proceso de "deslegalización" del SEIA, identificando sus causas, desarrollo y principales tensiones, junto con algunas perspectivas que, creemos, deben considerarse en este debate. A partir del análisis doctrinal, jurisprudencial y empírico, se argumenta que la colaboración legal – reglamentaria, entendida como una dualidad de creación y ejecución de normas jurídicas, ha sido sustituida por una expansión irregular de la potestad administrativa, que ha transformado diversos instrumentos infralegales en verdaderas fuentes normativas. Este artículo busca demostrar que, lejos de ser un fenómeno inocuo o neutro, se trata de un proceso que conlleva profundas implicancias (jurídicas y prácticas) para nuestro Estado de derecho, la legitimidad de la regulación ambiental y el desarrollo de proyectos y actividades en nuestro país.

I. La reserva legal de los derechos fundamentales

Tradicionalmente se ha entendido la reserva legal como una garantía normativa destinada a resguardar que las definiciones referidas a materias sensibles para las personas, como la libertad y la propiedad, solo puedan ser reguladas a través de una ley.

Un efecto de ese principio, deriva en que ello imposibilita, preliminarmente, que el reglamento pueda regular dichas materias. Esto, porque el ordenamiento jurídico chileno, por medio de la C*onstitución*, dispone expresamente que determinadas materias o, al menos, su núcleo esencial (art. 19 n.° 26), deben ser reguladas por ley.

En esa perspectiva, el sistema constitucional chileno ha dispuesto reservas legales generales o específicas, impidiendo al legislador democrático, en ciertos ámbitos, distribuir competencias entre la ley y el reglamento o delegarlas derechamente en este último instrumento, no estando, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, ajeno a esta tensión.

I.1. El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el deber del Estado en materia ambiental

El art. 19 n.° 8 de la C*onstitución*, en su inciso primero, asegura a todas las personas el derecho a "vivir" en un ambiente libre de contaminación. Así, el constituyente optó por una concepción antropocéntrica de esta garantía: solo las personas pueden ser titulares de este derecho[1]. En ese sentido, siguiendo a Andrés Bordalí:

> "el derecho en cuestión protege a personas humanas y no al medio ambiente o a la naturaleza o a determinados bienes ambientales como un valor en sí, sino como el lugar donde el hombre desarrolla su vida, se protege al hombre como único sujeto de derechos [...]"[2],

lo que descartaría, en principio, la posibilidad de invocar este derecho con un afán protector de la naturaleza[3], pues esta última no es el bien jurídico protegido mediante esta garantía.

En cuanto al objeto de protección, el constituyente no definió conceptualmente el sentido y alcance del derecho a vivir en un ambiente libre de contami-

[1] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (7/3/2008) rol n.° 302-2007, c. 4.

[2] Bordalí (2019) p. 85.

[3] Bermúdez (2000) p. 11.

nación, lo que, en un inicio, derivó en una concepción restringida por parte de la doctrina de este concepto[4], señalando, por ejemplo, que el derecho contenido en el 19 n.° 8, no era más que el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, particularizado bajo el verbo 'vivir'[5].

No obstante, con la dictación de la LBGMA, el legislador operativizó el mandato constitucional que le fue conferido, definiendo al ambiente libre de contaminación, como un sistema integrado por elementos naturales y artificiales de carácter físico, químico, biológico y sociocultural y sus interacciones, que se encuentra en permanente modificación, en el cual, los contaminantes se mantienen en concentraciones y periodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo para la salud de las personas, afectar su calidad de vida, poner en peligro la preservación de la naturaleza o comprometer la conservación del patrimonio ambiental[6].

A partir de esta definición, se asentó una concepción amplia del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, cuestión que ha sido reconocida, primero, por el Tribunal Constitucional (TC), quien ha refrendado la noción de sistema global, sosteniendo que el legislador ambiental ha desarrollado un auténtico orden público ambiental[7]; y segundo, por la Corte Suprema, que ha reafirmado esta noción integral de ambiente, puntualizando que el derecho del art. 19 n.° 8 no puede ser entendido aisladamente, dado que posee una marcada relación con otras garantías (derecho a la vida e integridad personal), las que deben ser resguardadas, mediante este[8].

Ahora bien, además de reconocer una garantía, esta norma establece un deber que pesa sobre el Estado, el que debe ser ejercido en una doble dimensión. La primera, implica que el cuerpo estatal deberá velar para que este derecho no sea afectado. Para cuidar adecuadamente esta garantía, el Estado cuenta con una habilitación general –otorgada por el legislador–, para que, dentro del ámbito de sus competencias, cumpla con este mandato de cuidado y protección[9], pudiendo adoptar una actitud tanto preventiva como reactiva, en caso de que esta garantía resulte lesionada[10]. Por su parte, la segunda dimensión de este deber, se refiere a la tutela de la preservación de la naturaleza. Para dar cumplimiento a esta obligación, nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado que la Ad-

[4] Evans (1993) p. 83.

[5] Soto (1992) p. 383.

[6] Ley n.° 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) art. 2.° literales ll) y m).

[7] Tribunal Constitucional (12/10/2023) rol n.° 13.610-2022, c. 12.

[8] Corte Suprema (26/5/2023), rol n.° 149.171-2020, c. 13.

[9] Carrasco (2020) pp. 54-55.

[10] Tribunal Constitucional (12/10/23) rol n.° 13.610-2022, c. 34 y rol n.° 13.626-2022, c. 33.

ministración tiene a su disposición un sistema ambiental integrado y complejo, compuesto por normas, órganos y procedimientos, de naturaleza reguladora, controladora y fiscalizadora, a través del cual ejerce este deber de mantención, tanto *ex ante* (evaluación ambiental de proyectos), como *ex post* (sanciones aplicadas por la Superintendencia de Medio Ambiente o mediante acciones de reparación ambiental que ordene un tribunal ambiental)[11].

Con todo, de conformidad a la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial de esta garantía, no solo se ha ampliado su comprensión respecto de lo que se entiende por ambiente –conservando que las personas son los únicos titulares de este derecho–, sino que también se ha establecido que el deber estatal en torno ella no se agota en una fórmula reactiva, sino que implica el ejercicio de una función permanente de prevención, regulación y fiscalización, a través del orden jurídico ambiental vigente.

I.2. El inciso segundo del art. 19 n.° 8

Además de consagrar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el deber del Estado a velar por su protección y la preservación de la naturaleza, el art. 19 n.° 8 de la Carta Fundamental, en su inciso segundo, establece la siguiente cláusula de reserva legal: "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Para aclarar su sentido y alcance, se puede revisar lo discutido en el marco de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC)[12]. De esta forma, cuando el constituyente estableció la posibilidad de restringir derechos fundamentales invocando la garantía a vivir en un ambiente libre de contaminación, lo hizo pensando en que ello fuese vía ley, sin considerar otros órganos (Administración) o herramientas infralegales. Sumado a ello, para que se materialice dicha restricción, impuso un estándar de exigencia alto, no bastando la sola dictación de una ley (norma habilitante), debiendo ser determinada y específica, indicando, por una parte, el derecho que se afectará y, por otra, la vía que se utilizará para ello[13].

En cuanto al objetivo de esta norma, la doctrina ha adoptado diversas posiciones. Para Julio Lavín, esta cláusula contribuye a la efectividad del derecho consagrado en el 19 n.° 8, fijando límites en torno a que solo algunos derechos

[11] Tribunal Constitucional (12/10/23) rol n.° 13.610-2022, c. 9 y rol n.° 13.626-2022, c. 8.

[12] Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (1976) pp. 9, 12-14 y 20.

[13] Carrasco (2020) p. 60.

podrán ser restringidos[14]. Jorge Bermúdez, por su parte, sostiene que la incorporación de una cláusula de reserva legal específica, refuerza el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, en tanto, el bien jurídico protegido, sería el ambiente *per se*[15]. Por último, Matías Guillof, destaca que esta disposición fija un estándar de exigencia mayor en caso de que se quieran restringir ciertos derechos, lo que estaría vinculado a la visión económica que subyace a la C*onstitución*[16].

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, cuando revisó la constitucionalidad del entonces proyecto de ley de la LBGMA, más que entrar a calificar la intensidad de esta reserva, señaló que las restricciones que se impongan invocando el art. 19 n.° 8 de la C*onstitución*, son de competencia exclusiva y excluyente del legislador[17].

Ahora bien, la reserva legal es una figura jurídica que ha sido tratada, en su dimensión ambiental y ámbitos regulatorios conexos, por parte del TC. Su comprensión y desarrollo ha variado a lo largo del tiempo, pasando desde una concepción "aceptable" en torno a la determinación y especificidad que debe tener la norma en análisis (restricción vehicular)[18] a reconocer la potestad reglamentaria de ejecución de manera intensa (norma de emisión para molibdeno y sulfatos)[19]. También ha señalado que la reserva legal en materia urbanística es más flexible, estableciendo, al mismo tiempo, que la potestad que se le otorgue a la Administración no es discrecional, sino que limitada y controlada (traslado de industrias contaminantes)[20]. Por su parte, en materia forestal, el TC ha dicho que las limitaciones y obligaciones que se determinen, deberán ser establecidas por una ley y corresponderse con la función social que las justifica (multa por tala ilegal)[21]. Por último, en materia de humedales, ha reconocido que existe una colaboración ley-reglamento, al momento de establecer restricciones[22]. Todo lo anterior, más allá de la distinción de las posiciones que se han desarrollado con mayor profundidad hace ya varias décadas en cuanto a la reserva legal "absoluta" o "relativa"[23].

---

[14] Lavín (1998) pp. 189-192.

[15] Bermúdez (2015) pp. 154-155.

[16] Guillof (2011) p. 151.

[17] Tribunal Constitucional (28/2/1994) rol n.° 185-1994, c. 12.

[18] Tribunal Constitucional (26/6/2001) rol n.° 325-2001, c. 43.

[19] Tribunal Constitucional (26/4/2007) rol n.° 577-2006, c. 22.

[20] Tribunal Constitucional (27/1/2015) rol n.° 2644-2014, c. 24-25 y rol n.° 2684-2014, c. 16-18.

[21] Tribunal Constitucional (28/7/2016) rol n.° 2884-2015, c. 8.

[22] Tribunal Constitucional (12/10/2023) rol n.° 13.610-2022, c. 40 y rol n.° 13.622-2022, c. 39.

[23] Carmona (2001) pp. 154-190.

Considerando lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia constitucional en torno a la reserva legal, el inciso 2.° del art. 19 n.° 8 no niega la colaboración legal-reglamentaria (menos aún en una materia tan dinámica como el ambiente), sino que encapsula la facultad de restringir derechos solo por vía legal, excluyendo a la Administración de ese espacio de acción. Ello, por cuanto la exigencia de especificidad que se deriva de dicha norma la sujeta a:

> "un fuerte amarre, desde el momento que independientemente de cuál sea la amenaza sobre el medio ambiente, esta [la Administración] solo puede determinar la medida que ha sido previamente establecida por el Legislador, quedando privada de esta forma de adoptar aquella que, de acuerdo a su juicio soberano, sea la mejor para resguardar los intereses públicos frente a este fenómeno"[24].

Así, bajo esta cláusula de reserva legal ambiental, se faculta únicamente al legislador, pero reconociendo la colaboración reglamentaria, para limitar ciertos derechos, teniendo como justificación evitar una lesión al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y, al mismo tiempo, que ello se realice cumpliendo un alto estándar –legal y constitucional–, lo que implica la determinación y especificidad necesaria (derecho a afectar y el medio a utilizar), excluyéndose a la Administración, y reduciendo, así, su intervención a la sola ejecución de la ley por la vía reglamentaria.

I.3. El aparente dilema del principio de legalidad ambiental

La forma y el modo en que el inciso segundo del art. 19 n.° 8 fue redactado, justifica preguntarse hasta dónde y cómo opera su cláusula de reserva legal: ¿se admite la colaboración ley-reglamento? ¿En qué términos se excluye a la Administración? ¿Qué quiso decir el constituyente? ¿Existe un dilema ante este "principio de legalidad ambiental"?

La respuesta exige reconocer, inicialmente, dos ideas que fluyen del propio texto y su historia: primero, que las restricciones solo podrán emanar de la ley y, segundo, que estas deberán ser determinadas y específicas. Con ello, no existiría espacio para habilitaciones genéricas o indeterminadas, ni mucho menos para que la Administración, discrecional y arbitrariamente, limite garantías fundamentales.

Que la ley sea la fuente primaria, no impide que exista una colaboración en la ejecución de la restricción que se imponga vía reglamento, cuestión que es necesaria y que ha sido reconocida por la jurisprudencia. Esa vinculación no

[24] Guillof (2011) p. 157.

flexibiliza la cláusula de reserva legal del inciso segundo, sino que, por el contrario, la robustece, en tanto, la ley fija los elementos esenciales de la limitación en cuestión y, luego, el reglamento, afina, detalla y ejecuta aquello que el legislador determinó, existiendo una subordinación de este último hacia el instrumento legal.

Así, la Administración queda "atada" –siguiendo a Matías Guillof– por la exigencia de especificidad, ya que solo puede aplicar aquello que, previamente, fue establecido por el legislador. Ello implica que, ante silencios legales, la Administración –vía reglamento– no podrá llenar esos vacíos. De ese modo, la reserva legal actúa también como una cláusula de cierre. Entonces, ¿cuál es el dilema?

A nuestro juicio, solo es aparente, pues la C*onstitución* reservó la potestad de establecer limitaciones, invocando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, únicamente al legislador, permitiendo la colaboración reglamentaria, pero excluyendo, al mismo tiempo, a la Administración como fuente creadora de restricciones. Por lo tanto, la colaboración ley – reglamento refuerza la reserva legal constitucional, no la relativiza; mantiene en estancos separados y distinguibles la creación y determinación de la restricción (ley, legislador) y su ejecución (reglamento, Administración), asegurando el proceso de deliberación democrática que reside en el Congreso Nacional, junto con los mecanismos de control que existen en nuestro ordenamiento jurídico para ambos instrumentos normativos.

II. Sentido y alcance de la Ley n.° 19300

La LBGMA, es una ley de "bases generales" de la regulación ambiental, con una estructura básica que fija lineamientos esenciales de esta área regulatoria, determinando reglas y principios mínimos, por medio de pautas orientadoras para su implementación concreta.

II.1. Es una ley de bases

Este tipo de leyes, siguiendo a Rosa Gómez:

> "utilizan un lenguaje claro y presentan una estructura ordenada de sus disposiciones. Por tanto, toda ley que reúna estas características podrá ser considerada una ley de bases, sin perjuicio de la potestad reglamentaria de ejecución que el Ejecutivo puede ejercer sobre ellas"[25].

[25] Gómez (2016) pp. 223-224.

Un tipo de ley, sin una tipología específica, que solo es referenciada por la Carta Fundamental en los arts. 38 y 63 n.° 18 y n.° 20, sin que su naturaleza, concepto, estructura y aplicabilidad concreta haya sido definida. Se trata de una categoría jurídica que, con un carácter y pretensión normativa, busca, en general, dentro del derecho administrativo, "unificar e integrar un determinado microsistema"[26], el que, en el caso que comentamos, es de carácter ambiental.

En este sentido, se hace presente que el Mensaje presidencial de la Ley n.° 19300 relevó, en su oportunidad, que la importancia de dicho proyecto de ley estribaba en que tomaba definiciones que "enmarcarán la discusión de una serie de proyectos de ley que vendrán en el futuro"[27]. Es decir, la lógica original de esta primera ley ambiental de la república, era fijar un primer escalón o base sobre la cual seguir legislando y sofisticando la regulación, estructurando aspectos esenciales o fundamentales para implementar en esa época (mediados de la década de 1990) una gestión ambiental moderna. Norma que también dejó a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la ejecución de los respectivos instrumentos de gestión ambiental indicados, en concordancia con las directrices y principios matrices previamente determinados por el legislador.

Una técnica cuya justificación tiene como fundamento el reconocimiento de la complejidad de la regulación ambiental, la incertidumbre prospectiva de la evolución de los componentes ambientales, que son siempre cambiantes (agua, suelo, aire, flora, fauna y medio humano) y la amplia pluralidad ideológica de visiones del mundo y del ser humano (antropocentrismos v. ecocentrismo) que interfieren a la hora de regular cualquier actividad que afecte el ambiente, todos aspectos respecto de los cuales la Administración del Estado tiene un papel que desempeñar, al ser, en principio, flexible y experta en el ejercicio de su función.

II.2. Dispone de instrumentos de gestión ambiental

Bajo el marco normativo general, diversos instrumentos de gestión ambiental fueron diseñados por el legislador para que el Estado pudiera asegurar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y así cumplir con su deber de velar para que este no sea afectado, tutelando la preservación de la naturaleza, en el marco del mandato constitucional que le fue impuesto.

Si bien la LBGMA no contiene una definición de instrumento de gestión ambiental, sí los reconoce y regula. Su sentido y alcance no es trivial, ya que la Ley n.° 20600, que Crea los Tribunales Ambientales (LTA), dispuso un sistema

[26] Gómez (2016) p. 222.

[27] Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) Mensaje presidencial, p. 14.

recursivo especial y general (invalidación) anclado de manera directa en el concepto de "instrumento de gestión ambiental", definiendo, de esa forma, la competencia de los tribunales ambientales al conocer casos concretos.

A la hora de conceptualizar su sentido y alcance, Jorge Bermúdez señala que los instrumentos de gestión ambiental deben entenderse como un

> "conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, entre otras), destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental"[28].

Añade a la definición dos características adicionales: que atiendan una finalidad de protección ambiental y respondan a un carácter integral u omnicomprensivo que tiene la protección del entorno. Por su parte, para Rodrigo Guzmán los instrumentos de gestión ambiental tendrían por objeto

> "traslucir diversas señales que direccionan el comportamiento de la sociedad y de los individuos en su relación con el ambiente en el cual se desenvuelven"[29].

Finalmente, de acuerdo con Iván Hunter "lo característico de un instrumento de gestión ambiental es su finalidad de protección y reparación o mejoramiento del medio ambiente"[30], siendo un instrumento de gestión, "todas las acciones, medidas, normas, planes y/o programas cuya finalidad es la conservación, preservación y protección del medio ambiente"[31].

No obstante, más allá de las definiciones que la doctrina ha dado con la finalidad de conceptualizarlos, lo cierto es que el catálogo de instrumentos de gestión ambiental ha sido ampliado por el legislador y luego delineado e intervenido, en lo sustancial, por los tribunales de justicia. En efecto, el legislador no los ha agotado únicamente a aquellos vinculados a la LBGMA, sino que ha creado de manera dispersa y también inorgánica, otras herramientas para hacer frente a la protección ambiental, no disponiendo, necesariamente, en la propia "ley de bases", sus aspectos orgánicos, procedimentales o sustantivos esenciales, sino que, optando, también, por dictar otras leyes que, de manera específica, regulen de manera especial otro instrumento de gestión o protección ambiental.

En esa línea, se ha producido lo que Ricardo Irarrázabal ha denominado un proceso de "descodificación" de la LBGMA, lo que se ha manifestado

[28] Bermúdez (2015) p. 192.
[29] Guzmán (2012), p. 122.
[30] Hunter (2023) p. 86.
[31] *Ibid*.

> "indirectamente a través de otras leyes ambientales especiales, las cuales introducen, como si fueran leyes generales, principios y definiciones, además de nuevos instrumentos, sin modificar la Ley N° 19.300"[32].

Tal es el caso de la Ley Marco para la Gestión de Residuos[33], la Ley Marco de Cambio Climático[34] y la Ley del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (LSBAP)[35]. A ello deben añadirse en una perspectiva más específica, la Ley de Humedales Urbanos[36], de Impuestos Verdes[37] y de Uso de Bolsas Plásticas[38], las que, dictadas unos años antes, también han contribuido como instrumentos de gestión ambiental a la protección del ambiente.

II.3. Diseño regulatorio: intensa colaboración ley-reglamento

La C*onstitución* dispone de reglas que establecen lineamientos para el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, distribuyendo competencias normativas entre el legislador y la Administración del Estado para su regulación.

En el ámbito del inciso segundo del art. 19 n.° 8, luego de reconocer el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y establecer deberes estatales, la Carta Fundamental dispone una cláusula de reserva legal ambiental, que no densifica, en lo sustantivo, la forma en que la ley debe regular este derecho con la determinación y especificidad suficiente, sino que dispone que, como ya se señaló, que para proteger el ambiente, la ley podrá imponer restricciones a otros derechos y libertades. Es decir, la reserva legal dispuesta no está necesariamente vinculada a la densificación del contenido del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, sino en fijar un límite horizontal general (otros derechos y libertades) mediante un único medio: la ley.

Esto, por su parte, debe ser complementado con lo que establece la LGBMA. Esta se remite, con frecuencia, a la potestad reglamentaria para complementar la regulación de una serie de aspectos, especialmente mediante la técnica del

---

[32] Irarrázabal (2023) p. 5.

[33] Ley n.° 20920, Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (2016).

[34] Ley n.° 21455, Ley Marco de Cambio Climático (2022).

[35] Ley n.° 21600, Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (2023).

[36] Ley n.° 21202, Modifica Diversos Cuerpos Legales Con El Objetivo De Proteger Los Humedales Urbanos (2020).

[37] Ley n.° 20780, Reforma Tributaria que Modifica el Sistema de Tributación de la Renta e Introduce Diversos Ajustes en el Sistema Tributario (2014).

[38] Ley n.° 21100, Prohíbe la Entrega de Bolsas Plásticas de Comercio en todo el Territorio Nacional (2018).

reglamento. Ello, bajo una atribución más amplia del Presidente de la República, quien está facultado para regular distintas materias ambientales por medio de su potestad reglamentaria de ejecución en el marco del dominio máximo legal (art. 32 n.° 6 de la *Constitución*).

De hecho, para la Ley n.° 19880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA), el Decreto Supremo (DS), la fórmula por medio de la cual se expresa todo reglamento y que constituye un tipo de acto administrativo, es la orden escrita que dicta el presidente de la República o un ministro por orden del primero, sobre asuntos propios de su competencia[39]. A esto, debe añadirse que deben enumerarse; foliarse por el Ministerio de origen; someterse al control preventivo de legalidad por parte de la Contraloría General de la República (CGR) para el trámite de toma de razón; anotarse por ella; comunicarse a la Tesorería General de la República si comprometen recursos para el Estado y publicarse posteriormente en el *Diario Oficial*.

De esta forma, distintos instrumentos de gestión ambiental consagrados en la LGBMA, remiten a un reglamento su regulación estructural. En una apretada síntesis, los principales son los siguientes:

- Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Su base legal está entre los arts. 8.° al 25 de la LBGMA. Su fuente reglamentaria primordial es el RSEIA. Este regula el ingreso al SEIA; los requisitos de la DIA y EIA; la participación ciudadana; la consulta indígena; entre otros.
- Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Su regulación legal está en los arts. 7.° bis a 7° *quater* de la LBGMA. Su fuente reglamentaria es el DS n.° 32/2015, del Ministerio del Medio Ambiente (MMA).
- Normas de Calidad Ambiental. Su fuente legal son los arts. 32 a 33 de la LBGMA, donde para cada norma se dicta un DS, tales como las normas de calidad del aire para material particulado, las normas de calidad de aguas, entre otras. Por su parte, el DS n.° 38/2012 del Ministerio de Salud, dispone el procedimiento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión.
- Normas de Emisión. Su base legal es el art. 40 de la LGBMA. Esto implica que cada norma de estas características se establecerá por medio de un DS, tal como lo es, actualmente, la norma de emisión para centrales termoeléctricas (DS n.° 13/2011, del MMA) o de fundiciones (DS n.° 28/2013, del MMA), entre otras.
- Planes de Prevención o Descontaminación (PPDA). Su fuente legal son los arts. 43 a 48 de la LGBMA y donde para cada declaración de

[39] Ley n.° 19880, Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (2003) artí. 3.°.

zona saturada o latente o el respectivo PPDA, se requiere de un DS, tal como ocurre con el PPDA de Santiago (DS n.° 31/2016, del MMA) y las decenas de planes que han sido dictados para otras regiones.

– Planes de Manejo de Recursos Naturales Renovables. Su base legal son los arts. 41 y 42 de la LGBMA, los que habilitan un marco de regulación por medio de la dictación de un DS (reglamento) o decretos sectoriales para ser aplicados en bosques, suelos, aguas, humedales, entre otros.
– Clasificación de Especies. Un reglamento dictado por el MMA fijará el procedimiento de tal clasificación, tal como dispone el art. 37 de la LGBMA.
– Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Sin perjuicio de la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), es un reglamento el que establecerá los requisitos, plazos y limitaciones de aplicación general que se deberán cumplir para gozar de las franquicias, ejercer los derechos y dar cumplimiento a las obligaciones y cargas a que se refieren las áreas protegidas en propiedad privada (inciso final del art. 35 de la LSBAP).

De lo expuesto, se desprende que el reglamento es la herramienta que vertebra toda la potestad de ejecución de la regulación ambiental. Es decir, se trata de una regla técnica, subordinada a la ley (legislador), que delega, con determinación y especificidad, la materia o asunto que será objeto de una regulación específica por parte de la Administración del Estado. Como bien indica Fernando Garrido, en lo descriptivo, un reglamento es toda disposición normativa escrita, de carácter general, dictada por la Administración del Estado, que tiene un valor subordinado a la ley[40].

Un mecanismo técnico que, a diferencia de las instrucciones, circulares y guías, no se trata de una orden de un superior jerárquico a uno inferior, sino de un instrumento de naturaleza normativa, donde, su propio contenido, crea una garantía para el administrado, una nueva regla interpretativa o una modificación concreta al ordenamiento jurídico en una sección regulatoria específica.

Se trata de una forma de regular que, como bien plantea Juan Pablo Leppe, tiene una importancia en todo el andamiaje ambiental para implementar una serie de regulaciones necesarias para el país[41].

II.4. Control institucional y jurisdiccional

En relación con lo ya expuesto, es importante indicar que, a diferencia de otras áreas regulatorias del ordenamiento jurídico chileno, en materia ambiental, aquella nor-

[40] Garrido (1994) p. 257.
[41] Leppe (2011).

mativa emanada de un DS, junto con estar sujeta a la toma de razón por parte de la CGR –arts. 98 y 99 de la C*onstitución*–, también está sujeta a dos controles adicionales: uno de carácter político-institucional y otro de naturaleza judicial.

El primero, está dado por la función que cumple el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático (CMSCC). En concreto, dicho órgano debe pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contengan normas de carácter ambiental señaladas en el art. 70 de la LGBMA. Se trata de un órgano colegiado compuesto por varios ministros (Medio Ambiente, Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Vivienda, Transporte, Minería y Desarrollo Social), que tiene por objetivo coordinar y articular correctamente la política ambiental bajo una mirada global, con una dosis fuerte de sustentabilidad.

Es decir, toda propuesta de reglamento que contenga normas ambientales debe ser revisada por este órgano deliberativo y multisectorial, donde diversas perspectivas sobre la regulación ambiental al interior de un gobierno son expuestas. El objetivo de un órgano coordinador como este –mediante un control horizontal como el indicado–, es evitar un peligroso incentivo: "obtener mediante la regulación sectorial todo lo que no se puede a través de la ambiental"[42]. Es decir, se pretende, mediante este órgano, que la "sustentabilidad", en sentido amplio y diverso, esté representada en la regulación ambiental general que se disponga. Así, el CMSCC entrega un "sello"[43], material y formal, que permite evitar, en principio, regulaciones contradictorias e incompatibles entre sí, dándole coherencia y unidad de acción a la política ambiental que se disponga.

El segundo control, de naturaleza judicial, opera al final de la trayectoria regulatoria que todo DS debe recorrer. Este control puede hacerse desde una perspectiva constitucional o legal.

Respecto del control de constitucionalidad, el TC tiene potestad, en función del art. 93 n.° 16 de la C*onstitución*, para resolver:

> "[...]sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63".

Por ejemplo, el control de normas de emisión, dictadas por medio de un DS, no ha estado al margen del control de constitucionalidad ante el propio TC[44].

[42] Guillof (2011) p. 236.

[43] Irarrázabal y Barros (2016) p. 27.

[44] Tribunal Constitucional (26/4/2007) rol n.° 577-2006.

Por su parte, respecto del control de legalidad, la tutela ambiental también cuenta con un régimen especial de impugnación judicial ante los tribunales ambientales. Este sistema, diseñado en la Ley n.° 20600, dispone en su art. 17 un mecanismo de reclamación judicial estructurado sobre la base de los distintos instrumentos de gestión ambiental reconocidos en la Ley n.° 19300.

En ese orden, se pueden reclamar judicialmente ante esta instancia especializada los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan PPDA, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50 de la LBGMA y el literal 1.° del art. 17 de la LTA.

Asimismo, los tribunales ambientales cuentan dentro de su competencia con el poder para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados[45].

Por último, recogiendo la última reforma a la Ley Marco de Cambio Climático, se incorporó la potestad para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas de emisión de gases de efecto invernadero[46] y las reclamaciones que se interpongan en contra de las resoluciones que se pronuncien sobre la procedencia de un proyecto de reducción o absorción de emisiones de gases de efecto invernadero[47].

Esta competencia absoluta también admite excepciones, ya que el propio art. 17, en su literal 8.°, permite a los tribunales ambientales conocer –habiendo concluido previamente un procedimiento de invalidación–, de una reclamación en contra de un acto administrativo que haya puesto término a dicho procedimiento en la medida que esté vinculado o asociado a un instrumento de gestión ambiental.

Así, en general, el marco de actuación de los tribunales ambientales está dado por pretensiones anulatorias de actos administrativos cuyo propósito es hacerlos desaparecer del mundo jurídico por ser contrarios a la ley al adolecer de un vicio esencial, ya sea procedimental o material.

Por último, ante la sentencia definitiva dictada por el tribunal ambiental correspondiente, podrá interponerse, por la parte agraviada, el recurso de casación en la forma o en el fondo ante la Corte Suprema, para que esta, en el marco

[45] Ley n.° 20600, que Crea los Tribunales Ambientales (2012) art. 17, literal 7.°.

[46] *Op. cit*. literal 9.°.

[47] *Op. cit*. literal 10.°.

de este recurso de derecho estricto, determine si la sentencia se ajusta o no derecho, teniendo así, el máximo tribunal, la palabra final[48]. Es decir, el control de cualquier DS dictado en el marco de un instrumento de gestión ambiental, no solo es posible de ser revisado en su constitucionalidad por parte del TC, sino, además, su legalidad también puede ser controlada por medio de dos tribunales: uno especial (tribunal ambiental) y otro general (Corte Suprema), lo que da cuenta del difuso e intenso control al que están sujetos los decretos supremos de carácter ambiental. Esto, sumado al control político interno del CMSCC y de legalidad por parte de la CGR, hace de la regulación ambiental formal (vía reglamento o DS), una parcela regulatoria sujeta a un escrutinio estricto de revisión –en distintas etapas y bajo estándares legales y políticos variados y amplios–, transformando la gestión ambiental en un epicentro regulatorio sensible (por los derechos y libertades que se afectan) y sofisticado (sujeto a un control intenso en diversos momentos).

De esta manera, el diseño regulatorio ambiental, ideado por el legislador, descansa en un adecuado equilibrio entre la ley y el reglamento, siendo, este último instrumento, cuya forma se estructura por medio de un DS, el principal vehículo mediante el cual se regula ambientalmente en Chile, cuyo control, interno (administrativo) y externo (judicial), por los bienes que están en juego (derechos y libertades), es en particular intenso.

III. Aspectos esenciales del SEIA

La LBGMA define la evaluación de impacto ambiental como:

> "el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación de Impacto 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 normas vigentes"[49].

El objetivo del SEIA es identificar, predecir y evaluar de manera previa un impacto ambiental y adoptar las medidas o exigencias que sean necesarias

[48] Se hace presente que la Corte Suprema, mediante una posición asentada hace unos años, ha dispuesto que solo son objeto de un recurso de casación, en la forma o en el fondo, las sentencias que resuelvan el fondo de la cuestión debatida en la reclamación interpuesta, procediendo, en caso que ello no ocurra, el recurso de apelación, dejando, a criterio y análisis de las partes, la elección del tipo de recurso a interponer en función de lo que resuelva el respectivo tribunal. Véase, en un contexto más amplio, parte de las primeras sentencias que dispusieron este criterio: Corte Suprema (20/12/2017) rol n.° 3.682-2017 y rol n.° 18.341-2017.

[49] Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) art. 2.° literal j).

para que esa actividad o proyecto no solo se ajuste a derecho, sino, además, mitigue, repare o compense de manera apropiada sus efectos sobre la base de un procedimiento reglado e integrado para ello. Se trata de un instrumento de gestión hecho al servicio de la decisión que quiera o pueda adoptarse, y no de un instrumento de decisión propiamente tal, pues al menos en el sistema chileno no existe un análisis previo de alternativas de decisión como lo dispone la Evaluación Ambiental Estratégica.

En palabras de Rodrigo Guzmán, el SEIA constituye una técnica que:

> "a través de la aplicación de determinadas metodologías, y sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazaría un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto o actividad puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas (construcción, operación y abandono)"[50].

A partir de un catálogo taxativo de actividades o proyectos que requieren de evaluación ambiental de sus impactos, que tanto la Ley n.° 19300 (art. 10.°) como el RSEIA definen expresamente (art. 3.°), se evalúa "la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada"[51].

III.1. Procedimiento reglado, integrado y participativo

Se trata de un instrumento de gestión ambiental que opera de manera preventiva a la ejecución de un proyecto o actividad al evaluar sus impactos, en sus fases de construcción, operación y cierre. Todo, mediante un procedimiento reglado, sujeto a etapas, plazos expresamente definidos, integrado por los pronunciamientos de distintos servicios públicos, coordinado o administrado por el SEA, y que concluye con la calificación favorable o desfavorable de un proyecto o actividad ante la Comisión de Evaluación Ambiental competente o ante el director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental en su caso.

Es un procedimiento que permite evaluar no solo un conjunto taxativo de proyectos, sino, también, los cambios o modificaciones de consideración que en determinados casos estos experimenten, todo bajo un esquema de "ventanilla única" consistente en que la totalidad de la dimensión ambiental asociada a un proyecto o actividad, una vez obtenida la Resolución de Calificación Ambiental

[50] Guzmán (2012) p. 130.

[51] Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) art. 2.° literal k).

(RCA) favorable, debe ser resuelta en esa instancia, no pudiendo ninguna entidad pública con competencia ambiental denegar o disponer –en teoría– nuevas exigencias de carácter ambiental sobre dicho proyecto o actividad.

Es también una sucesión de actos trámites en la que interviene el proponente, la Administración del Estado mediante diversos organismos, y también diversos particulares externos al proceso que, en caso de proceder, participan haciendo observaciones ciudadanas a los proyectos y, si correspondiere, también comunidades indígenas en caso de que exista una susceptibilidad de afectación de directa sobre sus sistemas y costumbres de vida.

III.2. Tramitación[52]

Una vez ingresada una DIA o un EIA por parte de un proponente –ya sea ante la Comisión de Evaluación (regional) o ante el director ejecutivo del SEA (interregional)–, dichos instrumentos son objeto de un riguroso examen de admisibilidad respecto de los requisitos necesarios para su presentación. De cumplir, la DIA o el EIA, con los requisitos mínimos que exige la ley, se instruye a los servicios públicos con competencia ambiental para que los revisen y emitan sus pronunciamientos de manera fundada y dentro del ámbito de su respectiva competencia.

Son esos pronunciamientos, entre otros, en función de lo dispuesto en la LGBMA, cuya motivación o fundamentación es esencial[53]. Estos, además, pueden expresar su conformidad, inconformidad u observar aspectos del proyecto o derechamente excluirse del proceso de evaluación si el órgano de la Administración del Estado requerido no es competente, no siendo vinculantes dichos informes a menos que la ley expresamente lo declare así. Por la trascendencia que tienen durante esta etapa, su fundamentación es muy relevante, la que debe estar dotada de una explicación razonada en función de los aspectos ambientales del proyecto. Así, todo servicio público que participa de la evaluación debe explicar, con razones, por qué se pronuncia de la forma que lo hace al emitir su oficio, pues a partir de su pronunciamiento da sentido al mecanismo de "ventanilla única", ya mencionado. Eso sí, dependiendo de si el proyecto ingresó mediante una DIA o un EIA, los informes de los servicios públicos tendrán niveles de análisis y profundidad distintos, todo en virtud de la información proporcionada, la que cambia en uno u otro caso.

Evacuados los pronunciamientos descritos dentro de plazo y si el proyecto no carece de información relevante o esencial insubsanable, ni es necesario

[52] Par estos efectos, hemos tomado como referencia parte de la síntesis hecha en Carrasco (2018) pp. 7-12.

[53] Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) art. 9.° inciso final.

que una DIA sea presentada bajo la modalidad de un EIA, estos se consolidan y funden en un informe consolidado de solicitudes, aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones (ICSARA), que es notificado al proponente para que mediante una adenda aclare, rectifique o amplíe la información faltante. Entregada la adenda por parte del proponente, esta es nuevamente enviada a los órganos de la Administración del Estado que se pronunciaron durante la evaluación ambiental para que revisen si lo observado ha sido aclarado, rectificado o acompañado al proyecto.

Concluida esta etapa, que puede llevar a la confección de un máximo de dos ICASARA y a la presentación de dos adendas en la DIA, y de tres en el caso de los EIA, se presenta el proyecto ante el comité técnico. Este órgano, presidido por el SEREMI de Medio Ambiente y al cual asisten los directores de los servicios públicos regionales que tengan competencia ambiental, elabora un acta de evaluación de cada proyecto, la que es de libre acceso para los interesados.

La etapa de evaluación de un proyecto concluye con la confección del Informe Consolidado de Evaluación (ICE). Dicho documento contiene los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad –si correspondiera–, así como la recomendación de aprobación o rechazo por parte del SEA. De esta manera, la comisión de evaluación deberá:

> "aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente"[54].

Si bien este informe no tiene por qué anticipar la decisión de la comisión de evaluación, sí la rigidiza respecto de "los aspectos normados establecidos en la legislación vigente"[55], pues, en teoría, la comisión de evaluación no tendría, en este ámbito (cuestión que deberá analizarse en cada proyecto particular), base para resolver de manera distinta a lo sugerido por el SEA. De lo contrario, habría "un vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental", afectando su validez.

Como contrapartida, en los restantes ámbitos (no normados), la comisión de evaluación tendría un margen de apreciación más amplio, tal como lo es la consideración de medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas respecto de los efectos, características y circunstancias que presenta un EIA. Así, la consideración de los "olores" en la autorización para la disposición final de residuos industriales o mineros; la "pérdida y degradación del suelo" y la ge-

[54] Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) art. 9.° bis.
[55] *Ibid*.

neración "de núcleos urbanos al margen de la planificación territorial" para el otorgamiento del cambio de uso de suelo; o, los "resultados esperados" respecto al seguimiento de la condición de poblaciones de especies hidrobiológicas al permitir la pesca de investigación, son aspectos que el propio RSEIA, entre otros instrumentos, dispone respecto del otorgamiento de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS).

La importancia de todos los pronunciamientos descritos es tal dentro del proceso de evaluación que, si la comisión de evaluación no puede pronunciarse sobre una DIA o EIA debido a la falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental, podrá requerir al órgano responsable para que, en el plazo de diez o quince días (dependiendo de si se trata de una DIA o EIA), emita el permiso o pronunciamiento. Vencido este plazo, el permiso o pronunciamiento faltante se tendrá por otorgado favorablemente operando el silencio administrativo[56].

Por último, los miembros que componen la comisión de evaluación respectiva son los que califican (aprueban) el proyecto o actividad. Vista la descripción que hace la ley, al calificarse favorablemente proyectos por parte de la comisión de evaluación, el procedimiento de evaluación finaliza con un acto administrativo terminal que otorga la autorización administrativa de funcionamiento a dicho emprendimiento (RCA), la que es vinculante para los organismos de la Administración del Estado relacionados con la evaluación y calificación ambiental.

Por último, la RCA puede ser reclamada administrativamente ante la autoridad competente (director ejecutivo o comité de ministros) por el responsable del proyecto en caso de una calificación ambiental desfavorable o en caso de que esta establezca condiciones o exigencias carentes de motivación o proporcionalidad. Lo mismo puede hacer cualquier persona que participó en el proceso de participación ciudadana y estima que sus observaciones no fueron debidamente consideradas por la autoridad al calificar el proyecto. Una vez resueltos estos recursos de reclamación y agotada esta vía administrativa, podrá reclamarse ante el tribunal ambiental competente, y ante lo que resuelvan, podrá interponerse por cualquiera de las partes un recurso de casación en la forma o en el fondo según corresponda ante la Corte Suprema.

IV. El fenómeno de la deslegalización del SEIA

Si bien la regulación esencial del SEIA descansa en la LGBMA y en el RSEIA, lo cierto que este instrumento ha sido horadado por dos fuentes distintas de

[56] Ley n.º 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994) arts. 15 y 18.

intervención: primero por medio del control judicial intenso al que está sujeto, en especial por parte de la Corte Suprema[57] y, segundo, mediante una intensa potestad administrativa que ha desarrollado el SEA hace ya más de una década. Por medio de ordinarios, instructivos, guías y criterios, dicho órgano de la Administración del Estado ha ido densificando la regulación existente. Asimismo, en ejercicio de la misma potestad, ha regulado aquellas materias que, según ha estimado, requieren de una solución de clausura ante las lagunas que, a su juicio, deben ser resueltas, entendiendo que la potestad delegada no necesariamente implica modificar el actual reglamento.

Así, el SEIA ha experimentado un progresivo y acelerado proceso de deslegalización. Esto ha implicado que la evaluación ambiental de proyectos ya no descanse solo en la LBGMA y el RSEIA –como lo exige el mandato constitucional derivado del art. 19 n.° 8–, sino que, la *praxis* regulatoria se ha desplazado con gran intensidad hacia un enjambre de instrumentos infralegales, cuya potestad, por parte del SEA, encuentra sustento en el art. 81 literal d) de la Ley n.° 19300.

Por medio de una técnica que, en la práctica, ha tenido mecanismos expresos y tácitos, se ha aligerado la carga de la ley y el reglamento en aspectos esenciales del SEIA, los que han terminado siendo normados por medio de instrumentos de inferior jerarquía, cuestión que, si bien ha hecho más ágil la regulación, al mismo tiempo la ha complejizado sin ningún tipo de control.

IV.1. Diagnóstico y descripción del fenómeno

Lo que originalmente fue concebido como un procedimiento administrativo reglado, cuya estructura y funcionamiento se sostenía sobre el binomio ley – reglamento y el marco constitucional ambiental del art. 19 n.° 8, ha ido desplazándose hacia un escenario diverso y disperso, caracterizado por la proliferación de actos que carecen de rango normativo formal y que desempeñan un papel esencial en la evaluación ambiental de proyectos, operando, en la práctica, como instrumentos jurídicos que, de uno u otro modo, fijan estándares y normas de cumplimiento, que los titulares deben observar y cumplir durante la tramitación en el SEIA. Así, lo que debería ser una orientación técnica, ha terminado configurando un marco de acción en que la Administración asume competencias normativas que el constituyente reservó de forma exclusiva al legislador, afectando la reserva legal ambiental fijada en la *Constitución*.

Si bien la LBGMA tiene la categoría de una ley de bases y por más que el legislador haya intentado definir una serie de conceptos en un esfuerzo de encuadre normativo:

[57] Carrasco (2025) pp. 117-231.

> "se ha generado, igualmente, ambigüedad, indeterminación e imprecisión de tales conceptualizaciones, lo que se explicaría, en parte, por su falta de densidad normativa. Esto ha traído como consecuencia la necesidad de reconducir su tratamiento a normas de inferior jerarquía. En otras palabras, dado que el legislador ha sido impreciso al momento de definir los límites de la regulación ambiental, la Administración viene a completar su articulado, disponiendo normas ambientales en diversos actos administrativos"[58].

El fenómeno es verificable con mayor intensidad desde 2014 a la fecha, donde se han emitido más de cien documentos de esta naturaleza que, a hoy, siguen vigentes[59]. A modo de ejemplo, solo durante el periodo del presidente Gabriel Boric, la Administración ha dictado casi cincuenta guías y criterios[60]. Más en particular, el centro de estudios Horizontal cuantificó, a mediados del año 2025, el volumen de la regulación ambiental, concluyendo que, a la fecha, existen más de sesenta y cinco guías que, en conjunto, suman más de mil doscientas páginas, cifra muy superior si se contrasta con las dimensiones de la Ley n.° 19300 y el RSEIA[61].

Esta excesiva regulación infranormativa, ha implicado que, incluso la propia Administración, cambie los criterios de un año a otro, como, por ejemplo, ocurrió con la guía sobre reasentamiento de comunidades humanas. Esta guía ha tenido dos versiones, la primera, de 2013, que contenía determinados criterios, y la segunda, de 2014, que contenía otros. En efecto, si se revisa la primera versión –elaborada durante el primer mandato del expresidente Sebastián Piñera–, se puede ver que no se establecía como una exigencia de evaluación de impacto ambiental las alternativas de predios de acogida, cuestión que se modificó en la segunda versión de esta guía, durante la administración de la expresidenta Michelle Bachelet[62]:

> "El titular del proyecto deberá presentar, dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental, alternativas de terrenos de acogida, los que deberán ser evaluados ambientalmente con el fin de garantizar la protección ambiental de las áreas propuestas, sus recursos naturales y las comunidades humanas receptoras. Dicha evaluación deberá ser conocida por las comunidades afectadas por el reasentamiento y de-

[58] Carrasco (2025) p. 347.

[59] Muñoz-Kappes (2025) p. B2.

[60] Estos documentos se encuentran disponibles en www.sea.gob.cl/documentacion/guias-y-criterios?page=0 [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

[61] AA.VV. (2025) p. 3.

[62] Carrasco (2025) p. 352.

berá ser entregada dentro de la proposición de alternativas de reasentamiento"[63].

A lo anterior, deben sumarse muchas guías vigentes (y algunas no vigentes) que regulan distintos aspectos técnicos: descripción de proyectos; áreas de influencia; participación ciudadana; metodologías de cálculo (por ejemplo, cambio climático, ecosistemas marinos, sistemas de vida y costumbres de grupos humanos); criterios de evaluación específicos (como para ciertas especies, uso de normas de referencia, impactos acumulativos); y, muchas otras más. Aunque la directora ejecutiva del SEA ha sostenido que a través de la dictación de estos instrumentos se busca establecer criterios comunes y persistentes, reduciendo el margen de discrecionalidad de la Administración[64], en la práctica, si los proyectos no ajustan sus DIA o EIA al contenido de estos, es esperable que no puedan obtener su RCA. De este modo, aquello que debería ser un estándar referencial, se ha convertido en un marco obligatorio, que, de no ser cumplido, generará consecuencias desfavorables (limitaciones o restricciones) para los titulares de proyectos y sus derechos (propiedad, libre iniciativa económica, entre otros).

En este marco, hemos identificado seis etapas que intentan resumir la evolución de este fenómeno, graficar la intensidad con la que la Administración ha ejercido su potestad interpretativa y reflejar cómo instrumentos infralegales terminaron convertidos en documentos de carácter obligatorio, para todo aquel que evalúe un proyecto o actividad en el marco del SEIA:

Tabla N° 1
Evolución de la exigencia de las guías en el marco del SEIA

Etapa	Marco normativo	Forma de exigibilidad	Materialización durante la evaluación ambiental	Ejemplos referenciales
1. Primeras guías: directrices referenciales (hasta 2012).	Ley n.° 19300 + normativa sectorial. Predominio de guías CONAMA y de servicios sectoriales.	Guías como referencia técnica, no formalmente exigidas por SEA.	Proyectos mencionan haber "considerado" guías sectoriales, pero sin que exista una obligación explícita del SEA respecto de "aplicarlas".	Uso de guías CONAMA/ SAG/ Directemar en proyectos mineros y portuarios.

[63] Servicio de Evaluación Ambiental (2014) p. 28.
[64] Muñoz-Kappes (2025) p. B2.

2. Inicio del proceso de deslegalización del SEIA (2012–2014)	Primeras guías SEA (fase construcción, salud, patrimonio).	Se utilizan como marco metodológico recomendado.	Los EIA y las DIA de los proyectos señalan que las guías se "tuvieron a la vista" o bien, que fueron "consultadas" o "consideradas", sin que haya una exigibilidad formal por parte de la autoridad.	Los EIA comienzan a listar guías aplicadas, sin trazabilidad formal.
3. Obligatoriedad y observancia (2015-2017)	RSEIA + art. 81 d) Ley n.° 19300 + Ord. SEA n.° 151276.	Las guías pasan a ser instrumentos que deben ser observados.	Durante la evaluación ambiental de proyectos o actividades, el SEA, mediante observaciones, comienza a señalar que las guías "deben ser" observadas.	Proyecto "Edificio Coronel Godoy" (2016).
4. Masificación de la deslegalización del SEIA (2017-2020)	Aumento de guías temáticas (área influencia, olores, paisaje, ruido).	SEA recuerda activamente uso obligatorio según tipología.	ICSARAs comienzan a ordenar uso explícito de guías en Adendas, señalando que los criterios y exigencias técnicas que estas señalan "se deberán cumplir".	ICSARA 2 proyecto "Línea de Transmisión Lo Aguirre - Alto Melipilla y Alto Melipilla - Rapel" (2016).
5. Deslegalización institucionalizada: exigencia expresa de aplicación de guías y criterios de evaluación (2023-2024).	Nueva generación de guías (2023, segunda edición).	Se solicita expresamente aplicar guías y criterios de evaluación.	Se adjuntan listados de guías que deben aplicarse. La consideración por parte de la autoridad ya no es individual, respecto de cada componente, sino que plural, agrupando "listas" de guías y criterios que deben seguirse.	ICSARA proyecto "Extracción y procesamiento de áridos río Ñuble, sector Bajo el Ala" (2024).

6. Profundización del fenómeno (2025 en adelante)	Misma base legal, mayor exigencia procedimental.	Se obliga declarar qué guías se usaron y en qué capítulos.	El SEA exige que se siga un formato para la consideración de los contenidos de las guías, incorporando tablas obligatorias en ICSARA y luego, por parte de los titulares, en Adendas.	ICSARA proyecto "Ampliación Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de Rengo" (2025).

Fuente: Elaboración propia.

Así las cosas, este fenómeno nos lleva a una verdadera paradoja institucional: instrumentos que carecen de rango legal, y que –de conformidad con el art. 81 literal d) de la LBGMA–, tienen por objeto "uniformar" una serie de ítems de la evaluación ambiental, se han convertido en auténticas fuentes normativas que deben ser observadas y seguidas por los titulares de proyectos, previo a elaborar una DIA o EIA y que luego, en el marco del SEIA, son aplicadas por la Administración, la que, muchas veces, sustenta decisiones administrativas sobre ellas, horadando el principio de reserva legal ambiental y el sistema de frenos y contrapesos (control), tensionando la legitimidad democrática de nuestro sistema jurídico.

Con el fin de graficar de mejor manera el fenómeno y de precisar las etapas ya descritas, a continuación, se acompaña un cuadro, que contiene la cantidad de instructivos que el SEA reconoce como vigentes en su sitio oficial y que ha dictado desde el año 2007 a la fecha[65]:

Tabla n.° 2
Instructivos para la evaluación del impacto ambiental por año

Año	Cantidad de instructivos dictados
2007	1
2008	1
2009	1
2010	3

[65] Dicha información puede ser revisada en www.sea.gob.cl/instructivos-para-la-evaluacion-del-impacto-ambiental [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

2011	3
2013	5
2014	3
2015	5
2016	2
2017	2
2018	4
2020	2
2021	3
2022	5
2023	3
2024	3
2025	5
Total	51

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla anterior se advierte que, a la fecha, existen cincuenta y un instructivos del propio SEA que ordenan e instruyen la forma en que, un conjunto de aspectos sustantivos, orgánicos y procedimentales del SEIA, deben ser comprendidos y aplicados.

Por lo tanto, más allá de la jerarquía, especialidad y secuencia temporal de los instructivos referenciados, la cantidad da cuenta de un fenómeno cuya complejidad ha distorsionado la regulación de este instrumento de gestión ambiental, haciendo, de su aplicación práctica, un entramado sofisticado para todos los operadores. Ello, ya que, en la práctica, a dichos ordinarios se les atribuye la posibilidad concreta de crear deberes e imponer mandatos jurídicos, cuyo cambio y evolución ha sido frenético. No ha habido pausa, sino una voluntad desenfrenada e inestable por abordar distintas aristas de la regulación del SEIA de manera casuística (caso a caso), contingente (como reacción a fallos judiciales o dictámenes de la CGR) e indefinida (sin una sistematización o regla de clausura que permita ponerle coto). Pero el fenómeno de los instructivos no es aislado. Una situación similar ha ocurrido con las guías de evaluación ambiental dictadas en los últimos años. En efecto, a la fecha, de acuerdo con los propios registros del SEA, se reconocen las siguientes guías como vigentes[66]:

[66] Para mayor información, dichas guías pueden ser revisadas en www.sea.gob.cl/guias-para-la-evaluacion-de-impacto-ambiental [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

Tabla n.° 3
Guías para la evaluación del impacto ambiental por año

Año	Cantidad de guías dictadas
2004	1
2005	1
2009	1
2012	3
2013	2
2014	5
2015	1
2016	1
2017	8
2018	3
2019	5
2020	5
2021	5
2022	6
2023	11
2024	4
2025	3
Total	65

Fuente: Elaboración propia.

Como se aprecia, sumado a los cincuenta y un instructivos, se cuenta, además, con sesenta y cinco guías de trámite para apoyar la evaluación ambiental en diversos aspectos sustantivos, generando una regulación cada vez más espesa sobre asuntos variados y de compleja comprensión.

Ambos instrumentos (instructivos y guías), han generado, así, un quiebre con la unidad formal de los instrumentos tradicionales de regulación ambiental (ley y reglamento), generando una masa confusa, cuyo orden y estructura de comprensión ha quedado al arbitrio del intérprete de turno (funcionario, titular de proyecto, ciudadano observante u opositor, jueces, entre otros), siendo, a la vez, un medio formal para difundir la agenda de implementación de la legislación, cuyo cumplimiento precisamente le cabe al propio SEA.

Si bien estas guías pretenden estandarizar criterios, requisitos, trámites, técnicas y procedimientos de carácter ambiental para el correcto cumplimiento de la regulación ambiental que rige el SEIA, lo que se ha traducido en dos ins-

tructivos explicativos del propio SEA en este ámbito[67], la inspiración de dichas guías, según el propio SEA, descansa en los principios preventivos, precautorio y de responsabilidad ambiental, los que informan el ejercicio de la potestad que se invoca para la dictación de las guías referenciadas.

Por último, a los cincuenta y un instructivos y sesenta y cinco guías, se suman, también, los criterios de evaluación ambiental que el SEA ha fijado. Tal como evidencia la siguiente tabla, existen otros veintiséis criterios adicionales para considerar cada vez que se evalúa un proyecto o actividad en el SEIA[68]:

Tabla n.° 4
Criterios para la evaluación del impacto ambiental por año

Año	Cantidad de criterios dictados
2021	1
2022	10
2023	8
2024	5
2025	2
Total	26

Fuente: Elaboración propia.

Si uno suma los instructivos, guías y criterios, se obtienen 142 instrumentos al margen de la ley y el reglamento, lo que, sumado a los dictámenes de la CGR y las sentencias de la Corte Suprema, hace de la certeza jurídica en la toma de decisiones, algo improbable y difícil de asegurar. Se trata, finalmente, de un ejercicio que se manifiesta, por parte del SEA, en una potestad que, en la práctica es normativa (aunque no debiera serlo), con efectos verticales e internos (se expresa de manera jerárquica dentro del SEA) y horizontales y externos (ya que son oponibles a personas naturales y jurídicas –privadas y públicas– ajenas a dicho servicio).

Por eso, al revisar el último instructivo sobre aplicación de las guías de evaluación ambiental, de 30 de julio de 2024, el SEA es enfático al indicar que "deberá exigirse la aplicación de guías y criterios en los procesos de evaluación ambiental [...]"[69], pudiendo, su aplicación, en particular sus contenidos, ser uti-

[67] Servicio de Evaluación Ambiental (2023) y (2024).

[68] Para mayor información, dichos criterios pueden ser revisadas en www.sea.gob.cl/criterios-de-evaluacion-en-el-seia [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

[69] Servicio de Evaluación Ambiental (2024) p. 4.

lizados para "dotar de debida fundamentación" el término anticipado del proyecto o para justificar, entre otros antecedentes, el rechazo de un proyecto o actividad[70], sin perjuicio de su aplicabilidad cada caso, como debe ser.

IV.2. La facultad de la discordia: art. 81 literal d) de la LBGMA

La disposición que sostiene jurídicamente este fenómeno, es el art. 81 literal d) de la Ley n.° 19300. Dicha norma, habilita al SEA a:

> "Uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite".

Esta atribución materializa la potestad interpretativa del SEA, la que, en palabras de Iván Hunter:

> "permite dirigir la actividad de la Administración ambiental, indicándole al titular la información relevante y suficiente que debe agregar al procedimiento; [y] a su vez, facilita la evaluación por parte de los órganos sectoriales con competencia ambiental y del mismo SEA"[71].

No obstante, se debe tener presente que esa interpretación:

> "no es vinculante ni tampoco tiene necesariamente el poder de persuadir a otro poder del Estado, ya que, como lo dispone la ley, también puede ser modificada total o parcialmente, al ser un acto cuya revocación total o parcial está siempre permitida en la medida que no afecte derechos de terceros"[72].

Se trata de una potestad habilitante, pero dada por la ley y no por la C*onstitución*, la que se radica en manos de una autoridad inferior al Presidente de la República, distinta de la atribución exclusiva que le otorga la Carta Fundamental sobre esta materia en su art. 32 n.° 6[73]. Se trata de actos que, al emanar del ejercicio de

[70] Servicio de Evaluación Ambiental (2024) pp. 5-6.

[71] Hunter (2023) p. 263.

[72] Carrasco (2025) p. 349.

[73] Sobre este punto, Aldunate (2009) pp. 374-375, es particularmente crítico, al señalar: "[…] la ley no puede otorgar competencias regulatorias a órganos que quedan fuera del campo de acción jurídica del Presidente, al menos en términos de jerarquía, entendida esta como potestad de instrucción", concluyendo: "[…] las leyes que otorgan facultades regulatorias a entes que no

esta potestad, no hacen más que expresar la jerarquía administrativa del órgano de la Administración del Estado del cual emanan, los que, en principio, no debiesen agregar nada nuevo al derecho, ni tampoco conferir o lesionar derechos o intereses de terceros[74]. En una posición distinta, Enrique Silva indicaba que la habilitación de la potestad normativa, que cuando la ley entrega:

> "[...] generalmente a los jefes de los servicios de la Administración Pública la atribución de dictar decretos o resoluciones sobre materias de su competencia o que digan relación con el personal de sus respectivos servicios"[75],

lo que no sería:

> "otra cosa que derivaciones de la facultad del Presidente de la República, que se entrega a sus subordinados a fin de hacer posible una administración pública activa y diligente"[76].

Por su parte, si bien la jurisprudencia ha reconocido la utilidad de estos instrumentos, señalando que la autoridad ambiental puede analizar y ponderar impactos usando el contenido de guías-trámite[77], así como incluso, descartar impactos interregionales en función de ellas[78], también ha vuelto sobre la idea de que se trata de herramientas infralegales que fijan marcos referenciales –y que, entonces, se sujetan a la reserva del art. 19 n.° 8 de la C*onstitución*–, indicando que los titulares de un proyecto o actividad podrán prescindir de la metodología que una guía establezca para determinar impactos o riesgos ambientales, sin que ello configure una ilegalidad, siempre que se justifique dicha presidencia y la metodología propuesta[79]. Esto, naturalmente, entra en tensión con otra potestad del propio SEA, consistente en la "administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (art. 81 literal a) de la LGBMA), lo que refuerza la competencia ya citada en cuanto a la potestad para uniformar trámites, exi-

cuentan con habilitación constitucional de potestad normativa, y que presentan autonomía jurídica respecto del Presidente de la República, alteran facultades constitucionalmente entregadas al mismo y son, en consecuencia, inconstitucionales". En un sentido similar, a propósito de una resolución exenta de la Dirección General de Aguas (DGA), véase Vergara (2009) p. 10.

[74] Contraloría General de la República (3/4/2009) Dictamen n.° 17367; Contraloría General de la República (6/8/2008) Dictamen n° 36.737; Contraloría General de la República (28/11/2006) Dictamen n.° 56.835; Contraloría General de la República (1998) Dictamen n.° 45.522; entre otros.

[75] Silva (1996) pp. 250-251.

[76] *Op. cit*.

[77] Tercer Tribunal Ambiental (2/12/22) rol R-1-2021, c. 79.

[78] Segundo Tribunal Ambiental (30/6/2023) rol R-282-2021, c. 33 y 34.

[79] Tercer Tribunal Ambiental (1/9/2022) rol R-35-2020, c. 75.

gencias y procedimientos de carácter ambiental, los que, en el ámbito de la administración amplia, no hace más que fortalecer esa posición, pese a los reparos que la CGR ya hizo en su oportunidad a la extinta Comisión Nacional del Medio Ambiente al dictar un instructivo que se inmiscuía en las competencias del gobierno regional de Coquimbo, indicando que sus potestades de administración del SEIA también estaban sujetas a límites[80].

En síntesis, la que hemos denominado como la "facultad de la discordia", habilita al SEA –a través de su potestad interpretativa y de administración–, a unificar diversos aspectos de la evaluación ambiental[81]. No obstante, y aun cuando estos criterios han recibido cierto reconocimiento administrativo y judicial, no se debe olvidar que se trata de instrumentos cuya elaboración y posterior aplicación está sometida a lo que el legislador –y el debate legislativo– ya haya establecido, razón por la cual su observancia y utilización, según la propia jurisprudencia ambiental, no es necesariamente obligatoria, pese a la exigencia misma que el SEA hace de estos instrumentos a la hora de administrar el SEIA.

IV.3. Debate abierto

De lo documentado, se evidencia que los instructivos, guías y criterios exceden, en general, "la buena marcha y funcionamiento del servicio sobre las bases del principio de eficiencia y eficacia en la actuación de los órganos públicos"[82]. Sin perjuicio que el objetivo de este trabajo no es analizar la magnitud en la que dichos instrumentos han excedido, o no, el mandato legal especifico del art. 81 literal d) ya citado (habría que hacer un análisis caso a caso), lo cierto es que los alcances y profundidades de cada uno varían de forma radical, pues sus efectos alcanzan, en su gran mayoría, a destinatarios ajenos a la Administración del Estado, tales como los ciudadanos que participan en el SEIA muchas veces con intereses con-

[80] Contraloría General de la República (13/7/2011) Dictamen n° 44.299.

[81] Es importante indicar que una potestad similar está también dispersas en otros órganos de la Administración del Estado, tales como lo dispuesto en el art. 3.° literal s) de la Ley n.° 20417, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (2010); el art. 49 literal m) de la Ley n.° 20529 del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización (2011); el art. 2.° literal b) de la Ley n.° 16395, que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social (1966), agregado por la Ley n.° 20691, que Crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, Fortalece el Rol de la Superintendencia de Seguridad Social y actualiza sus Atribuciones y Funciones (2013), entre otras. Por su parte, Guzmán (2014) indicaba que a 2014 se habían creado cerca de veinte potestades interpretativas en el ordenamiento jurídico chileno, faltando "un modelo concreto o pauta de diseño para esta potestad, al que se sometieran los casos progresivamente establecidos a lo largo del tiempo; así que puede decirse que la figura ha resultado implantada de manera inorgánica y empírica", p. 55.

[82] Cordero (2019) p. 290.

trapuestos (titulares y observantes) y que, de no seguir su órdenes (instructivos) o lineamientos (criterios y guías), puede dar lugar a consecuencias desfavorables para ellos, especialmente en ámbitos sensibles de la evaluación ambiental y en componentes específicos como el agua, el aire, el suelo, la biodiversidad o el territorio, los que, si bien pueden no tener regulaciones legales suficientemente claras, se recurre de manera frecuente a guías para llenar sus vacíos.

Son, en buenas cuentas, instrumentos de diversa densidad regulatoria, los que, como recuerda Juan Alfonso Santamaría:

> "el primer y principal problema que plantean [...] radica en la extrema polivalencia que estos términos poseen, que, en la práctica, son utilizados como vehículos de heterogéneos contenidos"[83],

pero que, al contener mandatos imperativos, vinculan a destinatarios externos a la Administración del Estado e innovan en algunas materias de la evaluación ambiental que no están reguladas, operando, en la práctica, como reglamentos. Pero, sin el control político interno (Consejo de Ministros) y externo (toma de razón por parte de la CGR); ciudadano (participación ciudadana o audiencias públicas) y judicial, tanto constitucional (TC) como legal (tribunales ambientales), a los que sí están sujetos los principales reglamentos que emanan de la propia institucionalidad ambiental.

Lo expuesto es problemático, ya que, al haber muchas guías, criterios e instructivos técnicos, la ley y el reglamento pierden relevancia y determinación, fragmentándose la regulación del SEIA en instrumentos cambiantes, que no entregan la certeza técnica y jurídica que dicen otorgar. Sin embargo, esto es aún más complejo, pues se introducen nuevos requerimientos técnicos sin que los actores afectados (funcionarios públicos, inversionistas, comunidades, consultores y ciudadanos) estén preparados para ello, cuando, incluso, la evaluación ambiental ya comenzó. De hecho, para el propio Luis Cordero, las circulares e instrucciones:

> "[...] solo pueden tener por finalidad un tratamiento doméstico del derecho público aplicable a los regulados con la finalidad de difundir o explicar la aplicación de la ley y los criterios del organismo respectivo (circulares) o a los funcionarios como órdenes de buen servicio (instrucciones), pero no pueden constituir por sí mismo fuente de deberes para los ciudadanos, pues esas están reservadas a la ley y el reglamento (derecho objetivo)"[84].

[83] Santamaría (1991) pp. 727-728.
[84] Cordero (2015) p. 162.

El hecho que el último instructivo referido a las guías de evaluación ambiental disponga que se entenderán vigentes desde la publicación de un extracto de estas en el *Diario Oficial*[85], da cuenta de que, pese a no ser normas propiamente tales, requieren, al menos, un margen de publicidad para hacerlas exigibles, pese a la ausencia de control político, ciudadano y judicial que estos instrumentos tienen.

Si bien el SEA indica en su último instructivo que las guías son objeto de "permanentes diálogos"[86], que se recibieron observaciones por parte de "distintos actores que participan del SEIA"[87], que se pueden ir teniendo "múltiples variaciones según el tipo observaciones que se vayan recibiendo de quienes intervienen"[88] y que se mantendrán canales de "comunicación abiertos con el público para recibir consultas y comentarios tanto respecto de las guías y documentos de criterios de evaluación publicados"[89], lo cierto es que, a la fecha, no constan procesos participativos respecto de la guías, donde pueda haber evidencia de la participación de distintos interesados. En otras palabras, no consta que el Convenio de Escazú, en dos de sus pilares fundamentales (acceso a la información y el derecho a la participación de las decisiones ambientales) esté siendo aplicado en este tipo de instrumentos, donde hay precisamente decisiones que afectan derechos de terceros y en particular al ambiente. Es más, parece no estar siendo aplicado el "Plan de implementación para el Acuerdo de Escazú 2024-2030"[90], cuyo objetivo es convertirse en la guía para avanzar de manera progresiva y continua en mejorar los estándares de los derechos de acceso en Chile y en el desarrollo de acciones que garanticen un ejercicio seguro para todas las personas que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales.

Lo señalado cobra relevancia precisamente a raíz del reciente dictamen de la CGR, en la que se pronunció respecto de varias circulares en la DGA, ordenando dejar sin efecto o corregir varias de ellas debido a que, si bien la Dirección General de Aguas está facultada para emitir, a través de circulares, normas e instrucciones vinculadas con los aspectos de su competencia, ella:

> "carece de facultades interpretativas de efectos generales, al ejercer las referidas atribuciones debe limitarse a fijar la forma de aplicar en la

[85] Servicio de Evaluación Ambiental (2024) p. 4.

[86] *Op. cit*. p. 2.

[87] *Op. cit*. p. 3.

[88] *Op. cit*. p. 4

[89] *Ibid*.

[90] Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2024/04/Plan-Nacional-de-implementacion-participativa-del-Acuerdo-de-Escazu-Chile-2024-2030.pdf [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

práctica la normativa legal y reglamentaria, sin que por esa vía pueda alterar ese marco regulatorio"[91].

De hecho, si uno revisa lo que ha sido la evolución con la que la autoridad ambiental ha ido haciendo más exigente la aplicación de guías, instructivos y criterios en el marco de la evaluación ambiental, se aprecia un crecimiento exponencial en la exigencia de estas, donde, desde el año 2015 en adelante, la intensidad en su aplicación ha sido sustantivamente creciente.

Es decir, en diez años, la aplicación de estos instrumentos no solo ha proliferado en cantidad, sino que, también, su exigencia se ha casi multiplicado por cinco en la última década, confirmando que su aplicación, en los hechos, no ha sido meramente indicativa o sugerida, sino que se ha transformado, con los años, en parte esencial de la evaluación ambiental de proyectos en el SEIA.

Un antecedente que confirma que la discusión en torno a la aplicabilidad y los efectos jurídicos de estos instrumentos infralegales –específicamente las guías– es contingente y relevante, es la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa rol n.° 218-2024. Mediante dicho fallo, el máximo tribunal acogió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, anulándola, y pronunciándose expresamente sobre el valor jurídico de las guías en el marco del SEIA, en particular, sobre la "Guía para la descripción del Área de Influencia"[92].

Lo relevante del fallo, es que la Corte Suprema reconoce, de forma explícita, que las guías del SEA no contienen parámetros obligatorios para los titulares que sometan sus proyectos o actividades al SEIA, siempre que ellos se aparten de su contenido, acompañando la información técnica correspondiente. Sumado a ello, el tribunal señala que si el administrado decide –de forma voluntaria– seguir los lineamientos técnicos de la guía para la elaboración de su DIA o EIA, luego, dichos criterios serán obligatorios para la Administración al momento de pronunciarse, operando, entonces, el principio de confianza legítima en

[91] Contraloría General de la República (20/8/2024) Dictamen n.° E529150N24. Posición similar había manifestado el ente de control a propósito de las atribuciones de la Superintendencia de Casinos (Contraloría General de la República (6/8/2008) Dictamen n.° 36.737); la Subsecretaria de Salud Pública (Contraloría General de la República (29/6/2007) Dictamen n.° 29.554) y la Subsecretaria de Transporte (Contraloría General de la República (23/10/2015) Dictamen n.° 84.409). Por su parte, el máximo tribunal de la república ha dispuesto, en el marco de la competencia de las circulares, lo siguiente: "Debe advertirse que cuando la circular excede a una medida de orden interno sobre la forma de organizar el trabajo al interior del servicio afectando a los particulares que se relacionan con la Administración, conteniendo normativa, se podría estar frente a un reglamento no obstante la forma de circular o instrucción, debiendo en dicho evento el tribunal efectuar la verificación de si la autoridad contaba o no con dicha potestad reglamentaria", Corte Suprema (11/8/2015) rol n.° 6363-2015, c. 7.

[92] Servicio de Evaluación Ambiental (2017).

favor del particular. De esta manera, la guía, al ser reconocida voluntariamente por el administrado como el marco de referencia técnico, se transforma en un estándar vinculante y obligatorio para la autoridad ambiental[93].

Este razonamiento evidencia hasta qué punto estas herramientas infrajurídicas han adquirido un papel preponderante dentro de la evaluación de proyectos, siendo determinantes no solo para aprobar o rechazar la calificación de un proyecto, sino, además, son determinantes en una contienda judicial, en que la propia Corte Suprema define su sentido y alcance. Su obligatoriedad, ya no solo es unidireccional –desde la Administración, hacia los titulares–, sino que opera, también, en sentido inverso, desde los tribunales hacia los propios órganos administrativos. De este modo, el fenómeno deslegalizatorio podría estar entrando en una nueva etapa, donde las guías ya no solo obligan a los administrados, sino que a los órganos que las elaboraron, en tanto son un elemento configurador de un principio tan relevante, como lo es el de la confianza legítima, consolidando un sistema en que normas que carecen de rango legal, producen efectos jurídicos como sí lo tuvieran en la medida que la Administración decida no aplicarlas.

IV.4. Perspectivas futuras

La tendencia descrita da cuenta que en Chile muchas exigencias del SEIA no están solo en la ley o el reglamento, sino en guías, criterios, instructivos y órdenes técnicas que se publican de manera frecuente, renuevan y aplican según tipología de proyecto, etapa, componente, entre otras. Esta deslegalización parcial ha ido delimitando el marco general y muchos deberes específicos que hoy se encuadran en un ámbito inferior al reglamento, no siendo una materia que haya sido parte de la discusión tanto de la Ley n.° 21770, que establece una Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales e Introduce Modificaciones a los Cuerpos Legales que indica. Tampoco, en la reforma legal al SEIA, denominada "Evaluación ambiental 2.0", actualmente en tramitación (*Boletín* n.° 16552-12), parece haber un diagnóstico respecto del fenómeno que se ha desarrollado.

No obstante, lo descrito ya ha sido revisado preliminarmente por la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (CNEP), que analizó la carga regulatoria que han enfrentado las RCA en los últimos nueve años[94]. Mediante inteligencia artificial, la investigación procesó 1336 RCA de proyectos de minería y energía aprobados entre 2015 y 2024, concluyendo que, en el año 2015 un proyecto de inversión enfrentaba noventa obligaciones en promedio, mien-

[93] Corte Suprema (29/12/2025) rol n.° 218-2024, c. 6.

[94] Disponible en https://cnep.cl/carga-regulatoria-ambiental-2025/ [fecha de consulta: 31 de diciembre 2025].

tras que en el año 2024 dicha cifra llegó a doscientos cincuenta. En lo referido a lo que se analiza, se identificaron más de doscientas veinte mil obligaciones fiscalizables, con una tendencia sostenida al alza en el número promedio de obligaciones por proyecto durante la última década.

Asimismo, un 63 % de las obligaciones tiene un origen normativo explícito, mientras que el 37 % restante corresponde a condiciones específicas de la RCA o a compromisos voluntarios. Es decir, más de $^1/_3$ de las exigencias no proviene de normas explícitas, cumpliendo las guías y criterios descritos un papel que no puede ser subestimado.

Por lo anterior, el problema que hemos descrito cuenta con antecedentes relevantes en su consideración: en nuestro derecho no existe un procedimiento para la dictación de regulaciones administrativas, ni menos para instructivos, criterios y guías. Simplemente, en materia de evaluación ambiental, el SEA cuenta con una atribución para uniformar diversos ítems de la evaluación ambiental, pero no con un procedimiento que lo estructure y delimite, cobrando relevancia lo sostenido por Felipe Jiménez y Samuel Tschorne, en cuanto a que se requiere un nuevo modelo para ello, con un estatuto general, no importando el área regulatoria que permita definir como dictar nuevas normas administrativas[95]. Esto, reforzado en el ámbito del SEIA, con una buena administración ambiental general[96], es indispensable en un procedimiento que permita que cualquier decisión en esta instancia pueda efectivamente ser legítima (política y socialmente); consistente en el tiempo y con las situaciones que resuelve (trato similar ante situaciones análogas); en extremo motivada; neutral en cuanto a las partes y los destinatarios (Administración del Estado, titulares y comunidades); y, robusta en transparencia y confrontación de ideas u observaciones antagónicas (participativa), con una debida ponderación de todos los antecedentes[97], no descartándose, además, el control judicial pertinente. En otras palabras, debe evitarse que este tipo de regulaciones queden inmunes y que, por medio de ellas, se distorsione el ejercicio de una potestad discrecional, ya que su fisonomía e identidad que los distingue seguirá cumpliendo un papel central en la regulación del SEIA, pues su crecimiento ha sido exponencial. Será, entonces, indispensable consensuar un estándar que permita que la atribución del SEA se ejerza sin invadir los marcos de la ley, por medio de una competencia doméstica o de precisión de contenidos técnicos, que no pueda, bajo ningún evento, generar normas nuevas en el ordenamiento jurídico. Ello, como apunta Luis Cordero, obliga a preguntarse si los organismos administrativos legítimamente pueden o no disponer de atribuciones de este tipo, pues el legislador las suele

[95] Jimenez y Tschorne (2025).

[96] Véase Ponce (2009) p. 81 y ss.

[97] Edly (1990) p. 14 y ss.

entregar con habitualidad y bajo una gran cantidad de denominaciones, siendo relevante definir el estándar de tales atribuciones[98], pudiendo la CGR cumplir un papel en tal sentido.

Conclusiones

A partir de lo desarrollado en el presente trabajo, es posible advertir que el equilibrio sobre el cual históricamente se estructuró el derecho ambiental chileno –creación democrática de normas y ejecución técnica de estas por parte de la Administración del Estado–, se ha visto progresivamente deformado, producto de una intensa actividad de parte del SEA, a través de la dictación de normas infrajurídicas. El modelo clásico de colaboración ley – reglamento, concebido como expresión del principio de legalidad ambiental –cuyo origen es constitucional–, ha sido desplazado por una praxis administrativa expansiva, que diluye los límites entre crear, ejecutar y aplicar el derecho, volviendo cada vez más difícil la distinción de estas tres actividades.

Amparado en el art. 81 literal d) de la LBGMA, el Servicio de Evaluación Ambiental ha desplegado una intensa producción de guías-trámite, instructivos y criterios de aplicación general que, pese a carecer de rango normativo, han terminado operando como si lo tuvieran, imponiendo exigencias a titulares, observantes, la Administración e, incluso, los tribunales al momento de ejercer el control jurisdiccional. Estos instrumentos, que formalmente se presentan como directrices u orientaciones, en la práctica, funcionan como estándares de cumplimiento exigibles, condicionando la obtención de una RCA y desplazando, con ello, el centro de la regulación ambiental, hacia espacios que no cuentan con legitimidad democrática –no forman parte del proceso legislativo, ni tampoco consideran instancias de participación ciudadana– y que, además, son inmunes a los diversos mecanismos de control que existen en nuestro sistema jurídico.

Dicha expansión infrajurídica no solo tensiona la reserva legal ambiental fijada en el art. 19 n.° 8 de la C*onstitución*, sino que, también, desestabiliza el sistema de frenos y contrapesos de nuestro ordenamiento jurídico, al concentrar en la Administración un poder normativo que no tiene ni le corresponde y que escapa, por cierto, de los mecanismos clásicos de control (toma de razón de la CGR, revisión administrativa y control judicial directo). La deslegalización del SEIA, más que reflejar una técnica regulatoria eficiente, es la demostración de una erosión progresiva y directa del principio de legalidad ambiental y de la separación de funciones que debe existir entre quien legisla y quien ejecuta aquello que el Congreso Nacional dispuso.

[98] Cordero (2015) p. 162.

Redirigir la legalidad ambiental a lo que, originalmente, fue el espíritu del constituyente a través del ya referido art. 19 n.° 8, y de la LBGMA, exige que la ley fije lo esencial de la regulación; que el reglamento se limite a ejecutar lo estatuido por el legislador mediante el proceso de deliberación democrática; y que todos aquellos instrumentos infralegales derivados de la potestad interpretativa del SEA se limiten a "uniformar" criterios, siguiendo al art. 81 literal d) de la LBGMA, bajo un rol meramente referencial, sin que sean fuentes de obligaciones ni restricciones de derechos. De este modo, se podrá fortalecer la confianza en la institucionalidad ambiental y entregar certeza jurídica a quienes realizan importantes inversiones económicas en nuestro país, reconduciendo, hacia un nuevo y más seguro horizonte, la evaluación ambiental en Chile.

Bibliografía

Aldunate, Eduardo (2009): "La distribución de potestades normativas en la Constitución: Potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 33, n.° 2: pp. 371-390.

Bermúdez, Jorge (2000): "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), n.° xxi: pp. 9-25.

Bermúdez, Jorge (2015): *Fundamentos del derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

Bordalí, Andrés (2019): *Litigación ambiental* (Santiago, Thomson Reuters).

Carmona, Carlos (2001): "Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control", *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, n.° 3.

Carrasco (2018): *Sistema de evaluación de impacto ambiental. Análisis y resolución de casos prácticos* (Santiago, DER Ediciones).

Carrasco, Edesio (2020): *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectiva, evolución y estándares jurisprudenciales* (Santiago, DER Ediciones).

Carrasco, Edesio (2025): *Los jueces como reguladores ambientales. Cómo la Corte Suprema modeló la evaluación y fiscalización ambiental (1994-2024)* (Santiago: DER Ediciones).

Cea, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, tomo ii (Santiago: Ediciones UC, tercera edición).

Cordero, Eduardo (2019): "Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional". *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), año 25, n.° 1: pp. 285-334.

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

Edly, Christopher (1990): *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy* (Yale University Press).

Evans, Enrique (1993); "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Su real alcance", *Temas de Derecho* (Universidad Gabriela Mistral), año viii, n.° 1: pp. 79-87.

Garrido, Fernando (1994): *Tratado de derecho administrativo* (Madrid, Tecnos).

Gómez, Rosa (2016): "Rol e importancia de las leyes de bases en el derecho administrativo chileno", *Revista de Derecho*, vol. xxix, n.° 2.

Guillof, Matías (2010): "Coordinación sin sesgos: la regulación en la nueva institucionalidad ambiental", en Durán, Valentina *et al.* (eds), *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago: Legal Publishing Chile).

Guillof, Matías (2011): "El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2", *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), año 18, n.° 1: pp. 147-169.

Guillof, Matías (2011): "Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa", *Anuario Derecho Público*" (Universidad Diego Portales): pp. 231-242.

Guzmán, Rodrigo (2012): *Derecho ambiental chileno* (Santiago, Editorial Planeta Sostenible).

Guzmán, Alejandro (2014): *la interpretación administrativa en el derecho chileno* (Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters).

Hunter, Iván (2023): *Derecho ambiental chileno*, tomo i (Santiago, DER Ediciones).

Irarrázabal, Ricardo (2023): Claves regulatorias ambientales reforma a la Ley N° 19.300 Boletín 16.552-12. Programa de Derecho y Medio Ambiente, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

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", en *Temas de Actualidad: Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*.

Lavín, Julio (1998): "Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, n.° 1: pp. 175-203.

Leppe, Juan Pablo (2011): "Reglamentos ambientales", *Justicia Ambiental*, año iii: pp. 107-114.

Jiménez, Guillermo y Tschorne, Samuel (2025): "Dictación de normas administrativas: Hacia un nuevo modelo de procedimiento", *Revista de Derecho Administrativo*, n.° 41: pp. 45-61.

Ponce, Juli (2009): "El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración", *Revista de Derecho Administrativo*, n.° 9: pp. 77-94.

Santamaría, Juan Alfonso (1991): *Fundamentos de derecho administrativo* (Madrid, Ramón Areces).

Silva, Enrique (1996): *Derecho administrativo chileno y comprado. Introducción y fuentes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Soto, Eduardo (1992); "Comentario a la Sentencia de 22 de junio de 1992 de la Corte de Apelaciones de Copiapó (Callejas Molina y otro con Compañía Minera del Pacífico S.A.)", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIX, n.° 3, secc. 5: pp. 382-384.

Vergara, Alejandro (2009): "Los actos administrativos de orden interno. El caso del Manual de procedimiento para la Administración de recursos hídricos de la Dirección General de Aguas", *Actas de las XXXIX Jornadas de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Derecho UC) pp. 733-741.

Jurisprudencia

Contraloría General de la República (1998): Dictamen n.° 45.522 de 9 de septiembre de 1998.

Contraloría General de la República (2006): Dictamen n.° 56.835 de 28 de noviembre de 2006.

Contraloría General de la República (2007): Dictamen n.° 29.554 de 29 de junio de 2007.

Contraloría General de la República (2008): Dictamen n.° 36.737 de 6 de agosto de 2008.

Contraloría General de la República (2009): Dictamen n.° 17.367 de 3 de abril de 2009.

Contraloría General de la República (2011): Dictamen n° 44.299 de 13 de julio de 2011.

Contraloría General de la República (2015): Dictamen n.° 84.409. de 23 de octubre de 2015.

Contraloría General de la República (2024): Dictamen n.° E529150N24 de 20 de agosto de 2024.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2008): rol n.° 302-2007 de 7 de marzo de 2008.

Corte Suprema (2015): rol n.° 6363-2015.0 de 11 de agosto de 2015.

Corte Suprema (2017): rol n.° 3.682-2017 de 20 de diciembre de 2017.

Corte Suprema (2017): rol n.° 18.341-2017 de 27 de diciembre de 2017.

Corte Suprema (2023): rol n.° 149.171-2020 de 26 de mayo de 2023.

Corte Suprema (2025): rol n.° 218-2024 de 29 de diciembre de 2025.

Segundo Tribunal Ambiental (2023): rol R-282-2021 de 30 de junio de 2023.

Tercer Tribunal Ambiental (2022): rol R-35-2020 de 1 de septiembre de 2022.

Tercer Tribunal Ambiental (2022): rol R- 1- 2021 de 2 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional (1994): rol n.° 185-1994 de 28 de febrero de 1994.

Tribunal Constitucional (2001): rol n.° 325-2001 de 26 de junio de 2001.

Tribunal Constitucional (2007): rol n.° 577-2006 de 26 de abril de 2007.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2644-2014 de 27 de enero de 2015.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2684-2014 de 10 de septiembre de 2015

Tribunal Constitucional (2016): rol n.° 2884-2015 de 28 de julio de 2016.

Tribunal Constitucional (2023): rol n.° 13.610-2022 de 12 de octubre de 2023.

Tribunal Constitucional (2023): rol n.° 13.626-2022, de 26 de octubre de 2023.

Normas

Ley n.° 16395, Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, 28 de enero de 1966.

Ley n.° 19300, de Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Ley n.° 19880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Ley n.° 20417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

Ley n.° 20529, Sistema Nacional de Aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, 27 de agosto de 2011.

Ley n.° 20600, que Crea los Tribunales Ambientales, 28 de junio de 2012.

Ley n.° 20691, Que Crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, Fortalece el Rol de la Superintendencia de Seguridad Social y Actualiza sus Atribuciones y Funciones, 14 de octubre de 2013.

Ley n.° 20780, Reforma Tributaria que Modifica el Sistema de Tributación de la Renta e Introduce Diversos Ajustes en el Sistema Tributario, 29 de septiembre de 2014.

Ley n.° 20920, Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, 1 de junio de 2016.

Ley n.° 21100, Prohíbe la Entrega de Bolsas Plásticas de Comercio en Todo el Territorio Nacional, 3 de agosto de 2018.

Ley n.° 21202, Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objetivo de Proteger los Humedales Urbanos, 23 de enero de 2020.

Ley n.° 21455, Ley Marco de Cambio Climático, 13 de junio de 2022.

Ley n.° 21600, Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, 6 de septiembre de 2023.

Otros documentos

AA.VV. (2025): *Con permiso para crecer. 30 propuestas para destrabar la inversión en Chile*. Disponible en https://horizontalchile.cl/assets/uploads/2025/06/Con-permiso-para-crecer-Horizontal.pdf [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2025].

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1976): "Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 186ª, celebrada en martes 9 de marzo de 1976". Disponible en www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/60446 [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2025].

Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (2025): "Uso de inteligencia artificial para la caracterización de la carga regulatoria ambiental de proyectos en desarrollo". Disponible en https://cnep.cl/wp-content/uploads/2025/10/Informe-Carga-Regulatoria-Ambiental.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2025].

Ministerio del Medio Ambiente (2024): "Plan Nacional de Implementación Participativa del Acuerdo de Escazú 2024-2030". Disponible en https://mma.gob.cl/wpcontent/uploads/ 2024/04/Plan-Nacional-de-implementacion-participativa-del-Acuerdo-de-Escazu-Chile-2024-2030.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2025].

Muñoz-Kappes, Catalina (2025): "Gobernar por... guía: Instructivos del SEA se multi plican y se complejiza la tramitación ambiental de inversiones", *El Mercurio*, Santiago, 6 de septiembre de 2025.

Servicio de Evaluación Ambiental: "Instructivos para la evaluación del impacto ambiental". Disponible en www.sea.gob.cl/instructivos-para-la-evaluacion-del-impacto-ambiental [fecha de consulta: 3 de octubre de 2025].

Servicio de Evaluación Ambiental: "Criterios de evaluación en el SEIA". Disponible en www.sea.gob.cl/criterios-de-evaluacion-en-el-seia [fecha de consulta: 3 de octubre de 2025].

Servicio de Evaluación Ambiental (2014): *Guía de evaluación de impacto ambiental. Reasentamiento de comunidades humanas*. Disponible en www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2025].

Servicio de Evaluación Ambiental (2017): *Guía de la descripción del área de influencia*. Disponible en www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/06/30/14314web_area_de_influencia.pdf [fecha de consulta: 2 de enero de 2026].

Servicio de Evaluación Ambiental (2023): "Imparte Instrucciones sobre la aplicabilidad de las guías y criterios de evaluación publicados por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental". Disponible en www.sea.gob.cl/instructivos-para-la-evaluacion-del-impacto-ambiental [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2025].

Servicio de Evaluación Ambiental (2024): "Deja sin efecto y complementa instrucciones sobre la aplicabilidad de las guías y criterios de evaluación publicados por la Di-

rección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental". Disponible en www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2024/07/31/Actualización%20instructivo%20aplicabilidad%20guías%20y%20criterios%20de%20evaluación.pdf [fecha de consulta: 3 de octubre de 2025].

SOSTENIBILIDAD Y EMPRESA: DECISIONES DE TRIBUNALES AMBIENTALES Y EL CASO DOMINGA

SUSTAINABILITY AND BUSINESS: ENVIRONMENTAL COURT DECISIONS AND DOMINGA CASE

Raúl F. Campusano Droguett[*]
Carlos Claussen Calvo[**]

Resumen: El presente artículo aborda la naturaleza jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales en Chile, en procedimientos de reclamación ambiental, analizando su efecto de cosa juzgada y la manera en que la jurisprudencia lo ha aplicado, todo ello considerando los antecedentes surgidos durante la tramitación de uno de los casos ambientales más emblemáticos de nuestro sistema, como es el del proyecto minero-portuario "Dominga", en la comuna de La Higuera, IV Región del país. Se aborda, asimismo, el análisis de los efectos jurídicos de los actos administrativos dictados en contravención a tales sentencias, excediendo su naturaleza contencioso-administrativo ambiental.

Palabras clave: proyecto Dominga, sentencia definitiva, procedimientos ambientales, competencia ambiental, contencioso administrativo, tribunales ambientales, justicia ambiental.

[*] Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director Posgrados Derecho UDD. Director académico del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

[**] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho de Minería de la Universidad de Atacama. Magister en Derecho Ambiental Universidad del Desarrollo. Profesor en el Programa de Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Es autor de publicaciones especializadas en derecho minero. exsecretario general de la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI) y actual director de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI). Correo electrónico: carlos@claussenyvelasco.cl

Abstract: This article addresses the legal nature of judgments issued by environmental courts in Chile in environmental claim proceedings, analyzing their res judicata effect and how it has been applied by case law. This takes into account the background information that arose during the processing of one of the most emblematic environmental cases in our system, that of the "Dominga" mining-port project in the municipality of La Higuera, in the country's fourth region. It also addresses the analysis of the legal effects of administrative acts issued in violation of such judgments, abusing their environmental contentious-administrative nature.

Keywords: Dominga Project, final judgment, environmental procedures, environmental jurisdiction, administrative litigation, environmental courts, environmental justice.

Introducción

La sostenibilidad y su relación con la empresa tiene diversas expresiones. Una de ellas es la ambiental. Desde la perspectiva del derecho, la sostenibilidad ambiental se relaciona, *inter alia*, con el cumplimiento de las leyes aplicables, los procedimientos establecidos y el cumplimiento de las sentencias de los tribunales competentes. En este texto se analizará la naturaleza jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales en Chile en procedimientos de reclamación ambiental, analizando su efecto de cosa juzgada y la manera en que la jurisprudencia lo ha aplicado, tomando como caso de análisis el proyecto Dominga.

Con la dictación de la Ley n.° 20417 (LOSMA), en el año 2010, la institucionalidad administrativa ambiental en Chile experimentó una significativa evolución al crear dicha ley el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, señalándose en el mensaje de dicha ley que –después de catorce años de la dictación de la Ley n.° 19300– era posible formular algunas críticas a ese diseño, una de las cuales tenía relación con "la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica"[1]. Dos años más tarde, en el año 2012, se dictó la Ley n.° 20600 (LTTAA), que creó los Tribunales Ambientales –órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema– señalándose en el mensaje respectivo que,

[1] Historia de la Ley n.° 20417, 1. "Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados 1.1. Mensaje". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/ [fecha de consulta: 9 de octubre de 2025].

para encontrar un punto de equilibrio entre la eficacia de la potestad administrativa y la garantía de un debido proceso, debían existir jueces que cumplieran un papel esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático y en la protección de los derechos de las personas, "para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador"[2].

Pese a los propósitos expresados por el Poder Ejecutivo en esos mensajes legislativos, durante la tramitación ambiental del proyecto minero-portuario Dominga se han dictado actos administrativos de connotación más bien política y no técnica, que han trascendido a lo jurídico y han generado tensiones, no solo durante la tramitación en sede administrativa de la evaluación ambiental, sino que, y en lo que nos centraremos en este trabajo, en sede jurisdiccional, particularmente en la intervención del Comité de Ministros en la cúspide del proceso de evaluación, que motivó las sentencias de reclamación dictadas por el Tribunal Ambiental, como así también en la fase de cumplimiento forzoso de la sentencia que resolvió tales reclamaciones.

I. Antecedentes procesales del proyecto Dominga

El proyecto Dominga ingresó a evaluación ambiental el año 2013 a través de un estudio de impacto ambiental, presentado ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, el cual –luego de un largo proceso de evaluación– recomendó aprobar el proyecto en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) en el año 2017. La Comisión Regional de Evaluación (COEVA) de Coquimbo, sin embargo, lo rechazó ese mismo año[3], con un empate entre sus doce integrantes, dirimiendo el Intendente, dando inicio así a un largo proceso judicial, que aún perdura.

Contra dicha RCA se presentaron cinco recursos de reclamación administrativos, uno por parte del titular y cuatro por parte de observantes PAC, pronunciándose el Comité de Ministros el 13 de octubre de 2017[4], rechazando el recurso deducido por el titular y acogiendo parcialmente los recursos de los observantes PAC. Contra esta resolución el titular presentó una reclamación judicial ante el Primer Tribunal Ambiental, la que fue resuelta por sentencia de 27 de abril de 2018, que acogió la reclamación por aspectos procesales, anuló la

[2] Historia de la Ley n.° 20600, p. 6. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4429/ [fecha de consulta: 9 de octubre de 2025].

[3] Durante el segundo mandato de la presidenta Michelle Bachelet.

[4] *Ibid*.

resolución reclamada y ordenó retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental hasta la etapa posterior a la dictación del ICE[5]. Contra la sentencia del Primer Tribunal Ambiental se presentaron, luego, cinco recursos de casación en la forma y en el fondo, y un recurso de casación en el fondo, solo por parte de terceros coadyuvantes e independientes de las partes. Los recursos fueron resueltos por la Corte Suprema con fecha 26 de septiembre de 2019, acogiendo tres de los recursos de casación interpuestos, anulando la sentencia del tribunal ambiental y ordenando a este volver a conocer y decidir el fondo del asunto debatido:

> "vinculado a las materias respecto de las cuales se omitió pronunciamiento, esto es, el carácter completo de los antecedentes del proyecto y la estricta evaluación ambiental del mismo y la refutación de los antecedentes técnicos esgrimidos por el Comité de Ministros para rechazar el proyecto Dominga"[6].

En cumplimiento de ello, el Primer Tribunal Ambiental dictó una nueva sentencia con fecha 16 de abril de 2021 sobre el fondo de la litis, acogiendo la reclamación del titular y ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la fase posterior a la dictación del ICE. Contra dicha sentencia se dedujeron tres recursos de casación en la forma y en el fondo, y un recurso de casación en el fondo solo por parte de terceros, todos los cuales fueron rechazados por la Corte Suprema con fecha 18 de mayo de 2022[7].

---

[5] Primer Tribunal Ambiental (27/4/2018) rol n.° 1-2017. El fallo se fundó en vicios procedimentales que contendría la resolución del Comité de Ministros; cuestionamientos a la fundamentación de algunos votos de los integrantes del Comité de Ministros y falta de oportunidad para que el titular pudiera pronunciarse sobre ciertas materias.

[6] Corte Suprema (26/9/2019) sentencia rol CS n.°12907-2018. Los recursos de nulidad de fondo fueron acogidos fundando la CS, entre otros argumentos, en la infracción del art. 29 de la Ley n.° 19300, infringiendo el principio de participación ciudadana (considerando 28.°); en la infracción del art. 20 de la Ley n.° 19300, considerando que los informes solicitados por el Comité de Ministros a los organismos sectoriales fueron solicitados, sin que la ley exija un plazo de antelación mínima (considerando 41.°); en la infracción de los arts. 11, 41 de la Ley n.° 19880 y 20 de la Ley n.° 19300, considerando que el tribunal ambiental erró al considerar que al acto impugnado le faltaba motivación; infracción de los arts. 10 de la Ley n.° 19880 y 1, 20, 29 y 30 bis de la Ley n.° 19300, al errar el tribunal ambiental en establecer que el Comité de Ministros vulneró el principio de contradictoriedad y congruencia (considerando 57.°); y por haber vulnerado el principio de igualdad ante la ley (considerando 60.°).

[7] Corte Suprema (18/5/2022) sentencia rol CS n.° 36.972-2021. El rechazo de los recursos se fundó en "que no se está ante una sentencia definitiva que pueda ser revisable por esta Corte, pues la recurrida no establece una decisión final en el proceso de evaluación ambiental sobre que recae sino, al contrario, deja pendiente su resolución a la autoridad administrativa" (considerando 17.°).

Conforme con ello, con fecha 24 de agosto de 2021[8] se llevó a cabo una nueva calificación ambiental por parte de la COEVA, que decidió calificar el proyecto como ambientalmente favorable. En contra de esa RCA se presentaron veintiséis recursos de reclamación administrativa, doce de ellos admitidos a trámite, las que con fecha 29 de junio de 2023[9] fueron acogidos por el Comité de Ministros, el cual calificó desfavorablemente el proyecto.

Contra esta última resolución del Comité de Ministros el titular presentó una nueva reclamación ante el Primer Tribunal Ambiental, el cual acogió esa reclamación, declarando nula la resolución y el Acuerdo del Comité de Ministros, y ordenando a este último dictar una nueva resolución que se debía pronunciar respecto de las reclamaciones deducidas en contra de la RCA que calificó favorablemente el proyecto, en conformidad con lo establecido en la parte considerativa del mismo fallo, señalando que dichas causales no fueron objeto de la litis[10].

En contra de esa sentencia del año 2024, el SEA y doce terceros presentaron recursos de casación ante la Corte Suprema, todos los cuales fueron declarados inadmisibles por sentencia de 16 de septiembre de 2025[11].

Estando pendiente la resolución de dichos recursos de casación (que no suspendían la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Ambiental), y ante el incumplimiento por parte de la Administración de lo ordenado en la sentencia, el titular del proyecto inició la gestión de cumplimiento incidental forzoso, en el cual la Administración –sin desconocer la procedencia de esa gestión, sino confirmándola– opuso excepción de pago, fundándola en haber dado cumplimiento a la sentencia mediante la dictación, por parte del Comité de Ministros, de una nueva resolución, que analizó causales que no fueron parte de la controversia ante el Tribunal Ambiental y le sirvieron de fundamento para decidir una nueva calificación negativa del proyecto. Dicha oposición fue resuelta por el Tribunal Ambiental por sentencia de 17 de febrero de 2025, quien, si bien acogió de manera parcial la excepción de pago opuesta por el SEA –considerando que la resolución dictada por el Comité de Ministros cumplió parcialmente la sentencia al rechazar las reclamaciones PAC e incorporar dos compromisos ambientales voluntarios– declaró a renglón seguido que las causales de rechazo del proyecto acogidas por dicho Comité de Ministros

[8] Esto es, durante el segundo mandato del presidente Sebastián Piñera.

[9] Durante el mandato del presidente Gabriel Boric.

[10] Tribunal (9/12/2024) sentencia rol R-95-2023.

[11] Corte Suprema (16/9/2025) sentencia rol CS n° 61.461-2024. Los recursos fueron declarados inadmisibles porque "la resolución objetada, desde el punto de vista procesal, no reviste la naturaleza jurídica de ninguna de aquellas a cuyo respecto la ley concede el recurso de casación, puesto que, desde luego, no es una sentencia definitiva; así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación" (considerando 7.°).

> "excedieron lo dispuesto por el Tribunal, circunstancia que constituye un incumplimiento a la sentencia dictada en esta causa, en tanto se refiere a materias que no fueron objeto de control, las cuales no pueden ser añadidas en sede de cumplimiento de un fallo judicial" (considerando 69.°).

Dicha sentencia ordenó, consecuencialmente, a la dirección ejecutiva del SEA, en su calidad de secretaría técnica del CM, complementar la resolución del CM, dando estricto cumplimiento a la sentencia definitiva. En contra de dicha sentencia el SEA y un tercero interpusieron recursos de apelación, los que a la fecha de este trabajo aún no se resuelven[12].

II. Naturaleza jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales en un proceso de reclamación

El análisis acerca de la naturaleza jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales, si bien está marcado por el carácter especializado de estos órganos jurisdiccionales y la materia eminentemente contencioso-administrativa que ellos resuelven, permite, más bien exige, que ello se haga también desde una óptica procesalista, pues de ello deriva una importante consecuencia práctica, cuál es su sistema recursivo, el que dependerá de las materias que con tales sentencias se resuelvan, esto es, de la competencia que ejerzan en cada caso.

La competencia de dichos tribunales ambientales se encuentra señalada, de una manera genérica, en el art. 1 de la LTTA, el cual –tras definirlos como órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema– agrega que su función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento. Más específicamente, el art. 17 de la misma ley regula esa competencia, dividiéndola entre aquellos asuntos propiamente contencioso-administrativos, dentro de las cuales están aquella que se dirigen al conocimiento de reclamaciones y las que se enfocan hacia la autorización de medidas administrativas; y las de daño ambiental, que se relacionan al conocimiento y fallo de las acciones de daño y reparación ambiental[13]. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional estima que la norma del art. 17 no es de carácter taxativo, fundado en el tenor del numeral 8 del referido art. 17 –aquel referido a las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un

[12] Corte de Apelaciones de Antofagasta (2025) rol ambiental n.° 2-2025.
[13] Retamal (2024) p. 76.

procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental– aplicando el principio de acceso a la justicia consagrado en el ámbito regional en el Acuerdo de Escazú[14].

La LTTA no contiene norma alguna que establezca una clasificación de las distintas resoluciones que dicten los tribunales ambientales en ejercicio de su competencia y solo se limita a utilizar –en el art. 26, que trata sobre "recursos"– la denominación genérica de "resoluciones" y la específica de "sentencia definitiva", en tres ocasiones seguidas. También la LTTA se refiere a las "sentencias definitivas" en otros artículos del mismo párrafo 2.°. Ello resulta coherente con la normativa, pues a los procedimientos establecidos en esa ley, además de aplicársele las disposiciones pertinentes de la misma, también se les aplican supletoriamente las disposiciones contenidas en los libros I y II del *Código de Procedimiento Civil*, conforme lo dispone el art. 47 de la LTTA. Como se sabe, dentro del libro I del *Código de Procedimiento Civil* está el título XVII, que trata sobre las "Resoluciones judiciales", estableciendo su art. 158 cuatro tipos de resoluciones judiciales: sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos, de las cuales, como se vio, la LTTA solo utiliza la nomenclatura de "sentencia definitiva", la que es definida por aquella norma procesal como aquella "que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio".

Si bien la LTTA se refiere, como se dijo, en repetidas ocasiones a la "sentencia definitiva" (arts. 19, 21, 23, 46 y particularmente en el art. 26), no lo hace específicamente en la norma que se refiere a la sentencia que "acoge la acción" de reclamación judicial (art. 30), denominándola lacónicamente allí solo como "sentencia", determinando su extensión y límites, determinando que ella resuelve la controversia. No obstante ese silencio legislativo, la doctrina no ha dudado en denominar a esa sentencia como "definitiva"[15].

Así, la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales se ha dado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de una manera indirecta, y solo con ocasión del análisis del régimen recursivo en contra de ellas. Sobre ello, Iván Hunter comenta que el diseño institucional previsto por el legislador ha experimentado "ciertos ajustes interpretativos relevantes"[16] a partir de una línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema referida al régimen recursivo contenido en la LTTA, al considerar esta que ciertas resoluciones dictadas por los tribunales ambientales, pese a recaer sobre actos administrativos terminales, no serían sentencias definitivas si no abordan el fondo de la controversia, lo que podría implicar una eventual

[14] Dorta y König (2025) p. 132.
[15] Bermúdez (2015) p. 545.
[16] Hunter (2025a).

infracción al art. 8 del Pacto de Escazú en lo sucesivo. Al respecto, Ariel Espinoza[17] señala que con esa interpretación la Corte Suprema no estaría entrando al fondo de los asuntos ambientales, devolviendo los antecedentes sin pronunciarse, bajo el argumento de que el proceso no ha terminado, generando un "loop permanente", donde las causas quedan en una suerte de limbo procesal[18]. Y esa denegación de acceso a la justicia afecta a una ingente proporción de causas ambientales, pues –como señala Ximena Insunza[19] del total de mil veinte reclamaciones ambientales que ha ingresado a los tribunales ambientales desde su creación en 2012 hasta 2025, cerca del 50 % han concluido en sentencias y de ese total, se han interpuesto recursos de casación en aproximadamente la mitad de los casos, existiendo una tendencia creciente, en los últimos tres años, de aumento en la cantidad de recursos de casación declarados inadmisibles por la Corte Suprema, en términos que en lo que va del año 2025 ya se ha alcanzado el mismo número de inadmisibilidades que durante todo el año 2024.

El argumento principal de la Corte Suprema para declarar esas inadmisibilidades ha sido que el art. 26 de la LTTA circunscribe la procedencia del recurso de casación a infracciones de ley o vulneraciones procesales graves, incorporando la exigencia de que el acto administrativo impugnado debe ser "terminal", y si no lo es, la sentencia que resuelve la reclamación en su contra no tendría el carácter de "definitiva". Tal criterio ha sido invocado también, como lo destaca Iván Hunter[20], en casos en que se rechazan las reclamaciones fundado en falta de legitimación activa de los reclamantes, aunque ello ponga término al proceso de evaluación. Pero aún más, la Corte Suprema no solo ha exigido ese carácter "terminal" a los actos reclamados para admitir los recursos de casación, sino, también, a aquellos otros ordenados por los tribunales ambientales en ejercicio de su función anulatoria y decisoria, considerando que en tales casos no aborda el "fondo de la controversia".

Así, *v.gr.*, en la causa rol n.° 197.254-2023 la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación intentados en contra de la sentencia de tribunal ambiental que acogió una reclamación en contra de una resolución de la dirección ejecutiva del SEA, anulándola y retrotrayendo el proceso de evaluación ambiental al momento anterior a la dictación del ICSARA, señalando que dicha sentencia no era definitiva, pues:

> "aunque se ha puesto término a los reclamos que se dedujeron ante el Segundo Tribunal Ambiental, la decisión emanada de este organismo jurisdiccional no pone término al procedimiento de calificación am-

[17] Espinoza (2025).

[18] Ariel Espinoza es jefe de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente.

[19] Insunza (2025)

[20] Hunter (2025a).

> biental, por lo que no es una decisión que corresponda sea revisada por esta Corte Suprema"[21].

En este caso, los actos administrativos reclamados eran claramente "terminales" dentro del proceso de evaluación ambiental –ya que pusieron fin a dicha evaluación, rechazando las reclamaciones en contra de la Resolución de Calificación Ambiental de la COEVA del Maule, que calificó ambientalmente favorable el proyecto respectivo– y fue la sentencia del tribunal ambiental –al acoger parcialmente la reclamación, anulándola y retrotrayendo el proceso al momento anterior a la dictación del ICSARA complementario– quien reabrió el proceso de evaluación sin que ello haya significado que la "instancia" de la reclamación hubiese quedado sin resolver. Igual criterio sigue en las causas roles n.°s 38.889-2017, 21.265-2019, 24.001-2019, 23.085-2018, 28.886-2019, 27.083-2019, 44081-2020, 4.222-2021, 10.332-2023.

Tratándose del proyecto Dominga, de las tres oportunidades en que se ha recurrido de casación ante la Corte Suprema, solo en una de ellas el máximo tribunal acogió los recursos (aquellos interpuestos por terceros opositores al proyecto), a pesar de que la sentencia del tribunal ambiental recurrida se encontraba en la misma situación de las sentencias antes citadas, esto es, fue acogida la reclamación y anulada la resolución reclamada, ordenando retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental hasta la etapa posterior a la dictación del ICE (rol n.° 12907-2018). En las otras dos oportunidades la Corte Suprema retomó su doctrina, declarando, en el primer caso (rol n.° 36.972-2021):

> "que no se está ante una sentencia definitiva que pueda ser revisable por esta Corte, pues la recurrida no establece una decisión final en el proceso de evaluación ambiental sobre que recae sino, al contrario, deja pendiente su resolución a la autoridad administrativa",

pese a haber entrado al conocimiento del recurso y, por ende, entenderlo implícitamente admisible y, en el otro caso (rol CS n.° 61.461-2024), que:

> "la sentencia impugnada no ha resuelto confirmar ni revocar lo decidido por el Comité de Ministros, sino anular dicha decisión, ordenando un nuevo pronunciamiento del órgano recurrido, de modo que no ha resuelto la cuestión o asunto objeto del juicio, ni ha puesto fin a la instancia"

(/)

> "la resolución objetada, desde el punto de vista procesal, no reviste la naturaleza jurídica de ninguna de aquellas a cuyo respecto la ley con-

[21] Corte Suprema (13/3/2024) sentencia rol CS n.° 197.254-2023.

> cede el recurso de casación, puesto que, desde luego, no es una sentencia definitiva; así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación",

sin considerar que las sentencias de reclamación lo son en "única instancia", no pudiendo jamás ser "confirmadas" o "revocadas", ya que ese es el efecto propio de una revisión a través de un recurso de apelación.

El criterio sostenido por la Corte Suprema, además de no ser uniforme, es, a nuestro juicio, jurídicamente erróneo, pues al negar la condición de "sentencia definitiva" a aquellas sentencias de tribunales ambientales que resuelven las reclamaciones ambientales la Corte ha confundido gravemente la "instancia" contenciosa administrativa que termina con la sentencia que resuelve dichas reclamaciones (las que se inician con una demanda de reclamación que contiene sus "peticiones concretas", conforme al art. 27 de la LTTA) con aquella otra "instancia" administrativa que corresponde al procedimiento de evaluación ambiental global que se inicia con la presentación de una declaración de impacto ambiental o un estudio de impacto ambiental, conforme al art. 9 de la Ley n.° 19300. La condición de asunto contencioso-administrativo que tienen los procedimientos de reclamación tramitados ante los tribunales ambientales no modifica su naturaleza jurisdiccional, los cuales deben sujetarse al ordenamiento jurídico-jurisdiccional general, cualquiera sea su naturaleza, debiendo conocer de los asuntos que la normativa ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, conforme lo dispone el art. 108 del *Código Orgánico de Tribunales*. Así, en una reclamación ambiental la "cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio" –repitiendo la expresión utilizada en el art. 158 del *CPC* para definir las "sentencias definitivas"– no es la evaluación ambiental integral del proyecto respectivo, que solo compete a las autoridades administrativas señaladas en la ley, sino que es aquella que se configura con la "acción de reclamación" que se ejerce ante los tribunales ambientales, por una parte, y el informe del órgano público que emitió el acto impugnado, por otra, conforme lo señala expresamente el art. 27 de la LTTA. Los tribunales ambientales son solo una parte de un sistema heterocompositivo de solución de controversias específicas que se dan dentro de dicha tramitación global, pero cuya actuación no puede ni pretende substituir la evaluación ambiental global del proyecto respectivo que compete a las autoridades administrativas.

Contribuye a esa conclusión el tenor del art. 30 de la LTTA, al disponer que la sentencia que acoja la acción:

> "deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada",

lo que marca una significativa diferencia con las sentencias definitivas que resuelven otro tipo de materias, pues en aquellas su contenido específico puede ser tanto anulatorio como modificatorio. La sentencia que, al acoger una reclamación y anular parcialmente el acto administrativo reclamado, dispone su modificación por parte de la administración dentro del proceso de evaluación, no reemplaza procesalmente dicho acto administrativo recurrido –el que sigue constituyendo "la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio"– sino que lo mantiene, siendo su anulación y la orden de su reemplazo el efecto natural de acoger la reclamación respectiva. En todos aquellos casos la sentencia dictada por el tribunal ambiental tendrá el carácter de "definitiva", pues pondrá fin a la instancia única de reclamación, sin que la calificación del acto administrativo ordenado emitir, entre "terminal" o "trámite", tenga el efecto de afectar la cuestión o asunto sometido a la competencia del tribunal ambiental.

Por lo demás, debe considerarse que el inciso tercero del art. 26 de la LTTA[22] dispone que, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los tribunales ambientales (establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9) y 10) del art. 17), "procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil", sin agregar ninguna otra condición, de manera que no le cabe al intérprete distinguir entre aquellas sentencias que permiten que el procedimiento de evaluación ambiental continúe con aquellas que no, pues en ambos casos el tribunal ambiental competente resolverá la "cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio".

El problema generado por el criterio de la Corte Suprema ya comentado llevó a que en el año 2021 se generara una moción parlamentaria por parte de los senadores Juan Ignacio Latorre, Matías Walker y la exsenadora Isabel Allende (*Boletín* n.° 16.204-12), el cual a la fecha de este informe se encuentra en segundo trámite constitucional, que propone modificar el art. 26 de la LTTA, eliminando la palabra 'definitiva' señalada a continuación de 'sentencia' en tres ocasiones en el actual texto de dicho artículo, a fin de evitar la aplicación de ese criterio y, principalmente, extender la competencia de la Corte Suprema a todas aquellas materias de competencia de los tribunales ambientales, con la sola excepción de aquellas relacionadas con la autorización de medidas provisionales. En el actual trámite legislativo, el jefe de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente, abogado Ariel Espinoza, señaló que la eliminación de la expresión "sentencia definitiva" en el art. 26 no era una cuestión meramente formal, sino que respondía a una necesidad práctica dentro del funcionamiento del sistema de justicia ambiental, pues en la actualidad existe un problema

[22] Existe un proyecto de modificación del art. 26 de la LTTA, actualmente en segundo trámite constitucional y primero reglamentario.

creciente relacionado con ciertas resoluciones dictadas por los tribunales ambientales:

> "ya que en varios casos, estos tribunales emiten sentencias que contienen mandatos dirigidos a la administración, como ordenar la retroacción del procedimiento administrativo, la dictación de un nuevo acto, o su modificación. No obstante, si una de las partes no está de acuerdo con ese mandato, no puede acudir a la Corte Suprema, ya que esta última interpreta que dichas sentencias no son 'definitivas' en los términos que exige el Código de Procedimiento Civil. Por ello, simplemente no conoce del recurso".

Conforme a lo anterior, en nuestra opinión, las sentencias dictadas por los tribunales ambientales que resuelven reclamaciones ambientales tienen, indudablemente, el carácter de "definitiva", en el sentido señalado en el art. 158 del *CPC*, pues pone fin a esa instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, determinado por la acción deducida y el informe del organismo administrativo que dictó el acto impugnado, conforme lo dispone el art. 27 de la LTTA.

Una situación distinta es lo que ocurre tratándose de sentencias dictadas por tribunales ambientales que resuelven oposiciones a los cumplimientos incidentales de las sentencias sobre reclamaciones, pues en este caso la sala constitucional (tercera) de la Corte Suprema ha señalado sistemática y uniformemente durante la última década que ellas no tienen el carácter de definitivas, sino de interlocutorias que no ponen término al juicio ni hacen imposible su continuación y que, conforme a ello, a su respecto no procede el recurso de casación (sentencias roles n.^{os} 13.979-2013, 26.523-2014, 92.835-2016, 10.074-2019, 19.902-2022, 162.177-2022, 210.241-2023 y 60.216-2024).

III. Efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales en un proceso de reclamación

Durante la tramitación del proyecto Dominga se dieron dos instancias de discusión acerca del efecto de "cosa juzgada" de las sentencias dictadas por el tribunal ambiental, ambas conectadas con resoluciones dictadas por el Comité de Ministros que no respetaron las sentencias dictadas previamente por el tribunal ambiental: una dictada en el año 2023, que resolviendo reclamaciones administrativas, calificó de forma desfavorable el proyecto, sin considerar los criterios técnicos contenidos en la sentencia previa del año 2021 y, la otra, dictada en el año 2025, que pretendió dar cumplimiento a la sentencia dictada por

el tribunal ambiental en el año 2024, rechazando reclamaciones administrativas interpuestas, pero incorporando dos compromisos ambientales voluntarios que no fueron parte del proceso de evaluación y que le sirvieron de fundamento para, de nuevo, calificar negativamente el proyecto.

En la primera discusión sobre este tema, la titular del proyecto fundó su reclamación en que la resolución del Comité de Ministros no respetó el efecto de cosa juzgada que emanaba de la sentencia dictada por el mismo tribunal ambiental con fecha 16 de abril de 2021 –que acogió la reclamación del titular y ordenó retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a la fase posterior a la dictación del ICE–, ya que los argumentos técnicos utilizados por dicho órgano administrativo para rechazar el proyecto contrariaban los criterios técnicos y jurídicos que fueron establecidos por el tribunal en parte considerativa de dicha sentencia (considerandos 1.° a 194.°), los que debían ser igualmente cumplidos por la autoridad, pues la sentencia correspondía a un acto procesal complejo e indivisible. Durante la tramitación de dicha reclamación, se acompañaron informes en derecho de los exministros de la Corte Suprema Pedro Pierry y Carlos Künsemüller, quienes sostuvieron que las sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada son obligatorias y vinculantes para la Administra-ción, la cual no puede dictar un nuevo acto en contrario a lo establecido en dichas sentencias, ya que esto implicaría inmunidad para la autoridad. Para fundamentar la posición contraria, la reclamada acompañó informe en derecho de Jonatan Valenzuela y Flavia Carbonell, en el que se argumenta que los tribunales ambientales no administran ni reemplazan a la Administración, estándoles vedado determinar el contenido discrecional del acto impugnado.

Resolviendo la controversia, la sentencia del tribunal ambiental de fecha 9 de diciembre de 2024 determinó claramente el efecto de la "cosa juzgada" de su sentencia anterior, declarando lo siguiente:

> "Vigésimo primero: [...] la extensión del control judicial de los tribunales ambientales sobre el actuar de la administración, desde su origen, fue concebido como uno de carácter amplio, sobre todos los elementos del acto administrativo, incluyendo los aspectos técnicos, fundada en la importancia del rol de los jueces como contrapeso en el sistema democrático y como garantía de tutela judicial efectiva"

(/)

> "[...] los informes en derecho de los exministros de la Excma. Corte Suprema Pierry y Künsemüller aciertan al destacar la importancia del control judicial de la actuación administrativa en el Estado de Derecho, tanto para velar por el cumplimiento de la legalidad como para tutelar los derechos de los ciudadanos [...]

(/)

> "[...] que el control judicial que realiza esta judicatura, conforme con lo previsto en la Ley N° 20.600 y la historia fidedigna de su establecimiento, es de carácter intenso, cuyo alcance se extiende tanto al ejercicio de potestades regladas como discrecionales, e incluye la revisión de los elementos técnicos necesarios para cumplir con exigencias legales o reglamentarias [...]"

(/)

> "[...] una vez que se ha ejercido jurisdicción sobre el acto administrativo cuya revisión judicial ha sido requerida, la Administración debe ajustarse necesariamente a lo establecido por la judicatura, sin apartarse de lo determinado en la sentencia. Una interpretación contraria haría que el control judicial careciera de sentido, ya que no se podría garantizar que el nuevo acto se ajuste a derecho conforme a lo dispuesto por la judicatura. Además, se frustraría la tutela judicial efectiva otorgada por la sentencia al afectado"[23].

La segunda oportunidad en que se abordó el tema fue durante la etapa de cumplimiento incidental de la sentencia, en que el SEA se opuso al mismo, alegando, en primer término, que las normas sobre cumplimiento incidental establecidas en el título XIX del libro I del *CPC* no eran aplicables a las sentencias dictadas por tribunales ambientales y, en subsidio, que el Comité de Ministros había cumplido con la sentencia definitiva al haber emitido una resolución exenta que se pronunció sobre el proyecto, introduciendo dos nuevas causales de rechazo, no reclamadas administrativamente de manera previa; oponiendo la excepción de pago de la obligación. La titular del proyecto señaló que ello excedía el contenido de la sentencia dictada por el tribunal ambiental cuyo cumplimiento incidental se había ordenado por el mismo tribunal, contrariando el instituto de la cosa juzgada, que opera tanto en el ámbito del derecho administrativo como en el contencioso administrativo. Agregó la titular que la cosa juzgada administrativa implicaba que determinado asunto decidido en la vía administrativa no podía sufrir modificaciones en esta misma vía administrativa, se agotaba, siendo posible solo modificarla por vía jurisdiccional, quien ejerce el control de legalidad del órgano jurisdiccional; acompañando "informe en derecho" del académico Javier Couso, que respaldaba su tesis.

Resolviendo esta nueva controversia, el tribunal ambiental, a través de sentencia de fecha 17 de febrero de 2025 determinó claramente el efecto de la "cosa juzgada" de su sentencia anterior, declarando lo siguiente:

[23] Esta sentencia se encuentra firme, al haber la Corte Suprema declarado inadmisibles los recursos de casación deducidos en su contra por sentencia de fecha 16 de septiembre de 2025, rol CS n.° 61.461-2024

"*Vigésimo noveno.* De lo expuesto en los considerandos precedentes, este Tribunal colige que sentencias dictadas por los tribunales ambientales en el marco de un contencioso administrativo, tienen fuerza vinculante y obligan a la Administración a adoptar las medidas necesarias para su efectivo cumplimiento, de manera que el mecanismo de cumplimiento incidental es una vía idónea para asegurar ello, sin que sea necesario iniciar un nuevo proceso judicial. En efecto, la ejecución de una sentencia –como en el caso de autos, una que causa ejecutoria– es el mecanismo idóneo para verificar que se observe el cumplimiento de lo mandato por el Tribunal Ambiental y garantice la protección de los derechos reconocidos en ella, evitando dilaciones innecesarias o reiteración de controversias ya resueltas.

Ello tiene sentido, considerado que, tal como se indicó en el considerando duodécimo, a los tribunales ambientales se les encuentra vedado sustituir a la Administración en la toma de una decisión, cobrando relevancia, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de sus sentencias, la posibilidad de que se pueda exigir su cumplimiento, así como permitir que estos puedan verificar si la Administración cumplió efectivamente lo resuelto a través de una sentencia definitiva.

De hecho, si el Tribunal no exige su cumplimiento, la Administración podría, a su sola discreción o voluntad, perseverar en su actuación original, convirtiendo la sentencia dictada en autos en un mero testimonio. Esta circunstancia comprometería el sentido de la tutela judicial efectiva, haciendo ineficaz las potestades jurisdiccionales otorgadas a los Tribunales Ambientales y pondría en entredicho la efectividad práctica de sus sentencias.

Trigésimo. Como corolario de lo anterior, es importante señalar que reabrir la discusión sobre cuestiones decididas mediante un fallo definitivo, a través de un nuevo procedimiento contencioso administrativo, sería contrario al principio de cosa juzgada, afectando no solo la estabilidad del ordenamiento jurídico, sino también la seguridad jurídica, generando una carga a los administrados de reclamar judicialmente cada vez que la Administración incumpla un fallo de un tribunal ambiental"[24].

Esta discusión sobre el alcance de la cosa juzgada en materia contenciosa administrativa ambiental es inédita en los procesos tramitados ante nuestros tribunales ambientales, siendo, además de novedosa, de la mayor relevancia jurídica. En definitiva, se trata de precisar, dentro del procedimiento contencioso administrativo ambiental chileno, lo que la doctrina ha denominado la "identidad

[24] Esta sentencia del Primer Tribunal Ambiental fue apelada y se encuentra pendiente de resolver ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol ambiental n.° 2-2025

objetiva de la cosa juzgada", la que se estima no puede configurarse de una simple comparación literal entre lo fallado con anterioridad y la causa pedir y el petitum de lo solicitado, habiendo señalado Andrés de la Oliva que "por imperativo lógico, la cosa juzgada comprende lo que esté implícita, pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquella puede contener"[25].

Al respecto, Iván Hunter[26] señala que en el derecho comparado se ha elaborado la teoría de la *cosa juzgada implícita o virtual*, conforme a la cual la cosa juzgada produce efectos extensivos, y abarca no solo aquellos motivos de ilegalidad que fueron efectivamente invocados y resueltos en los recursos administrativos y judiciales, sino, además, todos aquellos que pudieron ser alegados y esgrimidos y no lo fueron, de manera tal que el pronunciamiento judicial no solo cubriría lo efectivamente deducido y resuelto por el tribunal, sino, además, todo aquello que pudo hacerse valer en las instancias anteriores, aunque no se haya hecho; siendo razonable entender que la cosa juzgada produce un importante efecto preclusivo sobre la argumentación jurídica, científica y técnica.

En materia civil, la jurisprudencia chilena ha desarrollado el concepto de "cosa juzgada extendida", cuya premisa es que la cosa juzgada impide que se dicte una nueva decisión sobre una materia ya debatida y resuelta por un fallo firme entre sujetos determinados, para lo cual sus efectos no se limitan a lo que fue expresamente discutido y decidido, sino que también abarcan lo que pudo y debió haberse alegado en el proceso anterior. Aplica, así, el brocardo de origen italiano de que la cosa juzgada cubre tanto lo deducido como lo deducible ("Il giudicato copre el dedotto e il deducibile")[27].

Parece acertado lo resuelto por el Primer Tribunal Ambiental en este caso sobre los alcances de la cosa juzgada de las sentencias dictadas por los tribunales ambientales, ya que, efectivamente, lo contrario significaría que la autoridad tendría una licencia de corso para eludir el cumplimiento de lo resuelto jurisdiccionalmente por dichos tribunales, dictando nuevos actos en contrario a lo establecido en las respectivas sentencias, otorgándole a dicha autoridad una inmunidad que la ley no le reconoce.

Conclusiones

1. Nuestra opinión es que las sentencias dictadas por los tribunales ambientales que resuelven reclamaciones ambientales tienen el carácter de "definitiva", en el sentido señalado en el art. 158 del *CPC*, pues pone

[25] De la Oliva (1991) p. 56.

[26] Hunter (2023), citando a Tapia (2000) pp. 156-157.

[27] Citada en Corte Suprema (3/2/2025), sentencia rol n.° 154546-2023.

fin a esa instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

2. La Corte Suprema ha hecho una errada interpretación del art. 26 de la LTTA, al exigir requisitos no establecidos en dicha norma para la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos en contra de las sentencias de reclamación ambiental.
3. Respecto del efecto de las sentencias definitivas firmes dictadas por los tribunales ambientales, estimamos que de ellas dimanan el efecto de la cosa juzgada tanto de manera directa como de manera "extendida", ya que la finalidad del legislador es impedir que se dicte una nueva decisión sobre una materia ya debatida y resuelta por un fallo firme, sin que sus efectos se limiten a lo expresamente discutido y decidido, sino también a todo aquello que pudo ser alegado y esgrimido en las instancias anteriores, aunque no se haya hecho.

Bibliografía

Bermúdez, Jorge (2015): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

De la Oliva Santos, Andrés (1991): *Sobre la cosa Juzgada* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

Dorta, Álvaro y König, Eduardo (2023): "Delimitación de la competencia del contencioso administrativo ambiental en la jurisprudencia de los tribunales ambientales", *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile), Núm. 39.

Espinoza, Ariel (2025): exposición ante la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, en sesiones de fechas 14 de abril, 12 de mayo, 4 de junio, y 23 de julio de 2025, sobre el proyecto que modifica la ley N° 20.600. En "Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el proyecto que modifica la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales, en materia de procedencia del recurso de apelación y casación en los casos que indica". *Boletín* n.° 16.204-12". Disponible en www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=84480&prmTipo=INFORME_COMISION [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Hunter, Iván (2025a): "Informe en Derecho", acompañado el 6 de enero de 2025 al proceso de evaluación ambiental del proyecto Dominga. Disponible en https://snifa.sma.gob.cl/General/Descargar/20612081437 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Hunter, Iván (2025b): "El régimen recursivo en la justicia ambiental especializada: riesgos para la coherencia y eficacia del sistema". Disponible en www.derecho.uach.cl/index.php/53-columnasdeopinion/4040-el-regimen-recursivo-en-la-justicia-ambiental-especializada-riesgos-para-la-coherencia-y-eficacia-del-sistema.html [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Insunza, Ximena (2025): exposición ante la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, en sesiones de fechas 14 de abril, 12 de mayo, 4 de junio, y 23 de julio de 2025, sobre el proyecto que modifica la ley N° 20.600, en "Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el proyecto que modifica la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales, en materia de procedencia del recurso de apelación y casación en los casos que indica", *Boletín* n.° 16.204-12. Disponible en www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=84480&prmTipo=INFORME_COMISION [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Couso, Javier: "Informe en Derecho", acompañado a la causa R-95-2023 del Primer Tribunal Ambiental, fojas 7514. Disponible en www.portaljudicial1ta.cl/sgc-web/ver-causa.html?rol=R-95-2023 [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Pierry, Pedro: Informe en Derecho "Sobre los límites de los actos administrativos ambientales discrecionales del Comité de Ministros", acompañado a la causa R-95-2023 del Primer Tribunal Ambiental, fojas 3823. Disponible en www.portaljudicial1ta.cl/sgc-web/ver-causa.html?rol=R-95-2023 [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

Retamal, Jorge (2024): *Los tribunales ambientales chilenos* (Santiago, Aranzadi).

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2025): rol ambiental n.° 2-2025 sin fecha de sentencia aún.

Corte Suprema (2019): rol CS n.° 12907-2018 de 26 de septiembre de 2019.

Corte Suprema (2022): rol CS n.° 36.972-2021 de 18 de mayo de 2022.

Corte Suprema (2024) sentencia rol CS n.º 197.254-2023. Ilustre Municipalidad de Teno con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental de 13 de marzo de 2024.

Corte Suprema (2025): rol n.° 154546-2023 de 3 de febrero de 2025.

Corte Suprema (2025): sentencia rol CS n.° 61.461-2024 de 16 de septiembre de 2025.

Primer Tribunal Ambiental (2018): rol n.° 1-2017 de 27 de abril de 2018.

PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE EN EL PROCEDIMIENTO AMBIENTAL

ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF CHILE IN THE ENVIRONMENTAL PROCEDURE

Jorge Roberto Retamal Valenzuela[*]

Resumen: El Tribunal Constitucional de Chile, en diversas ocasiones, se ha visto enfrentado a resolver controversias que han tenido que ver, de forma directa o indirecta, con fallos dictados por los tribunales ambientales chilenos. Se comentan ciertos fallos seleccionados por su relevancia, ya sea porque en ellos se refleja, o el papel de garante de la supremacía constitucional en la protección del entorno, o la constante tarea del Tribunal Constitucional de velar por la integridad del ordenamiento jurídico, en este caso en aspectos ambientales. Sobre la base los principios y doctrina contenida en dichos fallos, se analizan diversas instituciones procesales y ambientales a escala doctrinaria, diferenciándose así de un mero comentario jurisprudencial.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, tribunales ambientales, supremacía constitucional, ambiente, *Constitución Política*.

Abstract: The Constitutional Court of Chile has, on several occasions, faced the challenge of resolving controversies directly or indirectly related to rulings issued by Chilean environmental courts. This analysis examines certain rulings selected for their significance, either because they reflect the Court's role as guarantor of constitutional supremacy in environmental protection, or because

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica del Norte. Magister en Derecho Ambiental por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho Ambiental y la Sostenibilidad por la Universidad de Alicante, España. Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Valdivia. Correo electrónico: jorge.retamal@estudioretamal.cl ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9244-8694

they demonstrate the Constitutional Court's ongoing responsibility to ensure the integrity of the legal system, particularly in environmental matters. Based on the principles and doctrine contained in these rulings, the analysis examines various procedural and environmental institutions from a doctrinal perspective, thus distinguishing itself from a mere jurisprudential commentary.

Keywords: Constitutional Court, environmental courts, constitutional supremacy, environment, Political Constitution.

Introducción

El Tribunal Constitucional, en su historia reciente en el ordenamiento jurídico nacional, no ha estado exento de controversias en cuanto a su papel, donde muchas veces se le ha considerado una especie de "tercera cámara" revisora de proyectos de ley que han tenido ribetes de constitucionalidad cuestionable y, por otra parte, ha intervenido como censor o "árbitro" constitucional en causas judiciales en trámite, en las que se solicita que determinados preceptos legales no sean aplicados en el caso que se trate, debido al conflicto de su contenido con las normas de nuestra Carta Magna.

En materia ambiental no es la excepción, y en la segunda de las modalidades –control constitucional de preceptos legales aplicables en procesos judiciales abiertos– han existido oportunidades en las cuales el TC ha sido llamado a intervenir para que determinados preceptos y –por qué no– la interpretación de los mismos sea revisada para determinar su eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Se han elegido tres casos que, a criterio del autor, revisten interés académico por el tratamiento que el TC dio a aspectos de los procedimientos regulados por la Ley n.° 20600 que Creó los Tribunales Ambientales, en los cuales se refiere a aspectos tales como las normas reguladoras de la prueba, la correcta aplicación de los principios precautorio y preventivo y la soberanía –tal cual– de la Corte Suprema para interpretar el derecho ante los vacíos legales en busca de una solución a las controversias sometidas a su conocimiento.

Quizá llamará la atención del lector el hecho que este análisis no haya considerado uno de los casos más controversiales en los que el TC ha intervenido, relacionado con los tribunales ambientales, como lo es el cuestionamiento a las facultades del Comité de Ministros en relación con el caso del proyecto Dominga, destacado por los medios de comunicación y foros especializados en la materia. La razón para ello, se funda en que dicha controversia corresponde a un conflicto de distribución competencial de naturaleza administrativa, ajeno al foco procesal de este artículo, ya que apunta a establecer el deslinde de las atribu-

ciones de un componente de la institucionalidad ambiental, en cuanto a la manera de acatar lo adjudicado por la magistratura, asunto que a juicio de este autor corresponde a una disputa de carácter administrativista que se aleja del tema en análisis.

Hecha esta aclaración, a partir de las reflexiones seleccionadas del TC veremos ciertos aspectos procedimentales que, nacidos desde las instituciones jurídicas tradicionales, adquieren vida propia en la ritualidad de los tribunales ambientales para responder la siguiente interrogante: ¿de qué manera el TC ha contribuido a delimitar el alcance del debido proceso y la supremacía constitucional en el contexto de los procedimientos ambientales?

I. Desarrollo

Tal y como se ha expresado en la introducción, el TC ha tenido un papel importante como un intérprete y garante de la supremacía constitucional, y en materia ambiental no ha sido la excepción. Al ser la institucionalidad ambiental, y en especial el procedimiento ambiental relativamente jóvenes, la tentación a innovar en las instituciones jurídicas más tradicionales es muy fuerte, por lo que los ímpetus de renovación, si bien no están vedados, deben estar de la mano y a la sombra de las bases de cada una de ellas para, desde dicha "cabeza de playa", "internarse hacia el continente" sin perder de vista el vínculo inicial, cuidando así que no se desnaturalice su esencia, o que no se afecten las garantías fundamentales de los derechos de las personas o del debido proceso, en el camino a solucionar los conflictos de intereses en una nueva judicatura.

Este respeto debe ser primordial. El punto de partida y piedra angular son los derechos de las personas garantidos en la C*onstitución Política de la República de Chile*, que en este ámbito se traducen en los derechos de las partes en el proceso. En este plano, la primacía de las normas de la apreciación de la prueba –como parte del debido proceso–, o de los principios fundamentales del derecho ambiental, que al estar contenidos en tratados ratificados por Chile que versan sobre derechos fundamentales se equiparan en su rango a los preceptos de la C*onstitución* –como normas orientadoras del proceso de adjudicación– son primordiales para mantener el respeto de la Carta Fundamental y que esta no se transforme en letra muerta. A través de las tres controversias seleccionadas se revisarán las bases de las instituciones a que se ha hecho referencia, y cómo el derecho ambiental le ha dado su particular sello, haciendo respetar las bases de cada una de estas instituciones.

I.1. Control de las normas reguladoras de la prueba, el caso de Mowi Chile[1]

La primera de las controversias que se han seleccionado se relaciona con la injerencia de presunciones contenidas en normas legales ajenas para la prueba de hechos constitutivos de infracción o, incluso, de daño ambiental. En este sentido, el tema es delicado porque, al igual que ocurre en materia penal, donde el estándar es alto, llevando el punto al grado de la convicción más allá de toda duda razonable; en el aspecto ambiental, tratándose del bienes jurídicos tales como el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y la protección misma del patrimonio ambiental, el estándar debe ser de una magnitud similar, considerando la cuantía de las multas que considera la legislación o la entidad de las medidas de reparación a que los responsables pueden ser condenados, sin perjuicio de las acciones de indemnización de perjuicios a que se pueda ver enfrentado el responsable una vez que el daño ambiental ha sido declarado por sentencia firme. Así, entonces, considerando que el sistema de valoración de la prueba del procedimiento ambiental se basa en las reglas de la sana crítica, que confiere un rango de acción bastante más amplio al sentenciador para tener o no por acreditados los puntos de prueba; hay que ser cuidadoso en el uso de las presunciones, ya que pueden coartar esta libertad probatoria. En efecto, y al menos en el Tercer Tribunal Ambiental, se hizo uso de las presunciones de responsabilidad que se establecen en la Ley n.° 19300 siempre y cuando que por los medios tradicionales no se tuvieran por acreditados los hechos controvertidos, justamente por el nivel de responsabilidad que implica la adjudicación procesal; donde se privilegia la acreditación directa e inmediata; frente a la facilitación probatoria que brinda la acreditación de los elementos constitutivos de una presunción. Esta precaución debe ser más alta cuando se trata de la incorporación de presunciones existentes en cuerpos legales diversos, contempladas por el legislador para contextos distintos, y para ser aplicadas por otras autoridades. En el caso que a continuación se revisará, luego de un escape imprevisto de una gran cantidad de salmones de una piscicultura hacia el mar abierto, tanto la Superintendencia del Medio Ambiente como el Consejo de Defensa del Estado, en sus respectivas competencias, persiguieron la responsabilidad del causante de estos hechos fundando sus razonamientos en una presunción establecida en la ley de pesca y acuicultura, que además era una presunción de derecho. En este plano, la pesquera Mowi Chile recurrió al TC alegando la infracción de las garantías del debido proceso en cuanto a la alteración de las normas reguladoras de la prueba, entre otros aspectos, solicitando, tanto en la acción de reclamación de la multa

[1] Basado en los fallos dictados por el Tribunal Constitucional (31/3/2022) rol n.° 10.109-21-INA; Tribunal Constitucional (31/3/2022) rol 10.576-21-INA.

impuesta por la SMA como en la defensa en el contexto de la demanda por daño ambiental interpuesta en su contra, que la norma que contenía esta presunción fuera declarada inaplicable por ser inconstitucional, de manera que la misma no pudiera ser aplicada por el tribunal ambiental para resolver ambas controversias. Respecto de las normas reguladoras de la prueba, el TC siempre hará valer la supremacía constitucional, en este caso de la mano del debido proceso; de manera de evitar decisiones contrarias al ordenamiento jurídico. La interpretación armónica y sistemática de los diversos cuerpos legales debe ser la correcta, de modo de no extralimitar su alcance más allá de las normas para las cuales fueron creadas.

En el caso Consejo de Defensa del Estado con Mowi Chile, causa rol D-5-2020, autos seguidos ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, la demandada por daño ambiental, Mowi Chile, producto del escape de salmones a mar abierto desde uno de sus centros de piscicultura, requirió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 118 *quater* de la Ley n.º 18892 Sobre Pesca y Acuicultura, basado en la alteración que dicha norma produciría a la carga de la prueba en el procedimiento por daño ambiental en que iba a incidir.

El art. 118 *quater*, incorporado a la Ley de Pesca y Acuicultura por la Ley n.° 20434, preceptúa lo siguiente:

> "Sin perjuicio de lo señalado en el inciso séptimo del artículo anterior, en caso de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o el desprendimiento o pérdida de recursos hidrobiológicos exóticos en sistemas extensivos, se presumirá que existe daño ambiental de conformidad con la ley N° 19.300 si el titular del centro no recaptura como mínimo el 10% de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos".

A juicio de la requirente, los demandantes pretendían hacer aplicable una presunción legal de daño ambiental, la que por sus características no le iba a dar a la demandada la posibilidad de desacreditarlo, ya que tenía casi ribetes de una presunción de derecho, teniendo en cuenta que no se requería la existencia de los fundamentos de la presunción. A través de ella, se daban por establecidos todos los elementos de la responsabilidad ambiental al sustentar la demanda contra la reclamante. Este actuar de los demandantes, si se acogía por el tribunal en ese contexto, vulneraría, entre otras, las garantías de igualdad ante la ley y el debido proceso, razón por la cual la demandante optó por el único camino que le quedaba, que fue requerir de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a fin de que se evitara, por su uso, el presumir todos los elementos de la responsabilidad ambiental generando su indefensión probatoria.

En el caso en cuestión, el TC en su fallo hizo primar las normas reguladoras de la prueba del procedimiento por daño ambiental de la Ley n.º 20600, y cir-

cunscribió la presunción de la ley, cuya inaplicabilidad se requirió, al ámbito específico de la materia que regula, esto es, la fiscalización y sanción de la ley de pesca y acuicultura, sin ampliar su alcance más allá de ella no extrapolar su aplicación a la determinación de daño ambiental conforme a la Ley n.º 20600 sobre tribunales ambientales. Aceptar la aplicación de la norma en los términos que se pretendía implicaba la vulneración de la garantía de un racional y justo procedimiento; de manera tal que el requerimiento fue acogido y el precepto fue declarado inaplicable constitucionalmente para el caso de marras.

Este caso también tuvo una arista administrativo-sancionadora, ya que los hechos en que se fundó la demanda –daño ambiental por un escape descontrolado de gran cantidad de salmones desde una piscicultura hacia el mar abierto– dieron origen a un procedimiento sancionatorio conforme a las regulaciones del artículo segundo de la Ley n.º 20417 (también conocida como LO-SMA o Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente), institución que formuló cargos por no cumplir con las obligaciones establecidas a la empresa en las resoluciones de calificación ambiental que regulaban la piscicultura donde ocurrió el escape de salmones, encontrando diversos hallazgos y acreditando los mismos haciendo uso de la presunción legal de la ley de pesca ya citada. No obstante, la Superintendencia fue un poco más allá, y además de usar la presunción para acreditar los hechos constitutivos de las infracciones detectadas, hizo uso de la presunción referida para constituir una agravante que incidió en la determinación del *quantum* de la multa, lo que motivó un nuevo requerimiento de la salmonera, esta vez solicitando que la norma ya citada fuera declarada inaplicable por ser inconstitucional en el marco de la reclamación en contra de la sanción impuesta por la SMA en su contra, fundada en la verificación de los hechos gracias a la presunción legal de daño ambiental que se ha invocado.

Lo anterior, porque la SMA, a manera de un silogismo, para calzar la cantidad de especies capturadas por la salmonera en una cifra inferior que le permitiera la aplicación de la norma impugnada, presumió de esta manera la existencia de daño ambiental para sancionar e incrementar su *quantum*. Este razonamiento dio como resultado que, en virtud de la aplicación de la presunción legal, se dieron por acreditados los elementos constitutivos de daño ambiental, contraviniendo las garantías de la igualdad ante la ley y del derecho al debido proceso, establecidas en el art. 19 de la *Constitución Política de Chile* en sus numerales 2 y 3; especialmente si se ha fundado en una presunción de derecho establecida en una norma diversa a la ley orgánica que regula el aparato persecutor ambiental. Este solo hecho implica establecer un trato diferenciado respecto de otros infractores ambientales, lo que desde ya es inconstitucional.

Para quien suscribe, a través de la aplicación de la presunción de derecho que se ha hecho en ambos casos se privaba al Tribunal de la libre valoración de la prueba que establece el procedimiento ambiental, en un contexto donde la SMA

ya había calificado el daño causado como irreparable, prejuzgando la significancia de tal afectación y pretendiendo "suplantar" de este modo la labor adjudicatoria del tribunal competente. El uso de una presunción para establecer el daño ambiental, y luego el uso de la misma presunción para calificar el mismo daño a fin de incrementar el *quantum* de la multa, por otra parte, vulnera el principio de *non bis in idem*, y abre la puerta a la posibilidad de imponer sanciones desproporcionadas si se las aumenta usando este mecanismo.

La doble aplicación de esta presunción, por una parte, fue considerada inconstitucional por parte del TC, quien consideró que vulneraba las garantías establecidas en los numerales 3.° y 6.° del art. 19 de la C*onstitución*. Por otro lado, su aplicación afectaba la garantía del debido proceso legal, pues la SMA extrapoló su ámbito de aplicación más allá del marco que el legislador le estableció, esto es, la normativa de la Ley n.° 19300, la LO-SMA (artículo segundo de la Ley n.° 20417) y las RCA que fiscalizó. En otras palabras, el TC aplicó un control de constitucionalidad, respecto de la legalidad aplicada, al actuar del aparato persecutor ambiental de Estado.

Además, el TC detectó una infracción al art. 7.° de la C*onstitución*, puesto que la ley indica que el precepto impugnado solo puede ser aplicado por SERNAPESCA y el juez de letras en lo civil competente. Este fallo, junto con insinuar una desnaturalización del probatorio ambiental por esta vía, obligó a la SMA a ceñirse a su propia normativa conforme a su mandato legal, debiendo acreditar las infracciones conforme a las normas y mecanismos en su propia legislación, y no servirse de presunciones para lograr sus objetivos y justificar sus decisiones de una forma diversa a aquella que formó parte del propósito del legislador al crearla.

Una de las garantías que el ordenamiento jurídico brinda a todo ciudadano es la posibilidad de ejercer con plenitud de facultades sus medios de defensa. Para esto, no basta que el regulado tenga la posibilidad formal de hacer las alegaciones respectivas y acompañar los medios de prueba que le den sustento. Hay que tener presente que el derecho a la debida defensa, dentro del marco del debido proceso, trae aparejada la obligación del sentenciador –o en su caso, del instructor– de analizar todos estos elementos y considerarlos al momento de decidir o indicar los fundamentos por los cuales no serán considerados. Bajo ninguna circunstancia el sentenciador pude soslayar el trabajo de análisis de la prueba rendida para establecer –acreditar– la existencia de los cargos formulados o los puntos de prueba, según sea el caso, salvo en el caso de que la normativa considere presunciones que aligeran la labor del adjudicador, a quien le bastará establecer la existencia de los elementos que sirven de base a la presunción para tener por probada tal circunstancia. Lo que nunca debe soslayarse es el hecho de que las presunciones, por su excepcionalidad, deben aplicarse en forma restrictiva. Bien estuvo el TC en esta oportunidad al declarar inaplicable por incons-

titucionalidad la presunción de la Ley de Pesca. En el caso del proceso sancionatorio de la SMA, amén de las circunstancias fácticas y el contexto en que se generó el escape de salmones que dio origen al proceso, no era jurídicamente posible aplicar presunciones que habían sido consideradas por el legislador para una materia y contexto diversos. En otras palabras, es probable que la SMA hubiera llegado a una conclusión sancionatoria sin necesidad de una presunción como la contenida en el precepto que a la larga fue declarado inaplicable por el TC, pero debía acreditar la responsabilidad del infractor sobre la base de todos los antecedentes existentes, estando obligada a acreditar todos los elementos que sustentaban los hechos descritos en los cargos formulados y, en el mismo sentido, los elementos constitutivos de daño ambiental, y sin la ayuda de presunciones. Como ya se indicó, su aplicación podría haber coartado la labor del juez de fondo al momento de la determinación de daño ambiental, por el hecho de sostener las bases de una presunción que en la práctica se había transformado en una presunción de Derecho, al haber establecido los hechos fundantes de la presunción conforme a su propia interpretación, y teniendo en su favor además la potestad sancionatoria. En el parecer de quien suscribe, lo que se acaba de describir da cuenta de el ejercicio de un poder excesivo que desnivela la balanza en contra del regulado, desequilibrio que solo podía compensarse eliminando de la ecuación la presunción de una ley foránea, pensada para un contexto diverso, que hizo el TC para ambos procesos.

Una adecuada interpretación sistemática de la norma fue necesaria para determinar el real contexto que evitara la vulneración de la garantía del debido proceso que establece la *Constitución*.

I.2. Principios precautorio y preventivo, a la luz del 19 n.° 8 de la Constitución. *El caso del vertedero Puntra en Chiloé*[2]

En este fallo, que le da título a este punto, puede apreciarse cómo el TC ha defendido la supremacía constitucional, en el contexto de la protección de la integridad del ordenamiento jurídico ambiental, manteniendo la supremacía de la Carta Fundamental y validando el marco difuso y limitado de sus preceptos, que se extienden, incluso, a la aplicación de los tratados internacionales ratificados por Chile que versan sobre derechos fundamentales, a los cuales también se les ha dado rango constitucional. Este ejercicio es muy enriquecedor, pues muchas veces se olvida que las garantías fundamentales derivan de, y a la vez se extienden a, lo que se ha proclamado en cuerpos normativos de carácter in-

[2] Basado en el fallo dictado por el Tribunal Constitucional (15/6/2021) rol n.° 9.418-20-INA.

ternacional que han sido ratificados por Chile; lo que lejos de debilitar sus preceptos –acusando, tal vez, una renuncia a la autodeterminación en favor de un globalismo mal entendido– los fortalece y enriquece en su real y justa medida, en el entendido de que su contenido se predica y replica en otras latitudes, lo que refleja que los derechos fundamentales de las personas son patrimonio de la humanidad, más allá de las fronteras y los matices que se les quiera dar en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Aquí, el sentenciador realzó esta protección difusa de la protección ambiental, ampliando su contexto normativo a los textos internacionales, que en Chile al ser ratificados adquieren el carácter de ley de la república, incorporando en el sentido y alcance del 19 n.° 8 y de las normas de la Ley n.º 19300 preceptos y principios tales como el principio preventivo, el principio precautorio, el principio *in dubio pro natura*; entre otros que se contienen en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y otras normativas, fortaleciendo la protección constitucional del ambiente y de paso defendiendo la supremacía constitucional y el vigor de las normativas legales en una aplicación acorde a sus disposiciones.

Así, en el caso que da nombre a este acápite, se requirió al TC, por parte de la SMA , que se procediera a la declaración de inaplicabilidad de nada menos que el precepto de la Ley n.º 19300, que obliga a los proyectos mencionados en la tipología de su art. 10 a ingresar al sistema de evaluación ambiental, para el caso de un vertedero que ya se encontraba colapsado y con alto riesgo de afectar masivamente la salud de la población de Ancud, en la Isla Grande de Chiloé, sosteniendo que la interrupción de su funcionamiento sería más grave que un funcionamiento parcial en los términos de un programa de cumplimiento autorizado por la SMA que fijaba, dentro de su calendarización, la tramitación para obtener su calificación ambiental favorable por la vía de una RCA. Es decir, se buscaba declarar inaplicable el precepto que precisamente impide que proyectos que impacten al ambiente funcionen sin haber sido evaluados ambientalmente en forma previa de conformidad a la ley. Parte de los fundamentos de este requerimiento se basaron en consideraciones de fuerza mayor en el caso en particular; en atención a que dicho organismo había aprobado el programa de cumplimiento de su titular, la Municipalidad de Ancud, pero no podría llevarse a cabo si no se permitía que el vertedero siguiera funcionando para asegurar la recolección y acopio de los residuos domiciliarios de dicha localidad. En definitiva, se daba la paradoja de que, si se respetaba la ley y se hacía aplicable el precepto legal citado, la paralización de funcionamiento que se encontraba vigente era –a juicio de la requirente– más peligrosa para la salud de la población que permitir el funcionamiento del vertedero cuya capacidad había sido rebasada, considerando la acumulación de basura domiciliaria en las calles que se generaría al no poder acumularla en un punto que ya existía para tales fines. Es decir:

> "debo incumplir la ley para permitir esta solución provisoria, ergo, debe declararse inaplicable el precepto para este caso concreto, basado en el 19 N°8 de la Constitución".

En definitiva, un órgano del Estado estaba solicitando al TC el permiso para no aplicar un precepto legal, lo que visto desde una perspectiva externa implicaba debilitar el ordenamiento jurídico ambiental que dicho organismo se encuentra obligado a cumplir, y que el TC, al ser requerido, se vio llamado a hacer el control de constitucionalidad respectivo para solucionar este dilema.

Desde una perspectiva teórica, el control de constitucionalidad en Chile se fundamenta en dos principios esenciales: el de supremacía constitucional y de separación de poderes. La supremacía constitucional, establecida en el art. 6.° de la C*onstitución*, implica que todas las normas y actos de los órganos del Estado deben ajustarse a la Carta Fundamental. Por otro lado, la separación de poderes implica que los órganos del Estado deben actuar dentro de sus competencias. En la práctica, esto se traduce en el correcto ejercicio de las facultades que la C*onstitución* y las leyes le han conferido a aquellos, de manera que la aplicación de la normativa no vulnere principios constitucionalmente garantidos, como en este caso fue el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, caso del 19 n.° 8, muy de la mano con la aplicación del principio precautorio consagrado en la Declaración de Río de Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que se estaban conculcando abiertamente con la autorización de funcionamiento que se le había concedido al vertedero Puntra por la SMA.

Sin ir más lejos, hay autores que rescatan la noción amplia que ganó esta garantía constitucional a partir del fallo del TC, donde a su texto puro y duro, dogmática y sistemáticamente se le agregaron nuevos elementos que lo dotaron de un contenido más fuerte y trascendente, pudiendo entenderse esto dentro del contexto que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales que han sido ratificados por Chile tienen rango constitucional, en una especie de "extensión difusa", pero limitada a dichos textos, de nuestra Carta Magna. Así, por ejemplo, se ha comentado que este fallo agregó elementos de peso a su contenido, tales como: la justicia ambiental, el principio preventivo, el principio precautorio, el principio de responsabilidad, el desarrollo sustentable y el principio *in dubio* proambiente o natura[3], fortaleciendo intrínsecamente la garantía del 19 n.° 8 de la C*onstitución*.

En este caso, el TC se sirvió de los principios precautorio y preventivo, entre otros, para sostener que existen normas de carácter constitucional que garantizan derechos que no pueden conculcarse, como los que protegen las garantías del 19 n.° 1 y el 19 n.° 8, que junto a la Ley n.° 19300 sostienen esta obli-

[3] Así lo han sostenido Moraga y Cornejo (2021).

gatoriedad, en un contexto donde científica y empíricamente se han recabado las evidencias del riesgo para la salud de la población que implicaba su funcionamiento en tales condiciones. Entonces, así, junto con interpretar armónicamente la C*onstitución* y la normativa ambiental, el TC veló una vez más por la supremacía de los preceptos de esta última, considerando que el principio precautorio ordena la actuación del Estado y sus organismos cuando no existe certeza científica que permita descartar el daño que una determinada actividad pueda causar a la salud de la población, al ambiente, o a uno o más de sus elementos.

De esta manera, al rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impetrado, acción que, sin duda, de acogerse hubiera debilitado el sistema de protección del derecho a un ambiente sano que en la red normativa que se ha señalado es asegurado por el ordenamiento jurídico; lo que hizo es reforzar las ideas que se contienen tanto en la Ley n.º 19300 como en la garantía constitucional, revistiéndolas de una gran potencia y entidad, manteniendo de esta manera la supremacía de la C*onstitución* por sobre toda otra norma jurídica, y propiciando una correcta interpretación sistemática para que la normativa, pertinente en su totalidad, pudiera aplicarse correctamente al caso concreto, siguiendo esta columna vertebral inspirada en la protección del entorno y la prevención activa de los daños al ambiente y la afectación de la salud de la población.

I.3. Creación jurisprudencial de un nuevo régimen impugnatorio contra los fallos de los tribunales ambientales. La presunta "no casación" de un acto-trámite[4]

En este caso en particular se solicitó el pronunciamiento del TC respecto de un fallo de la Corte Suprema, que estableció una nueva categoría de fallos de los tribunales ambientales, indicando que cierta clase de sentencias definitivas no eran casables, debido a que en ellas no existía un pronunciamiento de fondo de la problemática real, sino que el pronunciamiento recaía sobre "actos-trámite" que servirían de base para la dictación del acto administrativo final que sería eventualmente reclamable y que permitiría al tribunal competente abocarse a la cuestión de fondo.

De esta manera, lo que se cuestiona en este requerimiento es el sentido que la Corte Suprema dio al vocablo 'definitiva' en los incisos tercero y cuarto de la Ley n.º 20600, al referirse a las sentencias, cuando el fallo ha resuelto una controversia a propósito de la impugnación de un acto-trámite dictado en el

[4] Basado en el fallo dictado por el Tribunal Constitucional (17/6/2025) rol n.° 15.666-2024.

marco de un proceso administrativo ambiental, durante la etapa de instrucción del procedimiento sancionador y no sobre el fondo de la controversia. La interpretación de la Corte, en estos casos, ha indicado que tales fallos no son sentencias definitivas y, en consecuencia, rechazó los recursos de casación interpuestos en su contra, dejando a la requirente, desde su perspectiva, en la indefensión al negársele el derecho de que el fallo dictado sea revisado por un tribunal superior. Así, sostiene que la aplicación de la palabra 'definitiva' contenida en los incisos tercero y cuarto del art. 26 de la Ley n.° 20600, en el caso concreto, vulnera los arts. 6, 7 y 19 n.° 2, n.° 3, n.° 20 y n.° 26 de la C*onstitución*.

La aplicación de este criterio, a juicio del requirente, es inconstitucional porque afecta la garantía del debido proceso en la dimensión del derecho al recurso, vulnerando la igualdad ante la ley al privarle de un recurso efectivo en contra de sentencias dictadas por tribunales ambientales respecto de quienes también pueden recurrir en contra de sentencias similares dictadas por otros tribunales, y agregó que tal interpretación limita la revisión de la sentencia a aquellas que se pronuncian respecto del fondo del asunto, y transformando, por ejemplo, la resolución que se pronuncia respecto de un programa de cumplimiento en una resolución inimpugnable.

El TC al analizar el requerimiento, vio que la problemática llevada a sus estrados, más que la puesta en cuestión de un precepto constitucional, era una discrepancia con la calificación jurídica que le dio la Corte Suprema los fallos recaídos en reclamaciones contra actos-trámite dictados por los tribunales ambientales, que era el caso de la sentencia impugnada. Más que argumentos encaminados a establecer la inconstitucionalidad del precepto legal objetado, la problemática se trató de un conflicto interpretativo, un asunto de mera legalidad que escapaba a su competencia, razón por la cual fue rechazado.

Acá aparece otro aspecto, que es determinar hasta qué punto llega el TC a discutir lo establecido por la Corte Suprema en cada caso. Por lo visto en este fallo, se aprecia la diferencia que el TC hace entre las opiniones e interpretaciones más bien de carácter procesal que hizo la Corte Suprema en esta ocasión, y otras decisiones que derechamente implicarían la aplicación de normas en contra de los preceptos de rango constitucional, donde sí le correspondería intervenir. El TC, en definitiva, se aboca a conocer de aquellos conflictos en los cuales un precepto legal colisiona con la C*onstitución* en un determinado contexto para su aplicación a un caso concreto; no así respecto de la soberana opinión que sobre un aspecto determinado pueda tener la justicia ordinaria, como en el presente caso, de naturaleza eminentemente procesal, donde la Corte Suprema se encuentra plenamente facultada, siendo esta una opinión jurídica emitida con ocasión de un fallo.

Otra cosa será el hecho de que, como consecuencia, aparece implícita una nueva nomenclatura de sentencias "no casables" en el procedimiento judicial

ambiental, y que pone en jaque a los requirentes porque, siendo la apelación un régimen de número cerrado en la Ley n.º 20600, sería difícil forzar su inclusión en los fallos recurribles. Por una parte, el inciso primero de su art. 26 señala:

> "Artículo 26.- Recursos. En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada [...]".

Luego, están los incisos tercero y cuarto del mismo artículo, que en lo que respecta a este punto señalan:

> "En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales (...) procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.
>
> Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma [...]".

Es decir, por una parte, existe un régimen de apelación de texto expreso y número cerrado y, por otro, hay una norma expresa que indica que contra la sentencia definitiva solo procede recurso de casación en el fondo y la forma, en los términos y bajo las condiciones que se establecen. La decisión del máximo tribunal de la república deja en jaque el derecho al recurso de quienes reclamen contra actos-trámite, quienes estarán sometidos a un fallo de única instancia y no casable –habría que ver si es posible explorar el camino del recurso de queja y el resultado de esas escaramuzas judiciales– que además por expresa disposición legal tampoco es apelable. El caso es complejo, y esta interpretación judicial lo que busca, más bien, es un efecto a mediano plazo, que es disuadir de reclamar en contra de actos-trámite, a fin de evitar consecuencias orgánicas posteriores como la necesidad de cambiar la integración de la sala al conocer la reclamación contra el acto final por jueces no inhabilitados que costará mucho encontrar para integrar si se tiene presente que, a lo largo de su historia, los tribunales ambientales han contado con su dotación completa en contadas ocasiones, pasando a ser una tónica de su funcionamiento[5] –la demora y baja prio-

[5] La tónica ha sido objeto de comentarios en revistas académicas y medios especializados, baste mencionar *El Mercurio Legal*, *Minería Chilena* y otros similares. Rosende (2019); *Minería Chilena* (2015); *El Mercurio Legal* (2016); EMOL (2025).

rización de los nombramientos de los ministros de los tribunales ambientales por el Ejecutivo, una vez que la Corte Suprema ha elaborado la respectiva quincena, es pública y notoria. Así, la idea de que no se reclame en contra de actos-trámite, indirectamente podría contribuir a bajar el nivel de presión de integración de salas ante circunstancias como las descritas. Como sea, el fallo de la Corte uprema sobre este particular abre un abanico de posibilidades acerca de cuáles son los caminos restantes que quedarán para quienes reclamen contra actos-trámite, cuyas soluciones están por verse.

Conclusiones

En los casos analizados, se aprecia claramente la acción y función de la justicia constitucional, que no es otra que asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder, esto es, el apego a la *Constitución* del actuar de los organismos de la administración del Estado y los tribunales. Su correcto funcionamiento pone en práctica la garantía institucional de la supremacía constitucional, que implica otorgar a un órgano jurisdiccional la facultad de resguardar que los actos de los poderes públicos, y paradigmáticamente la ley, se ajusten a lo prescrito por la *Constitución*; lo que no implica que los preceptos impugnados –requeridos– sean *per se* inconstitucionales, sino que el uso de estos no era el más adecuado en las circunstancias a las cuales se intentó aplicar.

Por otra parte, el control de la supremacía constitucional también implica que la interpretación y la toma de decisiones de los organismos de la administración del Estado y los tribunales no conculquen o soslayen normas que consagran derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, ya sea por acciones que a la postre puedan debilitar el ordenamiento jurídico, en materias de protección de ambiente, como se concluye del examen de los casos analizados.

Asimismo, es notoria la deferencia existente entre los pronunciamientos de la Corte Suprema y el TC; donde se aprecia la decisión de no juzgar ni dirimir la legalidad o ilegalidad sobre interpretaciones de la normativa de fondo, respetando desde su base las atribuciones que todo tribunal, y en especial la Corte Suprema, tienen respecto de su independencia y soberanía al momento de interpretar la ley como máximo rector de la correcta aplicación del derecho en Chile.

En los casos revisados, el TC ha tenido una acertada actuación preservando la supremacía del texto constitucional y sus principios anexos, conservando la columna vertebral del debido proceso, en cuanto a reglas probatorias y la defensa de los derechos que la Carta Magna ha garantizado, con un sustento que trasciende de su propio texto y se alimenta de las normas internacionales

ratificadas por Chile, en una visión integradora que le da el peso suficiente y que reafirma el concepto que, existiendo un tribunal que vele por el respeto a la *Constitución* y normas anexas, el ordenamiento jurídico seguirá bastándose a sí mismo para ser aplicado en la solución de los conflictos de intereses

Bibliografía

El Mercurio Legal (2016): "Demora en nominación de ministro del Tribunal Ambiental de Santiago podría paralizar sus funciones a fin de año". Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904631&Path=/0D/CD/ [fecha de consulta: 9 de junio de 2020].

EMOL (2025): "Tribunal Ambiental de Santiago se queda sin mínimo para funcionar y depende de sistema de suplencias". Disponible en www.emol.com/noticias/Nacional/2025/10/ 14/1180366/tribunal-ambiental-santiago-minimo-funcionamiento.html [fecha de consulta: 16 de octubre de 2025].

Minería Chilena (2015). "Tribunal Ambiental de Antofagasta: Las demoras en su conformación". Disponible en www.mch.cl/reportajes/tribunal-ambiental-de-antofagasta-las-demoras-en-su-conformacion/ [fecha de consulta: 9 de junio de 2020].

Moraga, Pilar y Cornejo M., Camilo (2021): "Estado ambiental de derecho y naturaleza constitucional de los principios preventivo, precautorio, responsabilidad y justicia ambiental. Comentario a la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucional rol N° 9418-2020, de 15 de junio de 2021, del Tribunal Constitucional chileno", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 115: pp. 149-152. Disponible en www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-chile-residuos-salud/ [fecha de consulta: 5 de octubre de 2025].

Rosende, María Jesús (2019). "Demora en el nombramiento de jueces ambientales". Disponible en https://observatoriojudicial.org/demora-en-el-nombramiento-de-jueces-ambientales/ [fecha de consulta: 9 de junio de 2020].

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2021): rol n.° 9.418-20-INA de 15 de junio de 2021.

Tribunal ConstitucionaL (2022): rol n.° 10.109-21-INA de 31 de marzo de 2022.

Tribunal Constitucional (2022): rol n.° 10.576-21-INA de 31 de marzo de 2022.

Tribunal Constitucional (2025): rol n.º 15.666-2024 de 17 de junio de 2025.

DESALACIÓN: DESAFÍOS PARA UNIR LA MINERÍA, LA AGRICULTURA Y EL DESARROLLO COMUNITARIO[*]

DESALINATION: CHALLENGES TO BRIDGE MINING, AGRICULTURE AND COMMUNITY DEVELOPMENT

Camila Boettiger[**]
Luis Miguel Elías[***]
José Manuel Tagle[****]
Nicolás Eyzaguirre[*****]

Resumen: Ante el aumento de las plantas desaladoras en Chile y Perú, especialmente para abastecer a proyectos mineros, el trabajo revisa los desafíos regulatorios, financieros y sociales de la desalación para ser una alternativa de abastecimiento de agua para otros fines, como la agricultura y el consumo humano. Observando sistemas de distintos países, condiciones para el financiamiento de proyectos y los beneficios que podrían traer los proyectos de desalación multipropósito, se exponen las condiciones deseables para el desarrollo de esta industria.

Palabras clave: desalación, desalinización, minería, desarrollo.

---

[*] Una versión en inglés de este trabajo fue presentada en el "17 Special Institute of International Mining and Energy Law, Development and Investment", organizado por la Foundation for Natural Resources and Energy Law en Lima, Perú, entre el 2 y 4 de abril de 2025.

[**] Doctora en Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica. Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora asociada, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo (Chile). ORCID ID 000-0002-7462-1956. Scopus 5720 8567149. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

[***] Socio, Rebaza, Alcazar & De las Casas (Perú). Correo electrónico: luismiguel.elias@rebazaalcazar.com

[****] Socio, Tagle y Cía. (Chile). Correo electrónico: mtagle@tagleyco.cl

[*****] Socio, Claro y Cía. (Chile). Correo electrónico: neyzaguirre@claro.cl

Abstract: Given the increase in desalination plants in Chile and Peru, especially for supplying mining projects, the paper outlines the regulatory, financial, and social challenges to make desalination a viable water source alternative for other uses, such as agriculture and human consumption. By examining systems from different countries, project financing conditions, and the potential benefits of multipurpose desalination projects, the paper shows the desirable conditions for the development of this industry.

Keywords: desalination, desalinization, mining, development.

Introducción

En los últimos años, los efectos del cambio climático, la transición energética hacia fuentes renovables, la escasez de agua terrestre o el deterioro de su calidad, son algunos de los factores que alimentan el interés en la inversión y desarrollo de plantas desaladoras.

Una tecnología utilizada en la historia de la humanidad desde la antigüedad[1], y con mayor frecuencia desde principios del siglo xx para abastecer de agua a zonas áridas, con ejemplos como Israel, Arabia Saudí y otros países de Oriente Medio, los procesos modernos de desalación han cambiado mucho. Una mayor eficiencia, una mejor calidad y mejores fuentes de energía han impulsado a esta industria como una de las de mayor expansión en las últimas décadas, como fuente estable de agua en zonas donde la disponibilidad de agua dulce es escasa o ha disminuido.

Por otro lado, durante más de una década, diversas empresas o grupos empresariales de todo el mundo han adoptado voluntariamente criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en sus políticas. Cabe destacar que la Comunidad Europea cuenta con un marco regulatorio que va más allá de la información financiera sobre estas cuestiones y afecta a las empresas de manera integral[2]. Luego del Acuerdo de París de 2016, en que más de ciento noventa países se comprometieron a reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero (GEI) para mitigar el fenómeno del calentamiento global y el cambio climático, también las empresas han modificado sus tecnologías; a mediados de 2022, se estimaba que más de un tercio de las mayores empresas cotizadas del mundo se habían comprometido a reducir las emisiones de GEI con el objetivo de alcanzar el cero neto[3].

[1] Zolghadr-Asli *et al.* (2023).

[2] Forética (2025).

[3] Slot (2022) p. 7.

El panorama mencionado cobra mayor relevancia cuando se trata de grandes suministros de agua para uso industrial, como la minería y la agroindustria, especialmente en regiones con una geografía árida, escasez de agua o áreas afectadas por el deterioro de la calidad del agua. En este sentido, la minería y otras industrias de América Latina no han estado ajenas a estos desafíos.

La costa del Pacífico acoge cada vez más proyectos de desalinización en diferentes países latinoamericanos, como Chile, Perú y México. Varias grandes empresas mineras de Chile, situadas en su mayoría cerca del desierto de Atacama, están abasteciendo sus necesidades de agua para sus procesos mediante la construcción de sus propias plantas desalinizadoras o el uso directo de agua de mar. Por ejemplo, una de las plantas desalinizadoras más grandes de América Latina se encuentra en Puerto Coloso, Antofagasta (Chile), en Minera Escondida, operada por BHP Billiton, para abastecer las necesidades de agua de la mina[4]. Este proyecto requirió una inversión de tres mil cuatrocientos treinta millones de dólares para la construcción de la planta, e incluyó dos tuberías de cuarenta y dos pulgadas para transportar el agua a tres mil doscientos metros sobre el nivel del mar, cuatro estaciones de bombeo de alta presión, un embalse en la mina e infraestructura eléctrica de alta tensión para operar el sistema[5].

Más recientemente, en Chile las plantas desaladoras se consideran también una opción para abastecer de agua a ciudades y pueblos rurales para servicios sanitarios y, tal vez, a la agricultura. El Ministerio de Obras Públicas prevé que Antofagasta se abastezca únicamente con desalinización[6], y se están desarrollando otros proyectos en la costa central para consumo humano (Coquimbo) y para usos multipropósito (Quinteros)[7].

Perú también cuenta con experiencias notables en proyectos de desalinización para la industria minera. Mina Justa, situada en la árida región de Ica, cuenta con una planta desaladora que procesa agua de mar para sus actividades mineras. La planta desalinizadora incluye la construcción de una terminal multibuoy, que permitirá la toma de 900 m^3/hora de agua de mar, que se utilizará principalmente para el procesamiento de minerales[8]. Además, la mina Quellaveco, situada en la región de Moquegua, en el sur de Perú, y explotada por Anglo American, procesa para sus operaciones agua del río Titire, que no es apta para el consumo humano ni para uso agrícola debido a su origen volcánico, complementada con el exceso de agua de lluvia recogida en la presa de Vizcachas[9].

[4] BHP (2018).
[5] Novo (2020).
[6] CNN Chile (2025).
[7] Browne (2025).
[8] Aqualep (s.f.).
[9] Angloamerican (2022).

Los ejemplos mencionados muestran una tendencia viable para los proyectos de desalación en América Latina, especialmente para las operaciones mineras sostenibles. Sin embargo, la industria de la desalinización presenta muchos desafíos que deben abordarse para que sea una industria exitosa, sostenible y socialmente aceptada. En este contexto, este trabajo tiene por objetivo describir y analizar algunos de estos temas. En primer lugar, se examina la necesidad de contar con regulaciones claras, revisando otras experiencias y diseños institucionales. En segundo lugar, se revisan las alternativas para modelos de financiación innovadores, especialmente en el contexto de los requisitos de energía nueva y limpia. En tercer lugar, se identifican los retos que esta industria deberá superar en América Latina para convertirse en una opción sólida para múltiples usos del agua y hacer realidad los beneficios potenciales que puede aportar a las industrias, las comunidades y los gobiernos.

I. Marco regulatorio para la industria de la desalinización

Esta sección tiene como objetivo ofrecer una visión general del panorama normativo de la industria de la desalinización, revisando algunas de las experiencias más relevantes en diferentes países. Teniendo en cuenta los impactos positivos y negativos de la actividad, se intenta ofrecer un resumen de los aspectos críticos que deben abordarse en un estatuto o ley especial, como el que se está debatiendo en el Congreso chileno[10].

I.1. La industria de la desalación

La desalación o desalinización es un proceso artificial mediante el cual el agua salina (por regla general agua de mar) se convierte en agua dulce, eliminando la sal y otros minerales y cambiando la composición del agua resultante a una calidad adecuada para otros usos, como la agricultura, la industria o el consumo humano.

Existen diferentes técnicas para los procesos de desalinización. En los últimos treinta años se han producido importantes avances en la tecnología y la eficiencia de los procesos de desalación, junto con la necesidad de explorar nuevas fuentes de agua debido a una mayor demanda de agua dulce en las ciudades, la industria y la agricultura, que ha puesto en tensión los sistemas hidrológicos, que no pueden satisfacerla debido a la sequía y la sobreexplotación. El estado de

[10] *Boletín* 11.608-09 sobre el uso de agua de mar para desalinización.

la tecnología utilizada globalmente muestra que las técnicas más comunes para realizar este proceso son[11]:

- Destilación: solar, térmica, o multifactorial.
- Filtración: por ósmosis inversa, nanofiltración, electrodiálisis, o deionización.
- Cristalización.

Además, la utilización de agua desalinizada puede liberar otras fuentes de agua naturales y contribuir a la recuperación de los ecosistemas dañados, o ayudar a la recarga de las aguas subterráneas. Así, los principales destinos del agua desalinizada son: la industria (incluida la minería), la agricultura y el consumo humano. Muchas plantas desaladoras solo sirven para uno o dos tipos de usos, como el industrial o el consumo humano; cuando el agua se destina a dos o más usos, se conoce como planta "multiuso" o "multipropósito".

Debido a la magnitud de la infraestructura, la energía y el tiempo que conlleva cada uno de estos proyectos, la industria de la desalinización requiere una alta inversión en el diseño, la construcción y la operación de cada planta. Además, el destino del agua es relevante porque los estándares de calidad aplicables a cada tipo de uso son diversos, lo que determina el diseño y la viabilidad del proyecto. Por otra parte, la demanda estimada, el precio y los clientes del agua desalada resultante (en cualquiera de las calidades previstas) también son cruciales para los costos de diseño, construcción y operación del proyecto, lo que los hace muy complejos en cualquiera de sus fases (diseño e ingeniería, adquisición, construcción, operación, mantenimiento y financiación).

I.2. Beneficios e impactos

El proceso de desalinización, principalmente de agua de mar, como cualquier actividad con recursos naturales, tiene impactos positivos y negativos en el ambiente, las comunidades y otras partes interesadas.

a) Beneficios

Los principales resultados o impactos positivos que puede aportar este tipo de industria son:

- Fuente alternativa para grandes volúmenes de agua.
- Estabilidad de las fuentes de agua frente a las precipitaciones, especialmente en zonas áridas o afectadas por la sequía.
- Oportunidades de inversión.
- Generación de empleo y servicios asociados cerca de las plantas.

[11] Jones *et al.* (2019) p. 1345.

- Avances tecnológicos, aumento de capital humano y transferencia de conocimientos.

b) Impactos

Por otro lado, como gran infraestructura de largo plazo en la costa, las plantas desaladoras tienen varios impactos negativos en el emplazamiento del proyecto, como se ha documentado y evaluado en diferentes entornos:

- Extracción de agua: la succión de agua de mar puede provocar el atrapamiento y arrastre de organismos y especies marinas.
- Descarga de salmuera: el agua rechazada, que contiene sal y minerales separados del agua desalinizada, se descarga habitualmente en la costa y presenta una alta concentración de sales, y el aumento del nivel de sal en el agua de mar puede afectar las condiciones naturales de los ecosistemas marinos.
- Contaminación de la costa y el mar: los productos químicos y metales pesados utilizados en la planta en el proceso de desalinización, así como en el mantenimiento y funcionamiento de la misma, pueden verterse al mar, lo que provoca la alteración y contaminación del mar adyacente a la planta.
- Alta demanda energética: el proceso de desalinización tiene un alto consumo energético, lo que requiere una fuente de electricidad estable y constante; si se utilizan combustibles fósiles, las emisiones de CO_2 son una preocupación importante en lo que respecta al control de las emisiones de GEI y la calidad del aire.
- Alteración del paisaje y sistemas sociales o comunidades: las plantas desalinizadoras son infraestructuras grandes y, en ocasiones, invasivas en las zonas costeras, donde alteran el paisaje, afectan a los ecosistemas naturales del litoral y pueden perturbar las comunidades existentes con costumbres y tradiciones asociadas al mar (pesquerías y sitios culturales).

I.3. Principales cuestiones que deben regularse: experiencia comparada

Teniendo en cuenta las características de la industria, los beneficios y los impactos que suelen derivarse de estos proyectos, hay ciertos temas que deben ser abordados por la normativa. Al observar la experiencia de diferentes países en los que la desalinización se ha convertido en una industria relevante para diversos usos del agua, es posible identificar los temas que surgen en relación con el diseño y el funcionamiento de esta tecnología.

En resumen, hay dos situaciones: en algunos países, la desalación está especialmente regulada por una ley o un estatuto; en otros, estos proyectos deben tener en cuenta diferentes autorizaciones, permisos y contratos del país para cubrir todas las etapas del negocio del agua desalinizada: infraestructura, extracción de agua de mar, proceso, acumulación, acueductos o transporte de agua y gestión de residuos. Como mínimo, los aspectos que debe tener en cuenta la normativa especial o general son:

- Zonificación costera: identificación de ubicaciones adecuadas para las plantas desaladoras.
- Destino centralizado o abierto del agua desalinizada.
- Título para el uso del agua de mar: permiso o licencia (concesión).
- Derechos de propiedad, uso o aprovechamiento sobre el agua desalinizada resultante.
- Evaluación del impacto ambiental y medidas de mitigación.
- Servidumbres para acueductos, embalses y otra infraestructura asociada.

A continuación, se ofrece una breve descripción de la normativa aplicable a los proyectos de desalación en diferentes países, con el fin de ilustrar la forma en que estas jurisdicciones han respondido a las cuestiones planteadas.

a) España

Este país ha integrado la desalinización como una importante fuente de agua en las últimas décadas. Existe una regulación expresa en la Ley de Aguas (2001) y la Ley de Costas (1988). La actividad desalinizadora debe estar englobada o desarrollarse de acuerdo con la planificación hidrológica de cada cuenca, que se elabora localmente por regiones.

En cuanto a los permisos, el proyecto de desalación requiere una licencia administrativa. Presentada la solicitud, puede ser objeto de impugnación abierta y publica por otras partes, lo que genera competencia entre los promotores de este tipo de proyectos. Una vez concedida la concesión de desalinización, el proyecto también necesita la aprobación de sus obras hidráulicas y una autorización ambiental.

b) Australia

Aunque existe un marco nacional, la regulación de las plantas desalinizadoras se gestiona principalmente a escala estatal y territorial, lo que da lugar a variaciones en los requisitos y procedimientos específicos en toda Australia. Las plantas desaladoras están reguladas por las leyes estatales sobre el agua, que rigen la forma en que se obtiene, trata y distribuye.

Las instalaciones desalinizadoras deben cumplir las directrices nacionales sobre calidad del agua, como las normas de calidad para agua potable, que ga-

rantizan que el agua producida cumple las normas de salud y seguridad. El vertido de salmuera y otros subproductos residuales debe cumplir con la normativa ambiental para evitar daños a los ecosistemas marinos, y también está sujeto a la intervención de la autoridad estatal costera.

c) México

Su Ley Nacional del Agua exige una concesión de la Comisión Nacional del Agua para la extracción y el uso del agua de mar. Si el proyecto está destinado al consumo humano, se convierte en un proyecto de interés público. La planta también requiere la autorización de obras civiles y una aprobación ambiental.

d) Colombia

La desalinización en Colombia se rige por una combinación de normativas nacionales y regionales, pero no existe una normativa especial para la industria de la desalinización. Las entidades privadas interesadas en establecer plantas desalinizadoras deben obtener concesiones administrativas para el uso del agua de mar. Además, el proyecto debe obtener la aprobación ambiental y un permiso de descarga de agua. El proceso implica presentar una solicitud a la autoridad regional competente, que evalúa el cumplimiento del proyecto con las normas ambientales y su impacto en los recursos hídricos locales.

e) Perú

La Ley n.° 31863 (2023) declaró de interés nacional las actividades de desalación, pero no reguló específicamente la industria. Por lo tanto, el proyecto requiere diferentes procedimientos administrativos para su ejecución. En primer lugar, la Autoridad Nacional del Agua (ANA) concede una concesión para la extracción y desalinización de agua, indicando si es para uso directo o para el suministro a terceros. En segundo lugar, si el proyecto requiere una terminal portuaria o infraestructura marítima, ya sea dentro de las aguas territoriales, las tierras costeras o los fondos marinos, entonces, ciertas competencias de la autoridad costera (Autoridad Portuaria Nacional y Dirección General de Capitanías y Guardacostas) necesitaran un permiso para la infraestructura en la zona costera. Además, este tipo de industria debe tener en cuenta la aprobación ambiental, en función del destino del agua resultante. Por último, se necesitan acuerdos para los terrenos superficiales, como posibles adquisiciones, arrendamientos o servidumbres para acueductos y otras infraestructuras.

f) Chile

Actualmente, no existe una normativa especial[12] para la actividad de desalación, por lo que, al igual que en otros países de América Latina, los proyectos existentes

[12] *Boletín* 11.608-09: Sobre el uso de agua de mar para desalinización.

se han ejecutado obteniendo diferentes permisos dentro de la legislación general en materia medioambiental, obras civiles y minería. Concretamente, se requiere una concesión marítima para el uso de la zona costera para infraestructuras, que es otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional[13]. Pero esto solo da derecho a construir y operar en la costa, por lo que se necesitan acuerdos adicionales para garantizar terrenos en superficie para las instalaciones y, en particular, para construir acueductos para el transporte del agua, ya que la concesión marítima no otorga ninguna facultad de servidumbre para este fin. Además, es necesaria una aprobación ambiental, pero los proyectos entran en el Sistema de Evaluación Ambiental como plantas de tratamiento de agua o acueductos para proyectos mineros, pues este tipo de infraestructura no está expresamente identificada en la Ley General de Bases de Medio Ambiente[14]. Recientemente, la autoridad ambiental publicó una guía para preparar la aprobación ambiental de las plantas desalinizadoras[15].

I.4. Diseño normativo para plantas desalinizadoras sostenibles y polivalentes

El diseño normativo de las plantas desaladoras es fundamental para garantizar que estas instalaciones funcionen de manera eficiente, sostenible y minimizando los riesgos para el ambiente y la salud pública. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, a continuación, se ofrece una enunciación general de los componen tes clave que deben abordarse para lograr un marco normativo eficaz en materia de desalación.

a) Uso de suelo y zonificación costera

La localización de cualquier actividad en la costa debe estar dentro de una planificación pública territorial. Dependiendo de la ubicación, es posible que las plantas deban obtener una aprobación de zonificación para garantizar que se ajustan al uso previsto del suelo (por ejemplo, zonas costeras o zonas industriales). Una zonificación integral con una buena base de referencia puede reducir los impactos en las comunidades y los ecosistemas naturales, al asignar espacios prioritarios para vivienda, uso residencial o ciertos servicios, zonas de usos industriales y áreas naturales protegidas. Por ejemplo, a pesar de su larga costa, una pequeña

[13] D.F.L. n.° 340, sobre Concesiones Marítimas (1960); Ministerio de Defensa Nacional (2018) Decreto n.° 9.

[14] Skewes (2017) pp. 46-47.

[15] Servicio de Evaluación Ambiental (2023).

parte del litoral de Chile es técnicamente ideal para esta industria[16], por lo que una zonificación pública en este sentido sería útil para orientar la localización de esta infraestructura en estos lugares.

b) Concesiones para la extracción de agua de mar, la producción y el transporte de agua desalinizada

El título que permite de manera más integral todas las etapas del proceso de desalinización es una concesión administrativa, como una licencia otorgada por la autoridad que concede el derecho o las facultades para instalar, operar y beneficiarse del producto del proceso de desalación. Por lo general, una concesión otorga una serie de derechos para utilizar o construir sobre la costa y el lecho marino, extraer agua de mar e, incluso, distribuir el agua, a diferencia de un simple permiso o autorización que solo permite la actividad.

c) Multipropósito o de destino único

La normativa puede distinguir entre proyectos polivalentes, que pueden proporcionar agua para consumo humano, agricultura, recarga de acuíferos o servicios ecosistémicos y usos industriales o mineros. Las principales diferencias radicarían en las normas de calidad, el financiamiento y la posible tarificación del agua desalinizada.

d) Licitaciones competitivas

Si la zonificación costera y la planificación hidrológica pueden asignar la necesidad de infraestructura de desalación en un lugar específico, un proceso de licitación abierta puede hacer más competitivos los proyectos, mediante una evaluación de los estándares económicos, ambientales y de eficiencia, una vez que se publique la solicitud de concesión.

e) Servidumbres legales para infraestructuras

Para facilitar no solo la construcción de la planta, sino, también, el transporte y el almacenamiento del agua a través de acueductos y embalses, el mejor instrumento sería que la concesión de desalación o marítima otorgara a su titular la capacidad de imponer servidumbres legales sobre los terrenos superficiales, pagando la compensación correspondiente por la superficie ocupada (similar a los derechos de agua y las concesiones mineras). Es fundamental que el agua resultante pueda almacenarse en embalses y luego entregarse al usuario (servicios sanitarios, industriales o agrícolas).

[16] Saavedra, Donoso, Cisterna, Lewinsohn (2023) p. 51.

f) Normativa ambiental
y bases de referencia claras

Las plantas desaladoras deben cumplir con las normativas ambientales locales o nacionales. Por lo general, se requieren permisos para la toma de agua, el vertido de salmuera y las emisiones atmosféricas. Esto puede incluir evaluaciones de impacto ambiental para evaluar los posibles efectos sobre los ecosistemas marinos, las comunidades, el paisaje y la calidad del aire. Especialmente relevantes para el diseño y la evaluación de estos proyectos son las medidas para minimizar el impacto ambiental de las estructuras de toma de agua. Además, la eliminación de la salmuera es una cuestión normativa fundamental: la salmuera debe diluirse y dispersarse cuidadosamente para evitar el daño la vida marina, y las normativas pueden exigir que la salmuera se trate o se descargue a profundidades o lugares específicos para minimizar el impacto ambiental. Por último, en estos proyectos se recomienda realizar un seguimiento permanente de la zona intervenida y presentar informes periódicos con la información a las autoridades ambientales, para monitorear la evolución de las variables ambientales relevantes para los ecosistemas en el área de influencia del proyecto.

g) Derecho sobre el agua desalada

En muchos países latinoamericanos el agua de mar se considera un bien nacional o parte del dominio público[17], por lo que la normativa debe dejar muy clara la posición que otorga la concesión al titular del proyecto respecto a la titularidad del agua desalinizada; esto es, si el producto resultante es de propiedad privada (y, por lo tanto, el propietario puede disponer del mismo con mayor libertad) o si la autoridad mantiene ciertas prerrogativas sobre el agua desalada como producto, por ejemplo, solicitar un determinado porcentaje para el consumo humano, entregar un determinado volumen para fines ecosistémicos o someter el producto a una fijación de precios obligatoria mediante tarifas.

h) Financiación, recuperación de costos
y tarificación

Los marcos normativos pueden incluir disposiciones sobre el valor de la producción de agua y su fijación de precios. Los modelos de fijación de precios deben reflejar los elevados costos operativos de la desalación, al tiempo que garantizan que el agua siga siendo asequible para los diferentes usuarios. Por lo tanto, po-

[17] En Chile existen posturas que las incluyen dentro de la declaración de bienes públicos del art. 595 del *Código Civil* Rojas y Delpiano (2016) pp. 121-122–, y otras que consideran que no están dentro de esa categoría sino que son bienes comunes de libre acceso, Celume y Goldenberg (2021) p. 143.

drían establecerse tarifas diferenciadas en función de la calidad o el destino del agua, con subvenciones públicas a la oferta o la demanda. Un factor relevante si el agua se destina al consumo humano es la integración de los costos de la desalinización en las tarifas de los servicios sanitarios, manteniendo su asequibilidad para la población en general.

i) Normas de calidad del agua

Las normativas suelen definir la calidad del agua que debe producirse, con normas de calidad que garanticen que el agua desalada cumpla con los estándares sanitarios y no contenga contaminantes nocivos, como metales pesados o toxinas, y suelen distinguir entre uso industrial, riego o consumo humano.

j) Eficiencia energética

La desalación consume mucha energía, por lo que muchos marcos normativos se centran en el consumo energético. Los gobiernos pueden incentivar el uso de fuentes de energía renovables (por ejemplo, solar, eólica) para las plantas desaladoras o estándares de eficiencia energética.

Todos estos aspectos, si son abordados de manera integrada en la regulación, podría ofrecer un marco normativo que permita armonizar la operación de una actividad que produzca un suministro de agua fiable y sostenible, su viabilidad económica y social, con la protección del ambiente natural circundante. Entre los aspectos regulatorios más relevantes para el adecuado funcionamiento de esta industria, están la aprobación de la actividad por algún título que permita la instalación de la infraestructura asociada (planta, acueductos y estanques), claridad en los derechos y obligaciones del titular de la actividad respecto al proceso y su producto, especialmente la posibilidad de recuperar la inversión y solventar los costos de operación de este tipo de obras, y una licencia social estable que permita su funcionamiento durante su vida útil.

En suma, el diseño normativo de las plantas desaladoras debe tener como objetivo equilibrar la necesidad de una nueva fuente de agua en las regiones con escasez de agua con la necesidad de proteger el ambiente, la salud pública y la seguridad, abarcando sus diversas etapas, desde la planificación y el otorgamiento de permisos, hasta la explotación y la sostenibilidad a largo plazo.

II. Financiamiento de proyectos de desalación

Al tratarse de una infraestructura grande y que requiere una alta inversión, el financiamiento de proyectos de desalinización es una cuestión fundamental para

el desarrollo de esta industria en América Latina. En esta sección se examinan las alternativas de modelos de financiación innovadores, especialmente en el contexto de los requisitos de energía nueva y limpia.

II.1. Oportunidades de financiación verde y azul

El interés del mercado por las finanzas verdes, las finanzas azules y la financiación sostenible de proyectos relacionados ha crecido significativamente en los últimos años, y las instituciones bancarias y otras entidades financieras están constantemente buscando oportunidades en las finanzas sostenibles para mejorar su cartera con proyectos que cumplan con los factores ESG. Según las estadísticas, el mercado mundial de las finanzas sostenibles ha ido en aumento y se prevé que crezca a una tasa anual del 23 % entre 2025 y 2030[18]. Esta tendencia también es evidente en América Latina, donde se espera que el mercado de las finanzas sostenibles crezca a una tasa anual del 18,2 % entre 2025 y 2030[19].

Los bonos o préstamos azules están diseñados para financiar proyectos que contribuyen a la conservación y restauración de los océanos, así como para aprovechar el potencial de las industrias marinas sostenibles[20]. La Corporación Financiera Internacional (CFI), el brazo financiero del Banco Mundial, destaca que las finanzas azules son un área emergente en el sector financiero que está despertando un interés cada vez mayor entre los inversores, las instituciones financieras y los emisores de todo el mundo[21]. Los productos financieros disponibles en el mercado, como los préstamos azules y los bonos azules, asignan fondos destinados a cualquiera de los siguientes fines:

- Gestión de aguas residuales y residuos marinos.
- Reducción de la contaminación plástica en los océanos.
- Restauración de los ecosistemas marinos.
- Instalaciones de desalinización para proyectos sostenibles.
- Actividades portuarias sostenibles.
- Turismo marítimo ecológico
- Energía renovable procedente de fuentes hídricas

[18] Grand View Research (2025a).
[19] Grand View Research (2025b).
[20] Betancourt y Argüello (2024).
[21] International Finance Corporation (2025).

II.2. Estructuras de financiación para proyectos de desalinización

En el caso de los proyectos de desalinización, los costos de planificación, construcción, desarrollo e implementación requieren una inversión significativa, que generalmente se sufragará a través de instalaciones de terceros. Por lo general, estas instalaciones se implementan mediante diferentes estructuras o modelos de financiación de proyectos. La estructura de financiación aplicable dependerá del nivel de participación de los sectores público o privado en el proyecto específico.

Desde una perspectiva general, las siguientes son las principales estructuras que se contemplan en América Latina para la financiación de plantas desalinizadoras:

a) Sector privado con apoyo de patrocinados y financiación privada

Este tipo de proyectos están impulsados en su mayoría por grandes empresas del sector minero y dependen, en gran medida, de la solidez financiera de su patrocinador o grupo económico. Un patrocinador o grupo sólido facilitará el acceso de la empresa del proyecto a los mercados financieros locales e internacionales, contratará a contratistas de renombre y considerará diversas alternativas para la financiación del proyecto. Por ejemplo, sindicatos bancarios locales o internacionales, asistencia financiera de instituciones multilaterales de desarrollo, mercados de capitales locales o internacionales, entre otros.

b) Asociación público-privada (APP)

Esta estructura requiere algún tipo de participación de una autoridad pública, un gobierno o una agencia, que participa en un proyecto o lo promueve por su interés general o con fines de servicio público. En un modelo de APP, el proyecto puede ser autofinanciado o cofinanciado.

Los proyectos de APP autofinanciados son íntegramente costeados por la empresa o el concesionario, una entidad u operador privado, teniendo en cuenta las tasas o tarifas, reguladas o no, u otros ingresos operativos generados por el proyecto. La estructura de la APP autofinanciada tratará de aislar, en la medida de lo posible, ciertos riesgos de desarrollo del proyecto, incluidos los de financiamiento. En este caso, la posibilidad de financiar el proyecto dependerá, en gran medida, de los ingresos previstos y la evaluación del riesgo financiero de dichos ingresos a largo plazo. Por ejemplo, una cuestión crítica y un documento importante del proyecto serían los contratos de suministro de agua celebrados con

terceros, así como el presupuesto del proyecto o la planificación de los gastos. Los contratos de suministro de agua suelen asignar sus ingresos a un fideicomiso de garantía en cascada para automatizar la amortización de la deuda financiera, el pago de los costos operativos y minimizar los riesgos para los prestamistas, los financiadores u otras partes garantizadas.

Los proyectos de APP cofinanciados deben contemplar un financiamien to parcial por parte del sector público o del organismo gubernamental competente. Este aporte público parcial puede estructurarse en forma directa, o mediante subvenciones o garantías, ya sea para la construcción, el desarrollo o la viabilidad del proyecto. En los proyectos de APP cofinanciados, el uso estratégico de garantías gubernamentales o alternativas de cofinanciación puede ayudar a mantener bajos los costos de determinados proyectos de desalinización. Esta estructura permite compartir el riesgo financiero entre el sector público, el otorgante o el organismo público que promueve el proyecto, y el sector privado, el promotor o el operador del proyecto. La distribución de los riesgos entre las partes variará en función del nivel de ayuda financiera que implique el cofinanciamiento del proyecto.

Por lo general, el financiamiento de un proyecto de una planta desalinizadora comprende múltiples garantías, especialmente las de carácter real integral en beneficio de los acreedores. El paquete de garantías intentará comprender todos los derechos y activos materiales del proyecto, incluidos los convenios pertinentes y las garantías de primera prioridad sobre:

- Derechos de concesión o derechos de extracción de agua.
- Derechos de suministro de energía.
- Bienes inmuebles y derechos de acceso al proyecto.
- Activos del proyecto, planta, maquinaria y equipo.
- Contratos del proyecto y otros documentos.
- Permisos, licencias y autorizaciones del proyecto.
- Acuerdos directos con el otorgante o las partes interesadas clave, si procede.
- Flujos de caja e ingresos del proyecto.
- Cuentas por cobrar.
- Participaciones en el capital social o acciones de la empresa del proyecto.
- Derechos de los patrocinadores o afiliados relacionados con el proyecto.
- Subordinación, restricciones o cesión de derechos con respecto a la deuda entre empresas.
- Otros derechos importantes relacionados con el proyecto o la empresa titular.

Durante el transcurso del financiamiento del proyecto, los valores pueden estar sujetos a cambios, actualizaciones o modificaciones. Estos cambios tendrían

por objetivo reflejar el estado de desarrollo del proyecto de desalinización para garantizar que todos los activos, derechos, acuerdos, etc., importantes del mismo estén incluidos en el paquete de garantías hasta que la deuda se haya pagado íntegramente.

II.3. Enfoque multirriesgo en el desarrollo de proyectos de desalinización en América Latina

El desarrollo y financiamiento de proyectos de desalinización en América Latina conllevan múltiples riesgos. Por ello, las siguientes cuestiones son fundamentales y deben abordarse en su evaluación y planificación:

a) Altas inversiones, riesgos de construcción, costos y sobrecostos

En cuanto a los costos, el desarrollo de proyectos de desalinización implica altos compromisos de inversión y riesgos de sobrecostos. Teniendo en cuenta los altos costos que implica, el financiamiento de proyectos para instalaciones de desalinización es viable cuando los contratos de propiedad (es decir, los derechos de concesión o las licencias de uso del agua), construcción, operación y uso del agua de dichas instalaciones son suficientemente sólidos y se abordan adecuadamente las cuestiones normativas relativas a la propiedad y la operación[22].

b) Consumo de energía y uso de recursos energéticos renovables

El proceso de desalinización consume mucha energía, por lo que la inversión en fuentes de energía renovables y su uso en las plantas desalinizadoras es un factor clave que está presente en muchos casos para hacer frente a los elevados costos del consumo energético. Por lo tanto, el financiamiento de un proyecto de una planta desalinizadora puede incluir o incorporar el de un proyecto complementario de energía renovable, como una instalación eólica o solar que se instale junto con la planta desalinizadora. Este último buscaría reducir los costos energéticos y el impacto ambiental.

c) Riesgo tecnológico

Los rápidos cambios tecnológicos, la renovación de equipos, *hardware* o procedimientos obsoletos y el aumento de los costos de mantenimiento, entre otros, son también riesgos que pueden afectar a los costos de financiación o desarrollo de las plantas desalinizadoras.

[22] Wenner & Edwin (1995) pp. 120-122.

d) Riesgo político y social

Además, la inestabilidad económica y los problemas sociales también son riesgos inherentes a cualquier proyecto relevante en América Latina, entre otros factores de riesgo comunes para cualquier financiamiento de proyectos en la región.

e) Riesgo normativo y de permisos

El marco normativo aplicable y normas claras para obtener los permisos a tiempo son esenciales para el financiamiento de cualquier proyecto. Este aspecto ha sido un problema para el desarrollo de proyectos de desalinización en América Latina; se estima que el proceso de obtención de permisos puede llevar, al menos, tres años o más, sin perjuicio de la posible revisión judicial de las autorizaciones administrativas, lo que puede prolongar considerablemente ese plazo. El tiempo necesario dependerá del nivel de complejidad y tamaño del proyecto, su ubicación y área de influencia, los usos propuestos y la conectividad operativa, la oposición o resistencia de las partes interesadas pertinentes, entre otros factores.

f) Experiencia humana y técnica

Cada proyecto debe evaluar la necesidad de contar con contratistas externos fiables, como proveedores de EPC, proveedores de PPA, entre otros.

g) Estructura y condiciones de financiación

Si procede, otro riesgo es el apoyo del patrocinador y la situación financiera del grupo o, si procede, las garantías gubernamentales o las condiciones de cofinanciación.

Los retos y riesgos a los que se enfrentan los proyectos de desalinización deben evaluarse caso por caso; a pesar de ellos, es razonable estimar que no impedirán que se lleven a cabo dichos proyectos. El aumento de la demanda y la escasez de agua en determinados países de América Latina, ya sea para consumo humano o uso industrial, seguirá impulsando el interés por los proyectos de desalinización sostenibles, especialmente en regiones áridas como la costa de Perú y Chile.

III. El futuro de la desalación en América Latina: multifuncionalidad y desarrollo sostenible

Es esperable que en el futuro los proyectos de desalinización contemplen plantas multipropósito, en lugar de ser una actividad complementaria solo para la

minería. Sin embargo, hay varios desafíos que las plantas desalinizadoras deben superar en América Latina para convertirse en una opción viable para diversos usos del agua y hacer realidad los potenciales beneficios que pueden aportar a distintos usos productivos, a las comunidades y a los gobiernos.

Las plantas desalinizadoras para consumo humano y agricultura ya son una realidad común en muchos países del mundo. Sin embargo, en América Latina esto aún se encuentra en sus primeras etapas, incluso a pesar de ser una de las zonas más afectadas por el cambio climático y la sequía en todo el mundo. En esta sección, se examina la viabilidad de desarrollar plantas desalinizadoras multipropósito, con foco en plantas desaladoras que abastezcan a la agricultura y los principales cambios que debería implementar ese sector para incorporar este tipo de fuente de agua.

III.1. Contexto: la minería y la agricultura como consumidores de agua

En primer lugar, es importante reconocer que en América Latina la desalinización aún no es una posibilidad real para la agricultura. La tecnología existe, pero hay muchas dificultades para implementar este tipo de proyectos para la agroindustria. En cuanto a destino de las aguas, la desalinización para la minería y el consumo humano han sido los principales usos en Latinoamérica, quedando la agricultura casi fuera en esta materia.

Sin embargo, es posible que exista una oportunidad relevante para el sector minero y agrícola con relación a proyectos de desalación, atendidas las sinergias y economías de escala que se podrían generar entre ellas, dadas las condiciones regulatorias y económicas adecuadas.

Ambos sectores productivos son de los más importantes para la economía de los países de Latinoamérica, generalmente enfocadas en exportación de materias primas más que en industriales. Algunas cifras muestran la relevancia que tiene el agro y la minería desde un punto de vista económico, empleo y en cantidad de consumo de agua. Así, respecto de su contribución al PIB y generación de empleo, la agricultura representa en Chile hasta el 3 % de su PIB y genera el 14 % del empleo[23]. En Perú, la agricultura representa hasta el 5 % del PIB y genera el 25 % del empleo. Por su parte, la minería representa en Chile alrededor del 12 % del PIB y genera el 2,3 % del empleo. En Perú, la minería representa el 9 % del PIB y genera alrededor del 2 % del empleo.

Ahora bien, en términos de consumo de agua, las cifras son elocuentes: en la mayoría de los países latinoamericanos, la agricultura representa hasta el 70

[23] Vivanco, Levenier y Leiva (2025).

u 80 % del consumo total de agua dulce, y la minería representa entre el 3 % y el 8 % del consumo de agua dulce.

En relación con el número de plantas desaladoras, hoy Chile cuenta con once plantas desalinizadoras en funcionamiento en todo el país, que generan seis mil quinientos litros por segundo. Además, hay veintitrés proyectos de plantas. Hay 6seis proyectos en Perú y dos en México, destinados principalmente a la minería, usos industriales y consumo humano. A pesar de su potencial, la agricultura aún no se considera un consumidor exigente.

Con respecto a experiencias exitosas comparadas, resulta destacable la experiencia de España, país que ha desarrollado una sólida red de plantas de desalinización. España comenzó en 1964[24] con su primera planta y ahora cuenta con 765 plantas, donde el 9 % del agua potable consumida se obtiene mediante desalinización. Y en este desarrollo se observa un dato relevante: el mayor consumidor de agua desalinizada en España no es la ni la minería ni la industria, sino la agricultura, con hasta un 21 % del consumo de agua desalinizada[25].

Esto es el resultado de la implementación exitosa de una política pública de largo plazo denominada Proyecto AGUA, reforzada por una proyección –también de largo plazo– de las infraestructuras necesarias y la demanda de agua para los diferentes sectores, contemplaba inicialmente la construcción de veinticinco plantas desalinizadoras. La cuestión principal de esta proyección era la alta inversión requerida y su financiamiento. Los costos de producción se proyectaron entre 0,5 y 0,6 € por m^3, pero el precio o tarifa final se diferenciaría en función del destino o uso del agua: consumo humano, riego o industria.

III.2. Precio por metro cúbico: el reto para el desarrollo de proyectos agroindustriales con agua desalinizada en Sudamérica

Como se expuso previamente, los principales retos que enfrentan las plantas desalinizadoras son:

i) los permisos;
ii) el impacto ambiental;
iii) el transporte del agua (tuberías)
iv) el consumo de energía
v) precios elevados.

Las necesidades energéticas de los procesos de desalinización son importantes, y uno de los principales problemas ha sido mantener bajos los precios del agua desalinizada. La buena noticia es que el consumo de energía ha disminuido sig-

[24] Zarzo (2020).
[25] Fluence (2025).

nificativamente en los últimos años yendo desde 25 kW-h/m^3 en la década de 1970, hasta hoy donde el consumo es menos de 5 kW-h/m^3.

Suponiendo que un proyecto obtenga los permisos de construcción para la infraestructura y las aprobaciones ambientales, la viabilidad de una planta desalinizadora para la minería y la agricultura (plantas desalinizadoras polivalentes o multipropósito), debe tener en cuenta los costos del proceso, en particular la energía. Teniendo en cuenta las cifras y los precios en América Latina, la forma de garantizar la viabilidad de una planta polivalente es, necesariamente, asociarse con la minería.

La industria minera es actualmente la única capaz de pagar el precio del agua desalinizada por metro cúbico (USD2-3). El consumo humano carece de la escala necesaria y, para fines sociales, requiere que el Estado subvencione los costos para, al menos, operar una planta desalinizadora. La agroindustria, por sí sola, no puede pagar entre dos y tres dólares por metro cúbico. Por otra parte, se debe reconocer que la industria minera está acostumbrada a gestionar proyectos de gran escala, tanto desde el punto de vista de la ingeniería como del financiamiento, ya que la minería posee los conocimientos técnicos, mientras que la agricultura no suele tenerlos.

Sin embargo, la agricultura puede aportar elementos fundamentales a estos proyectos que la minería no puede. La agricultura puede completar la elevada demanda de agua para la construcción de plantas a gran escala. Además, puede ayudar a estos proyectos con la denominada "licencia social", ya que los proyectos agroindustriales se enfrentan a mucha menos oposición que los proyectos mineros. Por último, dado que la agricultura genera un importante número de puestos de trabajo, el Estado debería interesarse por estas plantas desalinizadoras polivalentes e incentivar su construcción mediante la entrega de subvenciones y garantizando que los trámites para la entrega de los permisos necesarios se realicen en un plazo razonable.

La sociedad exige cada vez más alimentos saludables durante todo el año, lo que significa, entre otras cosas, verduras y frutas. En otras palabras, el mercado está dispuesto a pagar por cultivos de alta calidad fuera de temporada, lo que permite a los productores cubrir los posibles costes más elevados asociados al uso de agua desalinizada.

III.3. La necesidad de un cambio de paradigma en la agricultura

En Sudamérica, los agricultores no están acostumbrados a pagar por el agua (pueden adquirir derechos de agua y pagar una sola vez, seguido de cuotas anuales muy bajas para mantener los canales de riego comunes), pero generalmente no pagan por cada metro cúbico que consumen, a diferencia de otros países. Por lo

general, han cultivado una parcela de tierra específica y, cuando el agua comienza a agotarse, por regla general no están dispuestos a trasladarse y comenzar a cultivar en otras zonas más viables.

Quizá esto contribuya a que los agricultores sean más apreciados en las comunidades en comparación con otras industrias; su arraigo territorial y tradición local es apreciada en sus áreas. Sin embargo, esto supone un reto para las plantas desalinizadoras polivalentes, ya que los agricultores suelen necesitar agua para sus actuales explotaciones agrícolas –muchas de ellas secas– en lugar de trasladarse a un lugar diferente y más estratégico. En el contexto chileno, se trata de una cuestión importante, ya que los agricultores suelen encontrarse a decenas o cientos de kilómetros de la costa, lo que también significa que están a cientos de metros sobre el nivel del mar; por lo tanto, necesitan bombear agua a alturas y distancias considerables. En esas circunstancias, considerando la normativa legal y los precios actuales, los agricultores deben experimentar dos cambios de paradigma principales para desarrollar proyectos agrícolas con agua desalinizada.

El primer cambio de paradigma es que los agricultores deben aceptar que, si quieren agua desalinizada, deben desarrollar sus proyectos agrícolas cerca de la costa, donde sería más barato transportar y bombear el agua. Esto supondría un esfuerzo importante para los agricultores, pues tendrían que abandonar su predio original, donde probablemente sus familias han vivido durante generaciones. Sin embargo, en muchos casos, no tienen otra opción. O se trasladan a un lugar donde puedan obtener agua, o se quedan sin negocio. Puede ser una buena oportunidad, ya que las tierras cercanas a la costa, sin aguas subterráneas, tienen un menor precio relativo por hectárea.

El segundo cambio de paradigma consiste en adaptar el proyecto agrícola a cultivos que puedan crecer con recursos hídricos limitados e implementación de tecnología generalmente costosa. Si un agricultor experimentado cultiva alfalfa o maíz mediante un sistema de riego por inundación, en lugar de riego por goteo o por aspersión, ni siquiera la mayor planta desalinizadora del mundo sería suficiente, debido a su precio y a la cantidad de agua que se necesitaría. En cambio, el cultivo de hortalizas y verduras en invernaderos con alta tecnología, cerca de la costa, utilizando un sistema de riego tecnificado, tendrá mejores perspectivas de cubrir los costos.

III.4. Oportunidades para tender puentes entre la minería y la agricultura en la desalinización

Las empresas agrícolas de cierta envergadura deben adaptarse al escenario de escasez de agua que se está convirtiendo en algo habitual en América Latina. La minería se ha adaptado a ello, invirtiendo en desalinización y en el uso eficiente

del agua. Las oportunidades para tender puentes entre esta adaptación podrían basarse en las dificultades que cada sector tiene para llevar a cabo este tipo de proyectos.

La agricultura es un sector económico importante, tanto para los mercados internos como externos, con un alto nivel de empleo y aceptado por la sociedad. La minería tiene experiencia en grandes proyectos de infraestructura, gestión de impactos ambientales y altos ingresos para financiar.

Los beneficios de incluir la agroindustria en un proyecto de desalinización podrían ser los siguientes:

i. Demanda de agua a mayor escala: con la agricultura y los proyectos mineros de gran, mediana y pequeña envergadura como parte del proyecto, la planta desalinizadora podrá tener una economía y ventajas de mayor escala de demanda proyectada.
ii. Licencia social: al destinarse el agua producida también para agricultura y consumo humano, el proyecto de la planta desalinizadora obtendrá más fácilmente la licencia social o su aceptación por las comunidades cercanas al lugar de instalación de la planta.
iii. Apoyo estatal a través de subsidios o cofinanciamiento: plantas desalinizadoras polivalentes (minería, agricultura y consumo humano) tienen un mayor beneficio social y económico, por lo que es más factible que el Estado participe más activamente en el proyecto, concediendo subvenciones o financiación y, dentro del marco legal, propendiendo en la tramitación y aprobación de los permisos.

Conclusiones

El creciente interés por estos proyectos en la región de América Latina debería ser un factor clave para incentivar a países como Chile y Perú a revisar sus marcos normativos con el fin de optimizar de forma eficaz los plazos.

Según el Banco Mundial, aproximadamente ciento sesenta y seis millones de personas carecen de acceso a un suministro de agua potable y ciento cincuenta millones viven en zonas con escasez de agua[26]. Además, la agroindustria y la minería son dos de las actividades económicas principales y más dinámicas de la región de América Latina, pero también son grandes consumidoras de agua.

A la luz de esta información, y dada la creciente demanda de metales críticos, como el cobre, para la transición energética hacia fuentes renovables, pa-

[26] Michaud & Trejo (2024).

rece que la industria de la desalinización seguirá floreciendo en los próximos años en América Latina. La rapidez y el éxito de esta historia dependerán exclusivamente del enfoque estratégico de cada país al respecto. Por lo tanto, el sector público tendría que desempeñar un papel clave. Es necesario abordar y mitigar de forma proactiva ciertos riesgos que afectan a la inversión en estos proyectos, como simplificar las cargas reglamentarias innecesarias y ofrecer incentivos para atraer a más inversores a estos proyectos, a través de financiamiento y regulación que permita la sinergia entre producción y demanda de agua desalada para distintos usos.

Bibliografía

Angloamerican (2022): "Quellaveco. Bringing our Purpose to life in Peru". Available at https://singapore.angloamerican.com/our-stories/quellaveco-bringing-our-purpose-to-life-in-peru [fecha de consulta: 5 de marzo de 2025].

Aqualep (s.f.): "Proyecto Mina Justa: planta desalinizadora". Disponible en www.aqualep.com/noticias/proyecto-mina-justa-planta-desalinizadora/ [fecha de consulta: 6 de marzo de 2025].

Betancourt, Marcela y Argüello, Carlos (2024): *Cinco buenas razones para subirse a la "ola" de los bonos azules*. Disponible en https://idbinvest.org/es/blog/fondos-de-inversion/cinco-buenas-razones-para-subirse-la-ola-de-los-bonos-azules [fecha de consulta: 23 de marzo de 2025].

BHP (2018): *2500LS plant is the largest in Latin America*. Available at www.bhp.com/news/media-centre/releases/2018/04/2500ls-plant-is-the-largest-in-latin-america [fecha de consulta: 5 de marzo de 2025].

Browne R., Vicente (2025): "Desaladora Aconcagua busca duplicar producción de agua e inversión llega a US$ 1.480 millones". Disponible en www.ex-ante.cl/desaladora-aconcagua-busca-duplicar-produccion-de-agua-e-inversion-llega-a-us-1-480-millones/ [fecha de consulta: 5 de marzo de 2025].

Celume, Tatiana y Goldenberg, Juan Luis (2021): "El libre acceso a las aguas del mar: una aproximación a su calificación jurídica y económica", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 34: pp. 131-156.

CNN Chile (2025): "Antofagasta será la primera ciudad del país en abastecerse en 100% con agua de mar". Disponible en www.cnnchile.com/pais/antofagasta-sera-la-primera-ciudad-de-chile-en-abastecerse-en-100-con-agua-de-mar_20250326/ [fecha de consulta: 31 de marzo de 2025].

Fluence (2025): "Desalinización y agricultura: lecciones de España". Disponible en www.fluencecorp.com/es/lecciones-de-desalinizacion-y-agricultura-desde-espana/ [fecha de consulta: 25 de marzo de 2025].

Forética (2025): *Tendencias ESG 2025. Claves para la agenda empresarial de sostenibilidad*. Disponible en https://foretica.org/wp-content/uploads/2025/01/InformeTendenciasESG_2025_Foretica.pdf [fecha de consulta: 25 de marzo de 2025].

Grand View Research (2025a): *Green Technology & Sustainability Market (2025-2023)*. Available at www.grandviewresearch.com/industry-analysis/green-technology-sustainability-market-report [fecha de consulta: 23 de marzo de 2025].

Grand View Research (2025b): *Latin America Sustainable Finance Market Size & Outlook*. Available at www.grandviewresearch.com/horizon/outlook/sustainable-finance-market/ latin-america [fecha de consulta: 23 de marzo de 2025].

International Finance Corporation (2025): *Blue finance*. Available at www.ifc.org/en/what-we-do/sector-expertise/financial-institutions/climate-finance/blue-finance [fecha de consulta: 23 de marzo de 2025].

Jones, Edward, Qadir, Manzoor, Van Vliet, Michelle T.H., Smakhtin, Vladimir & Kang, Seong-mu (2019): "The state of desalination and brine production: A global outlook", *Science of the Total Environment*, vol. 657: pp. 1343-1356.

Michaud, David & Trejo, Larissa (2024): "Water for people, peace, prosperity and the planet: Walking the talk in Latin America and the Caribbean". Available at https://blogs.worldbank.org/en/latinamerica/call-to-action-for-water-in-latin-america-caribbean#:~:text=Hace%20un%20an%CC%83o,%20el%20Banco%20Mundial,que%20viven%20en%20zon%20as%20con%20escasez%20de%20agua [fecha de consulta: 31 de marzo de 2025].

Novo, Cristina (2020): *Chile and Peru turn to desalination to address increase in water demand*. Disponible en https://smartwatermagazine.com/news/smart-water-magazine/chile-and-peru-turn-desalination-address-increase-water-demand [fecha de consulta: 31 de marzo de 2025].

Rojas, Christian y Delpiano, Cristian (2016): "Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua marina. Caracterizaciones y problemas iniciales", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.° 23: pp. 107-128.

Saavedra, Luisa; Donoso, Katty; Cisterna, Valentina; Lewinsohn, José Luis (2023): *Análisis de los efectos ecosistémicos del uso de agua de mar y la desalinización para el abastecimiento hídrico de la minería: El caso de Chile*. Disponible en www.cepal.org/es/publicaciones/68019-analisis-efectos-ecosistemicos-uso-agua-mar-la-desalinizacion-abastecimiento [fecha de consulta: 5 de marzo de 2025].

Servicio de Evaluación Ambiental (2023): *Guía para la descripción de proyectos de plantas desalinizadoras en el SEIA*. Disponible en www.sea.gob.cl/sites/default/files/adjuntos/noticias/Gu%C3%ADa%20para%20la%20descripci%C3%B3n%20de%20proyectos%20de%20plantas%20desalinizadoras%20en%20el%20SEIA.pdf [fecha de consulta: 6 de marzo de 2025].

Skewes, Fernanda (2017): "Autorización ambiental para actividades de desalinización de agua de mar", *Revista de Derecho Ambiental*, año v, n.° 7: pp. 35-59.

Slot, Anna-Marie (ed.) (2022): *The Sustainable Finance Law Review*. Available at www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2023/01/the-sustainable-finance-law-review--united-states.pdf [fecha de consulta: 23 de marzo de 2025].

Vivanco, Diego; Levenier, Camilo y Leiva, Juan de Dios (2025): *Contribución y perspectivas del sector agropecuario-silvícola en la actividad*. Disponible en www.bcentral.cl/w/contribucion-y-perspectivas-del-sector-agropecuario-silvicola-en-la-actividad [fecha de consulta: 31 de marzo de 2025].

Wenner, Adam & Feo, Edwin F. (1995): "Project financing of desalination facilities", *Desalination*, vol. 102, Issue 1-3: pp. 119-153.

Zarzo, Domingo (2020): "La desalación del agua en España", *Presupuesto y Gasto Público* n.º 101: pp. 169-186.

Zolghadr-Asli, Babak, McIntyre, Neil, Djordjević, Slobodan, Farmani, Raziyeh & Pagliero, Liliana (2023): "A closer look at the history of the desalination industry: the evolution of the practice of desalination through the course of time", *Water Supply*, vol. 23, No. 6: pp. 2517-2526.

Normas

Boletín 11.608-09, Sobre el uso de agua de mar para desalinización.

D.F.L. n.º 340 sobre Concesiones Marítimas, 6 de abril de 1960.

Ministerio de Defensa Nacional (2005): Reglamento sobre Concesiones Marítimas, fijado por Decreto Supremo (M) n.° 2, 3 de enero de 2005.

Ministerio de Defensa Nacional (2018): Decreto n.º 9 17 de marzo de 2018.

CHILE Y EL DERECHO NUCLEAR: REFLEXIONES SOBRE UNA DIALÉCTICA NECESARIA

CHILE AND NUCLEAR LAW: REFLECTIONS ON A NECESSARY DIALECTIC.

Rolando A. García Contreras[*]

RESUMEN: El presente artículo tiene por finalidad exponer a la comunidad jurídica nacional sobre la situación pasada, actual y futura de la energía nuclear en nuestro país, las diversas aplicaciones desconocidas derivadas de sus usos pacíficos y cómo esta ha sido regulada a través del denominado derecho nuclear tanto en el ambito internacional como nacional.

Lo anterior encuentra su aliciente en la inquietud intelectual por divulgar, promover y contribuir al conocimiento de esta particular e ignota rama del derecho, que no ha recibido la atención y cultivo que merece por parte de la dogmática nacional hace ya un buen tiempo y cuyo objetivo fundamental es el establecimiento de un robusto marco normativo de vocación internacional y transversal específico para la actividad nuclear que permita a la comunidad toda beneficiarse de sus usos pacíficos sin sacrificar la seguridad de las personas y el ambiente.

PALABRAS CLAVE: energía nuclear, derecho nuclear, seguridad tecnológica nuclear, seguridad física nuclear, salvaguardias, responsabilidad civil por daños nucleares.

ABSTRACT: This article aims to inform the legal community about the past, present, and future situation of nuclear energy in our country, the diverse unknown applications of the peaceful uses of nuclear energy, and how it is regulated through Nuclear Law at both international and national levels.

This endeavor is driven by the intellectual desire to disseminate, promote, and contribute to the knowledge of this particular and often overlooked branch

[*] Abogado (Universidad de Concepción). Carrera de especialización en derecho nuclear (Universidad de Buenos Aires). Miembro y director de Derecho Nuclear de la Asociación de Oficiales de Protección Radiológica de Chile y miembro de la Asociación Internacional de Derecho Nuclear (INLA). Correo electrónico: rolando.garcia540@gmail.com

of law, which has not received the attention and cultivation it deserves from national legal scholarship for quite some time. Its fundamental objective is to achieve a high consensus on the safety and security of people and the environment through a harmonious regulatory framework with an international vocation.

Keywords: nuclear energy, nuclear law, nuclear safety, nuclear security, safeguards, nuclear liability.

Introducción: pasado nuclear chileno

El 28 de diciembre de 1895 el físico alemán Wilhelm Roentgen presentaba a la academia físico-médica de Wurtzburgo el descubrimiento de los rayos X, marcando el nacimiento de la radiología en el ámbito mundial. Noventa días después de dicho acontecimiento, en nuestro país, el distinguido académico Luis Ladislao Zegers (1849-1925) reproducía en su laboratorio el descubrimiento del físci alemán sobre los Rayos X junto a su amigo Arturo Salazar (1849-1943), logrando capturar radiografías de la mano izquierda de Ladislao Zegers, convirtiéndose dicha práctica en la primera radiografía de Iberoamérica[1].

Décadas más tarde, en 1954, se inaugura el laboratorio de física nuclear de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Un año después el otrora senador y ministro de Salubridad, Previsión y Asistencia Social durante la segunda administración del presidente Arturo Alessandri Palma, Dr. Eduardo Cruz Coke Lassabe (1899-1974) presentaba al Senado de la república un proyecto de ley para la creación de la Comisión Nacional de Energía Atómica, convirtiéndose en realidad por Decreto Supremo n.° 432 de abril de 1964 de cuyo órgano fue su fundador y primer presidente ejecutivo por dos años, acogiéndose, luego, a jubilación, siendo sucedido por su discípulo el Dr. Benjamín Viel V[2].

Este organismo de carácter *ad honorem* respondió al primordial interés nacional por establecer un organismo central que atendiera los numerosos problemas y desafíos que planteaba el aprovechamiento de la energía nuclear en sus más diversos aspectos, sumado a que ese mismo año nuestro país fue nada más ni nada menos que el destino elegido para la realización de la 5ª reunión interamericana sobre los usos pacíficos de la energía nuclear en la cual nos correspondió fungir la presidencia de dicha reunión y la de un simposio posterior.

[1] Sociedad Chilena de Radiología (2025).

[2] Cruz-Coke (2001).

Todo ello relevó la importancia de que Chile se dotase de un organismo que pudiese fortalecer las relaciones con gobiernos extranjeros y propender a la coordinación de la labor de los distintos centros e institutos de investigaciones de modo de asegurar una colaboración metódica y permanente de los hombres de ciencia en la atención de tan importante materia.

Previo a los acontecimientos relatados, en el año 1963, dos años antes de la creación de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN), el abogado y oficial de ejército, José Luis Maffei Fuenzalida, presentaba en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile la primera tesis de pregrado sobre derecho y energía nuclear. Concitando el interés de destacados juristas chilenos de la época, incluyendo a Fernando Fueyo, Raúl Varela Varela, presidente del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, así como a Armando Uribe Herrera y Carlos Ruiz Bourgeois, eminentes académicos y precursores del derecho minero en nuestro país, quienes, además, prologaron la tesis de José Luis Maffei. Obra doctrinaria que, mirada en retrospectiva, resulta de consulta insoslayable y obligatoria para todo aquel que desee conocer sobre "derecho nuclear". Con la plena convicción además de que fue un visionario en su época, estableciendo un precedente jurídico de gran relevancia, alcanzando tal impacto que le mereció integrar la Comisión Nacional de Energía Nuclear junto a su profesor Armando Uribe Herrera bajo la presidencia del Dr. Ricardo Cruz-Coke.

Es importante señalar que su obra permaneció en la oscuridad durante un largo periodo hasta hace relativamente poco tiempo. Esta revelación se produjo durante la elaboración de mi tesis de pregrado en derecho nuclear, cuyo texto fue presentado al Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en el año 2023. Dicha obra sirvió de fuente de consulta permanente para continuar el legado de tan ilustre abogado[3].

Finalmente, en el año 1965 durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva a través de la publicación de la Ley n.° 16319, se crea y dota funciones a la Comisión Chilena de Energía Nuclear que por más de sesenta años ha desempeñado un papel clave en su calidad de órgano regulador, dependiendo en su origen del Ministerio de Minería pasando, desde el año 2009, a depender del Ministerio de Energía y cuyo objetivo es, según el art. 3.° de la mentada ley:

> "[...] atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, transporte y uso pacífico de la energía atómica y de los materiales fértiles, fisionables y radioactivos".

[3] La biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción tiene el privilegio de contar con un ejemplar de la obra de José Luis Maffei, cuyos ejemplares con el paso del tiempo se ha reducido notablemente.

Lustros posteriores entre 1970 y 1972 comenzó la construcción de los reactores nucleares de investigación "RECH-1" y "RECH-2" respectivamente, ubicados en el Centro de Estudios Nucleares La Reina, en la comuna de Las Condes el primero, cuya primera criticidad data según la Base de Datos de Reactores de Investigación (RRDB) del OIEA de 13 de octubre de 1974[4] y el segundo ubicado en el Centro de Estudios Nucleares Lo Aguirre, en la comuna de Pudahuel cuya primera criticidad data de 24 de octubre de 1977[5]. El RECH-1, que acaba de cumplir cincuenta y un años de funcionamiento, no es un reactor como su nombre lo indica, que inyecte energía a la matriz energética nacional, sino que, como su nombre lo indica, tiene por papel principal investigar en la producción de radioisótopos que luego son utilizados en la fabricación de radiofármacos que posteriormente son utilizados en el diagnóstico y tratamiento del cáncer en nuestro país cuyo papel en el combate del cáncer según se dirá resulta insoslayable.

Además de lo anterior el RECH-1 destaca en el campo de la agricultura a través del control de plagas, como ha sido el caso de la mosca de la fruta, considerado como uno de los mayores impactos en la economía nacional[6]. Otro tanto ocurre como la producción de elementos radiactivos para su uso en la minería e industria. Asimismo, la CCHEN se ha destacado en el estudio e investigación de plasma termonuclear en todas aquellas áreas que resulten beneficiosas para la humanidad[7]. La creación de una planta para irradiar alimentos y materias primas únicas en el país, la incorporación del primer ciclotrón para producir flúor 18, que es un compuesto utilizado para detectar distintos tipos de cáncer de manera muy temprana entre otros usos pacíficos desconocidos por la población en general[8].

Luego en el año 1984 es publicada la Ley n.° 18302 sobre Seguridad Nuclear, que establece un marco normativo que por exigirlo el interés nacional sometió a regulación todas las actividades relacionadas con los usos pacíficos de la energía nuclear y con otras instalaciones y las sustancias nucleares y materiales radiactivos que se utilicen en ellas como de su transporte, con el objetivo de proveer a la protección de la salud, la seguridad y el resguardo de las personas, los bienes y el ambiente, y a la justa indemnización o compensación por los daños que dichas actividades provocaren; de prevenir la apropiación indebida y el uso

[4] Organismo Internacional de Energía Atómica (2025).

[5] De acuerdo con el *Glosario de seguridad nuclear tecnológica y física del OIEA*, edición 2022, criticidad es el estado del medio que alberga una reacción nuclear en cadena cuando esta reacción está justo en el punto en que se autosostiene (es crítica), es decir, cuando la reactividad es cero.

[6] Servicio Agrícola y Ganadero (2017).

[7] Comisión Chilena de Energía Nuclear (s.f.).

[8] Comisión Chilena de Energía Nuclear (2019).

ilícito de la energía, sustancias e instalaciones nucleares; y de asegurar el cumplimiento de los acuerdos o convenios internacionales sobre la materia en que sea parte Chile[9].

De lo dicho y como podrá apreciar el lector, Chile no ha estado exento de este fenómeno de lo "atómico" siendo su historia jalonada por preclaros personajes chilenos interesados en aportar al desarrollo de nuestro país, conocedores y previsores de los usos pacíficos de esta fuente energética que en su origen nació para causar destrucción y que hoy es capaz de salvar vidas.

I. Actualidad nuclear chilena ç y derecho nuclear

El 26 de abril de 1986, en la entonces debilitada y fraccionada Unión Soviética, a consecuencia de un error humano, tuvo lugar el accidente nuclear de mayor magnitud en la historia de la humanidad, conocido como el desastre de Chernóbil, que de acuerdo con la Escala Internacional de Accidentes Nucleares (INES) del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), es clasificado como accidente grave de nivel 7. Siendo definidos como aquellos en que existe liberación grave de materiales reactivos con amplios efectos en la salud y el ambiente, que requiere la aplicación y prolongación de las contramedidas previstas[10]. Este suceso representó un punto de inflexión en la seguridad tecnológica nuclear a escala mundial, impulsando la realización de numerosos foros internacionales dedicados a la elaboración de una normativa internacional más robusta que pudiese abordar de manera más eficaz las emergencias nucleares o radiológicas futuras, así como actualizar los sistemas de compensación por daños nucleares que pudiesen afectar a las personas y al ambiente, habida consideración de que el riesgo nuclear no conoce fronteras.

Entre los instrumentos jurídicos internacionales que vieron la luz pos-Chernóbil se encuentra la Convención sobre la Pronta Notificación de Acci-

[9] García (2022) p. 9.

[10] Tal y como sucede con las escalas Richter o Celsius, la escala INES nos indica la entidad de los sucesos derivados de una amplia gama de actividades que abarcan el uso industrial y médico de fuentes de radiación, la explotación de instalaciones nucleares y el transporte de materiales reactivos. Cuando arreglo esta escala los sucesos se clasifican en siete niveles. Los sucesos de los niveles 1 a 3 se denominan "incidentes", mientras que en el caso de los 4 a 7 se habla de "accidentes". Cada ascenso de nivel en la escala indica que la gravedad de los sucesos es aproximadamente diez veces superior. Cuando los sucesos no revisten importancia del punto de vista a la seguridad se lo denomina "desviaciones" y se clasifican debajo de la escala en el nivel 0. Para mayores antecedentes véase www.iaea.org/sites/default/files/ines_sp.pdf

dentes Nucleares, adoptada en 1986 y cuyo propósito es establecer un sistema de notificación respecto de accidentes nucleares con el potencial de generar una liberación transfronteriza internacional que pueda afectar la población y ambiente de otros Estados miembros. Asimismo, se estableció la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, la cual define un marco internacional para la cooperación entre los Estados partes y el OIEA, con el fin de facilitar asistencia y apoyo rápidos en caso de accidentes nucleares o emergencias radiológicas. Luego, en 1994, se adoptó una de las convenciones más relevantes en materia de seguridad tecnológica nuclear: la Convención sobre Seguridad Nuclear, cuya entrada en vigor fue el 24 de octubre de 1996. Fundada en el interés común de las partes por alcanzar niveles superiores de seguridad, los cuales se desarrollarán y promoverán mediante reuniones periódicas. Las Estados partes se obligan a presentar informes sobre cumplimiento de sus obligaciones para su revisión por pares en reuniones que se celebran habitualmente en la sede del OIEA en Viena. Por último, a efectos de enfrentar el mayor cuestionamiento respecto a los usos pacíficos de la energía atómica, en el año 1997 es adoptada la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad de la Gestión de Desechos Radiactivos estableciendo principios fundamentales de seguridad, creando un proceso de revisión por pares similar al de la Convención sobre seguridad Nuclear. Abordando, asimismo, las liberaciones planificadas y controladas al ambiente de materiales radiactivos líquidos o gaseosos procedentes de instalaciones nucleares reguladas entrando en vigor el 18 de junio de 2001.

Chernóbil sumado al secretismo imperante en la ex-Unión Soviética constituyó un cambio de paradigma sobre cómo abordar la seguridad tecnológica nuclear, pues la comunidad internacional al alero del OIEA tomó conciencia que era necesario armonizar y plasmar un marco jurídico vinculante de vocación global que permitiese afrontar de forma coordinada y rápida eventuales accidentes de igual o mayor envergadura, instando a los Estados miembros del OIEA a ratificar dichos instrumentos internacionales y así lograr la tan ansiada uniformidad.

Nuestro estrecho y largo país, testigo de lo acontecido y que a la sazón contaba y lastimosamente sigue contando con solo dos reactores de investigación, no fue ajeno a lo ocurrido e incorporó a nuestro ordenamiento jurídico de manera paulatina los siguientes tratados internacionales que abordan diversos aspectos regulatorios de derecho nuclear entre los cuales se encuentran:

1. La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, a través del Decreto Promulgatorio n° 18 de 1990, Ministerio de Relaciones Exteriores.
2. El protocolo común relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París, sobre Responsabilidad Civil por Daños

Nucleares, a través del Decreto Promulgatorio n.° 1212 de 1994, Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. La Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, a través del Decreto Promulgatorio n.° 1121 de 1994, Ministerio de Relaciones Exteriores.
4. La Convención sobre Seguridad Nuclear, a través del Decreto Promulgatorio n.° 272 de 1997, Ministerio de Relaciones Exteriores.
5. La Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica a través del Decreto n.° 8 de 2005, Ministerio de Relaciones Exteriores.
6. La Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares a través del Decreto n.° 381 de 2006, Ministerio de Relaciones Exteriores.
7. El Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, a través del Decreto Promulgatorio n.° 252 del año 2011, Ministerio de Relaciones Exteriores.
8. La Convención Conjunta Sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y Sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Reactivos, a través del Decreto Promulgatorio n.° 148 de 2012, Ministerio de Relaciones Exteriores.
9. Enmienda de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, a través del Decreto Promulgatorio n.° 132 de 2017, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, a los ojos del lector puede parecer paradójico que a pesar de la profusa normativa internacional que Chile ha incorporado, no contemos con una mayor capacidad nuclear para hacer frente a los nuevos desafíos que depara el devenir ya sea en el ámbito energético, médico, agrícola, industrial, minero, forense, arqueológicos entre otros. Y cuando me refiero a aumentar la capacidad nuclear no me refiero exclusivamente a erigir reactores de potencia sino a la eventualidad de potenciar y diversificar lo que actualmente tenemos, y por qué no si la voluntad política lo permite barajar la construcción o importación a través de un financiamiento nacional mancomunado entre el sector público y el privado o con fondos extranjeros, nuevos reactores de investigación para nuestro país, considerando las nuevas tecnologías nucleares actualmente disponibles como los "Small Modular Reactors" o SMR cuyos diseños modulares y altamente seguros auguran el futuro energético mundial[11].

Expuesto lo anterior, corresponde abordar el derecho nuclear en cuanto a su delimitación conceptual y a las subramas regulatorias que lo componen,

[11] Organismo Internacional de Energía Atómica (2022).

sin olvidar que toda incursión nuclear requerirá en forma previa de una robusta y actualizada normativa en concordancia con los convenios internacionales permitiendo de este modo un desarrollo seguro y sostenible en el tiempo de sus usos pacíficos.

Desde ya adelantar que nos enfrentamos a una rama del derecho altamente técnica en cuanto a terminología, circunstancia que se ve reflejada en conceptos tales como: irradiación, contaminación interna o externa, fuente radiactiva, ciclo del combustible nuclear, instalación nuclear, daños nucleares, daños radiológicos, trabajador ocupacionalmente expuesto, radiactividad, actividad de la fuente, fuente sellada, entre otros términos nucleares y radiológicos cuyo contenido se ve colmado y uniformado a través de la normativa recomendatoria que al efecto dicta el OIEA, y que sirve de guía para su implementación e incorporación a escala nacional entre sus miembros.

Asimismo, ¿cabe preguntarnos qué hace especial al derecho nuclear?, pudiendo responder, en primer lugar, la existencia de un riesgo transversal que trasunta a toda actividad atómica, cual es el fenómeno físico de la radiactividad, cuyos efectos deletéreos en las personas y el ambiente hizo necesario contar con una regulación especial sobre el particular[12]; en segundo lugar, el histórico uso dicotómico o dual de la tecnología nuclear entre lo bélico en primer término (Hiroshima y Nagasaki) y lo civil a través de sus usos pacíficos; en tercer lugar, el dialogo permanente que este entabla con otras ramas del derecho, véase a modo de ejemplo su relación con el derecho administrativo en cuanto a la autorización administrativa que otorga el órgano regulador a quienes deseen, construir, operar, desmantelar o desechar una instalación nuclear o radiactiva, debiendo cumplir el interesado con los requisitos impuestos en la normativa, concluyendo con el acto administrativo autorizante o denegatorio en su caso. Otro tanto ocurre con el derecho civil, en relación con el establecimiento de regímenes de responsabilidad civil que se aparten de normas basadas en criterios subjetivos o culpabilisticos (art. 2314 y siguientes del *Código Civil* chileno) que permitan compensar de manera rápida y efectiva a las víctimas de un daño nuclear. Por último, en atención a la extensión de este trabajo, y sin perjuicio de otros diálogos que se puedan establecer, encontramos la relación con el derecho laboral y de la seguridad social en el sentido de que quienes se desempeñan en una instalación nuclear o radiactiva son una especie *sui generis* de trabajadores, calificados jurídicamente como "trabajadores ocupacionalmente expuestos a radiaciones ionizantes" o "TOE", quienes conocedores del agente físico al cual se exponen desarrollan su labor en beneficio de todos nosotros, cobrando importancia el mandato legal que nuestro *Código del Trabajo* en su art. 184 dirige al empleador en orden a proteger eficazmente la vida de sus trabajadores, es-

[12] Carbonell (2011) p. 1.

tando obligado a adoptar todas las medidas tendientes a evitar accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en su caso[13].

Hecha la prevención anterior, procedo a conceptualizar el derecho nuclear siguiendo el manual de derecho nuclear del OIEA de 2003 como:

> "el conjunto de disposiciones jurídicas especiales, creadas para regular la conducta de las personas físicas o jurídicas que realizan actividades relacionadas con los materiales fisionables, la radiación ionizante y la exposición a fuentes naturales de radiación"[14].

De la definición transcrita puede preguntarse legítimamente el lector que es todo esto de material fisible, radiación ionizante o fuente natural de radiación.

Para ello y siguiendo a la Comisión Canadiense de Seguridad Nuclear y a la Autoridad de Seguridad Nuclear Francesa entendemos por materiales fisibles aquellos en que los núcleos atómicos pueden sufrir fisión (dividirse) al capturar un neutrón de baja energía denominado neutrón térmico. Este proceso libera energía, más neutrones y productos de fisión reactivos. El uranio 235 y el plutonio 239 son los ejemplos más comunes, son la base de la energía nuclear y también son utilizados el armamento nuclear[15].

La radiación es energía en forma de partículas (alfa, beta, neutrones) o a través de ondas electromagnéticas de alta energía (rayos gamma y, rayos X) capaz de arrancar electrones de átomos y moléculas creando iones. Este proceso puede dañar tejidos vivos.

Por último, las fuentes naturales de radiación son aquellas presentes naturalmente en el ambiente, incluyéndose la radiación cósmica y la radiación terrestre de isótopos en rocas, suelo y agua (series del uranio y torio, descendientes como radio 226, radón 222. También incluyen radionucleidos como el potasio (K 40) contenido en los plátanos. Señalar que estas fuentes de origen natural no son inocuas y contribuyen a la dosis de fondo natural[16].

De lo dicho se concluye que toda actividad relacionada con dichas materias o elementos será regulada por el derecho nuclear y profusa normativa.

Este derecho regulador, de una tecnología altamente compleja, se compone, además, de cuatro subramas regulatorias denominadas en la jerga nuclear como las Tres S por Seguridad tecnológica nuclear, Seguridad física nuclear y Salvaguardias. Cada una de ellas poseedora de un ámbito de aplicación distinto, pero interconectado con las demás.

Conceptualizaremos cada una de ellas.

---

[13] Instituto de Salud Pública De Chile (2021).

[14] Stoiber, Baer, Pelzer y Tonhauser (2006).

[15] Comisión Canadiense de Seguridad Nuclear (s.f.).

[16] Autorité De Sûreté Nucléaire (2018) p. 3.

La Seguridad tecnológica nuclear se refiere a la protección de las personas y el ambiente contra los peligros asociados con la tecnología nuclear como la exposición a la radiación ionizante. Esta se logra a través de la aplicación de medidas de protección radiológica, incluyendo la limitación de la exposición a la radiación, la optimización de las prácticas radiológicas y la aplicación de principios de seguridad radiológica.

La Seguridad física nuclear tiene por propósito proteger el material nuclear o las instalaciones autorizadas para así impedir el acceso no autorizado a material fisible, su retirada no autorizada o actos de sabotaje como, por ejemplo, las medidas que se contempla en la convención sobre la protección física de los materiales nucleares y su enmienda. En definitiva, que la instalación en comento no sea objeto de actos dolosos tendientes a socavar la seguridad que debe primar en ella.

Las Salvaguardias, por último, son un conjunto de medidas técnicas utilizadas por el OIEA para verificar que los Estados miembros cumplen sus obligaciones jurídicas internacionales de utilizar el material y la tecnología nuclear únicamente con fines específicos.

Estas tres ramas son complementadas por la responsabilidad civil por daños nucleares también denominada en otras latitudes como *Nuclear Liability* cuyo propósito es establecer un paraguas normativo internacional que pueda enfrentar los daños calificados como nucleares, compensando civilmente a las personas, las cosas y el ambiente afectados. Recordando, además, que el riesgo nuclear reúne según Jorge Favini las siguientes características:

- Clandestino, en cuanto el daño por irradiación no es perceptible por la víctima, no tiene como advertir su exposición;
- Diferido, en cuanto los efectos de la irradiación pueden desencadenarse años después del acaecimiento de un incidente nuclear;
- Itinerante, en cuanto este no conoce de fronteras, pudiendo recorrer grandes distancias del lugar donde se originó el incidente, habla de internacionalismo posible del daño; y
- Catastrófico, en cuanto los daños producidos por un daño nuclear son devastadores a escala humana y ambiental, a pesar de la baja posibilidad de ocurrencia[17].

Todo este conjunto armónico, transversal, altamente técnico y profundamente internacional es el derecho nuclear, cuyas áreas de investigación y desarrollo, como podrá apreciar el lector, son amplias y permitirán a quien desee sumergirse en sus aguas enfrentarse a desafíos normativos del futuro como la fusión nuclear, los SMR, la propulsión nuclear espacial entre otros.

[17] Favini (1986).

II. Devenir nuclear chileno

Cada vez que se me ha inquirido en distintos foros de discusión sobre el futuro nuclear de nuestro país, sostengo que no puede existir un proyecto nuclear desprovisto de un sólido y actualizado derecho nuclear, pues es este el catalizador y depurador para un debate informado sobre la materia, derribando mitos y desinformación que solo contribuyen a exacerbar el temor por parte de la sociedad que desconoce por motivos, a veces justificados, que vive en un mundo radiactivo por naturaleza[18]. A pesar de lo dicho nuestro país no ha sido un mero espectador en el desarrollo atómico mundial y guardando las proporciones ha efectuado un avance significativo de la mano del interés coyuntural que tal o cual gobierno ha tenido por lo atómico. Sin perjuicio de ello, existe un campo dentro de los usos pacíficos de esta fuente energética que quisiera relevar y cuyo desarrollo resulta más plausible o realista que la proliferación de reactores nucleares. Me refiero al uso médico de las radiaciones ionizantes permitiendo combatir el cáncer que hoy es considerado un flagelo y preocupación de salud pública[19].

Conscientes de esta situación en el año 2020 es publicada la Ley n.° 21258, que Crea la Ley Nacional del Cáncer, rindiendo homenaje póstumo al Dr. Claudio Mora y cuyo objetivo de acuerdo a su art. 1.°:

> "es establecer un marco normativo para la planificación, desarrollo y ejecución de políticas públicas, programas y acciones destinados a establecer las causas y prevenir el aumento de la incidencia del cáncer, en cualquiera de sus manifestaciones, formas o denominaciones, el adecuado tratamiento integral y la recuperación de la persona diagnosticada con dicha enfermedad, conforme a lo establecido en el Plan Nacional del Cáncer, así como crear un fondo de financiamiento adecuado para lograr ese objetivo".

[18] Debemos distinguir la radiación ionizante de origen natural de aquella de origen artificial. La primera proviene tanto de la tierra como del exterior. Ejemplo de radiación proveniente de nuestro planeta es el gas radón cuya regulación es escasa y solo algunos Estados se han abocado a regular su emisión (véase el caso francés), es, sin lugar a dudas, un interesante desafío normativo digno de ser abordado sobre todo desde el enfoque de la salud ocupacional. Ejemplo de la radiación externa son los rayos cósmicos o radiación cósmica cuyos efectos en los tripulantes de cabina de aeronaves o transbordadores espaciales ha dado lugar a interesantes estudios dirigidos por la Comisión Internacional de Protección Radiológica (ICRP).

[19] De acuerdo con datos publicados por el Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) del Ministerio de Salud, el número de defunciones por neoplasias en el año 2022 ascendió a 29 931 personas, cifra que no ha hecho más que aumentar desde el año 2002 fecha en que dicha repartición comenzó su estudio.

Sin perjuicio que este es un tema vasto e irrealizable de abordar íntegramente en estas sucintas líneas, me limitaré a señalar la relevancia de dicho plan cuyo objetivo es el diseño de medidas y propuestas de implementación para dar cumplimiento a los mandatos de la ley en un periodo que va desde el año 2018 al 2028.

Es en dicho contexto que los usos pacíficos de la energía nuclear representan un papel decisivo en el diagnóstico prematuro y tratamiento del cáncer. Cobrando relevancia los conceptos de radiodiagnóstico y radioterapia. El radiodiagnóstico consiste en la aplicación de técnicas avanzadas, como la obtención de imágenes mediante rayos X, para la detección y diagnóstico de enfermedades y lesiones. Además, desempeña un papel crucial en la gestión de la atención médica y la orientación de diversos tipos de tratamientos médicos.

La radioterapia, por su parte, consiste en un tratamiento contra el cáncer en el que se emplean diversos tipos de radiación ionizante como los rayos X, los rayos gamma, los electrones de alta energía o las partículas pesadas. Es uno de los tratamientos oncológicos más frecuentes, puesto que se estima que un 50 % de los pacientes la necesitará durante el curso de la enfermedad. Dentro de ella existe la radioterapia interna también denominada braquiterapia y la radioterapia externa.

De acuerdo con datos entregados por el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), existen al año 2021, veinticuatro centros de radioterapia con autorización sanitaria distribuidos a lo largo y ancho de todo Chile[20].

Los citados centros son, jurídicamente hablando, "instalaciones radiactivas" de acuerdo con la normativa contenida en el Decreto n.° 3, que aprueba reglamento de protección radiológica de instalaciones radiactivas del año 1985 y el Decreto n.°133, que aprueba reglamento sobre autorizaciones para instalaciones radiactivas o equipos generadores de radiaciones ionizantes, personal que se desempeña en ellas, u opere tales equipos y otras actividades a fines del año 1984, ambos del Ministerio de Salud [21].

[20] Véase www.ispch.cl/wp-content/uploads/2021/04/Listado-de-establecimientos-de-radioterapia.pdf

[21]El art. 7 del Decreto n.° 3 clasifica las instalaciones radiactivas de la siguiente manera: Las instalaciones radiactivas se clasificarán en tres categorías. Quedan comprendidos en la primera categoría los aceleradores de partículas, plantas de irradiación, laboratorios de alta radiotoxicidad, radioterapia y roentgenterapia profunda, gammagrafía y radiografía industrial. Pertenecen a la segunda categoría los laboratorios de baja radiotoxicidad, rayos X para diagnóstico médico o dental, radioterapia y roentgenterapia superficial. La tercera categoría incluye los equipos de fuente sellada de uso industrial, tales como: pesómetros, densitómetros, medidores de flujo y de nivel, detectores de humo, medidores de espesores, etc. Asimismo, quedan comprendidas en esta categoría las fuentes patrones, estimuladores cardiacos radiosotópicos, marcadores o simuladores de uso médico, equipos de rayos X para control de equipajes, correspondencia, etc., fluroscopía industrial y difractómetros.

En el licenciamiento y fiscalización de estas instalaciones intervienen dos órganos reguladores de la mayor importancia, el primero, ya señalado supra, es la CCHEN y el otro es el Ministerio de Salud a través de las secretarías regionales ministeriales respectivas quienes en virtud de lo preceptuado en el art. 86 del C*ódigo Sanitario* les compete dentro del territorio de su competencia, otorgar la autorización previa para que puedan funcionar en él, instalaciones radiactivas, entendiéndose por tales aquellas en que se produzcan, traten, manipulen, almacenen o utilicen materiales radiactivos o equipos que generen radiaciones ionizantes.

De ahí la importancia de relevar un actuar coordinado y buena comunicación que debe primar entre ambos entes reguladores, para, así, agilizar el licenciamiento de instalaciones de tanta relevancia en el contexto del citado plan nacional de cáncer. Lastimosamente no siempre ambas instituciones dialogan, afectando no solo a los interesados por desarrollar proyectos radiológicos, sino que, a su pesar, a miles de pacientes que esperan por un diagnóstico y tratamiento efectivo.

Esto nos obliga a abordar otro desafío normativo sobre la tardanza en el licenciamiento de instalaciones. Problemática que se ha convertido en un verdadero escollo regulatorio en el devenir atómico y radiológico nacional, cuyo mayor peligro es la pérdida de vidas humanas por no llegar a tiempo tratándose del combate contra el cáncer acompañado de un desincentivo por la inversión. Y con ello no estoy abogando por la erradicación del licenciamiento de las instalaciones, pues uno de los principios que rige en materia de derecho nuclear es el principio de autorización que implica que ninguna actividad nuclear o radiológica puede verificarse sin autorización previa. La crítica va enderezada al tiempo adoptado por los entes reguladores para ello.

Para paliar esta circunstancia se acaba de publicar la Ley n.° 21770 con fecha 25 de septiembre de 2025 que pone en marcha la Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales para "agilizar" proyectos de inversión[22].

En lo pertinente a la materia expuesta el art. 115 de la mentada ley modifica la Ley n.° 18302 sobre seguridad nuclear, incorporando los arts. 16 bis y 16 ter[23].

[22] Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2025).

[23] "Artículo 16 bis.- La Comisión deberá resolver las solicitudes para autorizar el emplazamiento, construcción y operación de instalaciones nucleares o equipos radioactivos en el plazo máximo de doscientos cuarenta días hábiles. Atendida la complejidad, envergadura o el uso de nuevas tecnologías que involucre la solicitud, la Comisión podrá disponer la suspensión del plazo a que se refiere este inciso, mediante resolución fundada. El plazo de suspensión deberá quedar establecido en el mismo acto administrativo y guardar debida coherencia con los hechos que lo fundan y los principios de celeridad, eficiencia y eficacia.

Si se trata de las demás solicitudes a las que se refiere el artículo 4°, la Comisión deberá resolverlas en el plazo máximo de ciento veinte días hábiles. La Comisión podrá disponer la suspensión del plazo a que se refiere este inciso, mediante resolución fundada y hasta por cuarenta días hábiles.

Sin perjuicio que la reforma es un avance en el establecimiento de mayor certeza jurídica para los interesados en desarrollar proyectos nucleares o radiológicos, el legislador omitió la fase de desmantelamiento de las instalaciones nucleares o radiológicas, pues la ley nada dice a ese respecto, sin perjuicio que la misma Ley n.° 18302 en su art. 4.° hace mención a dicha fase, pero cabría preguntarse si el desmantelamiento de una instalación nuclear, que es un proceso que se extiende por varios años, incluso décadas, ¿estará sometido a un plazo de doscientos cuarenta días para su autorización o será un plazo de ciento veinte días hábiles?

Otro tanto ocurre con el plazo unívoco de autorización establecido de doscientos cuarenta días hábiles para el emplazamiento, construcción y operación de instalaciones nucleares y "equipos radiactivos", pues, a mi entender, el riesgo que entraña cada una de ellas es disímil y por mucho que así lo plasmemos jamás será comparable en cuanto a licenciamiento y prescripciones regulatorias un centro de medicina nuclear versus un reactor nuclear de investigación y para que decir respecto de un reactor de potencia. Y esta afirmación no es antojadiza, sino que responde a un concepto relevante a considerar en el control regulatorio de las instalaciones nucleares y radiactivas, hablamos del "enfoque graduado" (EF). Concepto acuñado en los albores de la actividad nuclear argentina como:

> "aquel que se realiza en el licenciamiento, la fiscalización y control desde el punto de vista de seguridad radiológica y nuclear, salvaguardias y protección y seguridad física aplicado para destinar recursos regulatorios en una graduación apropiada según el riesgo, la complejidad tecnológica y la potencialidad de cada actividad a ser autorizada y controlada por la Autoridad Regulatoria Nuclear Argentina"[24].

De lo dicho podemos sostener que esta nueva ley-marco dará mucho de qué hablar y solo el tiempo nos dirá si estos plazos que recordamos son susceptibles de ser suspendidos por resolución fundada, otorgaron mayor celeridad

---

En lo que respecta a las autorizaciones singularizadas en el artículo 5°, la Comisión deberá resolver dichas solicitudes en el plazo máximo de sesenta días hábiles. La Comisión podrá disponer la suspensión del plazo máximo a que se refiere este artículo, mediante resolución fundada y hasta por quince días hábiles.

Las suspensiones de plazo a que se refiere este artículo podrán ser ejercidas por una única vez durante el transcurso del procedimiento, sin perjuicio de otras causales de suspensión que procedan conforme a la ley".

"Artículo 16 ter.- Vencido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud de autorización sin que la Comisión se pronuncie sobre ella, el interesado estará legitimado para hacer valer el silencio administrativo negativo".

[24] Martiri, López Cantón y Saavedra (2022) p. 4.

y certeza jurídica a los interesados o a perpetuar el letargo administrativo que en todo caso estará protegido por la aplicación sin excepciones del silencio negativo por expresa disposición de la ley.

Conclusiones

Luego de haber recorrido en conjunto el itinerario histórico nuclear de nuestro país, marcado por ilustres personajes cuyo voraz intelecto y vocación de servicio público sentaron las bases de la actual infraestructura nuclear nacional, así como la adopción progresiva de un marco jurídico internacional, demuestra la relevancia de esta ignota rama denominada derecho nuclear. Pues esta compleja plétora normativa articulada sobre la base de la seguridad tecnológica, la seguridad física, las salvaguardias y la responsabilidad civil por daños nucleares, resulta indispensable para administrar los singulares riesgos de la radiactividad y, a su vez, facilitar el aprovechamiento de sus usos pacíficos, destacando su papel en áreas críticas como la salud pública, la demanda energética, la minería, la agricultura y el combate contra el cáncer según se expuso. Es aquí donde reside precisamente la dialéctica necesaria propugnada al inicio de este trabajo, en el sentido de armonizar la exigencia de una regulación exhaustiva y protectora de la mano tanto de desarrollo tecnológico como de las urgencias que demandan la sociedad, tensión que hoy se refleja en obstáculos de licenciamiento y la necesidad de una coordinación interinstitucional.

De cara al futuro, ya sea para optimizar las aplicaciones existentes o para incorporar nuevas tecnologías como los SMR, Chile requerirá revitalizar un estudio informado y dar el debate público sobre el derecho nuclear, avanzar hacia el perfeccionamiento de los mecanismos regulatorios y consolidar la conciencia jurídico-técnica para navegar este campo con seguridad responsabilidad y visión de progreso.

Exhorto, asimismo, a la comunidad toda, para que encuentre en este modesto aporte la motivación necesaria para interesarse por los complejos desafíos normativos que conlleva el derecho nuclear, particularmente en el contexto de la lucha contra el cáncer en nuestro país. De ahí que esta invitación a volcarnos nuenuevamente al dialogo y reflexión tal y como lo hicieron nuestros antecesores hace ya varias décadas, resulta del todo atingente y necesaria.

Concluyo este trabajo afirmando, como lo hice hace ya algún un tiempo, que la energía nuclear es y seguirá siendo "debate mundial", ha renacido de las cenizas y requiere de todo el ahínco por dotarnos siguiendo a Grossi de marcos jurídicos nacionales e internacionales eficaces e integrales para un uso tecnológico y físicamente seguro, con fines pacíficos de la ciencia y la tecnología nucleares para sustentar las vidas y los medios de subsistencia de miles de millones

de personas, lo que nos permitirá a todos luchar por una vida mejor hoy y en el futuro[25].

El debate nuclear requiere alcanzar un grupo más amplio de actores para adoptar medidas acertadas que legitimen las decisiones políticas que influyen en un mundo cada vez más dinámico y globalizado. Solo el tiempo nos dirá que ocurrirá en el futuro para nuestro país en este ámbito, pero sin vacilaciones sostengo que el derecho nuclear tendrá un papel transcendental en dicho futuro, es por ello y como señaló hace ya sesenta y dos años José Luiser Maffei:

> "[...] lo que realmente tiene valor para nosotros es si logramos interesar a otros estudiosos para que sigan abriendo la brecha y mejorando todo aquello que como esbozo se presenta para que mediante la cooperación de muchos logremos formar la conciencia científico-técnica que el país necesita"[26].

La invitación ya está hecha, solo falta aceptarla y embarcarse en este fascinante mundo del derecho nuclear.

Bibliografia

Carbonell, Pere (2011): "Radiología y radiactividad, dos manifestaciones diferentes, aunque equivalentes del riesgo radiológico", *Imagen Diagnóstica*, vol. 2, n.º 1: pp. 1-3.

Cruz-Coke, Ricardo (2001): "Historia de la obra científica de Eduardo Cruz-Coke Lassabe", *Revista Médica de Chile*, vol. 129, n.º 4: pp. 447-455. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872001000400015 [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2025].

Favini, Jorge (1986): *Madurez del derecho nuclear* (Buenos Aires, CNEA).

García, Rolando (2022): *Del régimen dicotómico entre la responsabilidad civil por daños nucleares y radioactivos, una mirada dogmática, jurisprudencial y comparada*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.

Maffei, José Luis (1963): *La energía nuclear ante el derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Martiri, L.; López Cantón, F. y Saavedra, A. (2022): "Enfoque graduado en el control regulatorio de las instalaciones del ciclo de combustible nuclear en Argentina". Ponencia presentada en el XII Congreso Regional de Seguridad Radiológica y Nuclear, Santiago, 23-27 de octubre de 2022.

[25] Organismo Internacional de Energía Atómica (2022) p. 32.

[26] Maffei (1963) p. 5.

Organismo Internacional de Energía Atómica (2022): *Derecho nuclear: debate mundial* (Viena, OIEA).

Organismo Internacional de Energía Atómica (2024): *Glosario de seguridad nuclear tecnológica y física del OIEA* (provisional) (Viena, OIEA, edición 2022).

Stoiber, Carlton; Baer, Alec; Pelzer, Norbert y Tonhauser, Wolfram (2006): *Manual de derecho nuclear* (Viena, Organismo Internacional de Energía Atómica).

Otros documentos

Autorité de Sûreté Nucléaire (2018): "Les sources de rayonnements ionisants et les utilisations industrielles, vétérinaires et en recherche de ces sources, Capítulo 10 del Rapport de l'ASN sur l'état de la sûreté nucléaire et de la radioprotection en France en 2017". Disponible en https://pdf.wondershare.es/pdf-knowledge/find-pdf-files.html [fecha de consulta: 18 de octubre de 2025].

Comisión Canadiense de Seguridad Nuclear (s.f.): "Tipos y fuentes de radiación". Disponible en www.cnsc-ccsn.gc.ca/fra/resources/radiation/types-and-sources-of-radiation/ [fecha de consulta: 18 de octubre de 2025].

Comisión Chilena de Energía Nuclear (2019): "CCHEN ampliará a pacientes de la medicina nuclear". Disponible en www.cchen.cl/?p=3091 [fecha de consulta: 15 de octubre de 2025].

Comisión Chilena de Energía Nuclear (s.f.): "Reactor nuclear RECH-1". Disponible en www.cchen.cl/?page_id=1716 [fecha de consulta: 15 de octubre de 2025].

Instituto de Salud Pública De Chile (2021): *Trabajador(a) ocupacionalmente expuesto(a) a radiaciones ionizantes*. Disponible en www.ispch.cl/sites/default/files/Nota%20T%C3%A9cnica%20N%C2%B0%2034%20Trabajador%28a%29%20Ocupacionalmente%20Expuesto%28a%29%20a%20Radiaciones%20Ionizantes.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2025): "Con publicación en el Diario Oficial: Gobierno pone en marcha la Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales para agilizar proyectos de inversión". Disponible en www.economia.gob.cl/2025/09/29/con-publicacion-en-el-diario-oficial-gobierno-pone-en-marcha-la-ley-marco-de-autorizaciones-sectoriales-para-agilizar-proyectos-de-inversion.htm [fecha de consulta: 19 de octubre de 2025].

Organismo Internacional de Energía Atómica (s.f.): "General Information in Nuclear Research Reactor Database (RRDB)". Disponible en: https://nucleus.iaea.org/rrdb/reactor/general-information [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Organismo Internacional de Energía Atómica (2024): "¿Qué son los reactores modulares pequeños (SMR)?". Disponible en www.iaea.org/es/newscenter/news/que-son-los-reactores-modulares-pequenos-smr [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

Servicio Agrícola y Ganadero (2017): "SAG inauguró nuevo irradiador para mosca de la fruta en Arica". Disponible en www.sag.gob.cl/video/sag-inauguro-nuevo-irradiador-para-mosca-de-la-fruta-en-arica [fecha de consulta: 10 de octubre de 2025].

Sociedad Chilena de Radiología (2025): Historia. Disponible en https://sochradi.cl/quienessomos/historia/ [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2025].

Normas

Código Civil.

Código del Trabajo.

Código Sanitario.

Decreto Supremo n.° 432 del Ministerio de Minería, que crea la Comisión Nacional de Energía Atómica, 23 de mayo de 1964.

Ley n.° 16319, que Crea y Dota de Funciones a la Comisión Chilena de Energía Nuclear, 23 de octubre de 1965.

Ley n.° 18302 sobre Seguridad Nuclear, 2 de mayo de 1984.

Ley n.° 21770, que Establece una Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales e Introduce Modificaciones a los Cuerpos Legales que Indica, 29 de septiembre de 2025.

Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963), promulgada por Decreto Supremo n.° 18 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 28 de marzo de 1990.

Protocolo Común Relativo a la Aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1988), promulgado por Decreto Supremo n.° 1212 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 29 de septiembre de 1994.

Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980), promulgada por Decreto Supremo n.° 1121 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 14 de septiembre de 1994.

Convención sobre Seguridad Nuclear (1994), promulgada por Decreto Supremo n.° 272 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2 de mayo de 1997.

Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (1986), promulgada por Decreto Supremo n.° 8 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2 de febrero de 2005.

Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (1986), promulgada por Decreto Supremo n.° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2 de mayo de 2006.

Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (2005), promulgado por Decreto Supremo n.° 252 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 10 de enero de 2012.

Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (1997), promulgada por Decreto Supremo n.º 148 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 3 de diciembre de 2012.

Enmienda de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (2005), promulgada por Decreto Supremo n.º 132 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 18 de diciembre de 2017.

MISCELÁNEOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

EL BANCO CENTRAL DE CHILE: RESEÑA HISTÓRICA DE UNA INSTITUCIÓN CENTENARIA

THE CENTRAL BANK OF CHILE: HISTORICAL REVIEW OF A CENTENNIAL INSTITUTION

Alejandro Lagos Torres[*]

Resumen: Este artículo ofrece una reseña histórica del Banco Central de Chile, escrita el mismo año en el que se convierte en una institución centenaria. Se examina principalmente la evolución de su normativa institucional, concluyendo con una breve evaluación general.

Palabras clave: Banco Central de Chile, reseña histórica, centenario, evaluación general.

Abstract: This article offers a historical review of the Central Bank of Chile, written in the same year it became a centennial institution. It primarily examines the evolution of its institutional regulations, concluding with a brief general assessment.

Keywords: Central Bank of Chile, historical review, centenary, general assessment.

Introducción: el origen del Banco Central de Chile

En este año 2025 el Banco Central de Chile cumple cien años de existencia, por cierto, no exento de dificultades, a la vez que su fisonomía ha variado osten-

[*] Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

siblemente durante todo este tiempo. Sin embargo, en la actualidad parece haber consenso en cuanto a que se trata de una institución que funciona bien y es evaluado en forma transversal en términos positivos.

Ya en 1922, buscando terminar la alta inflación que en las últimas décadas afectaba a Chile, el presidente Arturo Alessandri había tomado contacto con el ilustre economista y profesor de la Universidad de Princeton, Edwin Walter Kemmerer, el *money doctor* como era conocido, experto en temas monetarios que ya había trabajado mejorando la institucionalidad fiscal en Filipinas (1904), México (1917) y Guatemala (1919)[1], aunque dicha iniciativa se frustró a consecuencia del quiebre institucional de septiembre de 1924, pero que fue retomada a comienzos del año siguiente por la junta militar que entonces ejercía el gobierno.

La Misión de Consejeros Financieros, nombre oficial de la Misión Kemmerer, trabajó en Chile entre julio y octubre de 1925, y desde su llegada encontró, tanto una entusiasta acogida de la población, que veía en su arribo la llegada del "mesías financiero" que pondría orden en el país, siendo su trabajo minuciosamente cubierto por la prensa de la época, como un favorable entorno político para trabajar por encontrarse cerrado el Congreso[2]. En paralelo al trabajo de Edwin Kemmerer, se discutía la nueva Constitución, en la que también él influyó, proponiendo normas de naturaleza económica como la referente a la formación de la ley de presupuestos[3].

La Misión concretó el tan anhelado Banco Central de Chile, creado mediante el Decreto Ley n.° 486 de 21 de agosto de 1925, más otras leyes complementarias que ordenaban en materia financiera la república, como la Ley Monetaria Decreto Ley n.° 606 de 14 de octubre de 1925, la Ley General de Bancos Decreto Ley n.° 782 de 21 de diciembre de 1925 y la derogación de la ley de bancos de emisión de 1860.

Este Banco Central, como todos los bancos "kemmerianos", fue concebido como uno "de descuento"[4], separado del gobierno, anclado al padrón oro, con un capital aportado en forma mixta por el gobierno, los bancos accionistas y el público en general, y dotado de un directorio con una participación minoritaria del gobierno, y con una participación equilibrada de este, de los bancos accionistas y del público accionista, y de representantes de organizaciones de empresarios y obreros elegidos por estos[5].

La razón de fondo que tuvieron los militares para continuar las gestiones de contratación de Edwin Kemmerer iniciada por Arturo Alessandri fue la ne-

[1] Carrasco (2009) p. 76.
[2] *Op. cit*. p. 86 y ss.
[3] Soto y Couyoumdjian (2022).
[4] Herrera (1955) p. 67.
[5] *Op. cit*. p. 119 y ss.

cesidad de darle validación política a la creación del Banco Central, cuya aceptación por parte de la opinión pública y de sectores que todavía resistían su creación, requería de un signo de validación externa, pues el largo tiempo de debate parlamentario, la diversidad de proyectos, y los frustrados intentos de acuerdo, demostraban que no resultaría de otra manera. Además, la experiencia de otros países confirmaba que la contratación de expertos extranjeros era el camino para una reforma monetaria que fuese satisfactoria[6].

I. La primera ley orgánica (1925-1953)

Al analizar la primera ley orgánica del Banco Central de Chile, el Decreto Ley n.º 486 de 21 de agosto de 1925, que rigió entre 1925 y 1953, cuya última versión fue establecida por el Decreto n.º 2266 del Ministerio de Hacienda del 4 de septiembre de 1935, se observa una clara evolución respecto del escenario precedente[7].

Según esta ley, se fundaba por cincuenta años prorrogables por ley a petición del mismo banco[8]. Se trataba de un típico ente "de emisión y redescuento"[9, 10], teóricamente separado del gobierno y anclado al padrón oro mediante una relación fija señalada por ley[11]. Su capital[12] era aportado en forma mixta por el gobierno (acciones clase A sin derecho a voto[13]), bancos accionistas nacionales (acciones clase B), bancos accionistas extranjeros que habitualmente ejercen el comercio bancario en Chile (acciones clase C), y el público en general ya fuesen personas naturales o jurídicas (acciones clase D).

A pesar de que el concepto de "autonomía" no quedó mencionado de manera explícita en esta norma, varias de sus disposiciones ilustraron de manera categórica que el espíritu de la ley, dictada según el pensamiento de la Misión Kemmerer, era garantizar una adecuada independencia del banco respecto del gobierno, y en lo fundamental la autonomía fue respetada durante el periodo del padrón oro, hasta que en 1931 fue suspendida la convertibilidad, surgiendo desde entonces, a intervalos, una persistente dominancia fiscal, la que casi fue total en 1932 durante la República Socialista. Y, si bien entre 1932 y 1938 po-

[6] Carrasco (2009) p. 80.
[7] González (2021).
[8] Art. 2.º del Decreto n.º 2266.
[9] Arts. 1.º, 54, 55, 60 y 65 del Decreto n.º 2266.
[10] Herrera (1955) p. 67.
[11] Arts. 66 y 69 del Decreto n.º 2266.
[12] Art. 12 y ss. del Decreto n.º 2266.
[13] Art. 34 del Decreto n.º 2266.

dría catalogarse al banco como una institución "medianamente autónoma", a partir de 1939 y hasta 1952 se produjo una gradual, pero significativa pérdida de autonomía al alero de varios cambios legislativos[14].

Estaba dotado de un directorio de diez miembros que duraban tres años en el cargo, con presencia minoritaria del gobierno, y con una participación equilibrada de este nombrando tres directores las acciones A, de los bancos accionistas que designaban dos directores las acciones B y un director las acciones C, del público accionista nombrando a un director las acciones D, y de representantes de organizaciones de empresarios y obreros elegidos por estos nominando a tres directores[15, 16].

No se consideraba la posibilidad de destituir a los directores.

Respecto de su mandato, la ley no contiene disposiciones explícitas al respecto, pero se infiere de su lectura que se trata de un banco de emisión, depósito, descuento y giro, al cual corresponde ejercer las funciones y atribuciones que consigna su marco jurídico, consistente en otorgar préstamos, descuentos y anticipos a las empresas bancarias, además del monopolio en emisión del circulante[17, 18].

En principio, tenía prohibición de conceder créditos al fisco, existiendo como límite a la adquisición de títulos fiscales el valor total del 20 % del capital y reservas del banco aprobado con un quórum reforzado de seis directores, pudiendo aumentarse dicho límite al 80 % con la aprobación de ocho directores a lo menos[19], aunque luego fue autorizado a financiar actividades empresariales estatales mediante leyes especiales.

En cuanto a la rendición de cuentas, esta no se concebía desde una perspectiva política, sino que el banco tenía la obligación de informar y someterse a las inspecciones de la Superintendencia de Bancos cuanto esta lo requiera[20], de entregarle una memoria anual[21], de entregarle informes semanales que debían ser publicados en el *Diario Oficial*[22] y, además, se hacía responsables personalmente con sus bienes por los daños que provocaren a los directores y funcionarios que a sabiendas ejecuten o autoricen operaciones prohibidas por la ley, sin perjuicio de las demás penas legales[23].

[14] Carrasco (2009) p. 503 y ss.
[15] Art. 33 y ss. del Decreto n.° 2266.
[16] Herrera (1955) p. 120.
[17] Art. 65 del Decreto n.° 2266.
[18] Marcel (2021) p. 11.
[19] Art. 54 letra d) del Decreto n.° 2266.
[20] Art. 89 del Decreto n.° 2266.
[21] Art. 91 del Decreto n.° 2266.
[22] Arts. 92 y 96 del Decreto n.° 2266.
[23] Art. 98 del Decreto n.° 2266.

Bajo esta ley, le correspondió hacer frente a la Gran Depresión, lo que le llevó a subordinarse al gobierno en los años más complejos de la crisis, buscando así trabajar con mayor discrecionalidad, en contra del espíritu con el que fue fundado, para luego, durante el segundo periodo presidencial de Arturo Alessandri (1932-1938), construirse una relación de cooperación con el Ministerio de Hacienda evitando la inconsistencia temporal, y cambiando el objetivo del banco, de un tipo de cambio estable al control de la inflación, lo que permitió una recuperación de la crisis en un plazo relativamente breve[24].

También fue con esta ley que el banco debió hacer frente a las distorsiones provocadas por la Segunda Guerra Mundial y el comienzo de la Guerra Fría.

II. La segunda ley orgánica (1953-1960)

Se trató del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106 del Ministerio de Hacienda del 28 de julio de 1953, el cual presenta algunas innovaciones normativas. En efecto, en ella se señala por primera vez que el banco es "autónomo", y que su objetivo es:

> "propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional y crediticia que, procurando evitar tendencias inflacionistas o depresivas, permita el mayor aprovechamiento de los recursos productivos del país",

fórmula bastante amplia y ambigua, y que permite otorgar créditos al Estado, se elimina la limitación de financiamiento fiscal y se le autoriza, con carácter facultativo, a conceder créditos al fisco, estableciéndose, además, la obligación a descontar letras de cambio giradas por la Caja Autónoma de Amortización de la Deuda Pública[25]. También, por primera vez, se señala que el banco se relacionará con el gobierno por intermedio del Ministerio de Hacienda[26].

Se mantiene el monopolio de emisión de billetes[27] y se le otorga, junto con la Superintendencia de Bancos, el control cualitativo y cuantitativo del crédito que los bancos otorguen, como también la fijación de las tasas de encaje monetario, previa autorización del Presidente de la República[28].

[24] González (2021).
[25] Arts. 1º, 2º y 39 del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106.
[26] Art. 62 del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106.
[27] Art. 50 del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106.
[28] Art. 42 del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106.

Se mantiene la división del capital en acciones A, B, C y D en los mismos términos que los señalados en la primera ley orgánica[29].

El directorio duraba tres años[30] siendo sus miembros reelegibles, y estaba conformado por catorce miembros, de los cuales tres debían ser nombrados por el Ejecutivo correspondientes a las acciones A, dos eran nominados por las acciones B, uno por las C, otro por las D, otros tres serían nombrados por la Sociedad Nacional de Agricultura y la Sociedad de Fomento Fabril, por la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile y la Cámara Central de Comercio de Chile, y por las Instituciones Obreras, y otros cuatro designados por el Congreso[31].

Al igual que en la ley orgánica anterior, no estaba considerada la remoción de los directores.

Tampoco se contemplaba una rendición de cuentas a alguna instancia política, sino que el banco estaría bajo la supervigilancia de la Superintendencia de Bancos[32], y debía entregarle una memoria anual[33] e informes mensuales, debiendo los balances semestrales ser publicados en el *Diario Oficial*[34].

En este periodo se dio una intensa relación de trabajo con el Fondo Monetario Internacional, lo cual se tradujo en la forma de varios convenios y en la entrega al banco de más atribuciones[35].

Es en esta época en que en el ámbito comparado surge el prototipo del banco central moderno, técnico y autónomo, el *Bundesbank* alemán, creado en la entonces República Federal Alemana en 1957. Ese mismo año se firman los Tratados de Roma, que crean la Comunidad Económica Europea.

En cuanto a la participación de parlamentarios en el directorio, se dice que esta no fue tan funesta como pudiese pensarse, por cuanto su presencia sirvió de contrapeso para detener las embestidas del Poder Ejecutivo[36].

III. La tercera ley orgánica (1960-1975)

La tercera ley del Banco Central de Chile es el Decreto con Fuerza de Ley n.° 247 del Ministerio de Hacienda del 4 de abril de 1960, y no difiere en lo sustancial

[29] Art. 6.° y ss. del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[30] Art. 19 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[31] Art. 16 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[32] Art. 59 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[33] Art. 60 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[34] Art. 61 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 106.
[35] Carrasco (2009) p. 424 y ss.
[36] *Op. cit.* p. 393.

de la ley anterior. En cuanto a la autonomía y mandato del banco, reproduce las disposiciones de su predecesora, señalando que su objetivo será propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional mediante una política monetaria y crediticia que, procurando evitar tendencias inflacionistas o depresivas, permita el mayor aprovechamiento de los recursos productivos del país[37]. Y reitera que se relacionará con el gobierno por intermedio del Ministerio de Hacienda[38].

Se fusionó al banco con la Comisión de Cambios Internacionales, y se ampliaron sus facultades regulatorias permitiendo la fijación de encajes y el control cualitativo y cuantitativo del crédito, considerando incentivos en términos más intensivos al financiamiento del actividades productivas o extractivas determinadas[39]. Pero se le mantiene la facultad de conceder créditos al fisco y la obligación de descontar letras giradas por la Caja de Amortización de la Deuda Pública, aunque en este último caso con la limitación que tales descuentos no podrán exceder un duodécimo del presupuesto anual de la nación, ni tampoco podrán exceder en un semestre del 66 % del monto total de ese duodécimo[40].

Se mantiene la división del capital social en las mismas clases de acciones A, B, C y D señaladas en las dos leyes orgánicas anteriores[41].

El directorio se aumentó a quince miembros, que durarán tres años con posibilidad de reelección[42], de los cuales cuatro corresponden a las acciones A, que serían nombrados por el Ejecutivo; tres elegidos por las acciones B y C; uno designado por las D; dos nombrados, el primero, por la Sociedad Nacional de Agricultura y la Sociedad de Fomento Fabril y, el segundo, en conjunto por la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile y la Cámara Central de Comercio de Chile; uno elegido en representación de empleados y obreros; y otros cuatro designados por el Congreso de entre los parlamentarios[43].

Como novedad, se crea un comité ejecutivo nombrado por el directorio, integrado por el presidente del banco, el vicepresidente y el gerente general, encargado de cumplir los acuerdos que adopte el directorio[44], pero como de los tres miembros la designación de los dos primeros requería ser aprobada por decreto supremo[45], en los hechos dependían de la voluntad del Ejecutivo.

[37] Arts. 1.º, 2.º y 39 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[38] Art. 62 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[39] Marcel (2021) p. 11.
[40] Art. 39 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[41] Art. 6.º y ss. del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[42] Art. 19 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[43] Art. 16 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[44] Art. 21 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[45] Art. 22 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.

Al igual que en las dos leyes orgánicas anteriores, no existe la posibilidad de remover a los directores, ni mecanismo alguno de rendición de cuentas a una instancia de naturaleza política, sino que deja al banco bajo la supervigilancia de la Superintendencia de Bancos[46], a quien debía entregar una memoria anual[47] e informes mensuales, teniendo la obligación de publicar los balances semestrales en el *Diario Oficial*[48].

Bajo esta ley, una persistente inflación, sumada al fracaso de varios planes de estabilización, llevan a un cambio de signo monetario el 1 de enero de 1960, en que el peso es remplazado por el escudo, lo que apuntaba más a romper con la sicología inflacionista que a rectificar políticas expansionistas[49].

Bajo esta ley ocurre el punto más álgido de la Guerra Fría, mientras Chile es sacudido el 22 de mayo de 1960 por el terremoto más fuerte que ha sufrido la humanidad desde que existen instrumentos de medición, lo cual fuerza a una mayor intervención estatal en la economía para poder superar la emergencia. En 1970 llega al poder la Unidad Popular con Salvador Allende, periodo caracterizado por una muy alta expansión de la oferta monetaria que llevó a la mayor inflación de la historia de Chile, concluyendo dicha presidencia con el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

Si bien en la letra de la ley el banco seguía siendo un ente autónomo, en los hechos sucesivas leyes especiales mantuvieron la subordinación, como también la autorización de créditos al fisco. Por otra parte, la incorporación explícita de un comité ejecutivo que no era designado exclusivamente por el directorio, debilitó de manera ostensible sus facultades[50].

IV. La cuarta ley orgánica (1975-1989)

Esta norma es el Decreto Ley n.° 1078 de 28 de junio de 1975, y en ella sí que existen notables diferencias respecto de las tres leyes orgánicas anteriores.

Se crea un consejo monetario de cinco miembros integrado por los ministros de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción, por el director de Planificación Nacional, por el presidente del banco y por un representante del Presidente de la República[51], que fijará la política monetaria crediticia, de

[46] Art. 59 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[47] Art. 60 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[48] Art. 61 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 247.
[49] Carrasco (2009) p. 455 y ss.
[50] *Op. cit.* p. 479.
[51] Art. 2.° del Decreto Ley n.° 1078.

mercado de capitales, de comercio exterior y arancelaria, de cambios internacionales y del ahorro, de acuerdo con las normas que le señale el supremo gobierno[52]. El consejo sería presidido por el ministro de Hacienda o, en su ausencia, por quien señale su reglamento de sala; para celebrar sesiones requerirá de cuatro miembros, adoptando sus acuerdos por mayoría de votos y, en caso de empate, quien presida tendrá voto decisorio[53]. Podemos observar que este consejo se estructura a nivel ministerial, encabezado por el ministro de Hacienda, teniendo a su cargo la determinación de la política monetaria[54], pese a que luego el banco es definido como "autónomo", pero reiterando que se relacionará con el gobierno a través del Ministerio de Hacienda[55], señalándose, además, que, no obstante ser una institución de carácter público, no se considerará integrante de la Administración del Estado[56].

Se señala que el capital inicial será fijado por decreto supremo en cincuenta mil millones de escudos[57], eliminándose toda referencia a las cuatro clases de acciones establecidas en las tres leyes orgánicas anteriores, con lo cual se trata de un banco central de propiedad del Estado.

Sería dirigido, ya no por un directorio, sino por un comité ejecutivo[58] nombrado por el Presidente de la República, compuesto por el presidente, el vicepresidente y el gerente general del banco, que funcionaría con la mayoría de sus miembros y sus acuerdos se adoptarán por la mayoría de los que asistan, teniendo quien presida voto decisorio en caso de empate[59].

Respecto de su mandato, señala que el banco tendrá por finalidad propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional, mediante las políticas monetaria, crediticia, de mercado de capitales, de comercio exterior y cambios internacionales, del ahorro y demás que le sean encomendadas por ley[60].

Se le permitía explícitamente al comité ejecutivo conceder créditos al fisco en virtud de leyes especiales, con la salvedad de que los créditos que se otorguen dentro de un año calendario no podrán exceder del límite máximo de endeudamiento fiscal con el banco que haya aprobado el Consejo Monetario para ese año, pudiendo sobrepasar ese límite con el acuerdo unánime de los miembros del consejo, sin perjuicio de que el comité podía exigir que las deudas fiscales se documenten en todo o en parte con valores emitidos por la Tesorería Ge-

[52] Art. 3.º del Decreto Ley n.° 1078.
[53] Art. 4.º del Decreto Ley n.° 1078.
[54] Arts. 3.º y 9.º del Decreto Ley n.° 1078.
[55] Art. 12 del Decreto Ley n.° 1078.
[56] Art. 14 del Decreto Ley n.° 1078.
[57] Art. 16 del Decreto Ley n.° 1078.
[58] Art. 26 del Decreto Ley n.° 1078.
[59] Art. 27 del Decreto Ley n.° 1078.
[60] Art. 13 del Decreto Ley n.° 1078.

neral de la República en las condiciones que determine el banco[61]. Esta explícita referencia a dar créditos al gobierno es altamente probable que generase riesgo moral, por lo que en 1979 se estableció prohibición total de financiamiento fiscal y adquisición de títulos del Estado[62].

En general, parece ser la versión, en los hechos, menos autónoma del Banco Central de Chile, por cuanto es dirigido por un comité ejecutivo designado por el Presidente de la República, al tiempo que la política monetaria es fijada por un consejo monetario integrado mayoritariamente por ministros de Estado y por un representante del Presidente de la República. Todos los funcionarios antes mencionados podían ser libremente removidos por el gobierno por tratarse de cargos de confianza del Presidente de la República, omitiendo el texo plazo alguno de duración de los cargos. Tampoco se establecen directores representantes del Congreso, no solo por haberse modificado la naturaleza del banco, sino que, además, porque en aquella época el Congreso Nacional se encontraba disuelto por el Decreto Ley n.° 27 de 24 de septiembre de 1973.

Se mantienen, de las leyes orgánicas anteriores, las normas sobre fiscalización en términos casi idénticos, quedando sujeto al control de la Superintendencia de Bancos[63], debiendo entregarle una memoria anual y los estados e informes que ella le solicite[64], al tiempo que los balances y estados de situación deberán ser publicados en el *Diario Oficial*[65].

Finalmente, esta ley innova al incorporar por primera vez el "reclamo de ilegalidad", acción judicial que permite a cualquier interesado recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de los acuerdos, reglamentos, órdenes o resoluciones del comité ejecutivo que estime contrarios a la ley[66], al tiempo que ordena que todas las resoluciones de carácter general que dicte el Consejo Monetario o el comité en uso de sus atribuciones, deberán publicarse en el *Diario Oficial* y para todos los efectos legales la fecha de adopción del respectivo acuerdo o resolución será la de su publicación[67].

Esta ley inicia su vigencia en medio de los esfuerzos por salir de la alta inflación resultante del gobierno de la Unidad Popular, al tiempo que comienza la gran transformación que experimentó la economía chilena durante el régimen de Augusto Pinochet. Y a los meses de entrar en vigor, el Decreto Ley n.° 1123 de 4 de agosto de 1975, que cambia la unidad monetaria del escudo por el peso a contar del 29 de septiembre de 1975.

[61] Art. 20 del Decreto Ley n.° 1078.
[62] Marcel (2021) p. 11.
[63] Art. 52 del Decreto Ley n.° 1078.
[64] Art. 53 del Decreto Ley n.° 1078.
[65] Art. 54 del Decreto Ley n.° 1078.
[66] Art. 35 y ss. del Decreto Ley n.° 1078.
[67] Art. 40 del Decreto Ley n.° 1078.

V. El anteproyecto constitucional de la Comisión Ortúzar (1978)

Ocurrido el golpe de Estado de 1973, la entonces vigente C*onstitución* de 1925 fue parcialmente suspendida y modificada por decretos leyes, el tiempo que el nuevo régimen conformó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, conocida como la Comisión Ortúzar, que sesionó entre el 24 de septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978, con la finalidad de estudiar y preparar un anteproyecto de nuevo texto constitucional que reemplazare a la Carta de 1925. Y en lo que atañe al Banco Central de Chile, el trabajo de la comisión es notable.

Para comenzar, la gran novedad del anteproyecto es que, por primera vez en la historia de Chile, y en una época en que, en el ámbito comparado, tampoco era lo normal, se le da rango constitucional a la normativa básica que ha de regir al banco central chileno.

En las audiencias que celebró la Comisión Ortúzar con altos funcionarios del banco de la época, estos manifestaron enfáticamente la necesidad de separar las labores del banco de la contingencia política, para que lo monetario sea manejado con criterios técnicos, intentando evitar las grandes inflaciones que sufrió Chile durante la mayor parte del siglo XX[68, 69], en especial significativos durante el periodo del presidente Salvador Allende producto de las altas emisiones de circulante efectuadas por el gobierno de la Unidad Popular[70].

En el anteproyecto trataban el banco central los arts. 104 y 105[71], que son más o menos equivalentes a los arts. 97 y 98 del texto que fue plebiscitado en

[68] *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesiones 416ª y 417ª.

[69] Silva (2003) pp. 352-355.

[70] Bianchi (2009) p. 12, señala que desde 1938 Chile experimentó una inflación de dos dígitos, llegando a un máximo de 508 % en 1973. La inflación en Chile recién bajó y se mantuvo en un solo digito entre 1994 y 2021.

[71] Artículo 104: Corresponderá exclusivamente a un organismo autónomo, denominado Banco Central, la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria.

Este organismo será administrado por un Consejo integrado por siete directores designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, que durarán catorce años en sus funciones, y se renovarán parcialmente uno cada dos años. Integrará el Ministro encargado de la Hacienda Pública, quien sólo tendrá derecho a voz.

Sin embargo, los acuerdos relativos al tipo de cambio serán adoptados por el Comité Ejecutivo del Banco Central.

Una ley orgánica constitucional determinará la organización, funcionamiento y atribuciones del Banco Central, y la composición del Comité Ejecutivo, cuyos integrantes deberán pertenecer al Consejo, y del cual formará parte, con derecho a voz y a voto, el Ministro encargado de la Hacienda Pública. Dicha ley señalará el modo de resolver las discrepancias que surjan en el Comité Ejecutivo.

Artículo 105: El Banco Central sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. En caso alguno podrá otorgar a éstas su garantía ni adquirir documentos

1980, y que estos últimos corresponden a los arts. 108 y 109 de la actual Carta Magna chilena.

Parte el texto señalando que el banco será autónomo, lo cual, a diferencia de las leyes orgánicas anteriores, se refleja claramente en el resto del articulado.

Sería dirigido por un consejo conformado por siete miembros nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado por mayoría simple, durarán catorce años en el cargo y se renovarán por parcialidades cada dos, e integrará el consejo el ministro de Hacienda solo con derecho a voz. Se mantiene el Comité Ejecutivo, cuyos integrantes serán miembros del consejo y, además, lo integrará el ministro de Hacienda con derecho a voz y voto, correspondiendo al comité la adopción de los acuerdos sobre el tipo de cambio.

En cuanto al mandato, el anteproyecto señalaba que corresponde al Banco Central "la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria", eliminando al Consejo Monetario integrado por ministros de Estado, que establecía la ley orgánica de 1975.

Señalaba el anteproyecto que el banco solo podría operar con instituciones financieras, no podría a estas otorgar su garantía ni adquirir documentos emitidos por el Estado, salvo en caso de guerra, y no podría conceder créditos al Estado, ni a sus organismos o sus empresas.

Y, si bien el texto no se pronuncia sobre la rendición de cuentas, reenviando la regulación del funcionamiento del banco a la ley orgánica que haya de dictarse, sí señala que los miembros del consejo son susceptibles de acusación constitucional por parte del Congreso por abandono de deberes[72].

Sin embargo, el texto constitucional que se plebiscitó en 1980 difiere sustancialmente del anteproyecto evacuado por la comisión, producto de las posteriores revisiones efectuadas por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno.

En efecto, en una total rareza jurídica, la Constitución chilena hoy vigente no precisa el mandato del Banco Central, sino que, al contrario, se limita a señalar qué es lo que no puede hacer esto es que solo operará con instituciones financieras, no podrá otorgar su garantía, no adquirirá documentos fiscales, no financiará gasto público y no discriminará entre quienes realicen operaciones de igual naturaleza, pues tanto el mandato como la composición del directorio fueron sacados del anteproyecto y llevados a la ley orgánica dictada en 1989 (la quinta).

En todo caso, el anteproyecto evacuado por la Comisión Ortúzar significó un notable avance para el estudio del funcionamiento óptimo de un banco central, sentando las bases para la dictación de la normativa posterior que regiría al Banco Central chileno.

---

emitidos por el Estado, sus organismos o empresas, salvo en caso de guerra externa, en que podrá otorgar créditos al Estado y entidades señaladas.

[72] Arts. 56 n.° 2 letra e) y 57 n.° 1 del anteproyecto de 1978.

VI. La quinta ley orgánica (1989)

El Banco Central chileno se encuentra regulado de forma muy escueta en los actuales arts. 108 y 109 de la Constitución[73], que tienen casi idéntica redacción a los arts. 97 y 98 del texto original de la Carta de 1980, incluyendo la autonomía, pero sin pronunciarse sobre el mandato del banco ni sobre los caracteres esenciales de su directorio, ordenando que estos aspectos sean desarrollados en profundidad por la ley orgánica que tendría que dictarse. Es decir, repitiendo la rareza ocurrida al anteproyecto de 1978, si bien el banco adquiere rango constitucional, tanto el mandato como los principales rasgos orgánicos quedaron fuera de la Carta Fundamental.

Sin embargo, esta ley orgánica, la quinta, no vio la luz sino hasta varios años después, siendo esta la Ley n.º 18840 de 10 de octubre de 1989. Y no fue sino hasta entonces que, en los hechos, el Banco Central chileno fue realmente autónomo, siendo este retardo consecuencia de la necesidad del gobierno de la época de adoptar políticas de corte más discrecional para enfrentar la crisis económica de los años 1982-1984, la que incluyó ayudas y salvatajes a la banca comercial.

Comienza este texto señalando que se trata de un organismo autónomo, de rango constitucional, de carácter técnico, con personalidad jurídica, patrimonio propio y duración indefinida[74], reiterando en lo sustancial lo señalado en el

[73] Artículo 108.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.

Artículo 109.- El Banco Central sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. De manera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, en situaciones excepcionales y transitorias, en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el Banco Central podrá comprar durante un período determinado y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el Fisco, de conformidad a lo establecido en su ley orgánica constitucional.

Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central.

Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas.

El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza.

[74] Art. 1.º de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

art. 108 de la Constitución. Todo lo anterior, ahora sí que tiene un fuerte correlato con el resto de las disposiciones de la ley. Y, además, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala explícitamente que el Banco Central forma parte de la Administración del Estado[75].

Respecto del mandato, la muy amplia expresión del anteproyecto de 1978 que señalaba corresponderle al banco "la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria", fue sustituida en la nueva ley orgánica en términos de "velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos"[76], una fórmula mucho más precisa y que por primera vez en la historia alude a la noción de "estabilidad de la moneda". Hacemos la prevención de que la ley habla de "estabilidad de la moneda" atendiendo a que la inflación es la desvalorización de la moneda y no un problema de precios, aun cuando hoy el término de uso estándar sea el de "estabilidad de precios". De esta manera, en los procesos constituyentes de 2022 y 2023 se discutió el uso de ambos conceptos, pues mientras unos temían que "estabilidad de la moneda" se interpretase como "tipo de cambio fijo", otros señalaban que aquello era un error equivalente a entender "estabilidad de precios" como "fijación de precios".

En consecuencia, la "estabilidad de la moneda" se traduce en la mantención de una inflación baja, estable y predecible en el tiempo, lo cual se logra a través de la fijación de metas de inflación, conforme a la Política Monetaria en el Marco de Metas de Inflación fijado por el consejo desde 2007, mientras que el "normal funcionamiento de los pagos internos y externos" implica resguardar la estabilidad y solidez del sistema financiero, promoviendo un ambiente en que las transacciones financieras se realicen de manera eficiente y segura, con capacidad para enfrentar los pagos que se hacen internamente y desde o hacia el exterior, conforme a la política financiera del Banco Central de Chile existente desde 2020[77].

De acuerdo con esta ley, la dirección del banco recae en un consejo compuesto de cinco miembros designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado por mayoría simple[78], que duran diez años en su cargo, pudiendo ser designados para periodos posteriores, y renovándose por parcialidades a razón de uno cada dos años, siendo este el cargo de más larga duración de todos los órganos constitucionales chilenos. El presidente del consejo lo es también del banco, quien es designado por el Presidente de la República de entre los

[75] Art. 1.° de la Ley n.° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (2001).

[76] Art. 3.° de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[77] Marcel (2021) p. 11.

[78] Art. 7.° de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

miembros del consejo sin intervención del Senado, y dura en el cargo cinco años o el tiempo menor que le reste como consejero, pudiendo ser nombrado para nuevos periodos[79]. El vicepresidente del consejo es elegido por este de entre sus miembros y durará el tiempo que determine el consejo o el menor que le reste como consejero, pudiendo ser reelegido para posterior periodo o removido por el mismo consejo[80]. El cargo de consejero es incompatible con cualquier otra actividad remunerada o no, pública o privada, salvo labores académicas o de beneficencia, y obliga a hacer declaración de intereses y de patrimonio[81], no podrá ser consejero quien tuviere dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico, y para asumir el cargo el interesado deberá prestar una declaración jurada que acredite que no se encuentra afecto a esta causal de inhabilidad[82]. El consejo sesionará a lo menos semanalmente con un *quorum* mínimo de tres miembros, y los acuerdos se adoptan por la mayoría de los asistentes, a menos que la ley señale reglas diferentes[83]. Ningún consejero podrá intervenir ni votar en acuerdos que incidan en operaciones de crédito, inversiones u otros negocios, en que él, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, inclusive, tengan un interés de carácter patrimonial, salvo respecto de los acuerdos destinados a producir efectos de carácter general, y en caso de producirse alguna de estas inhabilidades el consejero implicado no será considerado para los efectos de determinar el quórum respectivo[84].

Nótese que este consejo establecido por la ley orgánica de 1989 se trata del directorio más pequeño de toda la existencia del banco, considerando tanto las leyes orgánicas precedentes como el anteproyecto de la Comisión Ortúzar, al tiempo que se eliminan el consejo monetario y el comité ejecutivo que existían hasta ese entonces, en tanto que el ministro de Hacienda fue excluido de la dirección, pero conservando ciertas atribuciones específicas, pudiendo asistir a las sesiones del consejo solo con derecho a voz, y en ellas puede proponer acuerdos por escrito o verbalmente o, incluso, suspender la aplicación de acuerdos por un plazo no superior a quince días, a menos que la unanimidad del consejo se oponga a ello[85].

Respecto de la remoción de los consejeros, es necesario hacer una distinción. Primeramente, por la comisión de actos ilícitos, puede ser destituido quien

[79] Art. 8.° de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[80] Art. 9.° de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[81] Art. 14 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[82] Art. 14 bis de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[83] Art. 11 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[84] Art. 13 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[85] Art. 19 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

intervino o votó en acuerdos que incidan en operaciones de crédito, inversiones u otros negocios en que él, su cónyuge o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan un interés patrimonial, o en que ha realizado conductas que impliquen un abuso de su calidad de tal para obtener para sí o terceros beneficios directos o indirectos, debiendo ser acusado por el presidente de la República, por el presidente del Banco Central o por dos consejeros, ante la Corte de Apelaciones de Santiago[86]. Y en segundo lugar, procede la remoción en hipótesis de pérdida de confianza, pudiendo ser destituido el presidente del Banco Central, por el presidente de la República con acuerdo del Senado a petición de al menos tres consejeros, por incumplir políticas adoptadas o normas impartidas por el consejo[87], como también pueden ser destituidos uno o más consejeros por el presidente de la República con acuerdo del Senado, si el consejero afectado ha votado favorablemente acuerdos que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objetivo, siendo dicho acuerdo la principal y directa causa de un daño significativo a la economía del país[88].

En la actual normativa del banco, tanto en la Constitución como en la ley orgánica vigente, no está contemplada la acusación constitucional contra los miembros del consejo, no obstante que esta herramienta sí estaba considerada en el anteproyecto constitucional de 1978.

En cuanto a la rendición de cuentas, este aspecto está muy desarrollado en esta ley orgánica. El banco no está sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República ni de la Comisión para el Mercado Financiero[89], pero debe coordinarse con el Ministerio de Hacienda, quien mantiene algunas importantes atribuciones ante el consejo del banco, y debe considerar, también, en sus resoluciones la orientación general de la política económica del gobierno[90]. Y, además, es aplicable al Banco Central el principio de transparencia consagrado en el art. 8.° de la Constitución, como también lo es la Ley n.° 20285 de Transparencia en la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado[91]. Los requisitos y condiciones generales que deben presentar los estados financieros del banco son fijados por su propio consejo, pero previo informe favorable de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF)[92,93], mientras que sus estados financieros deben contar con la opinión de auditores

[86] Art. 15 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[87] Art. 16 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[88] Art. 17 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[89] Art. 2.° de la Ley 18.840.

[90] Art. 6.° de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[91] Art. 65 bis de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[92] Art. 75 de la Ley n.° 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

[93] Esto es así, aunque la norma aun menciona a la antigua Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, antecesora de la CMF.

externos designados por el consejo de entre los que figuren en un listado elaborado por la misma CMF[94]. El banco deberá informar al presidente de la República y al Senado respecto de las políticas y normas generales que dicte en el ejercicio de sus atribuciones[95]. El consejo debe presentar, antes del 30 de abril de cada año al ministro de Hacienda y al Senado, una memoria sobre las actividades del año anterior informando sobre la realización de las políticas y programas desarrollados en dicho periodo, que incluirá los estados financieros del banco con sus respectivas notas y la opinión de los auditores externos[96] y, a su vez, el mismo consejo también debe presentar al ministro de Hacienda y al Senado, antes del 30 de septiembre de cada año, una evaluación de las políticas y programas del año en curso, y un informe sobre los propuestos para el próximo año calendario[97]. Resulta aquí de gran importancia la publicidad de las audiencias y debates que tengan lugar en el Senado con ocasión de estas rendiciones de cuentas[98]. Señala, además, la ley un conjunto de resoluciones del banco que deberán publicarse en el *Diario Oficial*[99], así como también sus estados financieros[100].

Se mantiene el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en términos similares a los señalados en la ley orgánica de 1975[101].

También cabe destacar la política de comunicación y transparencia institucional adoptada por el consejo, como complemento de las exigencias legales[102], que incluye medidas como la publicación en forma trimestral desde el año 2000 del *Informe de política monetaria* que entrega y detalla la evolución de la inflación, del *Informe de estabilidad financiera* en forma semestral desde 2004, que informa sucesos que influyen en la estabilidad financiera, por ejemplo, el endeudamiento y el desempeño de los mercados, y de las *Minutas de las reuniones de política monetaria* que ocurren ocho veces al año desde 2018, donde cuatro de estas reuniones son el día hábil previo a la entrega del *Informe de política monetaria*.

Finalmente, el banco solo operará con instituciones financieras, no podrá otorgarles su garantía, no adquirirá documentos fiscales, no financiará gasto público y no discriminará entre quienes realicen operaciones de igual naturaleza[103],

[94] Art. 76 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[95] Art. 4.º de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[96] Art. 79 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[97] Art. 80 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[98] Soto (2010) p. 89 y ss.
[99] Arts. 18, 30, 33 bis, 48, 53, 65 y 67 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[100] Art. 75 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[101] Art. 69 y ss. de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).
[102] Araya y Lyon (2021) p. 66.
[103] Art. 27 de la Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central (1989).

reiterando lo señalado en el art. 109 de la Constitución, aunque la misma norma constitucional señala dos excepciones a las prohibiciones mencionadas. Por una parte, el inciso 4.° autoriza a que, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el banco podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, es decir, como medida de resguardo, para activar esta excepción dicha necesidad debe ser calificada así por el Consejo de Seguridad Nacional, con lo cual esta excepción no depende ni del gobierno ni del propio Banco Central. La segunda excepción fue incorporada por la Ley n.° 21253 de 20 de agosto de 2020, en el contexto de la crisis económica producida como consecuencia de la pandemia de COVID-19, intercalando al art. 109 un nuevo inciso 2.° que señala que, en situaciones excepcionales y transitorias en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el banco podrá comprar durante un periodo determinado y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el fisco, de conformidad a lo establecido en su ley orgánica[104], donde esta nueva excepción claramente introduce una herramienta que facilita la adopción de políticas monetarias discrecionales, sin perjuicio de que la excepción está concebida solo como una herramienta para preservar el normal régimen de pagos, mas no para financiar gasto público.

VII. El Banco Central de Chile hoy: evaluación general

En la actualidad un buen ejemplo de un órgano autónomo del cual parece primar transversalmente la opinión de que funciona bien es el Banco Central de Chile, una feliz combinación de responsabilidad técnica y responsabilidad política. Se trata de un órgano que ha sido sustraído del poder político, y es de los mejor evaluados del mundo, junto, por ejemplo, al alemán y al británico, siendo admirado, también, por Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y estudiosos de los bancos centrales y de la inflación como Alex Cukierman, y lo más destacable, su fisonomía actual de órgano independiente se forjó en democracia después de 1989, lo que, con mayor razón, lo transforma en un gran ejemplo de un órgano autónomo.

Pero aun cuando se pueda en general afirmar que este Banco Central es un órgano constitucional autónomo que funciona bien, no por ello está exento de problemas, por lo que hay ciertos aspectos sensibles de su estructura orgánica

[104] El art. 27 de la Ley n.° 18840 señala que esta excepción requiere acuerdo fundado del consejo del Banco Central adoptado con el voto favorable de al menos cuatro de sus cinco consejeros.

que suelen generar polémica. Lo anterior es sin perjuicio de que hay quienes no creen en las supuestas bondades de un banco central, especialmente entre aquellos que entienden la inflación como una gran teoría conspirativa.

Sin embargo, en concreto, y en especial por su carácter técnico y autónomo, creemos que de por sí un banco central de estas características es menos susceptible de politizarse que otros órganos, por lo que en cierto modo "se cuida solo". Por el contrario, podrían ser más "politizables" otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, dependiendo de cómo queden diseñadas sus respectivas estructuras orgánicas y cómo queden establecidas sus relaciones con los demás poderes del Estado. En definitiva, se trata de determinar, de la manera que resulte más adecuada para la consecución del bien común, cuáles serán los objetivos e instrumentos que serán asignados al órgano autónomo respectivo, la forma en que serán designados sus altos cargos directivos, y las reglas según las cuales se hará efectiva la responsabilidad, sea que proceda o no la acusación constitucional, equilibrándose así la calidad técnica del actuar del banco con la necesaria legitimidad democrática ante la ciudadanía.

Mas el camino del Banco Central de Chile hacia la autonomía fue largo y no exento de dificultades, sino que, al contrario, estuvo caracterizado por profundas desconfianzas originadas en el contexto de 1989[105]. La actual ley orgánica entró en vigencia menos de dos meses antes de celebrarse la elección presidencial en la que resultaría vencedora la entonces coalición opositora al régimen militar, cuyos dirigentes temían que un banco central autónomo se transformara en un equipo económico paralelo que aplicara políticas contradictorias a las del gobierno, además de las tradicionales críticas en cuanto a la falta de legitimidad democrática de los órganos autónomos y, en general, por lo inoportuno del momento en el que se materializaría la gran transferencia de poder desde el Ministerio de Hacienda al Banco Central. Incluso, hubo quienes proponían cambiar la ley orgánica apenas asumiera el nuevo gobierno, lo que finalmente fue descartado, optando las partes por negociar reformas a la ley orgánica, que incluyeron la obligación del consejo de tener presente la orientación general de la política económica del gobierno, la ampliación de facultades del ministro de Hacienda en las sesiones del consejo, el deber del banco de informar al Senado y no solo al presidente de la República, y la eliminación del comité ejecutivo al cual el proyecto original otorgaba funciones muy amplias[106].

Además, cabe hacer presente que el banco chileno no tiene independencia de objetivos, sino que estos están claramente definidos en la ley orgánica, la estabilidad de precios y el normal funcionamiento de los pagos, así como tam-

[105] Bianchi (2009) p. 17 y ss.
[106] *Op. cit.* p. 15.

bién están en ella definidas las medidas que puede adoptar en las diversas materias en que tiene competencia[107].

Por otra parte, y tanto o más importante que los aspectos señalados, cabe destacar la importancia del pluralismo como elemento clave para generar las necesarias confianzas en este nuevo banco autónomo, que comenzaría a operar en 1989. Así, fruto de la misma negociación que posibilitó la modificación del proyecto de ley orgánica, se pactó que el primer consejo de este órgano autónomo, compuesto de cinco miembros, estuviera conformado por dos consejeros afines al régimen saliente, otros dos de confianza de la oposición, y que el quinto fuese un independiente que contara con la confianza de ambas partes[108]. Y he aquí la contracara del criticado cuoteo político, pues no es menos cierto que este controversial fenómeno también sirve para generar confianza a las diversas sensibilidades políticas al darles presencia en el seno del consejo, como también sirve de aliciente a la mesura. Lo mismo puede decirse de la renovación del consejo por parcialidades, que en la actualidad es un consejero cada dos años. Creemos que, aunque el cuoteo trae aparejada una connotación negativa, el pluralismo es un aspecto sustantivo mucho más profundo que, por ejemplo, la paridad de género o los escaños reservados indígenas, pues ni los géneros funcionan como un gremio, ni todos quienes se identifican con pueblos originarios comparten las ideas indigenistas.

Así como el pluralismo contribuye a que el Banco Central sea aceptado como órgano independiente, también es muy importante que el banco comunique a los actores económicos lo que está pensando en cada momento frente a las coyunturas que se suscitan, por cuanto los agentes económicos reaccionan frente a las expectativas que se forman, y para esto resulta esencial que comunique abiertamente sus opiniones, las medidas que se dispone a adoptar, las perspectivas que vislumbra a futuro, etc. Y lo que es más importante: que las metas se cumplan. Todo lo anterior incide en la indispensable credibilidad de que debe gozar el banco, pues es la búsqueda de credibilidad la que ha llevado a separarlo de la contingencia política. En definitiva, la autonomía no se opone a la legitimidad, y esta se logra en última instancia mediante el cumplimiento de las metas, y no solo con la forma de nombramiento del consejo y rindiendo cuentas.

La independencia debe ejercerse con firmeza y determinación, esto es, entregando señales claras a la población de cara a las contingencias, manifestando un real compromiso a lograr los objetivos que la ley ha señalado al banco, pero, a la vez, esta debe ejercerse con mesura, sin generar sobresaltos. En efecto, la forma prudente en que el consejo del Banco Central ejerció sus considerables atribuciones desde 1989, contribuyó a que su independencia fuese siendo acep-

[107] Ferrada (2003) p. 159 y s.
[108] Bianchi (2009) p. 16 y s.

tada por sectores más amplios y que ella generara la legitimidad que, por su origen en el régimen militar, muchos le habían negado en un comienzo[109].

Atendiendo a la importante batería de medidas con las que cuenta el Banco Central para llevar adelante su cometido, resulta un valor indispensable la prudencia en el actuar, pero al mismo tiempo es necesario que el banco, como autoridad monetaria, actúe con determinación, para así ser capaz de inspirar confianza a los diversos agentes económicos, quienes toman sus decisiones de acuerdo con las expectativas que se forman, y por esta razón son importantes las señales que el banco les envíe. La buena gobernanza requiere de un equilibrio entre la eficiencia en el proceso de toma de decisiones y la eficacia de la decisión[110]. Y en esta materia, el banco chileno sí ha sido capaz de demostrar desde 1989 prudencia y, a la vez, determinación, lo cual se manifiesta en el acierto de haber ligado tempranamente la política monetaria a metas preanunciadas de inflación y de haber adoptado y mantenido con perseverancia un enfoque gradualista de estabilización[111]. Así, además, el banco fue perfeccionando en forma continua el diseño y la implementación de la política de metas de inflación, en especial a partir de 1999, año en que se abandonó la banda cambiaria reptante vigente desde 1984, dentro de la que se había permitido que oscilara el tipo de cambio, el cual pasó a fluctuar libremente, el llamado "tipo de cambio flotante", medida con la cual el banco chileno comenzó a trabajar como los bancos centrales más importantes del mundo, convirtiendo la inflación en la única meta formal y explícita, eliminando, con ello, una posible fuente de inconsistencias de política monetaria originada en la tentativa de alcanzar al mismo tiempo dos objetivos potencialmente conflictivos entre sí[112, 113]. Por otra parte, la política de metas de inflación implicó establecer un objetivo fácil de comunicar y entender, y respecto del cual se podía evaluar la efectividad de la política estabilizadora del banco, donde, además, el repetido cumplimiento de las metas las transformó en un eficaz mecanismo orientador de las expectativas de los agentes económicos[114].

Y en cuanto a la exigencia de coordinación con el gobierno, esta no debe ser confundida con subordinación, pues mientras la primera permite compartir información y diagnósticos, pero manteniendo la responsabilidad de la toma

[109] Bianchi (2009) p. 19.

[110] Claro y Margulis (2022) p. 18.

[111] Bianchi (2009) p. 21.

[112] *Ibid.*

[113] Es sabido que no se puede sostener una política monetaria sujeta al mismo tiempo a dos anclajes nominales: o se tiene como objetivo metas de inflación o se tiene como objetivo un tipo de cambio fijo, pero pretender lograr ambos objetivos al mismo tiempo es tan imposible como soplar y sorber a la vez.

[114] Bianchi (2009) p. 21.

de decisiones en las instituciones específicas, fomentando el proceso de transparencia y rendición de cuentas de instituciones públicas; la segunda diluye las responsabilidades y daña la autonomía[115]. La existencia de mecanismos que permiten rectificar la política monetaria, como dictar instrucciones, o la capacidad de aprobar, suspender o anular decisiones del banco, puede facilitar el control democrático, pero tiene el coste de introducir discrecionalidad[116]. Esta coordinación es más difícil en la Unión Europea que en Chile, pues allá la política monetaria la gestiona el Banco Central Europeo desde Frankfurt, es decir, las decisiones que afectan al ciudadano de un Estado miembro se toman en el extranjero, como consecuencia de que la Unión Europea funciona sobre la base de la cesión de soberanía que en su favor han hecho los Estados miembros en ciertas materias, como es, en este caso, la gestión de la política monetaria, con lo cual, en la práctica, se produce el efecto de diluirse la responsabilidad de las decisiones de cara a los ciudadanos. Por consiguiente, no se debe caer en la tentación de llegar y traer a Chile críticas que son propias de otras latitudes, pues la diferencia de contexto en el cual operan las normas hace que dichas críticas sean pertinentes respecto de instituciones extranjeras, pero que no correspondan a la realidad del banco chileno. Por señalar otra diferencia, mientras nuestro Banco Central publica las *Minutas de las reuniones de política monetaria*, el Banco Central Europeo no publica las actas de sus reuniones, sino un resumen en tiempo real de los argumentos esgrimidos en ellas, arguyendo que con esta medida no se busca ocultar información, sino que se pretende mostrar que el banco funciona como un órgano colegiado que decide en beneficio de la Unión, y no como un conjunto de individuos que defienden sus intereses particulares o de determinados Estados miembros.

En síntesis, podemos observar que el desempeño del banco chileno en los últimos treinta y cinco años parece ser más que satisfactorio, en especial en épocas de crisis, como lo fue su decidido apoyo a las medidas económicas adoptadas por el gobierno chileno durante el mal llamado "estallido social" de octubre de 2019, luego durante pandemia del COVID-19 y, finalmente, con ocasión de los tres retiros de dinero autorizados a los cotizantes desde los fondos de pensiones en 2021 y 2022.

En virtud de todo lo dicho, concluimos afirmando categóricamente que, cuando el Banco Central de Chile ha sido de verdad un órgano autónomo, sí que ha tenido un desempeño exitoso contribuyendo al bienestar de las personas.

[115] Claro y Margulis (2022) p. 38.
[116] Sánchez (2002) p. 78.

Bibliografía

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, tomo XI, sesiones 416ª y 417ª, celebradas el 5 de octubre de 1978 en las que se aprobó el anteproyecto. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3769/2/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 8 de enero de 2025].

Araya Marco, Juan Pablo y Lyon Portales, Francisca (2021): "Acusación constitucional y su aplicación para la remoción de autoridades de bancos centrales: análisis nacional y comparado", *Actualidad Jurídica*, n.º 43: pp. 45-72.

Bianchi Larre, Andrés (2009): "La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación", *Economía Chilena*, vol. 12, n.º 3: pp. 11-23.

Carrasco, Camilo (2009): *Banco Central de Chile 1925-1964. Una historia institucional* (Santiago, Banco Central de Chile).

Claro, Sebastián y Margulis, Catalina (2022): "Gobernanza de bancos centrales para los desafíos del siglo XXI", *Estudios Públicos*, n.º 167: pp. 7-44.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2003): "La autonomía del Banco Central de Chile: reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n.º 1: pp. 151-166.

González Aliaga, Uziel (2021): "De la autonomía a la cooperación. El cambio de targeting del Banco Central de Chile en la década de 1930". Disponible en https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68804665/87396_Texto_del_articulo_291185_1_10_20210126-libre.pdf?1629333710=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDe_la_autonomia_a_la_cooperacion_El_camb.pdf&Expires=1767389926&Signature=IYHpIkvwiRVJojgGI-UpEQIgkWgxRwls6oHKcyeLRiYg~zHfGvNJIzJE6-3ouUzVMI~kEzDwk~J1cYIu7sFXIDn8zdD~-eoeuQ9s-UCSgYmgkH1ccQRuhteg2nLwaIyss0f~OC8RJFoBYTmoqgrGRKgveQChbIcNj4b4ZYQ-BbPmPkqEP281W5jvbFjJfkZ6RzJOtzKEl1bY1VsXUZHpNnye4Ik5kLhkzdlpCpm8HPz2iU7As7eZIurpE~1W0ltQFclO2l-2fgCu-xY5UDhoAx2aaFa1pQwFOM8~zZJYeZNkpEtWMrsXgFaiUdeFf2NT6j5zFyogziSWgzlnNm2rQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA [fecha de consulta: 8 de junio de 2022].

Herrera Lane, Felipe (1955): *Elementos de economía monetaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Marcel, Mario (2021): "El Banco Central: institucionalidad, mandatos, rendición de cuentas y relación con la ciudadanía". Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133214/mmc09112021.pdf/ebe7f885-e171-1ff1-78bb-cc9e87f32d30?t=1693506606723 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].

Sánchez Macías, José Ignacio (2002): "Independencia y credibilidad del Banco Central Europeo", en García Martínez, P. (coord.), *Nuevos tiempos para la vieja economía europea* (Valladolid, Lex Nova).

Silva Bascuñán, Alejandro (2003): *Tratado de derecho constitucional*, vol. IX (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Soto Velasco, Sebastián (2010): "Banco Central y Congreso Nacional: una mirada desde los mecanismos de rendiciónde cuentas", *Revista de Derecho Público*, vol. 73, pp. 79-108.

Soto Velasco, Sebastián y Couyoumdjian Nettle, Juan Pablo (2022): "La Misión Kemmerer y su influencia en la Constitución de 1925", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XLIV.

Normas

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Decreto con Fuerza de Ley n.° 247 del Ministerio de Hacienda, tercera Ley Orgánica del Banco Central de Chile, 4 de abril de 1960.

Decreto con Fuerza de Ley n.º 106 del Ministerio de Hacienda, segunda Ley Orgánica del Banco Central de Chile, 28 de julio de 1953.

Decreto Ley n.° 1078, cuarta Ley Orgánica del Banco Central de Chile, 28 de junio de 1975.

Decreto Ley n.º 486, primera Ley Orgánica del Banco Central de Chile, 21 de agosto de 1925.

Decreto n.º 2266, fija el texto definitivo del decreto-ley n.º 486 que creó el Banco Central de Chile, 4 de septiembre de 1935.

Ley n.º 18575, texto refundido por el DFL 1, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 17 de noviembre de 2001.

Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central, 10 de octubre de 1989.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS MÚLTIPLES: ENTRE EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* Y LOS CONCURSOS INFRACCIONALES

MULTIPLE ADMINISTRATIVE SANCTIONS: BETWEEN THE PRINCIPLE OF *NON BIS IN IDEM* AND CONCURRENT OFFENSES

Nicolás Enteiche Rosales[*]

Resumen: El artículo analiza las sanciones administrativas múltiples a la luz de dos instituciones, el principio de *non bis in idem* administrativo, enfatizando su vertiente material o sustantiva, y los concursos infraccionales. Se argumenta que el principio de *non bis in idem*, por el cual se prohíben las sanciones administrativas múltiples por *lo mismo*, tiene acogida en las normas supralegales y en algunas normas legales especiales, y se invoca por la jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, aún existen dudas en torno al principio de *non bis in idem* administrativo, derivadas de su falta de tratamiento por alguna ley administrativa general y por todas las leyes administrativas especiales, también hay incertezas respecto de la determinación de sus límites aplicativos, conceptualizados a través de los concursos infraccionales administrativos.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho administrativo, regulación económica, multa.

Abstract: This article examines multiple administrative sanctions considering two institutions: the principle of non bis in idem, with an emphasis on its material or substantive aspect, and infraction competitions. The principle of non bis in idem prohibits multiple administrative sanctions for the same offense. This principle is accepted in supralegal norms, in some special legal norms, and is

[*] Profesor de Derecho Administrativo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

applied by case law. Despite this, doubts still surround the principle, arising from its lack of treatment in some general administrative laws and all special administrative laws. Uncertainties also remain about determining its limits, which are conceptualized through administrative infraction competitions.

Keywords: constitutional law, administrative law, economic regulation, fine.

Introducción

La aplicación de sanciones múltiples derivadas del mismo hecho ha sido analizada a partir del latinazgo *non bis in idem*[1], por el cual se prohíbe que se dirijan múltiples sanciones a un sujeto, por un mismo hecho y fundamento. El principio de *non bis in idem* ha sido objeto de una creciente dedicación por la doctrina, incentivada por la incorporación del art. 78 bis del C*ódigo Penal*[2], que aborda la relación entre las sanciones penales y las administrativas.

Ahora bien, la aplicación de sanciones múltiples excede al binomio sanción penal y sanción administrativa. Este artículo comprende la hipótesis de sanciones administrativas múltiples, o el supuesto en que se aplican dos o más sanciones administrativas que no provienen, en los términos del propio art. 78 bis del C*ódigo Penal*, de algún "hecho constitutivo de delito", sea que den lugar o no al principio de *non bis in idem* administrativo.

Recientemente, diversos autores han estudiado el principio de *non bis in idem* administrativo al examinar su aplicación, en general[3], en un área regulada[4] o al analizar una sentencia de la Corte Suprema[5]. Del mismo modo, los concursos de infracciones administrativas han sido escrutados por la insuficiencia del *non bis in idem* administrativo para solucionar los conflictos provenientes de la aplicación de sanciones administrativas múltiples[6].

[1] También llamado *ne bis in idem*, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional (12/6/2018) rol n.° 3.054, relativa a la resolución del capítulo II del requerimiento: "se utilizan diversas denominaciones (*non bis in idem* y *ne bis in idem*) para identificar la idea de doble juzgamiento. Se trata de una configuración de un viejo principio jurídico posterior al siglo II D.C de contornos no tan claros que se adapta a dos fórmulas que son sinónimas (*ne* u *non*) pero que al ser castellanizados generan un entendimiento diverso. Si la noción es '*ne*' se traduciría en 'para que no (o que no) dos veces en (o por) lo mismo'. Si la iniciamos con '*non*' diría 'no dos veces en (o por) lo mismo'. Esta expresión imperativa es la que se sugiere utilizar en la idea de identificar un principio u a ello nos adaptaremos", considerando octavo.

[2] Serra (2025); Gómez (2024); Escobar (2024); Ossandón (2024).

[3] Risco (2025).

[4] Escobar (2025) o Gatica y Soto (2025).

[5] Echeverría (2023).

[6] Cordero (2020).

Dado el aumento de las normas legales e infralegales administrativas expedidas por indeterminados ministros y jefes de servicio, y como consecuencia de las infracciones que se generan por su contravención, en Chile los regulados estarían en un "estado infraccional permanente"[7].

Este artículo analiza las sanciones administrativas múltiples, respecto del principio de *non bis in idem* administrativo y de los concursos de infracciones administrativas, a la luz de la jurisprudencia judicial reciente, con énfasis en la vertiente sustantiva o material. Para ello, nos enfocaremos en el examen del principio de *non bis in idem* en cuanto a su reconocimiento:

I supralegal, al determinar su contenido y fundamentación,
II legal, al examinar su consistencia en leyes generales y especiales administrativas, y
III aplicativo, al atender a los criterios extraídos de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

I. Reconocimiento supralegal

El principio de *non bis in idem* administrativo no tiene fundamento en una norma constitucional ni legal que expresamente lo haga aplicable al derecho administrativo sancionador. Por ello, el punto inicial en su análisis es determinar su significado y las razones que explican su ser, las cuales se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico.

A fin de comprender su definición, es necesario encuadrar su:

1. identificación y configuración, y su
2. fundamento en la *Constitución Política* y en los tratados internacionales.

I.1 Identificación y fundamentación

Entendemos por *non bis in idem* administrativo a las hipótesis en que, por un mismo hecho que no sea "constitutivo de delito" se dirigen sanciones administrativas múltiples a un mismo sujeto y por un mismo fundamento jurídico[8]. Así, la formulación del *non bis in idem* administrativo no diverge de la idea general del *non bis in idem* planteada por el derecho penal, cuyo natural objeto es el im-

[7] Cordero (2020) p. 35.

[8] La distinción entre *nos bis in idem* penal y administrativo ha sido tomada en cuenta por la jurisprudencia como un elemento para configurar adecuadamente el objeto de análisis del principio de *non bis in idem*, Tribunal Constitucional (12/6/2018) rol n.° 3.054, tocante a la resolución del capítulo II del requerimiento, considerando decimoquinto.

pedimento del establecimiento de dos o más sanciones penales o administrativas.

La calidad de administrativo del *non bis in idem* surge porque las sanciones no se aplican por hechos que "constituyan delito", de acuerdo con lo señalado por el art. 78 bis del C*ódigo Penal*. De modo que tendrá lugar el principio de *non bis in idem* administrativo si a través de dos o más órganos dotados de potestades públicas administrativas se aplican sanciones administrativas que concurran en los hechos, sujeto y fundamento jurídico. De igual manera, será posible que en este contexto intervengan organismos que no ejerzan potestades públicas administrativas, como los tribunales de justicia, siempre y cuando ellos no apliquen sanciones penales, sino sanciones contravencionales derivadas de hechos que no sean constitutivos de delito –por ejemplo, los juzgados de policía local o el Tribunal de la Libre Competencia–. Así, la concurrencia de sanciones administrativas múltiples, en caso de que coincidan los hechos, sujeto y fundamento jurídico darán lugar al principio de *non bis in idem* administrativo[9].

El principio de *non bis in idem* presenta una extensión que es sinuosa, ya que tanto su configuración interna, o su identificación y los requisitos operativos que le dan lugar; y su configuración externa, o los destinatarios del principio y las obligaciones que les aquejan son dudosas.

Por una parte, la configuración interna del *non bis in idem* implica que de la prohibición de aplicación de sanciones múltiples nace un impedimento procesal en orden a que no pueda perseguirse simultáneamente un mismo hecho, y emana una limitación sustantiva o material, que apareja que un hecho no pueda ser tomado como base para una doble determinación de una sanción[10]. La necesidad de distinguir de qué impedimento se trata es tan relevante que cada una de ellas obedece a fundamentos y a condiciones operativas diversas[11].

Esta identificación se conjuga con los requisitos que han de concurrir para que se configure el impedimento de sanciones múltiples: que se trate del mismo hecho el que se pretenda sancionar, lo que implica que una misma conducta provoque un mismo hecho infraccional –identidad de hecho–; que se trate del mismo sujeto a quien se le aplique las sanciones, sea una persona, natural o jurídica –identidad de sujeto–; y que se trate del mismo bien jurídico o fundamento por el cual se aplican las sanciones –identidad de fundamento–. Si bien la simpleza con la que se enuncian estos puntos pareciera bastar para impedir problemas jurídicos, los conflictos son comunes y es la jurisprudencia judicial la que debe zanjarlos[12].

[9] Así, incluimos en la voz "sanción administrativa" a las sanciones provenientes de los sujetos dotados de potestades públicas administrativas (sanciones administrativas propiamente tales) y a las sanciones aplicadas por los tribunales de justicia, siempre y cuando ellos no apliquen sanciones penales (sanciones contravencionales).

[10] Cordero (2023) p. 848.

[11] Escobar (2024) p. 49.

[12] La jurisprudencia judicial es analizada en el punto III de este artículo.

Por otra parte, la configuración externa apareja determinar a qué poder del Estado se le aplica el impedimento de establecer sanciones múltiples por *lo mismo*. Precisamente el asunto recae en incluir o desvirtuar que el legislador sea el destinatario del principio. La cuestión no es pacífica, porque una parte de la doctrina afirma que el legislador puede punir de modo múltiple una misma conducta a través de diversas infracciones administrativas[13], y otra propone que el principio vincula al legislador desde el punto de vista material y procedimental[14]. Así, lo que estaría en duda es que el principio sea vinculante en la formulación de la norma, pero sería pacífica su operatividad en la etapa de su aplicación.

En Chile, el principio de *non bis in idem* obliga a que no se "dirijan" sanciones múltiples por *lo mismo*, lo que implica que el legislador está vedado de elaborarlas y los adjudicadores de aplicarlas, por dos motivos: la raigambre normativa del principio de *non bis in idem* y la naturaleza del control concreto de las normas legales.

El legislador está vinculado por el principio de *non bis in idem* por sus fundamentos normativos. Dado que la interdicción del establecimiento de sanciones múltiples por *lo mismo* se ubica en normas supralegales e internacionales[15] y no solo en normas legales especiales que conciernen a los órganos aplicadores de sanciones, todos los poderes del Estado se encuentran obligados a respetar su contenido, incluyendo al legislador.

Ratifica la ampliación del alcance de la prohibición del establecimiento de sanciones múltiples por *lo mismo* al legislador, el modelo de control constitucional chileno de normas legales, que es un control concreto que permite inaplicar una norma legal por su inconstitucionalidad[16].

---

[13] Mañalich (2014) p. 549, señala: "la prohibición de punición múltiple sólo puede resultar vinculante para el adjudicador, mas no para el legislador". Escobar (2024) p. 54, expresa: "si la prohibición de sanción múltiple tiene por objeto impedir la imposición de una sanción desproporcionada conforme al estándar del legislador, debe concluirse que ella no constituye un límite para el legislador".

[14] Cordero (2014), p. 428, razona que el principio de *non bis in idem* "tiene como principal destinatario al legislador, con el objeto de evitar que [sic] doble sanción sobre la base de la triple identidad de sujetos, de hechos y de fundamentos jurídicos. En este caso, el juez constitucional tendrá la misión de contener esta doble punición". Ello se explica porque "lo que no se puede tolerar es que el propio Legislador promueva la doble valoración de la conducta desde el punto de vista material, permitiendo que circunstancias que son parte del tipo, además, constituyan agravante de responsabilidad o, lo que es más grave, permita que desde la perspectiva-procesal puedan existir órganos competentes y procedimientos independientes que promuevan esta doble valoración"; Cordero (2023) p. 851.

[15] Los fundamentos del principio de *non bis in idem* son examinados en el punto I.2 de este artículo.

[16] De acuerdo con el art. 93 n.° 6 de la *Constitución*, el Tribunal Constitucional es competente para resolver "la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se

A través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional examina las normas legales a partir de un caso concreto, en un proceso judicial donde una de las partes impugna la norma legal que habilita para aplicar sanciones múltiples derivadas de *lo mismo*. Esto es, el tribunal mide los efectos inconstitucionales del mandato legal en el momento de su aplicación. Por ello, la norma debe ser aplicada o debe poder ser aplicada por los adjudicadores de las sanciones múltiples y, luego, el Tribunal Constitucional juzgará la inconstitucionalidad de la hipótesis legal aplicable al caso. No es que el Tribunal Constitucional teorice, en abstracto, acerca de la concurrencia de la identidad de hecho, sujeto y fundamento, sino que controla la proyección de ese contenido normativo en la gestión judicial pendiente, con miras a declarar que existe una violación normativa al principio de *non bis in idem*, a través de una sentencia que se emite luego de la entrada en vigencia de la norma legal controlada y que tiene efectos *inter partes*[17].

Así, en Chile, los aplicadores de sanciones múltiples son objeto de dos controles. Uno, realizado por el Tribunal Constitucional, a través de la acción de inaplicabilidad, en cuanto a la base normativa que los habilitaría para contravenir el principio de *non bis in idem*[18] y otro, realizado por los tribunales de justicia, respecto de las sanciones múltiples aplicadas y la contrariedad de ellas al principio de *non bis in idem*. Ninguno de los dos controles es abstracto, sino que son controles concretos, pues dependen del examen de la identidad de hecho, sujeto y fundamento en cada situación, con miras a determinar si se están "dirigiendo" sanciones múltiples por *lo mismo*.

I.2 Normas constitucionales e internacionales

Las normas constitucionales nacionales no son explícitas en el establecimiento del principio de *non bis in idem*. En materia de derecho administrativo sancio-

siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución". Esta es la acción que más conoce el Tribunal Constitucional chileno, Tribunal Constitucional (9/5/2024) rol n.º 14.163-2023 pp. 62-69.

[17] El carácter concreto del control del Tribunal Constitucional hace posible que en algunos casos se rechace la acción de inaplicabilidad respecto de una norma legal y, que luego, en otros casos, se acoja una acción de inaplicabilidad contra la misma norma. En este sentido, se ha expresado por la sentencia del Tribunal Constitucional (9/5/2024), rol n.° 14.163-2023 que "si bien ha sido el criterio usual de nuestra Magistratura el desestimar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado, lo cierto es que las circunstancias del caso concreto –elemento inherente al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad– hacen pertinente la adopción de una determinación diversa [...]", considerando vigesimosegundo.

[18] La labor del Tribunal Constitucional es revisada en el punto I.2 de este artículo.

nador chileno, la existencia de normas relativas a los principios y garantías constitucionales, como el principio de tipicidad o de proporcionalidad y las consecuenciales garantías de determinación y relación que emanan de ellos, está fuertemente asociada a la integración matizada del contenido constitucional penal en el administrativo sancionador[19]. Lo mismo ocurre en cuanto al principio de *non bis in idem*, el cual es tributario de su desarrollo por la dogmática penal y de las normas dispuestas en el art. 19 n.° 3 de la C*onstitución de 1980* concebidas para limitar el poder punitivo estatal[20].

La fuente normativa del *non bis in idem* deriva de la aplicación del debido proceso, ya que emana de la cláusula establecida en el art. 19 n.° 3, inciso sexto, que prescribe: "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado". Ello se explica, pues la prohibición de las sanciones múltiples administrativas por *lo mismo*, en su faz procedimental, impide la persecución plural de conductas infraccionales, sobre todo en el caso que en uno de los procedimientos se haya llegado a una decisión sancionadora[21].

[19] La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional no tiene una línea clara en cuanto a la integración de los principios y garantías propias del *ius puniendi* estatal al derecho administrativo sancionador. En algunos casos se reconoce su aplicación, como en las sentencias del Tribunal Constitucional (3/4/2025), rol n.° 15.379, considerandos decimoctavo a vigésimo; Tribunal Constitucional (3/4/2025), rol n.° 15.090, considerandos decimoséptimo a vigésimo; Tribunal Constitucional (3/4/2025), rol n.° 15.089, considerandos decimoséptimo a vigésimo y Tribunal Constitucional (3/4/2025), rol n.° 15.088, considerandos decimoséptimo a vigésimo y en otros casos desecha su aplicación, como en la sentencia del Tribunal Constitucional (9/5/2023), rol n.° 13.405-2022. A este efecto, Enteiche (2025b).

[20] La sentencia del Tribunal Constitucional (5/11/2019), rol n.° 6.250-2019, en sus considerandos tercero y décimo, apunta en el mismo sentido al asociar al *ius puniendi* estatal con los principios y garantías aplicables a las sanciones administrativas y, desde esa perspectiva, hacer aplicable al principio de *non bis in idem*.

[21] La sentencia del Tribunal Constitucional (4/8/2022), rol n.° 12.615-2021, señala: "esta Magistratura Constitucional ha señalado reiteradamente que es uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo, en materia sancionatoria, aludiéndolo bajo la fórmula '*ne bis in idem*' –o *non bis in idem* según convencionalmente se le desee denominar–, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción por los mismos hechos, y que aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del artículo 19 constitucional", considerando noveno. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desprendido el principio de *non bis in idem* desde la cláusula del debido proceso, en las sentencias del Tribunal Constitucional (5/11/2019), rol n.° 6.250-2019, considerando décimo; Tribunal Constitucional (10/1/2017), rol n.° 3.000-2016, considerandos séptimo y noveno; Tribunal Constitucional (25/8/2016), rol n.° 2.896-2015, considerando decimotercero; Tribunal Constitucional (10/12/2012), rol n.° 2.254-2012, considerando cuarto o Tribunal Constitucional (7/6/2012), rol n.° 2.045-2011, considerando cuarto.

El principio de *non bis in idem*, de igual manera, responde al principio de proporcionalidad que también emana del art. 19 n.° 3, inciso final, debido a que ha de existir una relación entre la sanción impuesta y la consecuencia aplicada[22]. Hay otras razones constitucionales que explican el principio de *non bis in idem*, como la dignidad personal y el respeto de los derechos esenciales, que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente[23].

La existencia de sanciones múltiples por *lo mismo* vulnera otros principios y garantías constitucionales, como el principio de tipicidad, dado que permitiría que sin una nueva conducta se dé lugar a una nueva consecuencia punitiva; o el impedimento de la presunción de derecho de la responsabilidad penal, puesto que se constituye en una gabela para que el infractor pruebe su inocencia[24].

Sin embargo, no solo las normas constitucionales están involucradas en la razón de ser y en los efectos del principio de *non bis in idem*, toda vez que su constitución y las consecuencias de su infracción se encuentran dispuestas en tratados internacionales aplicables en Chile, gracias a la remisión efectuada por el art. 5.°, inciso segundo de la *Constitución*, que indica que "es deber de los órganos del Estado" respetar los derechos fundamentales "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"[25].

---

[22] El Tribunal Constitucional ha razonado que "esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos [a] la proporcionalidad", Tribunal Constitucional (8/10/2020), rol n.° 8.484-2020, considerando sexto. En el mismo o similar sentido, Tribunal Constitucional (4/8/2022), rol n.° 12.615-2021, considerando decimoprimero; Tribunal Constitucional (18/12/2012), rol n.° 2.254-2012, considerando cuarto; Tribunal Constitucional (10/1/2017), rol n.° 3.000-2016, considerando séptimo; Tribunal Constitucional (7/6/2012), rol n.° 2.045-2011, considerando cuarto o, bien, Tribunal Constitucional (25/8/2016), rol n.° 2.896-2015, considerando decimocuarto.

[23] Tribunal Constitucional (4/8/2022), rol n.° 12.615-2022, considerando décimo; Tribunal Constitucional (8/10/2020), rol n.° 8.484-2020, considerando sexto; Tribunal Constitucional (10/1/2017), rol n.° 3.000-2016, considerando séptimo; Tribunal Constitucional (18/12/2012), rol n.° 2.254-2012, considerando cuarto; Tribunal Constitucional (7/6/2012), rol n.° 2.045-2011, considerando cuarto.

[24] Tribunal Constitucional (10/1/2017), rol n.° 3.000-2016, considerando octavo; Tribunal Constitucional (25/8/2016), rol n.° 2.896-2015, considerando sexto a decimosegundo y decimosexto; Tribunal Constitucional (18/12/2012), rol n.° 2.254-2012, considerandos sexto y séptimo; Tribunal Constitucional (7/6/2012), rol n.° 2.045-2011, considerandos sexto y séptimo.

[25] De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional (2016), rol n.° 2.896, pese a que el principio de *non bis in idem* "no se encuentra consagrado en nuestra Constitución, por aplicación del mandato del artículo 5°, inciso segundo, que reconoce como fuente de los derechos fundamentales a la Constitución y a los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes, tal principio debe incluirse dentro del conjunto de derechos que deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado (STC Rol 2133, c. 26°)", considerando sexto.

En concreto, los preceptos internacionales en que encuentra amparo el principio de *non bis in idem* son el art. 14 n.° 7 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1976[26], que prohíbe que se sancione a una persona por hechos respecto de los cuales ya ha sido condenada o absuelta; y el art. 8° n.° 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1991, que impide al inculpado absuelto por unos hechos ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos[27, 28].

Además, sin perjuicio de su proveniencia en normas constitucionales o internacionales se ha razonado que el principio de *non bis in idem* tendría otros orígenes, pues sería un principio general del derecho, del mismo modo como lo serían

> "la confianza legítima, la congruencia y racionalidad, la proporcionalidad, la prohibición de contradecir actos propios anteriores, en fin, la primacía de la realidad"[29].

De igual modo, se ha argumentado que la prohibición de sanciones múltiples por *lo mismo* podría derivarse de la cosa juzgada, la litispendencia o la seguridad jurídica, entre otros fundamentos[30].

Otros autores estiman que la imposibilidad de sancionar múltiplemente por *lo mismo* a un sujeto no cabe en la categoría de principio, sino que corresponde a un estándar general de derecho sancionatorio, que se divide en uno sustantivo y otro procedimental[31], y que el fundamento de la prohibición de persecución múltiple está en el impedimento del acoso procesal y la prohibición de sanción múltiple se halla en la proporcionalidad de acuerdo con el estándar del legislador[32].

II. Reconocimiento legal

La interdicción del establecimiento de sanciones múltiples por *lo mismo* en el ámbito legal se condice con su falta de regulación explícita en el ámbito constitu-

[26] El numeral señala: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

[27] Expresa la norma: "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

[28] El Tribunal Constitucional ha señalado respecto de la proveniencia internacional que "este Tribunal lo ha identificado como una regla de integración convencional a contenidos constitucionales"; Tribunal Constitucional (14/11/2023), rol n.° 14.147-2023, considerando vigesimoséptimo y Tribunal Constitucional (3/11/2022), rol n.° 13.077-2022, considerando vigesimosexto.

[29] Vergara (2023).

[30] Gómez (2024) p. 5.

[31] Mañalich (2014) p. 548

[32] Escobar (2024) pp. 51-52.

cional e internacional, ya que no hay una norma legal general que aborde la hipótesis del *non bis in idem* administrativo. Lo anterior se suma a la carencia de normas legales generales relativas a una figura relacionada con el principio de *non bis in idem*: el concurso de infracciones administrativas o la hipótesis en que

> "un sujeto con uno o más hechos lesiona diversos bienes jurídicos diferentes, o el mismo bien jurídico varias veces y siempre que cada lesión esté tipificada como una infracción [...] administrativa por la ley"[33].

En este caso, el principio de *non bis in idem* no da solución a la punición administrativa múltiple, toda vez que faltará alguno de los elementos que lo configuran internamente: es posible que múltiples hechos configuren distintas infracciones administrativas –no habrá identidad de hecho en el concurso real infraccional–, o que un solo hecho dé lugar a distintas infracciones administrativas por fundamentos diversos –no habrá identidad de fundamento en el concurso ideal infraccional–[34].

Tampoco es posible hallar un modelo en las distintas áreas reguladas que permita afirmar que existe una forma sistemática de abordar al principio de *non bis in idem* o a los concursos de infracciones administrativas en Chile. Así, para comprender su formulación, ahora en la fase legislativa, resulta necesario examinar:

1. las normas legales generales y
2. las normas legales especiales eventualmente aplicables al *non bis in idem* administrativo y a los concursos de infracciones administrativas.

II.1 Regulación legal general

En Chile, no existe una regulación de rango legal relativa al *non bis in idem* administrativo. Esta realidad, que aqueja la certidumbre del contenido normativo del derecho administrativo sancionador chileno y que es común al examinar otros principios y garantías, también ha sido objeto de comentarios a propósito del principio de *non bis in idem*[35].

---

[33] Alarcón (2008) p. 60.

[34] Cordero (2020) p. 36. En España, Alarcón (2008) p. 62 o Cano (2001) p. 193, de acuerdo con este último "dentro de una tendencia al parecer irrefrenable a adherirle instituciones y figuras extrañas, el principio *non bis in idem* se ha vinculado por un sector de la doctrina al concurso de infracciones, cuando lo cierto es que dicha modalidad concursal, a diferencia del concurso de normas, nada tiene que ver con el principio en cuestión, pues cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos que habitualmente se exigen al *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (concurso ideal)".

[35] Se ha dado cuenta que "Chile no cuenta con una ley general sobre infracciones y sanciones administrativas que se haga cargo –entre otros temas– de los problemas que plantea el concurso infraccional", Cordero (2020) p. 44.

A diferencia de lo ocurrido en Chile, el art. 31 de la Ley española 40/2015 aborda la concurrencia de normas sancionadoras de acuerdo con la fórmula del principio de *non bis in idem*, pues prescribe que no se puede sancionar doblemente, penal o administrativamente, si existe identidad de sujeto, hecho y fundamento[36]. En algunos países de Latinoamérica se siguen los dictados de la Ley española. Así, en Perú, la realidad es distinta a la chilena, gracias a que la Ley peruana n.° 27444 de 2001, en su art. 230 n.° 11, aborda el principio de *non bis in idem*, al impedir que se apliquen sanciones penales y administrativas respecto del mismo sujeto, hecho y fundamento[37]. Por su parte, el art. 3 n.° 1 de la Ley colombiana 1437 de 2011 también reconoce que rige el principio de *non bis in idem* en materia sancionadora administrativa[38].

La carencia de normas generales de rango legal chilena se explica porque el Proyecto de Ley n.° 3475, de bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, fue archivado y no prosperó como norma jurídica vinculante[39]. El proyecto de ley, acorde con la entonces norma legal vigente en España, disponía en su art. 12:

> "no podrá aplicarse sanción alguna por hechos que hayan sido previamente sancionados penal o administrativamente, cuando se acredite la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

Ante la inexistencia de una norma general dedicada expresamente a regir en la materia, se han invocado como sustento supletorio distintas normas penales, como el *Código Procesal Penal*, cuyos arts. 1.°, *inciso segundo*[40] y 13, inciso primero[41], disponen al principio de *non bis in idem* al establecer que una persona no

[36] La Ley española 40/2015, en su art. 31, establece: "1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. 2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción".

[37] La Ley peruana n.° 27.444 de 2001, en su art. 230 n.° 11, prescribe que entre los principios de la potestad sancionadora administrativa está el de "11. Non bis in idem. No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

[38] El art. 3.° n.° 1 de la Ley colombiana 1.437 de 2011, prescribe: "en materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in idem*".

[39] Por las razones que explicitamos en Enteiche y Bagioli (en prensa).

[40] El art. 1.°, inciso segundo del *Código Procesal Penal* expresa: "la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

[41] El *Código Penal*, en su art. 13, inciso primero, frase intermedia, señala: "[...] nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero [...]".

puede ser objeto de un nuevo procedimiento penal por el hecho que fue condenada, absuelta o sobreseída definitivamente.

También abordaría la hipótesis del principio de *non bis in idem* el art. 78 bis, inciso primero del *Código Penal*, al permitir la aplicación conjunta de sanciones administrativas y penales[42]. Sin embargo, en este punto la norma permite que procedan procedimientos y sanciones penales y administrativas copulativamente si se tratase del mismo hecho, "es decir, una misma situación fáctica"[43], pero nada dice acerca de la concurrencia del mismo fundamento, por lo que la norma regula los concursos de sanciones penales y administrativas y no el principio de *non bis in idem*. Fuera de la literalidad del art. 78 bis del *Código Penal*, tampoco podría una norma legal dejar sin efecto un principio reconocido en la *Constitución* y en tratados internacionales aplicables en Chile[44].

Las normas legales generales tampoco presentan algún contenido especialmente dirigido a regular los concursos infraccionales administrativos. Frente a la ausencia de este contenido es posible acudir a otras normas legales generales, como el *Código Penal*, en distintas dimensiones. Por una parte, los arts. 74[45] y 75[46] del *Código Penal* y el art. 351[47] del *Código Procesal Penal* establecen reglas sobre los concursos de delitos y, por otra, el recién citado art. 78 bis del *Código Penal*, ahora en sus incisos segundo y tercero[48], se pronuncia acerca del meca-

[42] El art. 78 bis del *Código Penal* establece, en su inciso primero: "la circunstancia de que un hecho constitutivo de delito pueda asimismo dar lugar a una o más sanciones o medidas de las establecidas en el artículo 20 no obsta a la imposición de las penas que procedan".

[43] Ossandón (2024) p. 35.

[44] Los fundamentos supralegales e internacionales son expuestos en el punto I.2 de este artículo.

[45] El art. 74 del *Código Penal* dispone: "al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones". En su inciso segundo, prescribe: "el sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual núm. 1".

[46] El *Código Penal*, en su art. 75 señala: "la disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro". El inciso segundo del art. 75 establece: "en estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave".

[47] El art. 351 del *Código Procesal Penal* se refiere a la "reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie".

[48] El art. 78 bis del *Código Penal* establece, en su inciso segundo: "con todo, el monto de la pena de multa pagada será abonado a la multa no constitutiva de pena que se imponga al condenado por el mismo hecho. Si el condenado hubiere pagado una multa no constitutiva de pena como consecuencia del mismo hecho, el monto pagado será abonado a la pena de multa impuesta". Además, su inciso final prescribe: "la extensión de la suspensión o inhabilitación impuesta al conde-

nismo de compensación, que implica la atenuación de las sanciones, similar a la regla del concurso ideal de delitos regulada en el art. 75 del *Código Penal*[49], si por un mismo hecho se aplicasen sanciones penales y administrativas de multa, inhabilidad o suspensión, las que deberán abonarse entre sí.

En el caso de la aplicación del art. 78 bis, inciso primero del *Código Penal* que regula las sanciones múltiples penales y administrativas, su aplicación a la relación entre sanciones administrativas está limitada a que exista "un hecho constitutivo de delito", por lo que no aplicaría a los concursos de infracciones administrativas. Sin embargo, dada la similitud entre la sanción administrativa y la penal[50] y en atención a que el art. 78 bis del *Código Penal* resulta más beneficioso para los sujetos sancionados administrativamente, podría argumentarse que los mecanismos de compensación tienen lugar si se aplican sanciones administrativas múltiples. Dado que los conceptos tras los arts. 1.°, inciso segundo, 13, inciso primero y 351 *del Código Procesal Penal*; como las instituciones desarrolladas en los arts. 74 y 75 del *Código Penal* se han integrado al acervo del derecho administrativo sancionador chileno, no cabe hacer una diferencia con el caso del art. 78 bis del *Código Penal*. Así, el abono de una multa a otra y el mecanismo de deducción de la extensión entre las sanciones de suspensión e inhabilitación podría entenderse aplicable en la hipótesis del concurso ideal de infracciones administrativas, esto es que a un sujeto se le apliquen sanciones administrativas múltiples derivadas de un mismo hecho, pero con fundamentos diversos.

Ahora bien, las normas legales propiamente penales no gozan de aceptación transversal en cuanto a su aplicación inmediata en el derecho administrativo sancionador chileno, ni por la jurisprudencia judicial ni por la doctrina[51]. Con todo, las nociones derivadas de estas normas se han aplicado tradicionalmente para configurar internamente al principio de *non bis in idem*, procedimental y material, y al concurso de infracciones administrativas, como sustento conceptual indirecto.

---

nado como consecuencia adicional a la pena será deducida de la extensión de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que fuere impuesta como sanción administrativa o disciplinaria. Si el condenado hubiere sido sometido a una suspensión o inhabilitación como sanción administrativa o disciplinaria, la extensión de ésta será deducida de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que se le impusiere".

[49] Ossandón (2024) p. 35.

[50] Enteiche (2025a) pp. 176-205.

[51] Cordero (2020) p. 57. Es más, la sentencia de Corte Suprema (12/5/2025) rol n.° 18.106-2024, definió que los problemas generados por la aplicación de sanciones administrativas por el concurso de infracciones administrativas no se soluciona a través de los incisos segundo y tercero del art. 78 bis del *Código Penal*, pues definió: "esta norma requiere para su aplicación la existencia de un juicio criminal y la condena al pago de una multa penal, de modo que, tratándose de una norma de derecho público que hace excepción a una regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Civil, no es posible extender su aplicación a multas impuestas por diferentes entidades fiscalizadoras que no ejercen jurisdicción criminal".

II.2 Regulación legal especial

Los distintos sectores regulados no presentan un patrón distinguible a la hora de acoger al principio del *non bis in idem* ni al regular los concursos de infracciones administrativas. Lo anterior es propio de las normas legales especiales, las que, al crear organismos administrativos, al dotar de competencias a sus órganos y al establecer el contenido sustancial de cada área regulada, no definen unitariamente cómo acoger a los principios ni las garantías constitucionales, como ocurre con los principios de tipicidad o proporcionalidad[52].

Lo cierto es que la mayoría de los sectores regulados no presentan alguna norma legal que se pronuncie, eliminando o estableciendo, al principio de *non bis in idem*. Tampoco es posible hallar alguna definición tocante al modo en que la Administración del Estado o los jueces debiesen reaccionar en los casos de concursos de infracciones administrativas. La excepción la constituyen las áreas reguladas en que el legislador se ha dado el trabajo de integrar, de algún modo, las instituciones reseñadas.

Un caso paradigmático lo constituye el área ambiental, en la cual la Ley n.° 20417 de 2010 integra contenido relativo al principio de *non bis in idem*. Respecto del *non bis in idem* material, el art. 60, inciso segundo de la Ley n.° 20417 de 2010 expresa: "en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas". En la historia de la Ley N° 20.417 de 2010 se fundamentó este artículo de cara al principio de *non bis in idem*, pues impediría la doble punición de hechos infraccionales, respecto de un mismo sujeto y que atenten contra la protección del ambiente, pero que estén acogidos en leyes o reglamentos diversos como en materia pesquera o de residuos industriales líquidos[53]. En materia se ciberseguridad, se

[52] Enteiche (2025a) pp. 421-437 y pp. 503-519, respectivamente. Las leyes especiales que permiten estas eventuales compatibilidades entre sanciones administrativas fueron criticadas a la luz del *non bis in idem* por Aróstica (1981) p. 81.

[53] A lo largo de la historia de la ley se fundamentó esta norma en el principio de *non bis in idem*. Durante el transcurso de la tramitación legislativa, "el abogado señor Cordero manifestó que el artículo 60 aplica el criterio de lo que jurídicamente es el principio '*non bis in idem*', es decir no castigar dos veces por un mismo hecho y tiene que ver con las competencias de la Superintendencia, en relación con los instrumentos que ella fiscaliza, con el objeto de que exista un solo mecanismo de sanciones". Más adelante, se preguntó si se "permitiría juzgar por dos leyes distintas que no rompa el principio de la doble incriminación", a lo que "la señora Ministra hizo presente que la redacción del precepto señala que la aplicación procede cuando se juzga por los mismos hechos y fundamentos jurídicos. En consecuencia, se habla de situaciones que corresponden típicamente al *non bis in idem*. El abogado señor Cordero especificó que se debe evitar que se den condiciones, por ejemplo, en la regulación pesquera o de residuos industriales líquidos que están dentro de la resolución de calificación ambiental ya que cuando se sanciona ésta, también, implica que sanciona todo de una vez con un solo sistema sancionatorio", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2025a), Segundo Informe de Comisión de Medio Ambiente, p. 1021.

replicó la recepción explícita del principio de *non bis in idem*, al copiarse en el art. 40, inciso cuarto de la Ley n.° 21663 de 2024 lo dispuesto en el art. 60, inciso segundo de la Ley n.° 20417 de 2010[54].

Asimismo, en el proyecto de ley, *Boletín* n.° 16.271-03, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 2021, el cual establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en su art. 50 G-30, incisos segundo y tercero se aborda la fase material o sustantiva del principio de *non bis in idem*.

En un contexto normativo que dota al Servicio Nacional del Consumidor de la potestad sancionadora administrativa, el proyecto dispone que "en ningún caso se podrá aplicar al mismo infractor dos o más sanciones administrativas por los mismos hechos y fundamentos o fines jurídicos", debiendo entenderse esta norma, "en conformidad con lo establecido en el artículo 2° bis". La propuesta de norma legal establece un impedimento del ejercicio de la potestad sancionadora que materializa el principio de *non bis in idem* amparado en el rechazo a la aplicación de "sanciones redundantes por la misma infracción" entre los organismos con facultad de sanción administrativa[55], sin embargo, modifica la definición canónica del principio de *non bis in idem* al incorporar la frase "fines jurídicos", sin que se connote tal concepto.

Fuera de la hipótesis del *non bis in idem*, las leyes especiales chilenas abordan distintos casos de concursos infraccionales administrativos sin que se pueda desprender una forma de solución ante su concurrencia. Así, en materia educacional básica y media, el art. 72, inciso tercero de la Ley n.° 20529 de 2011, admite la posibilidad de aplicar una sanción frente a un hecho que infrinja diversas leyes "de la normativa educacional", permitiéndose que se considere que se trata de una sanción. También, en materia laboral se disponen normas que pretenden evitar las sanciones múltiples[56], al prescribirse en el art. 191, inciso tercero del *Código del Trabajo* que la visita inspectiva por uno de los organismos con potestades fiscalizadoras de las normas de higiene y seguridad, provoca que los demás organismos deban "abstenerse de intervenir".

Además, el art. 60, inciso primero de la Ley n.° 20417 de 2010 reguló una hipótesis de concurso aparente de leyes[57], o el caso en que diversas normas espe-

[54] El art. 40, inciso cuarto de la Ley n.° 21663 de 2024 expresa: "en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas".

[55] El Mensaje Presidencial expresa: "esta regla reconoce procedimentalmente el principio de especialidad regulado en la letra a) del artículo 2 bis de la Ley del Consumidor, evitando la existencia de procedimientos paralelos y sanciones redundantes por la misma infracción. La aplicación de esta regla otorga preferencia a la solución del organismo sectorial por sobre la del SERNAC", Senado (2025), Mensaje Presidencial, p. 12.

[56] Gómez (2021) p. 466.

[57] En derecho penal, se ha dicho que ocurre "cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, solo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultan desplazados por causas lógicas o valorativas", Cury (2005) p. 667.

ciales son aptas para sancionar la misma conducta, por la coincidencia de hechos infraccionales dispuestos para proteger el mismo bien jurídico[58], la protección al al ambiente[59]. También se siguió este patrón en materia de ciberseguridad, donde se reiteró la misma redacción, en el art. 40, inciso tercero de la Ley n.° 21663 de 2024[60]. La solución prevista por la Ley n.° 20417 de 2010 es que los aplicadores deban escoger entre las normas disponibles a la que establezca la sanción más gravosa[61]. Igual solución otorgó el legislador ambiental de la Ley n.° 21600 de 2023, que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, extendiéndola al procedimiento administrativo sancionador aplicable, pues su art. 117, inciso primero, expresa que, si una conducta

> "constituye infracción a ésta y otra ley, se aplicará el procedimiento y sanciones establecidas en aquel cuerpo legal que imponga una sanción de mayor entidad"[62, 63].

Ahora bien, más allá de las reglas especialmente dispuestas para regular el principio de *non bis in idem* y las hipótesis de concursos infraccionales administrativos, existe una razón basal para que se propicie la instrucción de más de un procedimiento administrativo sancionador y para que se incentive la aplicación de sanciones administrativas múltiples derivadas de un solo hecho: la tipificación legal de las infracciones y sanciones administrativas.

Dado que en múltiples sectores regulados se permite aplicar sanciones con base en la técnica de la tipificación indirecta, por la cual los tipos sancionadores administrativos no son autónomos, sino que quedan entregados a otras normas que formulan una orden o una prohibición[64], es posible que múltiples organismos

[58] El art. 60, inciso primero de la Ley n.° 20417 de 2010, señala: "cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad".

[59] Enteiche (2023) pp. 72-73.

[60] El art. 40, inciso tercero de la Ley n.° 21663 de 2024 expresa: "cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad".

[61] Cordero (2020) p. 44.

[62] Esta regla presenta una excepción "cuando la infracción constituya un incumplimiento de una resolución de calificación ambiental. En tal caso, la Superintendencia del Medio Ambiente será el único órgano competente para sancionar", de acuerdo con lo que prescribe el art. 117, inciso segundo de la Ley n.° 21600 de 2023.

[63] El ministro del Medio Ambiente, expresó durante la tramitación del proyecto que el precepto "deja claro cuál es el régimen de sanciones que debe primar en cada caso, particularmente determinando la competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente cuando exista de por medio una resolución de calificación ambiental", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2025b), Segundo Informe de Comisión de Medio Ambiente, p. 641.

[64] Enteiche (2025a) pp. 471 y 482; Nieto (2011) p. 312.

estimen que son competentes para sancionar las mismas conductas o el incumplimiento de obligaciones o deberes que pueden sancionar otros organismos.

Una de las fórmulas de tipificación indirecta que más se presta para que múltiples organismos estimen que son competentes para castigar la misma conducta infraccional, es la tipificación implícita. A través de la tipificación implícita una norma legal anuncia que constituye una conducta infraccional el incumplimiento de alguna otra norma relacionada o, bien, que una infracción administrativa puede encarnarse en la falta de sumisión a alguna fuente normativa. Ello ocurre, por ejemplo, con el art. 174 del *Código Sanitario*, que prescribe que se puede sancionar:

> "la infracción de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial"

o, bien, con el art. 161 del Decreto con Fuerza de Ley n.° 458 de 1976, que dispone:

> "la Alcaldía podrá clausurar los establecimientos o locales comerciales o industriales que contravinieren las disposiciones de la presente ley, de la Ordenanza General y de las Ordenanzas Locales".

Esta forma de tipificar las infracciones y sanciones administrativas facilita la concurrencia de procedimientos y la aplicación de sanciones múltiples por los mismos hechos, al no especificarse la conducta infraccional que se puede castigar y al permitir que se constituya como infracción administrativa la transgresión a indeterminadas normas infralegales.

III. Criterios jurisprudenciales

Dada la importancia de la jurisprudencia en la configuración interna del *non bis in idem* y en los concursos infraccionales administrativos, es perentorio examinar las sentencias de la Corte Suprema a propósito de estos temas.

Por ello, analizaremos la jurisprudencia en cuanto a:

1. los fundamentos y la procedencia del principio de *non bis in idem*, y respecto de
2. los concursos infraccionales administrativos.

III.1 Fundamentos y procedencia del non bis in idem

El principio de *non bis in idem* sigue siendo considerado por la Corte Suprema al examinar conflictos de sanciones administrativas múltiples. Si bien a la hora de

invocarse al principio de *non bis in idem*, la mayoría de las sentencias no explican el motivo de su aplicación y –directamente– enfrentan los elementos que lo configuran internamente con las circunstancias del caso que se conoce, en ocasiones, la Corte Suprema ha razonado acerca de su razón de ser.

La Corte Suprema vincula al principio de *non bis in idem* con uno de los fundamentos de las potestades sancionadoras administrativas, el *ius puniendi* estatal, esto se debe a que reconoce el origen común entre el derecho administrativo con el penal, por lo cual argumenta que al primero le resultan aplicables:

> "los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices".

Dentro de estos principios se encuentra el de *non bis in idem* que "impide aplicar una nueva sanción por una conducta ya sancionada"[65]. En otra sentencia, los tribunales superiores de justicia replican de modo sucinto esta argumentación, puesto que señalan que el principio de *non bis in idem* pretende evitar la doble sanción derivada del poder punitivo del Estado[66]. La Corte Suprema ratifica la aplicación del principio de *non bis in idem* al distinguirlo del cúmulo de responsabilidades[67], al

[65] La sentencia de la Corte Suprema (14/11/2023), rol n.° 3.330-2023, considerandos octavo y noveno, señala: "la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el *ius puniendi* del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas". A su vez, el considerando noveno razona que, como respecto del principio *non bis in idem* se ha señalado: "Este principio debe ser considerado íntimamente vinculado a los principios de la legalidad y de la tipicidad, pues se deriva de estos; por lo que este principio *non bis in idem*, tendría ese mismo estatuto de principio general, ya que lo que está llama do a impedir es la doble punición. Y si en virtud de los principios de legalidad y tipicidad se impide aplicar alguna sanción sin previa ley existente y descriptora de la conducta; en virtud de este principio *non bis in idem* se impide aplicar una nueva sanción por una conducta ya sancionada".

[66] Expresó la sentencia: "la aplicación del principio de non bis in ídem [...] ordena a evitar la doble sanción derivada del poder punitivo del Estado", Corte de Apelaciones de Santiago (18/10/2024), rol n.° 771-2023, considerando decimosegundo. Sentencia confirmada por la sentencia de la Corte Suprema (7/7/2025), rol n.° 57.097-2024.

[67] La procedencia del principio de *non bis in idem* administrativo debe distinguirse de la posibilidad que la ley imponga consecuencias diversas por el mismo hecho. Ello, porque no corresponde extender "la aplicación del principio *non bis in idem* a un supuesto en el que no es aplicable, cual es el del cúmulo de responsabilidades, consistente en la imposición de diferentes consecuencias jurídicas derivadas de un mismo hecho". Así, en los términos de la decisión jurisdiccional, "a este cúmulo de responsabilidades no se le opone el principio de *non bis in idem*"; Corte Suprema (12/5/2025), rol n.° 18.106-2024, considerandos tercero y cuarto. En el caso *sublite*, la Corte de Apelaciones de Santiago habría subsumido la prohibición que apareja el principio del *non bis in idem*, en lo dispuesto por algunas normas legales, entre ellas la establecida en el art. 191, inciso

enfatizar algún elemento de su configuración interna[68] o al denegar que concurra en un caso determinado[69].

Especialmente relevante resulta la definición del máximo tribunal acerca de la aplicación y configuración interna del *non bis in idem*, en términos de la Corte Suprema:

> "si bien el principio *non bis in ídem* tiene aplicación en el campo del Derecho Administrativo, lo es sin perjuicio de los matices propios que lo particularizan con motivo de la existencia de competencias sectoriales que corresponde ejercer a diversos tipos de organismos de fiscalización en sus ámbitos de funcionamiento; de ahí que se exige para su debida aplicación que exista una triple identidad que ha de darse respecto de los antecedentes de hecho que correspondan, de los sujetos que intervienen y de los fundamentos en que se inspiran"[70].

Otras sentencias de la Corte Suprema fundamentan al *non bis in idem* en las normas constitucionales que le sirven de basamento, como las que disponen al debido proceso legal, por ejemplo, se ha considerado que:

> "sobre el principio *non bis in idem*, ha señalado esta Corte que consiste en una garantía individual, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República [...] (*v.g.* SCS roles n.° 5.493-2013, 58.862-2016 y 21.054-2020)"[71].

---

tercero del *Código del Trabajo* que establece que la visita inspectiva por uno de los organismos con potestades fiscalizadoras de las normas de higiene y seguridad, provoca que los demás organismos deban "abstenerse de intervenir", Corte de Apelaciones de Santiago (2/5/2024), rol n.° 9.639-2020, considerandos decimoprimero y decimosegundo.

[68] La sentencia de la Corte Suprema (16/5/2024), rol n.° 32.484-2022, en su considerando séptimo señala, al confirmar la sentencia impugnada que "los jueces aclaran los alcances del principio *non bis in ídem* respecto de las conductas que sanciona la Ley N° 19.496, manifestando que en el ámbito de la Ley Nº 19.496, es plenamente factible que dos o más normas con vocación infraccional puedan coexistir y conducir a multas diversas, ya que lo que cautela el referido principio es que no se sancionen dos o más veces infracciones al mismo bien jurídico protegido, lo cual en la especie no ocurre".

[69] Esta hipótesis es la que acontece en la mayoría de los casos, como en la sentencia de la Corte Suprema (12/6/2024), rol n.° 190.092-2023, cuyo considerando decimosegundo expresa: "tampoco podrá ser oída la pretendida infracción al principio *non bis in ídem*, al no concurrir una relación necesaria entre la extracción de áridos desde el cauce del río Imperial y su depósito en el mismo álveo".

[70] Corte Suprema (11/12/2024), rol n.° 15.575-2024, considerando noveno.

[71] Corte Suprema (9/6/2025), rol n.° 16.868-2024, considerando décimo segundo. Ello es repetido en Corte Suprema (9/6/2025), rol n.° 19.925-2024, considerando noveno.

Para que se haga procedente el análisis del principio de *non bis in idem* administrativo se requiere que concurra a lo menos una sanción administrativa, propiamente tal. Por lo cual, una de las sanciones debe provenir de una conducta infraccional y estar antecedida de un procedimiento administrativo sancionador –causa material–, debe consistir en una decisión desfavorable –causa formal–, ha de ser emitida por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas –causa eficiente– y debe tener por propósito, como regla general, la represión de la conducta infraccional, con miras a proteger un bien jurídico –causa final–[72].

Es una definición asentada en la jurisprudencia que el principio de *non bis in idem* procede respecto de sanciones administrativas y no en cuanto a medidas que no tengan esa naturaleza, lo que se evidencia en la siguiente afirmación, empleada para descartar la procedencia del principio de *non bis in idem*,

> "las cosas son lo que son aunque se les denomine de una forma errónea o incluso si no se utiliza denominación alguna para referirse a ellas, como en el caso de autos, en que la medida de suspensión de clases fue aplicada sin señalar expresamente que se trataba de una cautela temporal, lo que no la priva de tal carácter, razón por la cual ésta no puede ser estimada como una sanción en el sentido que le otorga la reclamada, al estimar vulnerado el principio *non bis in idem*"[73].

La limitación de la manifestación jurídica a la que se le aplica el principio de *non bis in idem* es una clara tendencia en la jurisprudencia. Diversos casos han servido para que la Corte Suprema demuestre que no procede considerar al principio de *non bis in idem* si el objeto analizado por el tribunal es una de las medidas desprendidas de las facultades cautelares de la Comisión para el Mercado Financiero, establecidas en el art. 20 n.° 12 del Decreto Ley n.° 3538 de 1980[74], las que no ostentan esa calidad[75] ni obedecen a un procedimiento administrativo sancionador[76]. En otra ocasión, el máximo tribunal negó que los actos "tendientes al restablecimiento de la legalidad"[77] hicieran procedente al principio de *non bis in idem*, como acontece con una multa aplicada por la Dirección General de Aguas por el desobedecimiento de la orden, previo apercibimiento, para restituir un

[72] Enteiche (2025a) pp. 273-390.

[73] Corte de Apelaciones de Valparaíso (15/7/2025), rol n.° 15-2025, considerando tercero; confirmada por la sentencia de la Corte Suprema (19/8/2025), rol n.° 30.809-2025.

[74] De acuerdo con el art. 20 n.° 12 del Decreto Ley n.º 3538 de 1980 le corresponde al Consejo "suspender provisionalmente, en casos graves y urgentes debidamente calificados, total o parcialmente, mediante resolución fundada, las actividades de una persona o entidad fiscalizada o la cotización o la transacción de uno o más valores [...]".

[75] Corte Suprema (7/7/2025), rol n.° 57.097-2024, considerando sexto.

[76] Corte de Apelaciones de Santiago (18/10/2024), rol n.° 771-2023, considerando decimosegundo.

[77] Corte Suprema (2/4/2025), rol n.° 12.137-2024, considerando octavo.

cauce y eliminar obras, de acuerdo con lo señalado en el art. 172 del C*ódigo de Aguas*[78].

Al contrario, la Corte Suprema consideró, a propósito de las multas establecidas en las bases de los contratos administrativos, cuya naturaleza hace dudosa la aplicación de los principios y garantías propios del poder punitivo del Estado, que respecto de esta manifestación jurídica es posible analizar si concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento si se aplican juntamente con otras multas[79].

III.2 Concursos infraccionales administrativos

Con todo, no es común que los tribunales superiores de justicia declaren la concurrencia de los elementos que dan lugar al principio de *non bis in idem* administrativo[80]. Es posible que se dispongan, normativamente, y que se apliquen, administrativa y judicialmente, sanciones múltiples, siempre y cuando entre las sanciones aplicadas no concurra la identidad de hecho, sujeto y fundamento.

Cabe analizar las hipótesis en que frecuentemente un particular será objeto de sanciones administrativas múltiples, sin que se pueda formular algún reproche jurídico derivado de la procedencia de diversos castigos. Estas hipótesis tienen que ver con que las sanciones múltiples no castiguen *lo mismo*, sino algo distinto.

No se sancionará *lo mismo* si las sanciones administrativas múltiples provienen de una valoración llevada a cabo por un organismo, dado que lo prohibido por el principio de *non bis in idem* es la doble valoración de *lo mismo*. Por ello, la Corte Suprema afirmó que no caben en el principio de *non bis in idem* administrativo las sanciones múltiples dispuestas por la ley, como en el caso de que un hecho infraccional se castigue con una multa y una suspensión, respecto de una misma persona y por los mismos fundamentos[81].

---

[78] El art. 172 del C*ódigo de Aguas* establece dos supuestos en que la realización de obras permite aplicar multas, previo apercibimiento.

[79] Argumentó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique (1/3/2024), rol n.° 3-2021: "debe descartarse desde ya la existencia de una infracción al principio *non bis in ídem*, puesto que la multa que se aplica a través del Decreto Alcaldicio N° 1217 [...], en tanto que aquella multa materia del Decreto Alcaldicio N° 1066, tiene su origen en los días de atraso en que incurre el adjudicado en la subsanación de las observaciones formuladas por la Comisión de Recepción, es decir, tienen una naturaleza diversa y responden a distintos hechos", considerando séptimo. Esta decisión fue confirmada por la sentencia de la Corte Suprema (18/3/2025), rol n.° 11.749-2024.

[80] Ello es constatado por Risco (2025) p. 103.

[81] La sentencia especifica que se denuncia que "al imponer simultáneamente una multa al armador de la nave y la suspensión temporal de los derechos derivados de la inscripción en

Tampoco se sancionará *lo mismo* si proceden los concursos de infracciones administrativas. La solución a la existencia de un concurso de infracciones administrativas es que las sanciones múltiples se acumulan, por lo que no habrá aminoración ni eliminación de los castigos aplicados[82]. Dos vertientes de los concursos infraccionales administrativos son empleadas frecuentemente para denegar la aplicación del principio de *non bis in idem*, en su derivación material o sustantiva: el concurso real de infracciones administrativas –porque no hay identidad de hechos–, y el concurso ideal de infracciones administrativas –porque no hay identidad de fundamentos–.

La Corte Suprema dedica un gran número de considerandos, en los conflictos en que se invoca al principio de *non bis in idem*, a justificar por qué no existe un mismo hecho infraccional, sino que concurren hechos infraccionales *múltiples* –concurso real de infracciones administrativas–[83].

Un grupo de sentencias separa adecuadamente las diversas conductas que podrían dar lugar a un hecho infraccional y determinan que las acciones u omisiones que aquella comprende constituyen, en realidad, hechos infraccionales diversos, ya sea en atención al instante o al lugar en que ellos ocurren[84]. Estas sentencias han dicho que existirá multiplicidad de hechos infraccionales si estos obedecen al incumplimiento de conductas, obligaciones o deberes diversos, como sucede si un directorio insta porque no se traten los traspasos de dineros entre sociedades relacionadas, lo que diverge de la instrucción de los traspasos por ese directorio[85]. Además, las sentencias han agregado que existen

el Registro Pesquero Artesanal por tres meses, se infringe el principio no [*sic*] *bis in idem* y lo previsto en el artículo 116 de la Ley General de Pesca y Acuicultura". A lo que la propia sentencia responde que acerca del "principio non bis in idem, cabe precisar que el artículo 116 de la Ley General de Pesca y Acuicultura prescribe la posibilidad de sancionar con multas las infracciones de las normas de la citada ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, que no tuvieren prevista una sanción especial, lo que debe relacionarse con la prohibición dispuesta en el artículo 107 de la ley, cuya infracción también fue acreditada en la especie", Corte Suprema (27/5/2025), rol n.º 13.315-2025, considerandos quinto y séptimo.

[82] Sin perjuicio de la eventual aplicación de los mecanismos de compensación establecidos en el art. 78 bis del *Código Penal*, como sugerimos con anterioridad.

[83] Bajo el concurso real de infracciones "se realizan dos o más acciones que constituyen dos o más infracciones distintas aunque presentan alguna conexión material", Alarcón (2008) p. 64. En derecho penal, se ha dicho que ocurre "cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada", Cury (2005) pp. 659-660.

[84] Siguiendo la tendencia establecida por Cordero (2020) p. 46, que emana del análisis de un periodo jurisprudencial anterior.

[85] De acuerdo con la sentencia: "con respecto a cada una de las infracciones se reprochan diversas omisiones en que incurrió el reclamante, como lo son no haber instado porque el Directorio tratara los traspasos de dineros entre las sociedades relacionadas y haber instruido los traspasos de

hechos infraccionales diversos si la conducta se hubiese repetido en lapsos distintos, como al no acreditarse, anualmente, los saldos de subvenciones o aportes del Estado, lo que hace que la falta de justificación de los fondos configure hechos infraccionales diversos porque los saldos y aportes del Estado varían año a año[86]. También, las sentencias han explicado que no hay identidad en los hechos infraccionales si, por una parte, se sanciona el incumplimiento de la obligación de continuidad del servicio de agua potable, lo que apunta a reprochar el funcionamiento de las plantas de abastecimiento de la empresa sancionada y, por otra, se castiga el incumplimiento de los programas de ejecución, cuestionamiento dirigido a la falta de desarrollo de las obras por la empresa sancionada. Ello en consideración a que las conductas tuvieron lugar en distintas fechas y cada una de ellas genera un hecho infraccional distinto[87]. Por *último*, este grupo de sentencias ha señalado que no existe "unidad de hechos" si una de las conductas sancionadas es publicitar "productos farmacéuticos sin la autorización requerida para aquello", y la otra conducta reprochada es publicitar "productos farmacéuticos cuya publicidad está prohibida". Al ser ambas conductas sancionadas por hipótesis infraccionales diversas, y recayendo sobre medicamentos distintos, no puede establecerse la "unidad de hechos"[88].

dineros que luego eran restituidos. No se trata, en consecuencia, de una misma conducta infraccional, como alega el apelante", Corte Suprema (9/5/2025), rol n.° 19.925-2024, considerando noveno. En el mismo sentido, en otra sentencia se afirma que no se da la identidad de hechos, toda vez que "mientras en la primera de las infracciones se cuestiona la incorrecta determinación del capital neto, en la otra lo castigado es su inclusión en los estados financieros. Si bien ambos hechos persiguen la posibilidad de que se establezca de manera fidedigna el estado de solvencia de la Aseguradora, no se trata de hechos idénticos puesto que la primera de las situaciones no necesariamente importa que concurra la segunda de ellas", Corte Suprema (9/6/2025), rol n.° 16.868-2024, considerando decimosegundo.

[86] La sentencia de la Corte Suprema (19/5/2025), rol n.° 53.200-2024, señala: "el saldo final correspondiente a un año determinado se trasforma en el saldo de inicio de la anualidad siguiente y, por tanto, no existe incongruencia alguna en exigir, a propósito de la rendición de cuentas de un año posterior, la constancia del destino de aquellos provenientes de años anteriores. Ello, por cuanto razonar lo contrario implicaría dejar al margen de toda rendición los fondos que han quedado como remanente de años pretéritos, lo cual contraría toda la regulación legal que rige en la materia, que tiene su sustento final en el resguardo del buen uso de los recursos públicos", considerando quinto.

[87] Corte Suprema (19/2/2024), rol n.° 248.543-2023, considerando decimoprimero.

[88] Expresa la sentencia: "se debe recordar que la autoridad administrativa estableció que el reclamante ha incurrido en dos conductas, al haber publicitado: a) productos farmacéuticos sin la autorización requerida para aquello; b) productos farmacéuticos cuya publicidad está prohibida [...] en el caso de autos, hay dos conductas que configuran dos hipótesis infraccionales previstas en el mismo cuerpo normativo, razón por la que no se puede establecer la unidad de hecho, pues por una parte, en pendones se exhibe publicidad de fármacos sin autorización previa y, en otros pendones, se exhibe publicidad de productos farmacéuticos a pesar que ésta se encuentra prohibida", Corte Suprema (14/11/2023), rol n.° 3.330-2023, considerando décimo.

Ahora bien, una sentencia descarta la concurrencia del principio de *non bis in idem*, debido a la existencia de un concurso real de infracciones administrativas, sin embargo, un análisis contextual tensiona esa definición. En el caso, se consideró que no concurre la identidad de hechos si una conducta es la extracción de áridos del cauce de un río y otra conducta es el depósito de esos áridos en el mismo álveo[89]. En realidad, una infracción es el medio imprescindible para cometer la otra, por lo que existiría unidad jurídica de acción por la conexión indisoluble entre la extracción de áridos y su depósito –concurso medial de infracciones administrativas–[90].

De igual modo, la Corte Suprema ha resuelto casos en que no resultaría aplicable el principio de *non bis in idem* dado que no concurriría un mismo bien jurídico protegido por la aplicación de una sanción a un sujeto por un mismo hecho –concurso ideal de infracciones administrativas–[91]. En estos casos, las sentencias aclaran que pueden proceder diversas hipótesis de multas, mientras no se sancione dos o más veces por un organismo con ocasión de dos infracciones al mismo bien jurídico[92]. Además, estas sentencias han explicado que no hay identidad de fundamento si las sanciones se aplican por el mismo hecho infraccional, como ocurre con la omisión de una empresa de informar, a la Inspección del Trabajo Provincial y a la Secretaría Ministerial Regional de Salud competentes, de un accidente que terminó con la vida de un trabajador. Razonó la sentencia, luego de que ambos entes administrativos aplicasen distintas sanciones por este mismo hecho, que los bienes jurídicos que cada uno de ellos persigue es distinto, por lo cual se justifican las sanciones administrativas múltiples[93].

---

[89] Corte Suprema (12/6/2024), rol n.° 190.092-2023, considerando décimo.

[90] Cordero (2020) pp. 54-55.

[91] "El sujeto puede cometer dos o más infracciones distintas con un solo hecho. Esto ocurrirá cuando con una única acción vulnere dos bienes jurídicos distintos o un mismo bien jurídico con dos lesiones o ataques diferentes. Se origina, entonces, un concurso ideal de infracciones", Alarcón (2008) p. 72. En derecho penal, se ha dicho que ocurre: "cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces", Cury (2005) p. 663.

[92] Señala la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (30/5/2022), rol n.° 1.465-2020, considerando decimosegundo: "es plenamente factible que dos o más normas con vocación infraccional puedan coexistir y conducir a multas diversas, ya que lo que cautela el referido principio es que no se sancionen dos o más veces infracciones al mismo bien jurídico protegido, lo cual en la especie no ocurre". La sentencia de la Corte Suprema (16/5/2024), rol n.° 32.484-2022, rechazó los recursos interpuestos contra la sentencia en alzada y, en su considerando séptimo, ratificó este criterio, vinculándolo a las infracciones contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley n.° 3 de 2021.

[93] De acuerdo con el considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema (11/12/2024), rol n.° 15.575-2024: "no aparece configurada la identidad de fundamento entre las infracciones cursadas al reclamante por las dos instituciones públicas mencionadas, y ello en razón especialmente de haberse lesionado distintos bienes jurídicamente protegidos. En un caso [...] los derechos de los trabajadores, definida específicamente por la protección de su vida y salud y la obli-

Conclusión

El principio de *non bis in idem* administrativo consiste en la imposibilidad de que se dirijan múltiples sanciones administrativas a un sujeto por un mismo hecho y fundamento. Este trabajo ha dado cuenta que existen leyes especiales y sentencias de la Corte Suprema que definen el modo de concebir la identidad de sujeto, de hecho y fundamento, y sus límites aplicativos expresados a través de los concursos infraccionales administrativos.

Con todo, existen dudas relacionadas a la interdicción de aplicar sanciones administrativas múltiples por *lo mismo* que aún no están resueltas, las que se relacionan con que ni las leyes administrativas generales ni todas las leyes administrativas especiales se han ocupado de especificar lo que se entiende por *lo mismo*. Al final del día, muchas de las dudas normativas que genera el principio del *non bis in idem*, en su vertiente material o sustantiva, en los aplicadores de las sanciones administrativas múltiples se resuelven, implícita o explícitamente, acudiendo a los conceptos desarrollados en normas penales.

Hasta ahora, la jurisprudencia es la que se ha ocupado de resolver los conflictos relativos a las sanciones administrativas múltiples. Este escenario evidencia la necesidad de reforzar el llamado a que se emita una ley administrativa general referida a las potestades sancionadoras administrativas o, bien, a que los legisladores de cada sector regulado prevean alguna hipótesis relativa al principio de *non bis in idem* y a los concursos infraccionales administrativos.

Bibliografía

Alarcón, Lucía (2008): *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador* (Madrid, Iustel).

Aróstica, Iván (1981): "Algunos problemas del derecho administrativo penal", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n.° 182: pp. 71-81.

Cano, Tomás (2001): "*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n.° 156: pp. 191-249.

Cordero, Eduardo (2014): "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 42: pp. 399-499.

gación que conlleva de prever eventuales accidentes de trabajo [...] en cambio, la multa impuesta por la autoridad de salud pretende proteger el interés fiscal por el estricto apego a la normativa sanitaria por parte de todo y cada uno de los administrados".

Cordero, Eduardo (2020): "Los concursos infraccionales en el Derecho administrativo sancionador chileno", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 31: pp. 33-65.

Cordero, Eduardo (2023): *Curso de derecho administrativo* (Valparaíso, Editorial Libromar SpA).

Cury, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Ediciones UC).

Echeverría, Josefa (2023): "El *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador: entre la hipertrofia reguladora y la excesiva discrecionalidad", *Sentencias Destacadas 2022* (Santiago, Ediciones LyD) pp. 177-200.

Enteiche, Nicolás (2023): "Función y límites de la decisión sancionadora ambiental", *Ius et Finis Terrae*, n.° 2: pp. 67-100.

Enteiche, Nicolás (2025a): *Derecho administrativo Ssancionador chileno* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

Enteiche, Nicolás (2025b): "Dos fundamentos de las potestades sancionadoras administrativas", *Actualidad Jurídica*, n.° 51: pp. 499-519.

Enteiche, Nicolás y Bagioli, Paula (en prensa): "La pertenencia de la Ley N° 19.880 a la Ley N° 30 de 1992", en Lara, J.L. y Helfmann, C. (dirs.)*Actas de las XX Jornadas de Derecho Administrativo: Evolución e historia del Derecho Administrativo. Continuidad y cambios* (Santiago, Ediciones DER).

Escobar, Javier (2024): "Comentario a la SCS de 18 de junio de 2018", *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 54: pp. 43-60.

Escobar, Javier (2025): "Prohibición de persecución múltiple y procedimientos administrativos sancionatorios", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 16, n.° 1: pp. 1-32.

Gatica, María Paz y Soto, Pablo (2025): "La comprensión judicial del principio *non bis in idem* por infracciones a distintas normas de la ley de protección a los derechos de los consumidores", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 52, n.º 2: pp. 157-191.

Gómez, Rosa (2021): "Non bis in idem: tendencias actuales en materia de sanciones administrativas" en Lovera, D. (ed.) *Anuario de derecho público* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 437-469.

Gómez, Rosa (2024): "Análisis del mecanismo de 'compensación' sancionatoria establecido en el artículo 78 bis del Código Penal incorporado por la Ley N° 21.595, sobre Delitos Económicos", *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 54: pp. 3-17.

Nieto, Alejandro (2011): *Derecho administrativo sancionador* (Madrid, Tecnos).

Mañalich, Juan Pablo (2014): "El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio", *Política Criminal*, vol. 9, n.° 18: pp. 543-563.

Ossandón, Magdalena (2024): "Artículo 78 bis del Código Penal. Propuesta de interpretación", *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 54: pp. 19-38.

Risco, Ximena (2025): "Sanciones concurrentes y aplicación del principio de non bis in idem ante el Derecho administrativo chileno", *Revista de Derecho Administrativo*, n.° 42: pp. 101-119.

Serra, Diva (2025): "Explorando los límites entre el derecho penal y el administrativo sancionador a partir de la reforma al artículo 20 y la incorporación del artículo 78 bis al Código Penal", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.° 257: pp. 235-260.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Concepción (2022): rol n.° 1.465-2020, de 30 de mayo de 2022.

Corte de Apelaciones de Iquique (2024): rol n.° 3-2021, de 1 de marzo de 2024.

Corte de Apelaciones de Santiago (2024): rol n.° 9.639-2020, de 2 de mayo de 2024.

Corte de Apelaciones de Santiago (2024): rol n.° 771-2023, de 18 de octubre de 2024.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2025): rol n.° 15-2025, de 15 de julio de 2025.

Corte Suprema (2023): rol n.° 3.330-2023, de 14 de noviembre de 2023.

Corte Suprema (2024): rol n.° 248.543-2023, de 19 de febrero de 2024.

Corte Suprema (2024): rol n.° 15.575-2024, de 11 de diciembre de 2024.

Corte Suprema (2025): rol n.° 11.749-2024, de 18 de marzo de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.° 12.137-2024, de 2 de abril de 2025.

Corte Suprema (2024): rol n.° 190.092-2023, de 12 de junio de 2024.

Corte Suprema (2024): rol n.° 32.484-2022, de 16 de mayo de 2024.

Corte Suprema (2025): rol n.° 18.106-2024, de 12 de mayo de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.º 53.200-2024, de 19 de mayo de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.º 13.315-2025, de 27 de mayo de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.° 16.868-2024, de 9 de junio de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.° 19.925-2024, de 9 de junio de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.° 57.097-2024, de 7 de julio de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.° 30.809-2025, de 19 de agosto de 2025.

Tribunal Constitucional (2012): rol n.° 2.254-2012, de 18 de diciembre de 2012.

Tribunal Constitucional (2012): rol n.° 2.045-2011, de 7 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional (2016): rol n.° 2.896-2015, de 25 de agosto de 2016.

Tribunal Constitucional (2017): rol n.° 3.000-2016, de 10 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional (2018): rol n.° 3.054-2016, de 12 de junio de 2018.

Tribunal Constitucional (2019), rol n.° 6.250-2019, de 5 de noviembre de 2019.

Tribunal Constitucional (2020): rol n.° 8.484-2020, de 8 de octubre de 2020.
Tribunal Constitucional (2022): rol n.° 12.615-2021, de 4 de agosto de 2021.
Tribunal Constitucional (2022): rol n.° 13.077-2022, de 3 de noviembre de 2022.
Tribunal Constitucional (2023): rol n.° 13.405-2022, 9 de mayo de 2023.
Tribunal Constitucional (2023): rol n.° 14.147-2023, de 14 de noviembre de 2023.
Tribunal Constitucional (2024): rol n.° 14.163-2023, de 9 de mayo de 2024.
Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.379, de 3 de abril de 2025.
Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.090, de 3 de abril de 2025.
Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.089, de 3 de abril de 2025.
Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.088, de 3 de abril de 2025.

Fuentes jurídicas

Código de Aguas, de 29 de octubre de 1981.
Código del Trabajo, de 19 de enero de 2003.
Código Penal, de 12 de noviembre de 1874.
Código Procesal Penal, de 12 de octubre de 2000.
Código Sanitario, 31 de enero de 1968.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de enero de 1991.
Decreto con Fuerza de Ley n.° 3 de 2021, de 31 de marzo de 2021.
Decreto con Fuerza de Ley n.° 458 de 1976, de 13 de abril de 1976.
Decreto Ley n.° 3538 de 1980, de 23 de diciembre de 1980.
Ley colombiana 1.437 de 2011
Ley española 40/2015
Ley peruana n.° 27444, de 11 de abril de 2001.
Ley n.° 20417 de 2010, de 26 de enero de 2010.
Ley n.° 20529 de 2011, de 27 de agosto de 2011.
Ley n.° 21663 , de 8 de abril de 2024.
Ley n.° 21600 de 2023, de 29 de septiembre de 2025.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 23 de marzo de 1976.

Otros documentos

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2025a): *Historia de la Ley N° 20.417 Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio*

Ambiente. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/71192/1/documento_3957_1693924805500.pdf [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2025].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2025b): *Historia de la Ley N° 21.600, Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas*. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/71311/1/documento_4072_1694038150436.pdf [fecha de consulta: 3 de octubre de 2025].

Proyecto de Ley n.° 3475 (2004): "Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la Ley Nº 19.884". Disponible en https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=3799&tipodoc=mensaje_mocion [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2025].

Real Academia Española (2025): *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en https://dpej.rae.es/ [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2025].

Tribunal Constitucional (2024): "Cuenta Pública 2024 de la presidenta del Tribunal Constitucional". Disponible en www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2025/03/CP24-digital.pdf [fecha de consulta: 7 de octubre de 2025].

Senado (2025): "Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley para mejorar la protección de los derechos de las personas consumidoras en el ámbito de sus intereses individuales fortaleciendo al Servicio Nacional del Consumidor, y establece otras modificaciones que indica". Disponible en https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=16826&tipodoc=mensaje_mocion [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2025].

Vergara, Alejandro (2023): "El principio non bis in idem (no dos veces por lo mismo) en derecho administrativo: laguna legal y escenario jurisprudencial". Disponible en https://derecho.uc.cl/images/El_principio__i_non_bis_in_idem__i__no_dos_veces_por_lo_mismo_en_Derecho_Administrativo__laguna_legal_y_escenario_jurispruden cial.pdf [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2025].

PAGO DE PATENTES POR NO USO DE AGUAS: UNA DÉCADA DE JURISPRUDENCIA DE INAPLICABILIDAD

PAYMENT OF LICENSE FEES FOR NON-USE OF WATER: A DECADE OF JURISPRUDENCE OF INAPPLICABILITY

Catalina Salem Gesell[*]

Resumen: La investigación describe la jurisprudencia contenida en las sentencias de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional chileno (TC), recaídas en requerimientos que impugnan preceptos contenidos en el *Código de Aguas* relativos al pago de patente por no uso de las aguas. El análisis demuestra que las decisiones de inaplicabilidad han variado debido a cambios en la composición del órgano; que existió una plena coordinación entre justicia constitucional y justicia ordinaria cuando el TC acogía los requerimientos; y que esa coordinación se interrumpió parcialmente cuando el TC comenzó a rechazar las inaplicabilidades. Esto, porque la Corte de Apelaciones de Santiago acogió algunos de los reclamos presentados desaplicando los preceptos legales. Los fundamentos de las sentencias de fondo dejan en evidencia la necesidad de que el TC ajuste la *ratio decidendi* de sus fallos hacia un control concreto de normas, pues algunos de sus argumentos han perdido oportunidad y mérito en las gestiones judiciales pendientes.

Palabras clave: Tribunal Constitucional de Chile, inaplicabilidad, *Código de Aguas*, Corte de Apelaciones.

[*] Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho LLM-UC, mención en Derecho Constitucional. Magíster en Ciencia Jurídica. Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: c.salem@udd.cl

Abstract: The research describes the jurisprudence contained in the rulings of inapplicability of the Chilean Constitutional Court (CC), based on requests challenging provisions contained in the Water Code relating to the payment of fees for non-use of water. The analysis shows that the decisions of inapplicability have varied due to changes in the composition of the CC; that there was full coordination between CC and the court hearing the pending case when the CC ruled in favor of the as-apply petition; and that this coordination was partially interrupted when the CC began to reject the inapplicabilities. The Santiago Court of Appeals continued to accept the claims filed, disregarding the legal provisions. The grounds for the judgments on the merits highlight the need for the CC to adjust the *ratio decidendi* of its rulings to an as-apply challenge, as some of its arguments have lost their relevance and merit in the pending legal proceedings.

Keywords: Constitutional Tribunal of Chile, inapplicability, as-apply jurisprudence, Chilean Water Code, Court of Appeals.

Introducción

¿Cuál es la importancia de observar una línea jurisprudencial en el tiempo? La revisión de una década de jurisprudencia de inaplicabilidad en una materia específica como lo es la impugnación de preceptos legales que disponen el pago de patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas, da perspectiva para su análisis[1]. En este caso, permite identificar y determinar aquello que es permanente y aquello que muta. Además, cuando de la acción de inaplicabilidad se trata, permite evaluar la coordinación alcanzada entre el TC y los tribunales de las gestiones judiciales pendientes en las que los preceptos legales tendrán aplicación. Esto último no es posible de lograr cuando se analiza una sentencia contemporánea, pues hay un desfase temporal importante entre la decisión de uno y otro tribunal.

Lo que buscaré abordar en esta investigación es dar respuesta a la pregunta de por qué cambia la jurisprudencia constitucional considerando un grupo de casos que presentan elementos esenciales entre sí y que, en principio, obligan a ser resueltos de un mismo modo. También, intentaré dar cuenta de cuál es el impacto que ese cambio jurisprudencial tiene en las gestiones judiciales pendientes receptoras de las sentencias de inaplicabilidad.

[1] La revisión jurisprudencial se cerró el 6 de octubre de 2025. Agradezco a mi ayudante de investigación, Sebastián Ruíz Muñoz, estudiante de derecho, quien hizo la búsqueda del listado de sentencias para este estudio.

Lo que intentaré demostrar es que los cambios jurisprudenciales en materia de inaplicabilidad han oscilado entre el ejercicio de un control concreto de normas y uno de tipo abstracto. Y que cuando el TC ejerce un control abstracto en sede de inaplicabilidad, desacopla la incidentalidad que lo comunica con el juez de la gestión judicial pendiente. Esto tiene impacto en dicha gestión, como también en los derechos de los litigantes.

El contexto normativo en el cual se desarrolla este trabajo recae en diversos preceptos legales del título XI, del libro I, del *Código de Aguas*, sobre el pago de una patente por la no utilización de las aguas. Respecto de estas normas, los requirentes de inaplicabilidad cuestionan el sistema de pago de las patentes por no uso del derecho aprovechamiento de aguas cuando han presentado solicitudes de traslado de su derecho a la Dirección General de Aguas (DGA) y el órgano administrativo no se ha pronunciado dentro del plazo legal. Así, el pago del tributo se devengaría por un acto propio del mismo órgano estatal competente para su determinación. Los solicitantes invocaron como vulnerados los arts. 1.°, inciso cuarto, y 19 n.° 20, n.° 21, n.° 24 y n.° 26 de la *Constitución Política*.

Más allá del conflicto constitucional sustantivo, en esta investigación analizo cómo el TC utiliza los supuestos fácticos de la norma para hacer un control concreto de constitucionalidad, y cuando prescinde de ellos para hacer un control abstracto. Mi método busca cumplir los siguientes objetivos:

I. identificar los elementos fácticos comunes a todos los expedientes y aquellos casos anómalos, para evidenciar cómo operan las circunstancias concretas en el examen de control de inaplicabilidad de preceptos legales;
II. identificar los argumentos de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad y
III. las desestimatorias de inaplicabilidad para
IV. discernir las implicancias que tiene un razonamiento concreto y abstracto de normas.

En la conclusión, propongo la necesidad de revisar algunos argumentos contenidos en la actual jurisprudencia de inaplicabilidad, de naturaleza desestimatoria, que han perdido oportunidad y mérito en las gestiones judiciales pendientes y que debilitan la propia competencia del TC.

I. Antecedentes comunes a todos los expedientes y casos anómalos: la importancia de la situación fáctica

La acción de inaplicabilidad es un control concreto de normas. Esto significa que lo examinado por el TC es el efecto inconstitucional que produce la aplicación

de un mandato legal a un conjunto de hechos que están siendo conocidos por el juez de la gestión judicial pendiente. Por este motivo, es relevante identificar cuáles son esas características fácticas que determinan la aplicación de la ley con un efecto inconstitucional.

Para analizar este punto, en la tabla 1 se identifican todos los expedientes de inaplicabilidad de esta línea jurisprudencial, los requirentes, los preceptos legales impugnados, los antecedentes fácticos y las normas constitucionales que se invocaron como infringidas. En cuanto a la falta de uniformidad de los preceptos impugnados, esto se debe al tipo de derecho de aprovechamiento de aguas de que era titular el requirente. Sin embargo, todos los artículos reprochados tienen en común que regulan el pago de patente por no uso según la naturaleza de cada derecho de aprovechamiento de aguas.

Desde el punto de vista de las circunstancias concretas alegadas en los expedientes de inaplicabilidad, se encuentran dos tipos de casos:

1) aquellos en que lo alegado es el simple transcurso del tiempo, más allá del plazo legal, en que se ha mantenido en tramitación ante la DGA una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.
2) Aquellos casos en que, además de la demora del órgano administrativo, se alega la existencia de obras de captación habilitadas en el nuevo punto de captación sobre el cual recae la solicitud de traslado.

Respecto al grupo 1), el título I: "De los procedimientos administrativos", contenido en el libro segundo: "De los procedimientos", del *Código de Aguas*, regla los plazos legales para el solicitante y la Administración. En cuanto al grupo 2), cabe recordar que, de conformidad con el art. 129 bis 9 del *Código de Aguas*, es causal de exención del pago de patente por no uso de las aguas la existencia de obras de captación de estas.

El argumento central de lo alegado por los requirentes en todos estos casos es que los preceptos legales impugnados obligan al pago de la patente sin considerar la circunstancia del retardo de la Administración, produciendo una imposibilidad física y legal de hacer uso del agua, por un hecho que no le es imputable, sino que corresponde a un incumplimiento sistemático de la ley por parte de la DGA[2]. Y, también, que al existir obras en el nuevo punto de captación al cual se ha solicitado el traslado, debería permitir la eximición del pago de la patente por no uso.

Hay ciertos casos que no es posible de clasificar en estos dos grupos. Uno de ellos es el contenido en la sentencia rol n.° 9920-2020. En este expediente, la impugnación de los preceptos legales se fundaba en que la DGA había acogido una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas a un

[2] *Código de Aguas*, arts. 130, 132-134.

nuevo punto de captación, estableciendo un nuevo caudal ecológico que aumentó de forma exponencial el previamente establecido. A los pocos meses, el nuevo caudal resultó ser mayor al caudal real del río, haciendo impracticable el uso de los derechos de que era titular el requirente. Por este motivo, la actora alegaba el efecto inconstitucional que producía el cobro de la patente por aquellos derechos que no podía ejercer sin infringir las normas sobre determinación y cuidado del caudal ecológico mínimo.

El TC rechazó este requerimiento declarando que las restricciones al ejercicio del derecho particular de aprovechamiento de aguas, como lo es el respeto al caudal ecológico mínimo, no son inconstitucionales, citando las normas del orden público ambiental que habilitan al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio del derecho[3].

El segundo caso en que las circunstancias concretas que poseía implicaron su rechazo, fue la sentencia rol n.° 7255-2019. En ella, el TC constató que el pago de la patente por no uso se devengó en un periodo en que la requirente no había presentado ninguna solicitud de traslado a la DGA, siendo esta posterior. En consecuencia, el TC señaló que esta circunstancia

> "presenta diferencias determinantes respecto de otros sobre la materia, lo cual da lugar a que las razones consideradas para acoger no se verifiquen en esta ocasión"[4].

Así, la magistratura argumentó que el pago de la patente, en cuanto tributo, sea manifiestamente injusto:

> "no dice relación con el importe del pago, sino que se produce porque la aplicación de los preceptos cuya inaplicabilidad se solicita significará que el requirente esté afecto al pago de un tributo, no debiendo estarlo. En efecto, en casos como los resueltos por esta Magistratura el evento que causa la obligación de pagar el tributo se produce por una circunstancia ajena a su esfera de control consistente en la tardanza en la actuación de la DGA"[5].

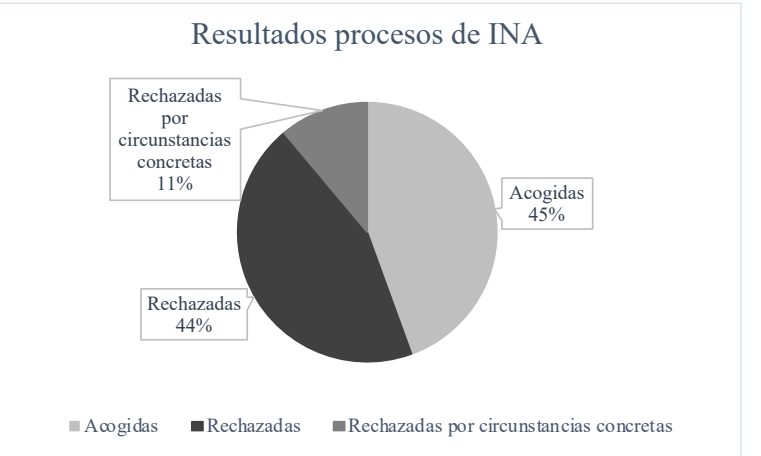
De esta forma, cierra el TC señalado que la circunstancia determinante para acoger es

> "si se incurre o no en el hecho gravado que obligaría a pagar el tributo dependió, al final, de la inactividad de la autoridad y no de una decisión del contribuyente"[6].

[3] Tribunal Constitucional (2/11/2021) rol n.° 9920-2020, cc. 19 y siguientes.
[4] Tribunal Constitucional (30/4/2020) rol n.° 7255-2019, c. 4.
[5] Tribunal Constitucional (30/4/2020) rol n.° 7255-2019, c. 6.
[6] *Ibid*.

Estos dos casos "anómalos", es decir, que no comparten las características fácticas esenciales a los otros requerimientos, han sido los únicos rechazados cuando la tendencia jurisprudencial en ese periodo era de acoger[7]. Del total analizado, fueron los dos únicos casos en que la fundamentación para el rechazo fueron las circunstancias concretas en que los preceptos legales recibirían aplicación, tal como se grafica en la figura 1.

Figura 1



Fuente: elaboración propia.

La existencia de estos dos casos anómalos demuestra cómo las circunstancias concretas de aplicación de los preceptos legales pesaron en la decisión de aquellos jueces proclives a acoger los requerimientos. Asimismo, ilustra cómo la aplicación de un mismo precepto legal puede ser constitucional para un cierto grupo de casos e inconstitucional para otro. Este dato justifica la existencia de un control concreto de normas, que es el fundamento de la acción de inaplicabilidad en el diseño institucional vigente, en contraposición a un control abstracto de la ley que se corresponde con otras atribuciones del TC[8]. De esta forma, mientras respecto de un grupo de circunstancias fácticas la hipótesis aplicativa del precepto no produciría un efecto inconstitucional, en otro grupo sí lo haría, siendo la inaplicabilidad la vía idónea para discernirlo, sin afectar la validez de la ley, que es el objeto del control abstracto.

[7] Véase tabla 2.

[8] En el art. 93 de la *Constitución* se enumeran como atribuciones de control abstracto de la ley las contenidas en los números 1, 3 y 7. Sin embargo, un reciente estudio de Sebastián Agüero y Felipe Paredes propone que en el control abstracto de la ley también tienen incidencia los hechos. Véase Agüero y Paredes (2025).

Tabla 1

Rol	Requirente	Preceptos Impugnados	Antecedentes Fácticos	Normas Constitucionales Invocadas
15.781-2024	Asesorías e Inversiones Mount Temple Spa	Arts. 129 bis 4, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.° y 19 n.°s 20-21, 24 y 26.
15.868-2024.	Agrícola Ribera Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6, 129 bis 7, 129 bis 8 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas. (2) Existencia de obras de captación habilitadas en el punto de destino.	Arts. 1.°, inciso cuarto, 19 n.°s 2, 20-21 y 24.
15.867-2024	Agrícola Retiro Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6, 129 bis 7, 129 bis 8 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamien to de aguas. (2) Existencia de obras de captación habilitadas en el punto de destino.	Arts. 1.°, inciso cuarto, 19 n.°s 2, 20-21 y 24.
15.073-2023	Agrícola Retiro Limitada	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6, 129 bis 7, 129 bis 8 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas. (2) Existencia de obras de captación habilitadas en el punto de destino.	Arts. 1.°, inciso cuarto, 19 n.°s 2, 20-21 y 24.
13.539-2022	Agrícola El Jardín S.A.	Art. 129 bis 5 del *Código de Aguas*	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de cambio de fuente de abastecimiento del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales a aguas subterráneas.	Art. 19 n.°s 20-21.

13.462-2022	Hidroeléctrica La Higuera S.A.	Arts. 129 bis 4 y 129 bis 8 del *Código de Aguas*	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado cambio de puntos de captación y restitución, y de puntos alternativos de captación y restitución de los derechos de aprovechamiento de agua. (2) Existencia de obras de captación habilitadas en el punto de destino.	Arts. 1.°, inciso cuarto, y 19 n.°s 2 y 20.
10.515-2021	Entretenciones Acuáticas Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas.*	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Art. 19 n.° 20, n.° 21, n.° 24 y n.° 26.
9920-2020	Agrícola y Forestal Torreón Limitada	Art. 129 bis 5.° del *Código de Aguas.*	Pago de patente y restricción del ejercicio de los derechos por normas sobre determinación y cuidado del caudal ecológico.	Art. 19 n.° 20, n.° 24 y n.° 26.
7255-2019	Agrícola San José de Peralillo S.A.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(3) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas. Pero, el período de pago de patente fue previo a la presentación de la solicitud.	Arts. 1.°, inciso cuarto y 19 n.° 20, inciso segundo, de la *Constitución*.
5654-2018	Agrícola Guenechén Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas.*	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, 6.° y 19 n.° 20 de la *Constitución*.
5232-2018	Sociedad Exportadora Agrícola SpA.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, 19 n.° 20, n.° 21, n.° 24 y n.° 26 de la *Constitución*.

5025-2018	Agrícola Santa Emilia S.A.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, 19 n.° 20, n.° 21, n.° 24 y n.° 26 de la *Constitución*.
4973-2018	Hidroeléctri-ca El Paso SpA.	Arts. 129 bis 4 y 129 bis 8 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas. (2) Existencia de obras de captación habilitadas en el punto de destino y uso de las aguas	Arts. 19 n.° 20 y n.° 65, inciso cuarto, n.° 1, de la *Constitución*.
3874-2017	Sociedad Explotadora Agrícola SpA.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Art. 19 n.° 20, n.° 21, n.° 24 y n.° 26 de la *Constitución*.
3146-2016	Agrícola San Juan de Huinca Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, .6.°, 19 n.° 20 y n.° 26 de la *Constitución*
2881-2015, 2882-2015 y 2883-2015 (acumuladas)	Agrícola San Isidro Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, 6.°, 19 n.° 26 de la *Constitución*.
2693-2014	Agrícola San Isidro Limitada.	Arts. 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del *Código de Aguas*.	(1) Retardo ilegal de la DGA de una solicitud de traslado de un derecho de aprovechamiento de aguas.	Arts. 1.°, inciso cuarto, 6.° y 19 n.° 26 de la *Constitución*.

Fuente: elaboración propia.

II. Fundamentos de las sentencias que acogen: la evaluación de los efectos inconstitucionales de la aplicación de la ley medidos en las circunstancias fácticas del caso

El año 2021 fue la última vez que se acogió un requerimiento que impugnaba preceptos legales que hacían procedente el pago de patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas. En ese entonces, la sentencia rol n.° 10.515, que

contenía una jurisprudencia que se había iniciado con el rol n.° 2693-2014, establece como premisa que:

> "independiente de la justificación que pueda o no existir para la tardanza del órgano administrativo en la dictación de las autorizaciones respectivas, la sociedad requirente deberá pagar una patente que grava a quienes no hacen uso de las aguas. Y esto ocurrió no porque esa sea su voluntad o porque hayan actuado de una manera negligente o reprochable, sino por una circunstancia ajena a su esfera de control. Si la DGA no se hubiese demorado en resolver la solicitud, la sociedad requirente no estaría obligada a pagar la patente"[9].

El TC asienta que no le corresponde resolver la responsabilidad de los órganos administrativos, sino que constatar el hecho de la tardanza independiente de la causa que lo haya originado[10]. Tampoco le corresponde conocer sobre si procede o no el pago de la patente[11]. La sentencia delimita el conflicto constitucional en determinar si la aplicación de los preceptos impugnados, que establecen el pago de la patente, infringe el derecho constitucional de la requirente de no ser gravada con el pago de un tributo manifiestamente injusto[12].

El TC declara la inaplicabilidad de los preceptos legales sobre la base de que infringen el inciso cuarto del art. 1.°, y el n.° 20 del art. 19, ambos de la *Constitución Política de la República*. En efecto, argumenta que la patente por no uso es un tributo y como tal resulta ser, aplicado al caso concreto, manifiestamente injusto y contrario al principio de servicialidad del Estado[13].

Siguiendo su jurisprudencia previa, el fallo declara que la patente por no uso es un tributo por tratarse de un pago coactivo de una suma de dinero, sin que exista contraprestación asociada al pago, y que se destina para solventar los gastos generales de la nación[14]. Lo califica de esa forma el art. 129 bis 12 del *Código de Aguas* y fue la naturaleza que se le atribuyó durante la tramitación de la Ley n.° 20017, que agregó al *Código de Aguas* el cobro de patentes por no uso de derechos de aguas[15].

El impuesto sería injusto porque los preceptos legales, aplicados al caso concreto, obligan al requirente a su pago, generándose el hecho gravado no por un acto del contribuyente, sino que por la inactividad de la autoridad, existiendo una voluntad clara del titular del derecho por hacer uso de las aguas[16]. A ello se

[9] Tribunal Constitucional (18/11/2021) rol n.° 10.515-2021, c. 4.
[10] *Op. cit.* c. 5.
[11] *Op. cit.* cc. 6-7.
[12] *Op. cit.* c. 8.
[13] *Op. cit.* c. 10.
[14] *Op. cit.* c. 11.
[15] *Op. cit.* cc. 13-14.
[16] *Op. cit.* cc. 15-16.

suma que la autoridad que debe verificar la procedencia del pago es la misma que se beneficia de él[17].

Por último, estimó infringido el principio de servicialidad del Estado, el cual no tiene una naturaleza programática, sino que impone el deber de que los organismos de la Administración del Estado ejerzan sus funciones y atribuciones, las cuales son otorgadas para concretar derechos especialmente reconocidos por la Carta Fundamental, como lo es el derecho de los particulares sobre las aguas[18].

La sentencia contesta los argumentos de las disidencias de la jurisprudencia previa, insistiendo que no se está controlando la actuación de la Administración del Estado. También expresa que debe desecharse el argumento de que por la vía de la inaplicabilidad se estaría creando una exención tributaria, siendo que es materia de ley, pues tal razonamiento no comprende la verdadera naturaleza y el efecto jurídico de la sentencia de inaplicabilidad. De esta forma:

> "la declaración de inaplicabilidad tiene por objeto inmediato, precisamente, que no se puedan aplicar las normas legales requeridas en la gestión judicial pendiente lo que, obviamente, tendrá consecuencias prácticas muy concretas, en este caso, evitar quedar afecto al pago de la patente por no uso"[19].

Por ello, la incompatibilidad con la C*onstitución* no puede derivar solo del texto de las normas impugnadas, también puede emerger de las particularidades de su aplicación al caso concreto.

> "Lo contrario implicaría sostener la errada interpretación de que una manifiesta desproporción o injusticia en el establecimiento por la ley de un tributo sólo puede evaluarse en términos abstractos"[20].

El fallo también realza que la sentencia de inaplicabilidad solo tiene efectos en la gestión judicial pendiente sobre la que recae, no efectos generales, y, además, la inaplicabilidad:

> "es la única opción jurídica posible para evitar la concreción del efecto inconstitucional que conllevaría la aplicación de los preceptos legales objetados en la gestión judicial"[21].

El fallo descarta que para que exista agravio constitucional por un tributo manifiestamente injusto deba existir un perjuicio económico. En el caso que se discute, lo relevante es determinar si el pago del tributo procede desde el punto

[17] Tribunal Constitucional (18/11/2021) rol n.° 10.515-2021, c. 16.
[18] *Op. cit*. c. 18.
[19] *Op. cit*. c. 20.
[20] *Ibid*.
[21] *Ibid*.

de vista constitucional. Y, en todo caso, el pago de un tributo siempre lleva envuelto un costo económico para el contribuyente[22].

Finaliza la sentencia recalcando que exigirle al requirente que prevea y asuma la dilación de la resolución de su solicitud por parte de la Administración no puede implicar jamás la renuncia a la protección constitucional de sus derechos, pues constituiría la negación misma del acceso a la justicia constitucional[23].

III. Sentencias que rechazan: las circunstancias fácticas del caso como cuestiones de mera legalidad

Desde el año 2022 que el TC viene rechazando sistemáticamente los requerimientos que impugnan los preceptos legales que hacen procedente el pago de patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas. El motivo de este cambio no es otro que las modificaciones en la integración del TC, pues los fundamentos de las sentencias se remiten a hacer suyos los argumentos de lo que, hasta el año 2021, había sido el razonamiento de la minoría[24]. Y, viceversa, la *ratio decidendi* de las sentencias previas es ahora el razonamiento de la disiencia.

La más reciente sentencia que rechaza es el rol n.° 15.781, del año 2025. En ella, el tribunal descarta que la aplicación inconstitucional de los preceptos legales pueda ser medida en virtud de la tardanza o pasividad de la DGA en la tramitación de un procedimiento en el que la requirente figura como parte interesada.

> "Tal alegación corresponde que sea planteada en la sede pertinente, no ante esta Magistratura, pues no nos corresponde, vía inaplicabilidad, juzgar el actuar de las autoridades administrativas en el ejercicio de las facultades que le son privativas"[25].

Agrega el razonamiento

> "si lo agraviante para el requirente es la tardanza en la tramitación de un procedimiento administrativo, no se divisa cómo es que ello puede ser atribuido a los preceptos legales que se impugnan"[26],

rematando que la falta de servicio es una cuestión de mera legalidad.

[22] Tribunal Constitucional (18/11/2021) rol n.° 10.515-2021 c. 21.

[23] *Op. cit*. c. 22.

[24] Las reformas al C*ódigo de Aguas* han adicionado argumentos que refuerzan la doctrina pasada, esto es, la justificación de limitaciones al derecho de propiedad.

[25] Tribunal Constitucional (17/7/2025) rol n.° 15.781-2024, c. 2.

[26] *Op. cit*. c. 3.

En consecuencia, el TC fija como objeto de su pronunciamiento si el cobro de la patente por no uso de aprovechamiento de aguas contenido en los preceptos legales impugnados se ajusta o no a la C*onstitución*[27]. A este respecto, la sentencia sostiene que no existe ninguna relación causal entre el no uso de un derecho de aprovechamiento de aguas vigente y la tardanza de la DGA. Añade que el requirente "carece de un derecho indubitado" a propósito de ese procedimiento administrativo, todo lo cual implica que la particularidad del caso concreto "carece de toda trascendencia para resolver el presente requerimiento"[28].

Así, explica el fallo, el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas solo puede ser ejercido en los términos del acto constitutivo donde se precisa el punto de captación del recurso, sin que la Administración esté obligada a acceder a la solicitud de modificación del punto de captación. Luego, la tardanza en resolver la petición del solicitante no configura un impedimento para ejercer el derecho en los términos autorizados al momento de ser otorgado el derecho de aprovechamiento de aguas[29]. Asimismo, el solicitante tiene solo una mera expectativa respecto a la forma en cómo se resolverá su petición, sin que se trate de una circunstancia que le impide hacer uso de su derecho. A mayor abundamiento, el fallo señala que la petición del requirente ante la DGA es indiciaria de que no hará uso de su derecho de aprovechamiento de aguas en los términos que le fueron concedidos, pudiendo restituirlo, enajenarlo o conservarlo, pero en este último caso, pagando la patente por no uso. El pago de la patente incentiva, de este modo, la adecuada distribución del recurso hídrico, evitando el acaparamiento[30].

El pago de la patente por no uso se justifica como una restricción específica al ejercicio del derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas para proteger el ambiente (art. 19 n.° 8 de la C*onstitución*), como también, desde el punto de vista de la función social de la propiedad (art. 19 n.° 24 de la C*onstitución*)[31]. Estas limitaciones tendrían su justificación en que el derecho recae sobre un bien nacional de uso público:

> "que cumple funciones ambientales y sociales insustituibles, de modo que su disfrute, para cualquier persona, es condición necesaria para el ejercicio de sus derechos fundamentales garantizados por la Constitución como se colige de la reciente reforma constitucional (Ley 21.542), que considera el agua como un insumo básico para la población"[32].

[27] Tribunal Constitucional (17/7/2025) rol n.° 15.781-2024, c. 3.
[28] *Ibid*.
[29] *Ibid*.
[30] *Op. cit*. c. 5.
[31] *Op. cit*. c. 6.
[32] *Op. cit*. c. 7.

En consecuencia, hay un evidente interés de que el titular del derecho ejerza su derecho o, en su defecto, lo restituya al Estado[33], en particular porque su otorgamiento no implica una carga real al titular, pues fue concedido a título gratuito por el Estado:

> "para usar y gozar de un bien público que es escaso y esencial para la existencia humana, y respecto del cual el titular cuenta con todas las facultades que le confiere el dominio, incluyendo la facultad de excluir a terceros en dicho uso y goce"[34].

Reitera la sentencia que, si bien el requirente no cuestiona la racionalidad del sistema de patente por no uso, sino aplicado a su situación particular, sostiene que esa argumentación es estéril, porque:

> "el hecho de que la autoridad se tarde en resolver la solicitud de traslado –o derechamente la deniegue– no es una circunstancia que le impida hacer uso de las aguas conforme fuera autorizado"[35].

El requirente:

> "no ha alegado que esté impedido de ejercer su derecho en los términos concedidos por la autoridad, sino la imposibilidad de ejercerlos allí donde sólo tiene una mera expectativa"[36].

Por eso, como administrado tiene a su disposición una serie de instituciones que le permiten amparar su derecho ante la tardanza de la Administración en resolver sus peticiones, no siendo la vía idónea la acción de inaplicabilidad: "pues el control concreto que nos corresponde efectuar no radica sobre actuaciones de poderes públicos, sino sobre preceptos legales"[37].

En consecuencia, la sentencia descarta una vulneración al principio de servicialidad del Estado, por relacionarse con la impugnación de una actuación de la Administración del Estado y no de la aplicación de los preceptos legales. Tampoco se infringen los numerales 20, 21 y 24 del art. 19 de la *Constitución*, por no tratarse de un tributo y, aunque lo fuera, no es manifiestamente injusto o desproporcionado; no se le impide al titular desarrollar de manera libre su actividad económica; y mantiene intacta la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas en los términos concedidos[38].

[33] Tribunal Constitucional (17/7/2025) rol n.° 15.781-2024, c. 8.
[34] *Op. cit.* c. 12.
[35] *Op. cit.* c. 13.
[36] *Op. cit.* c. 16.
[37] *Op. cit.* c. 17.
[38] *Op. cit.* c. 18.

La sentencia termina su argumentación señalando que el requirente pretende que se incorpore una causal de exclusión del pago de patente por no uso que el legislador no ha contemplado, como sería la circunstancia de encontrarse en tramitación una solicitud de traslado del punto de captación. Las causales de exención de pago son taxativas, excediendo la competencia de esta magistratura incorporar nuevas causales de exención, siendo una prerrogativa exclusiva del legislador. De acogerse la inaplicabilidad, se incentivaría:

> "la presentación de solicitudes aparentes con el sólo objeto de eximirse del pago, desvirtuándose la naturaleza de este procedimiento administrativo especial. Con ello se generaría una instrumentalización de las peticiones de traslado y una sobrecarga de la administración que, a la postre, podría incrementar los retrasos que se acusan"[39].

En cuanto a aquellos expedientes en que, a la tardanza de la DGA en la resolución de una solicitud, se sumaba la existencia de obras de captación en el nuevo punto al cual se solicitaba trasladar los derechos de aprovechamiento de aguas, los razonamientos de aquellas sentencias acusan que los requirentes, mediante la inaplicabilidad, pretenden que el Tribunal Constitucional determine si las obras que tiene construidas le sirven como causal de exención del pago de la patente y que juzgue la tardanza o pasividad de la DGA en la tramitación de un procedimiento en el que figura como interesado. Ambas alegaciones serían conflictos de legalidad:

> "pues no nos corresponde ni la interpretación de la ley, creando excepciones *ad hoc* en base a antecedentes dubitados, ni el juzgamiento del actuar de autoridades administrativas en el ejercicio de las facultades que le son privativas"[40].

Agrega el fallo que las aguas no pueden ser utilizadas en el nuevo punto de captación en la medida que no medie el acto de autoridad accediendo a la solicitud, por lo que la imposibilidad de usar las aguas en el nuevo punto de captación no autorizado resulta ser una obviedad, siendo un argumento intrascendente. El pago de la patente se le exige respecto al derecho que actualmente tiene[41].

Solo en algunos expedientes el TC tuvo en especial consideración la situación concreta del requirente para el rechazo. Por ejemplo, cuando la solicitud

[39] Tribunal Constitucional (17/7/2025) rol n.° 15.781-2024, c. 19.

[40] Tribunal Constitucional (1/7/2025) rol n.° 15.868-2024, c. 2. En el mismo sentido Tribunal Constitucional (1/7/2025) rol n.° 15.867-2024; Tribunal Constitucional (19/12/2024) rol n.° 15.073-2023.

[41] Tribunal Constitucional (1/7/2025) rol n.° 15.868-2024, c. 20.°. En el mismo sentido Tribunal Constitucional (1/7/2025) rol n.° 15.867-2024; Tribunal Constitucional (19/12/2024) rol n.° 15.073-2023.

de traslado del punto de captación se había realizado a pocos meses de haber adquirido el derecho. Así, en este caso el TC presumió que el requirente estaba en

> "conocimiento de que no serían utilizados en los términos concedidos, por lo tanto, sin intención de construir obras para el ejercicio del derecho en los puntos originarios"[42].

También, en otro caso, el TC observó que la alegación de existir un uso de las aguas en un punto no autorizado donde existían obras de captación, y que, por lo tanto, no procedía el pago de la patente, era una cuestión de mera legalidad. Asimismo, agregó que una situación de facto creada por el administrado no puede obligar a la Administración a conceder un traslado[43]. En esta sentencia razonó por primera vez que, de acogerse el requerimiento, se estaría estableciendo una exención al pago de patente no establecida en la ley y, además, se estaría propiciando una consolidación de una situación *de facto* consistente en un traslado unilateral de los puntos de captación, sin la autorización respectiva[44].

IV. Los efectos de las sentencias de inaplicabilidad en las gestiones judiciales pendientes

Es un elemento común a todos los expedientes de inaplicabilidad que la gestión judicial pendiente (GJP) consistiera en una reclamación –conforme lo dispone el art. 137 del C*ódigo* del ramo– en contra de las resoluciones del director general de aguas luego que rechazara recursos de reconsideración recaídos en solicitudes de exclusión de la nómina de pago de patente[45].

Como se aprecia en la figura 2, de las dieciocho sentencias de inaplicabilidad dictadas entre los años 2014 y 2025, solo tres GJP se encuentran pendiente de fallo. En diez de ellas se acogieron las reclamaciones presentadas. De este último grupo, en ocho existen sentencias estimatorias de inaplicabilidad, mientras que en solo dos hay sentencias desestimatorias, no obstante lo cual, el juez del fondo acogió igualmente la reclamación. Por último, en cinco se rechazaron las reclamaciones existiendo, a su vez, sentencias desestimatorias de inaplicabilidad.

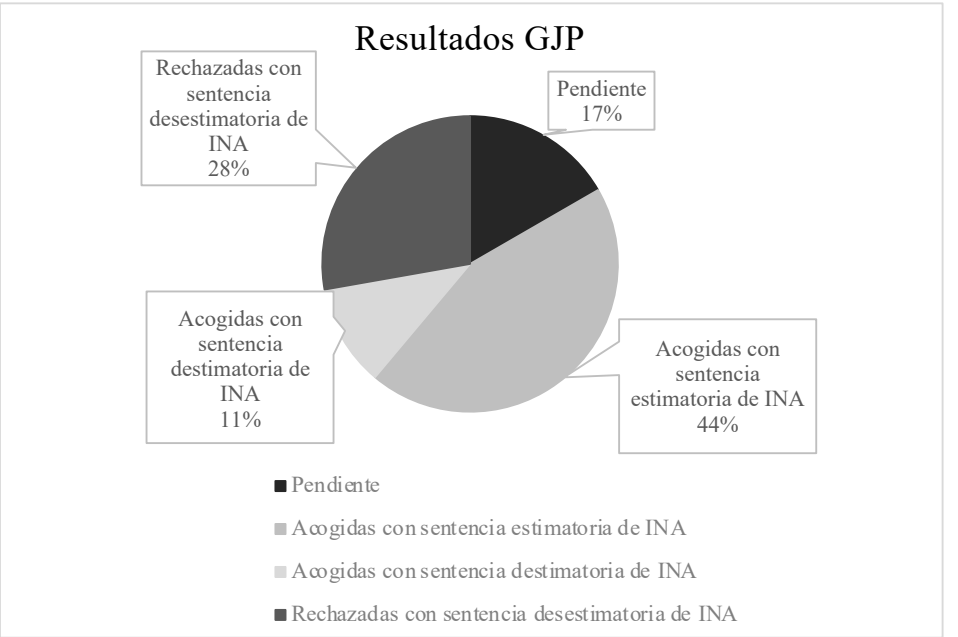
[42] Tribunal Constitucional (2/8/2023) rol n.° 13.539-2022, c. 5.

[43] Tribunal Constitucional (3/8/2023) rol n.° 13.462-2022, cc. 23-26.

[44] *Op. cit.* c. 28.

[45] El rol n.° 9920-2020 fue el único que la gestión pendiente consistía en un recurso de casación en la forma y en el fondo pendiente ante la Corte Suprema.

FIGURA 2



Fuente: elaboración propia.

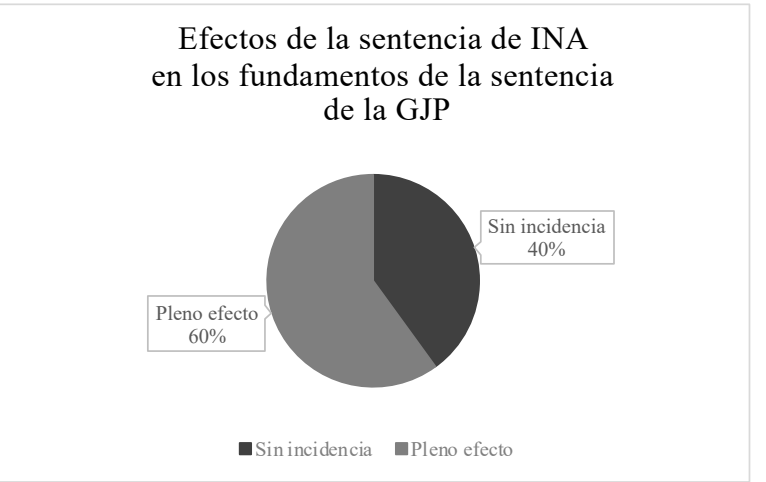
Del total de quince GJP en que ya existe una sentencia de fondo posterior al pronunciamiento del TC, en seis de ellas no se hace mención alguna a la sentencia de inaplicabilidad al resolver el reclamo. Todos estos fallos coinciden con aquellos expedientes en que existe una sentencia desestimatoria de inaplicabilidad. En este grupo también se hayan aquellas GJP que acogieron reclamaciones, aun cuando no existía una sentencia de inaplicación. Por el contrario, en todos aquellos expedientes en que existió una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, que fueron ocho, hubo una referencia explícita a esta última en el fallo que resolvió la reclamación, produciendo plenos efectos, según se muestra en la figura 3. A ello se agrega solo un fallo desestimatorio, que coincide con la primera sentencia de inaplicabilidad de esta línea jurisprudencial[46].

De estos datos amerita indagar al menos dos cuestiones. La primera es la correlación entre las sentencias de inaplicabilidad que acogen y cómo estas produjeron algún efecto en la GJP. Y segundo, la correlación entre las sentencias desestimatorias de inaplicabilidad y el resultado en la gestión judicial pendiente. En ambos casos, esa relación debe buscarse no solo en la decisión del caso, sino,

[46] CORTE APELACIONES DE SANTIAGO (12/2/2016) rol n.° 3.364-2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (13/10/2014) rol n° 2693-2014.

también, en los fundamentos de una y otra sentencia, tal como analizo a continuación.

Figura 3



Fuente: elaboración propia.

IV.1. El efecto de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad

En todas las sentencias de inaplicabilidad acogidas por el TC, la Corte de Apelaciones de Santiago acató la orden de inaplicación de los preceptos legales citando expresamente la sentencia que así lo disponía[47]. En los fundamentos de las sentencias de fondo se fijó como conflicto a resolver la legalidad de la resolución reclamada conforme al art. 137 del *Código de Aguas*[48]. Específicamente, la Cor-

[47] Corte de Apelaciones de Santiago (31/3/2022) rol n.° 613-2020, cc. 3, 4 y 8; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n.° 282-2019, c. 6; Corte de Apelaciones de Santiago (16/3/2020) rol n.° 11683-2017 cc. 4-5; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n.° 321-2018 c. 6; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n.° 200-2018, c. 6; Corte de Apelaciones de Santiago (14/5/2020) rol n.° 41-2018, c. 3; Corte de Apelaciones de Santiago (17/4/2019) rol n.° 7.804-2017, cc. 3 y 7; Corte de Apelaciones de Santiago (4/10/2017) rol n.° 5.420-2016, c. 3.

[48] Corte de Apelaciones de Santiago (31/3/2022) rol n.° 613-2020, cc. 5-7; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2022) rol n.° 282-2019, cc. 3-5; Corte de Apelaciones de Santiago (16/3/2020) rol n.° 11.683-2017, c. 5; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2022) rol n.° 321-2018, cc. 3, 4 y 5; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2022) rol n.° 200-2018, cc. 4-5; Corte de Apelaciones de Santiago (14/5/2020) rol n.° 41-2018, cc. 4-5; Corte de Apelaciones de Santiago (4/10/2017) rol n.° 5.420-2016, c. 4.

te indicó que debía resolver si procedía el pago de la patente por no uso de las aguas existiendo una tardanza de la Administración del Estado en la tramitación de solicitudes de traslado.

La Corte decidió que, habiendo sido declarados inaplicables los preceptos legales que hacían procedente el pago de la patente, la resolución de la DGA:

> "carece de sustento jurídico, razón por la cual, la Resolución impugnada no se encuentra ajustada a la ley, debiendo acogerse el recurso de reclamación [...], ya que la acción de inaplicabilidad está dirigida a impugnar preceptos legales concretos y determinados que es su aplicación produzcan efectos contrarios a la Constitución; es decir, el recurso posee una pretensión específica de que no se aplique un precepto legal a una causa determinada, por ser contrario a la Constitución, como ocurre en la especie"[49].

En un razonamiento similar, la Corte procedió a verificar si los preceptos legales declarados inaplicables habían sido el único fundamento legal de la resolución reclamada y, de serlo, entonces corresponde declarar su ilegalidad[50].

Una argumentación más desarrollada se puede apreciar en otro fallo que califica a la patente como un tributo y, por tanto, sujeto al principio de legalidad tributaria. Al haber sido declarados inaplicables los preceptos legales que disponían el pago de la patente, ha desaparecido:

> "la base normativa contemplada en el Código de Aguas, artículo 129 bis 4, que sustentaba el pago de este tributo de patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas [...], forzoso es concluir que tal cobro pretendido por la Dirección General de Aguas respecto a la reclamante al incluir sus derechos de agua en el listado contenido en la Resolución DGA [...], resulta ilegal, como será determinado en lo resolutivo del pronunciamiento"[51].

Las sentencias fueron pronunciadas por distintas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, con diversas integraciones, y no tuvieron votos disidentes.

[49] Corte de Apelaciones de Santiago (31/3/2022) rol n.° 613-2020, c. 8. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n.° 282-2019, c. 7; Corte de Apelaciones de Santiago (16/3/2020) rol n.° 11.683-2017, c. 6; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n,° 321-2018, c. 7; Corte de Apelaciones de Santiago (3/8/2020) rol n.° 200-2018, c. 7; Corte de Apelaciones de Santiago (17/4/2019) rol n.° 7.804-2017, c. 8.

[50] Corte de Apelaciones de Santiago (4/10/2017) rol n.° 5.420-2016, c. 6.

[51] Corte de Apelaciones de Santiago (14/5/2020) rol n.° 41-2018, c. 8.

IV.2. El efecto de las sentencias desestimatorias de inaplicabilidad

El efecto en la GJP de las sentencias desestimatorias de inaplicabilidad no es uniforme. Esto, porque, si bien existe una correlación entre la sentencia desestimatoria de inaplicabilidad y el rechazo de los reclamos decididos por la Corte, existen dos casos, recientes, en que la Corte acogió igualmente la reclamación. ¿Es esta una forma de desacato al TC o una formulación distinta del conflicto jurídico a resolver en una y otra sede?

Las primeras dos sentencias del TC en esta materia, los años 2016 y 2018, fueron desestimatorias. Las GJP en que incidían, fueron resueltas rechazando la reclamación presentada. El fundamento de la primera sentencia de fondo fue que el reclamante no tenía obras de captación en el punto donde estaba autorizado el ejercicio de sus derechos de aprovechamiento de aguas y que la mera solicitud de traslado de ellos no era una exención de pago de la patente contemplada en la ley. También la Corte sostuvo que la reclamante no acompañó ningún antecedente que acreditara el retardo de la DGA en la tramitación de su solicitud, indicando, además, que se trata de una alegación que excede el ámbito de conocimiento de la acción[52]. Por último, refiere a la sentencia desestimatoria del TC que contiene "parecida justificación"[53].

La segunda sentencia, del año 2018, declaró que el atraso de la DGA en la resolución sobre la solicitud de traslado del derecho en cuestión:

> "no constituye una causal que lo autorice a no pagar patente por el no uso de sus derechos de aprovechamiento, desde que las únicas exenciones en la materia han sido establecidas en los (sic) 129 bis 4, 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas para casos diferentes a los que plantea el recurrente"[54].

Asimismo, el fallo razona que, en virtud del principio de legalidad consagrado en el art. 7.° de la C*onstitución*:

> "aceptar una causal extralegal de exención de pago de una carga pública como la que propone el recurrente, no sólo sería ilegal sino que acarrearía la responsabilidad administrativa e incluso penal (prevaricación) de la autoridad que lo consintiera"[55],

[52] Corte Apelaciones de Santiago (12/2/2016) rol n.° 3.364-2014, cc. 5-8.
[53] *Op. cit*. c. 9.
[54] Corte de Apelaciones de Santiago (7/3/2018) rol n.° 6.674-2015, c. 7.
[55] *Op. cit*. c. 8.

concluyendo que el director de la DGA actuó en el marco de sus atribuciones. Razonamientos idénticos o similares fueron reproducidos en fallos posteriores[56] y ellos dan cuenta de que, sin una sentencia de inaplicabilidad, las Cortes solo tuvieron por alternativa acatar la ley.

En los años 2024 y 2025 se dictaron dos sentencias de fondo que acogen las reclamaciones de ilegalidad, a pesar de existir sentencias desestimatorias de inaplicabilidad recaídas en dichos expedientes. Dos puntos destacan en estas sentencias. El primero, es que formalmente la Corte no declara la inaplicación del precepto legal, sino que enmarca el conflicto dentro de su competencia, esto es, la determinación de la legalidad de la resolución impugnada. Para ello, declara como vulnerado el principio conclusivo contenido en la Ley n.° 19880 sobre Procedimiento Administrativo. Es decir, sería un caso de desaplicación de la ley en los términos que lo ha explicado Manuel Núñez[57]. Sin embargo, materialmente, la sentencia contradice la *ratio decidendi* de la sentencia desestimatoria del TC.

En efecto, la Corte expande su razonamiento jurídico para resolver el caso sosteniendo:

> "la presente causa, tiene contornos fácticos que determina que el análisis deba ir más allá del mero formalismo, debiendo conjugar todas las normas que existen en nuestro ordenamiento jurídico para efectos de desentrañar si en el caso de autos existe, efectivamente, un no uso del recurso hídrico que la recurrente podía usar, conforme sus derechos de aprovechamiento"[58].

Los antecedentes fácticos que identifica la Corte para perfilar el conflicto son que existía una solicitud de traslado del derecho pendiente por más de cinco años, y otra solicitud de cambio de punto de captación que había sido resuelta en el transcurso de cinco años.

Luego, citando jurisprudencia previa de la Corte Suprema, la Corte declara la aplicación supletoria del procedimiento administrativo contenido en la Ley n.° 19880 por no contener norma expresa en esta materia el C*ódigo de Aguas*. La referida ley tiene como postulado básico, en el art. 8.°, el principio con-

[56] En idéntico sentido Corte de Apelaciones de Santiago (7/3/2018) rol n.° 3748-2015 y Corte de Apelaciones de Santiago (7/3/2018) rol n.° 4487-2015 y Corte de Apelaciones de Santiago (16/10/2019) rol n.° 295-2019. En sentido similar Corte de Apelaciones de Santiago (29/11/2019) rol n.° 311-2019 (caudal ecológico mínimo), confirmada por Corte Suprema (18/5/2022) rol n.° 2.637-2020; Corte de Apelaciones de Santiago (21/12/2023) rol n.° 274-2022.

[57] Núñez (2015).

[58] Corte de Apelaciones de Santiago (13/8/2024) rol n.° 228-2022, c. 9.

clusivo que obliga a la Administración, en el procedimiento administrativo, a dictar un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en la cual exprese su voluntad. Agrega:

> "Es evidente que, en el caso de autos, la DGA ha faltado al referido principio, toda vez que consta que ha mantenido por años sin resolver la solicitud de traslado de punto de captación formulada por el reclamante, además de haber dilatado en exceso la resolución de la petición de determinar un punto alternativo de captación que ésta dedujo"[59].

Para fijar el conflicto jurídico, añade la sentencia:

> "si bien la sola solicitud de cambio de punto de captación no constituye una causal de exención de pago de patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas, lo cierto es que los matices del caso de autos, en que se cumpliría con las exigencias legales para ello, pero se ha omitido su resolución, ameritan que aquello sea considerado para establecer si la reclamante debe pagar el tributo, en circunstancias que si bien tiene las obras de captación en el punto al que se solicita el traslado, aquellas no pueden ser utilizadas, amén de caer en infracción, todo por la exclusiva demora injustificada de la autoridad en resolver"[60].

Fijada de esta forma su competencia, la Corte entra al fondo. Funda la declaración de ilegalidad de la resolución de la DGA en que su exclusiva tardanza ha dejado impedido al reclamante de hacer uso del agua por razones que no le son atribuibles. Agrega:

> "se debe recordar que el establecimiento del pago de la patente tiene por objeto hacer gravoso para el titular el no uso del recurso hídrico amparado por los derechos de aprovechamiento, cuestión que, en el caso de autos, carece de lógica, en la medida que es la autoridad la que ha faltado a su obligación de afinar el procedimiento administrativo en un plazo razonable [...] en este caso hay evidentemente un acto de autoridad que constituye fuerza mayor para aquélla, cuestión que la exime de dicho pago"[61].

La Corte reitera que la falta de una exención legal para el no pago de la patente no le impide declarar la ilegalidad del acto administrativo porque:

> "existe un acto de autoridad que constituye fuerza mayor, en tanto existe una tardanza excesiva en resolver la solicitud de traslado del punto

[59] Corte de Apelaciones de Santiago (13/8/2024) rol n.° 228-2022, c. 10.
[60] *Ibid*.
[61] *Op. cit*. c. 11.

> de captación de los derechos de aprovechamiento de aguas de la parte reclamante"[62]

y, en consecuencia, ordenó dejar sin efecto los actos administrativos impugnados, debiendo la autoridad eliminar del listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente por no uso, a aquellos propiedad de la actora[63].

No hubo votos particulares y en la actualidad existe un recurso de casación en el fondo en estado de relación[64].

La segunda sentencia, del año 2025[65], es prácticamente idéntica a la de 2024, es decir, declara la ilegalidad por infringir el principio conclusivo, constituyendo la tardanza de la Administración un caso de fuerza mayor que hace improcedente el pago de la patente respecto del titular de los derechos de aprovechamiento de aguas. El único matiz en la argumentación es que el fallo equipara el pago de la patente a una "sanción" para el solicitante por una omisión que no le es imputable, más aún, existiendo obras de captación en el punto de destino[66]. En este último caso hubo un voto particular, pero referido al momento en que se presentó la solicitud ante la DGA, es decir, una cuestión fáctica y no de derecho. Esta sentencia se encuentra firme y ejecutoriada.

El esfuerzo argumentativo contenido en ambas sentencias demuestra la dificultad que enfrentó la Corte para desplazar una fuente del derecho que producía un resultado que, al parecer, se apreciaba como injusto y que requería de un remedio distinto al previsto por el legislador[67].

Tabla 2
Resultado del proceso de inaplicabilidad, integración y resultado de la GJP

Fecha sentencia	Rol	Resultado e integración	GJP	Resultado GJP
17-07-2025	15.781-2024	Rechazado Nancy Yáñez, María Pía Silva, Catalina Lagos, Mario Gómez.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones	Pendiente.

[62] Corte de Apelaciones de Santiago (13/8/2024) rol n.° 228-2022, c. 12.

[63] *Op. cit*. c. 13.

[64] Corte Suprema (9/10/2025) rol n° 49539-2024 [fecha de consulta: 9 de octubre de 2025].

[65] Corte de Apelaciones de Santiago (5/8/2025) rol n.° 416-2023.

[66] *Op. cit*. c. 10.

[67] Todavía no existen pronunciamientos de la Corte Suprema en aquellos procesos que llegaron vía incidental al TC. Sin embargo, el máximo tribunal tiene una doctrina en esta materia fundada en la "mera expectativa" de la solicitud de traslado, lo que no constituye una exención de pago del tributo. En otras palabras, la Corte Suprema aplica la ley. Corte Suprema (13/8/2025) rol n.° 15.761-2025.

		Prevención: Raúl Mera. Disidencia: Miguel Ángel Fernández, Héctor Mey y Marcela Peredo.	de Santiago, rol n.° 451-2024.	
01-07-2025	15.868-2024	Rechazado Nancy Yáñez, María Pía Silva, Catalina Lagos, Alejandra Precht, Mario Gómez. Disidencia: Miguel Ángel Fernández, Raúl Mera, Héctor Mey y Marcela Peredo	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 416-2024.	Pendiente.
01-07-2025	15.867-2024	Rechazado Nancy Yáñez, María Pía Silva, Catalina Lagos, Alejandra Precht, Mario Gómez. Disidencia: Miguel Ángel Fernández, Raúl Mera, Héctor Mey y Marcela Peredo.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 418-2024.	Pendiente.
19-12-2024	15.073-2023	Rechazado Daniela Marzi, Nancy Yáñez, María Pía Silva, Catalina Lagos y Alejandra Precht. Disidencia: Miguel Ángel Fernández, Raúl Mera, Héctor Mey y Marce la Peredo.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 416-2023.	Acogida. 5 de agosto de 2025
02-08-2022	13.539-2022	Rechazado Nancy Yáñez, Nelson Pozo, María Pía Silva, Rodrigo Pica y Daniela Marzi. Disidencia: Cristián Letelier, José Ignacio Vás quez y Miguel Ángel Fernández.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 228-2022.	Acogida. 13 de agosto de 2024 Recurso de casación en el fondo pendiente, rol n.° 49539-2024.
03-08-2022	13.462-2022	Rechazado Nancy Yáñez, Nelson Pozo, María Pía Silva, Rodrigo Pica y Daniela Marzi. Disidencia: Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 274-2022.	Rechazada. 21 de diciembre de 2023 Recurso de casación en el fondo rechazado, rol n.° 2146-2024, 22 de octubre de 2024.

18-11-2021	10.515-2021	Acogido Juan José Romero, Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Gonzalo García, Nelson Pozo, María Pía Silva y Rodrigo Pica.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 613-2020.	Acogida. 31 de marzo de 2022
2-11-2021	9920-2020	Rechazado Juan José Romero, María Luisa Brahm, Gonzalo García, José Ignacio Vásquez, María Pía Silva y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Iván Aróstica Cristián Letelier	Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol n.° 2637-2020.	Rechazada. 18 de mayo de 2022
30 de abril de 2020	7255-2019	Rechazado unánime María Luisa Brahm, Juan José Romero, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández Prevención Gonzalo García, Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 295-2019.	Rechazada. 16 de octubre de 2019 Inadmisible recurso de queja y casación en la forma. Recurso de casación en el fondo rechazado, rol n.° 62818-2020, 18 de noviembre de 2020.
12 de diciembre de 2019	7015-2019	Acogido María Luisa Brahm, Iván Aróstica, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez, Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Gonzalo García y María Pía Silva; Armando Jaramillo.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 282-2019.	Acogida. 3 de agosto de 2020.
24-09-2019	5654-2018	Acogido María Luisa Brahm, Iván Aróstica, Juan José Romero, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 11683-2017.	Acogida. 16 de marzo de 2020.

		Disidencia: Gonzalo García, Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.		
27-08-2019	5232-2018	ACOGIDO Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 321-2018.	Acogida. 3 de agosto de 2020
27-08-2019	5025-2018	ACOGIDO Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 200-2018.	Acogida. 3 de agosto de 2020
10-09-2019	4973-2018	ACOGIDO María Luisa Brahm, Juan José Romero, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 41-2018.	Acogida. 14 de mayo de 2020
12-03-2019	3874-2017	ACOGIDO Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. Disidencia: Gonzalo García, Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 7804-2017.	Acogida. 17 de abril de 2019
04-07-2017	3146-2016	ACOGIDO Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez. Disidencia: Carlos Carmona, Marisol Peña, Gonzalo García y Domingo Hernández.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 5420-2016.	Acogida. 4 de octubre de 2017

15-12-2016	2881-2015, 2882-2015 y 2883-2015 (acumuladas)	RECHAZO POR EMPATE Por acoger Iván Aróstica, Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez. Por rechazar Carlos Carmona, Marisol Peña, Gonzalo García, Domingo Hernández y Nelson Pozo.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, roles n.° 6674-2015, n.° 3748-2015 y n.° 4487-2015.	Rechazadas. 7 de marzo de 2018
13-10-2015	2693-2014	RECHAZADO Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández y Juan José Romero. Prevención: Marisol Peña. Disidencia: Raúl Bertelsen, Iván Aróstica y María Luisa Brahm.	Recurso de reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 3364-2014.	Rechazada. 12 de febrero de 2016

Fuente: elaboración propia.

V. Prospectivas futuras: la necesidad de revisión de algunos argumentos en la jurisprudencia de inaplicabilidad

Comparadas las sentencias de inaplicabilidad con las sentencias de las GJP es posible identificar dos líneas de argumentación en la jurisprudencia del TC que invitan a ser revisadas. La primera, si el conflicto planteado ante el TC es uno de mera legalidad que requiere ser resuelto por el juez de la GJP. Y la segunda, sobre los efectos de la sentencia de inaplicabilidad. Ambas cuestiones demuestran que no es baladí que el TC ejerza un control concreto de normas o uno de naturaleza abstracta. En este último caso, desdibuja su propia competencia.

La primera cuestión, esto es, determinar si se está entre un conflicto de constitucionalidad o de legalidad, exige ser resuelta identificando cómo el juez de inaplicabilidad y el juez de la GJP fijaron sus propios ámbitos competenciales. Las sentencias revisadas demuestran que la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de forma siempre uniforme, reconoció la competencia del juez de inaplicación para resolver el conflicto jerárquico entre ley y constitución.

Esta deferencia competencial se evidencia de tres formas. Primero, porque siempre que el TC acogió requerimientos de inaplicabilidad, la Corte aco-

gió los reclamos de ilegalidad señalando la falta de fundamento legal de la resolución impugnada. Segundo, porque cuando el TC rechazó requerimientos de inaplicabilidad, la Corte tuvo necesariamente que rechazar la reclamación por no poder prescindir de la ley para la resolución del conflicto jurídico. Y tercero, en aquellos casos en que existieron sentencias desestimatorias de inaplicabilidad y la Corte resolvió favorablemente el reclamo, lo hizo fundando la ilegalidad en otras normas de rango legal, pero sin cuestionar la constitucionalidad de los preceptos legales (aunque, en la práctica, los termina desaplicando igual).

Esta constatación invita a revisar aquella argumentación de la jurisprudencia de inaplicabilidad que declara prescindir de las circunstancias fácticas del caso. Las circunstancias factuales, en todas las GJP, demostraron ser relevantes para la decisión de fondo. Así, en las sentencias que resolvieron los reclamos de ilegalidad, quedó en evidencia que el retardo de la Administración, por sí mismo, le impedía al juez del fondo resolver favorablemente el reclamo. En este sentido, resultaba ser absolutamente necesaria una declaración de inaplicabilidad de los preceptos legales para que la Corte pudiera resolver la ilegalidad de la actuación de la DGA.

Si toda alegación fáctica para fundar la inaplicabilidad es calificada por el TC como un conflicto de legalidad, no hay control concreto posible. Cuando el TC era proclive a acoger, demostró, rechazando, que las circunstancias concretas sí importan, porque modulan la aplicación de un determinado enunciado normativo en uno u otro sentido, no siendo siempre inconstitucional.

En los casos sobre patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas, se comprueban dos cosas. Que cuando el TC acogió los requerimientos de inaplicabilidad tuvo que comprobar, primero, la concurrencia de una situación fáctica, a saber: el retardo de la Administración. Y segundo, que cuando el TC rechazó los requerimientos, la Corte de Apelaciones no pudo resolver el reclamo de forma favorable simplemente constatando el retardo de la Administración: aun constatándolo tuvo que declarar la legalidad del pago de la patente o, derechamente, desaplicar por otros motivos los preceptos legales.

La jurisprudencia que se ha resumido de las GJP también contradice la concepción del TC de considerar ese análisis fáctico como una cuestión de mera legalidad, pues en ninguno de los casos los jueces del fondo dejaron de verificar si esa tardanza existía o no o si la resolución tenía por único fundamento legal los preceptos inaplicados. En otras palabras, la ponderación por parte del TC de las circunstancias fácticas del caso para determinar el preciso efecto que la aplicación del precepto legal tendría en la GJP, no impidieron o perturbaron la competencia del juez del fondo. Todo lo contrario, demostraron que el juez estaba imposibilitado de llevar adelante ese ejercicio con su sola competencia. Y cuando lo hizo, tuvo que recurrir a enrevesados argumentos jurídicos, de dudosa aplicación, como la "fuerza mayor" como eximente de pago de la patente.

Excluir del control de constitucionalidad, en sede de inaplicabilidad, la consideración de las circunstancias fácticas del caso lleva a un examen abstracto de normas. El TC, en su jurisprudencia desestimatoria, incurre precisamente en este tipo de control. Ello se aprecia en la forma en que fija el conflicto sometido a su decisión: si la existencia de un pago de patente por no uso de las aguas se ajusta o no a la C*onstitución*. Concluye que la patente es una institución que se ajusta plenamente a la C*onstitución*, por lo que las particularidades del caso carecen de toda trascendencia para resolver el requerimiento.

Es perfectamente posible que el TC llegue a la convicción de que un precepto legal es siempre constitucional. Sin embargo, está fuera de la competencia que le confiere el art. 93 n.° 6 de la C*onstitución*, y es derechamente un caso de *extra petita*. Por ello, su argumentación debe partir siempre del caso concreto.

En las sentencias desestimatorias analizadas ese control concreto existe, pero el mismo TC se contradice diciendo que las circunstancias concretas no son relevantes. En efecto, cuando las sentencias argumentan que la sola solicitud de traslado no impide el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas en la forma en que fue concedido, es un análisis concreto. Parte de una circunstancia concreta precisa: que existe una solicitud de traslado no resuelta. Este es un elemento fáctico del caso. ¿Por qué el TC dice prescindir de él si es el argumento nuclear que usa para sostener la constitucionalidad de las patentes?

Cuando el TC funda una sentencia de inaplicabilidad argumentando en abstracto, se producen yerros técnicos que repercuten en el ejercicio mismo de sus atribuciones y en los derechos de los litigantes. Esto me lleva al segundo punto en que resulta evidente que existen ciertos argumentos en esta línea jurisprudencial que invitan a una revisión, en específico, en la comprensión de los efectos de la sentencia de inaplicabilidad.

Parece de perogrullo recordarlo, pero el art. 92 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional prescribe cuál es el efecto de la sentencia de inaplicabilidad: "solo producirá efectos en el juicio en que se solicite". En las sentencias desestimatorias analizadas, el TC no cumple con este efecto. Ello ocurre porque razona en abstracto.

Una de las evidencias de este razonamiento en abstracto se aprecia cuando el TC rechaza argumentando que es necesario no incentivar la presentación de solicitudes aparentes de traslado de aprovechamiento de aguas con el solo objeto de eximirse del pago, instrumentalizando las peticiones de traslado y sobrecargando a la Administración.

¿Bajo qué criterios el TC puede discernir, respecto de cada requirente, que esta es su real intención? ¿Qué antecedentes recabó o medidas decretó para determinarlo? ¿Le permitió al requirente hacerse cargo de este punto en sus escritos o alegato?

Razonar en abstracto y dotar de efectos generales una pretensión particular lleva en este caso al TC a resolver una cuestión política y dirimirla. Tal como señala Eduardo Aldunate, el proceso de inconstitucionalidad de la ley es distinto al de la inaplicabilidad de la ley. Mientras este último resuelve sobre la aplicación de las leyes, el primero "otorga una facultad de decisión política al Tribunal, no vinculada a un proceso", que recae sobre la conveniencia o no de la invalidez general de la ley[68].

En la jurisprudencia comentada, el TC declara velar por el correcto uso de los derechos de aprovechamiento de aguas y el buen funcionamiento de la Administración del Estado, más allá del caso específico que está conociendo. Para ello, le atribuye a un solo requirente conductas y efectos hipotéticos indeseados de los cuales el actor no puede defenderse, pues la misma estructura del proceso de inaplicabilidad le impone como carga su propia pretensión, no la que pudieran tener otros requirentes. Esto repercute, indudablemente, en el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial y el debido proceso.

También respecto al efecto de las sentencias de inaplicabilidad se puede apreciar que el TC fragmenta materialmente su competencia sin que sea posible trazar sus fundamentos en el derecho constitucional. Esto sucede cuando afirma que, por medio de la inaplicabilidad, no puede establecer exenciones tributarias, por no haber sido contempladas por el legislador. Con ello, el TC establece una suerte de exención de revisión de las normas legales en materia tributaria. ¿Por qué los tributos deben ser eximidos del control de constitucionalidad? ¿Cuándo sería vinculante el mandato constitucional del art. 19 n.° 20 de la C*onstitución*? ¿En qué norma constitucional se basa para fijar esta "isla", que sería una excepción a la atribución genérica que le confiere el art. 93 n.° 6 de la C*onstitución* para controlar los "preceptos legales"? ¿Qué otras materias están eximidas del control de constitucionalidad? ¿Cómo se pueden conocer?

Esta argumentación significa la constitucionalización de todo lo que es materia de ley. Pero también lo que no es (todavía) materia de ley, porque el legislador no lo ha contemplado. ¿Cómo entiende el TC los efectos materiales de la sentencia de inaplicabilidad? Desaplicar un precepto legal es siempre modificar la voluntad legislativa para la resolución de un caso. Esa es una competencia que la C*onstitución* le entrega directamente al TC. Si no es esto, entonces, ¿qué es?

Tampoco se comprende a cabalidad el criterio, pues el TC al mismo tiempo afirma que la patente no es un tributo. ¿Por qué se le aplica esta esfera de exención de control si no es un tributo? ¿Si no es un tributo qué es y por qué amerita protección constitucional por sobre el ejercicio de un derecho fundamental?

[68] Aldunate (2007) pp. 43-44.

En este punto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado, sin excepciones, que se trata de un tributo, por definirlo expresamente de esa forma la ley[69]. ¿Por qué en este caso el TC descarta la naturaleza jurídica que el mismo legislador le ha dado a la institución?

Todo este enrevesado problema que el mismo TC propone solo se entiende desde la perspectiva que está razonando en abstracto. Que en realidad no está resolviendo una acción de inaplicabilidad, sino que, de inconstitucionalidad, y que, por lo mismo, no puede "legislar" creando una exención tributaria para todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas. Y este embrollo en la argumentación se da única y exclusivamente porque renunció a ponderar las circunstancias fácticas del caso, es decir, aquellas que le permiten afirmar que el pago de la patente sí se ajusta a la C*onstitución*, siempre y cuando tales particularidades no desvirtúen o tergiversen la voluntad legislativa contenida en los preceptos legales, conduciéndola a una aplicación con efectos inconstitucionales en el caso concreto.

Conclusión

En una década, la jurisprudencia de inaplicabilidad recaída en el pago de patentes por no uso de las aguas ha variado debido a la composición del TC. La actual posición de la jurisprudencia es a desestimar los requerimientos siempre, pues predomina en la mayoría de los jueces un razonamiento abstracto en torno a la comprensión del conflicto de constitucionalidad. Esto tiene consecuencias.

La primera, que el TC prescinde de las circunstancias concretas del caso, identificándolas como cuestiones de mera legalidad. Revisadas las sentencias de las GJP, existen buenas razones para descartar las aprensiones de los jueces de inaplicabilidad, pues los jueces del fondo han podido ejercer plenamente su competencia en todos los casos, la mayoría de ellos con plena coordinación entre ambas jurisdicciones. Asimismo, no existe claridad en la doctrina del TC acerca del momento en que las circunstancias concretas no serían cuestiones de mera legalidad y cuando sí.

Segundo, cuando el TC razona y decide en abstracto, impone a los litigantes una exigencia argumentativa que escapa a la pretensión y derechos procesales que la C*onstitución* y la respectiva ley orgánica les reconocen. Esto vulnera derechos de los litigantes, como el acceso a la justicia, la tutela judicial y el debido proceso.

Tercero, al razonar y decidir en abstracto, el TC también dota de efectos generales a su sentencia desestimatoria. Ello lo hace extendiendo su competencia

[69] *Código de Aguas* art. 129 bis 7.

a la decisión de casos no llevados o alegados ante el estrado, y constitucionalizando las materias de ley, legisladas o no legisladas. Se establecen verdaderas "islas legislativas" inmunes al control, no existiendo tampoco una doctrina clara sobre su determinación o uso en el derecho constitucional.

Todo lo anterior contrasta con líneas jurisprudenciales coherentes y consistentes de la Corte de Apelaciones de Santiago que se habían acoplado coordinadamente a la jurisprudencia del TC y, al mismo tiempo, que había evidenciado la importancia de que el TC se ajuste a la competencia que le entrega el art. 93 n.° 6 de la C*onstitución*, pues cumple un papel colaborativo con el juez de las gestiones judiciales pendientes.

Bibliografía

Aldunate Lizana, Eduardo (2007): "La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución", *Revista de Derecho Público*, n.° 39: pp. 35-44.

Agüero San Juan, Sebastián y Paredes Paredes, Felipe (2025): "La relevancia de los hechos en el control de constitucionalidad de la ley. Una revisión a partir del control abstracto", *Ius et Praxis*, año 31, n.° 1: pp. 3-26. DOI: 10.4067/S0718-00122025000100003

Núñez Poblete, Manuel. (2012): "Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 19, n.° 2: pp. 191-236. Disponible en https://doi.org/10.22199/ issn.0718-9753-1974

Jurisprudencia

Corte Apelaciones de Santiago (2016). rol n.° 3.364-2014 de 12 de febrero de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): rol n.° 5.420-2016 de 4 de octubre de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2018): rol n.° 3748-2015 de 7 de marzo de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago (2018): rol n.° 4.487-2015 de 7 de marzo de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago (2018): rol n.° 6.674-2015 de 7 de marzo de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago (2019): rol n.° 7.804-2017 de 17 de abril de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago (2019): rol n.° 295-2019 de 16 de octubre de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago (2019): rol n.° 311-2019 de 29 de noviembre de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020): rol n.° 11.683-2017 de 16 de marzo de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020): rol n.° 41-2018 de 14 de mayo de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020): rol n.° 200-2018 de 3 de agosto de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020): rol n.° 282-2019 de 3 de agosto de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020): rol n.° 321-2018 de 3 de agosto de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (2022): rol n.° 613-2020 de 31 de marzo de 2022.

Corte de Apelaciones de Santiago (2023): rol n.° 274-2022 de 21 de diciembre de 2023.

Corte de Apelaciones de Santiago (2024): rol n.° 228-2022 de 13 de agosto de 2024.

Corte de Apelaciones de Santiago (2025): rol n.° 416-2023 de 5 de agosto de 2025.

Corte Suprema (2022): rol n.° 2.637-2020 de 18 de mayo de 2022.

Corte Suprema (2025): rol n.° 15.761-2025 de 13 de agosto de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n° 49539-2024 de 9 de octubre de 2025.

Tribunal Constitucional (2014): rol n.° 2693-2014 de 13 de octubre de 2014.

Tribunal Constitucional (2020): rol n.° 7255-2019 de 30 de abril de 2020.

Tribunal Constitucional (2021): rol n.° 9920-2020 de 2 de noviembre de 2021.

Tribunal Constitucional (2021) rol n.° 10.515-2021 de 18 de noviembre de 2021.

Tribunal Constitucional (2023): rol n.° 13.539-2022 de 2 de agosto de 2023.

Tribunal Constitucional (2023). rol n.° 13.462-2022 de 3 de agosto de 2023.

Tribunal Constitucional (2024): rol n.° 15.073-2023 de 19 de diciembre de 2024.

Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.867-2024 de 1 de julio de 2025.

Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.868-2024 de 1 de julio de 2025.

Tribunal Constitucional (2025): rol n.° 15.781-2024 de 17 de julio de 2025.

CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE EXTRANJEROS DE LA ACTIVIDAD DE CABOTAJE NACIONAL*

CONSTITUTIONALITY OF THE ALIEN'S EXCLUSION FROM THE DOMESTIC CABOTAGE

*José Manuel Díaz de Valdés J.***

RESUMEN: Se analiza la constitucionalidad de la reserva a los nacionales del cabotaje entre puertos chilenos. Se utilizan diversas fuentes jurídicas para identificar la finalidad de esta medida. Luego se aplica el test de racionalidad diseñado por el Tribunal Constitucional para determinar si se trata de una discriminación arbitraria. Se concluye que se trata de una diferencia inconstitucional, fundamentalmente porque la utilización de la nacionalidad como criterio de distinción requiere de una justificación reforzada y la finalidad de protección de la marina mercante presenta problemas relevantes. La reforma legal en ciernes no cambia nada de lo anterior.

PALABRAS CLAVE: cabotaje, discriminación, extranjeros.

ABSTRACT: This article analyses the constitutionality of the alien's exclusion from the domestic cabotage. It draws from several legal sources to identify the purpose of this measure. Then, it applies the rationality test developed by the Constitutional Court to assess whether it is an arbitrary discrimination. It concludes this is an unconstitutional distinction, mainly because the recourse to nationality as a distinguishing factor requires a higher standard of justification

* Agradecemos la colaboración de Arturo Fermandois V., Andrés Vodanovic E. y Josefa Echeverría L., y de nuestro ayudante de investigación, Rolf Reimann A.

** Doctor por la Universidad de Oxford. Máster por las universidades de Harvard, Cambridge y Católica de Chile. Investigador del Centro de Justicia Constitucional y profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl

and also because the purpose of protecting the commercial fleet shows relevant problems. The incoming legal reform does not change any of this.

KEYWORDS: cabotage, discrimination, aliens.

INTRODUCCIÓN

Existen normas legales que se encuentran vigentes desde hace décadas, a las que nos hemos acostumbrado, y que, sin embargo, son dudosamente compatibles con la *Constitución Política de la República* (la *Constitución*).

Una de tales reglas es la que reserva el cabotaje a las naves chilenas. Es así como, en Chile, el transporte de pasajeros y carga entre sus puertos debe realizarse, de forma exclusiva, por buques que enarbolen el pabellón nacional, salvo excepciones muy limitadas.

A primera vista, esta exclusión de los extranjeros interfiere con algunos de sus derechos fundamentales. En efecto, recordemos que, por regla general, los derechos constitucionales se reconocen a chilenos y extranjeros (arts. 5.° y 19 de la *Constitución*). Sin embargo, al impedir a estos últimos desarrollar el cabotaje, se les afecta el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados (art. 19 n.° 2 y 19 n.° 22), así como el derecho a la libre iniciativa económica (art. 19 n.° 21).

El presente trabajo se centra en el primero de los derechos mencionados. Así, la pregunta central es si la reserva de cabotaje exclusivamente a naves chilenas vulnera la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Nuestra hipótesis tentativa es que efectivamente la norma en cuestión infringe este derecho, presentando un problema de constitucionalidad severo.

Para comprobar la hipótesis, comenzaremos explicando la norma que regula la reserva de cabotaje para naves chilenas, identificando, también, su finalidad. Esta última será indispensable para examinar, a continuación, si se trata de una diferencia arbitraria y, por tanto, inconstitucional. Para realizar esta evaluación, recurriremos al estándar de racionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional para analizar desigualdades de trato.

Hacemos presente que, al cierre de este artículo, el Congreso Nacional había despachado un proyecto de ley (que el presidente de la República deberá sancionar o vetar), el cual modifica la reserva de cabotaje a los nacionales chilenos (*Boletín* n.° 14.532-15, el Proyecto). En consecuencia, durante el desarrollo de este trabajo formularemos algunas referencias al Proyecto, sin perjuicio de agregar una sección específica sobre este asunto antes de las conclusiones. En todo caso, adelantamos que el Proyecto no termina con la reserva de cabotaje para los chilenos, sino que solo la modera, por lo que su contenido no altera el análisis y las conclusiones del presente artículo.

I. La reserva de cabotaje

I.1. El precepto legal

El art. 3, inciso primero, del Decreto Ley n.º 3.059, de 1979, que establece la Ley de Fomento a la Marina Mercante (Ley de Marina Mercante), dispone:

> "El cabotaje queda reservado a las naves chilenas, con las excepciones que señala esta ley. Se entenderá por tal el transporte marítimo, fluvial o lacustre de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva".

Así, junto con fijar una regla general que reserva la actividad de cabotaje a las embarcaciones chilenas, el precepto transcrito reconoce la existencia de algunas excepciones (ampliadas en el Proyecto), cuales son[1]:

i) Respecto del cabotaje de pasajeros, siempre que las naves extranjeras sean para al menos cuatrocientas personas, con capacidad de pernoctación y fines turísticos.
ii) Respecto del cabotaje de carga, cuando:
   a) se trate de volúmenes superiores a novecientas toneladas, previa licitación pública;
   b) se trate de volúmenes inferiores y no exista disponibilidad de naves bajo pabellón chileno y
   c) en el caso de "reputación de naves" (permite considerar como chilenas las naves extranjeras arrendadas por empresas navieras chilenas, siempre que el arrendamiento sea por un plazo no superior a seis meses, y el tonelaje arrendado o fletado no exceda del 50 % de sus tonelajes propios).

En rigor, solo la letra a) opera como una verdadera excepción para la exclusión de los no chilenos, ya que los casos contemplados en b) y c) se refieren a hipótesis que escapan de la esfera de acción de los extranjeros. Por otra parte, y según exponen los entendidos, la excepción que contempla la letra a) es de rara aplicación, y representa una porción ínfima de las actividades de cargo nacionales[2].

[1] Véase Ley de Marina Mercante, arts, 3 y 6.°.

[2] Agostini, Briones, Mordoj (2018) p. 7. Según los mismos expertos, la escasa aplicación de la excepción a la reserva de cabotaje dispuesta en la letra a) del art. 3 del Decreto Ley n.° 3059, se debe principalmente a la posibilidad que tienen las empresas chilenas de reclamar ante la adjudicación de la licitación de cargo, ya que, en caso de ser acogida dicha reclamación, el usuario deberá pagar una multa de 1 % al 25 % del valor del flete, sin que la ley incorpore criterios de cuantificación (incisos tercero, cuarto y quinto del art. 3 Decreto Ley n.° 3059).

En suma, las excepciones a la reserva de cabotaje son acotadas y de escasa incidencia, tal y como reconoce el Proyecto ("en el año 2019, sólo un 0,3% de la carga de cabotaje se movilizó mediante naves de bandera extranjera (no reputadas como chilenas")[3]. Consecuentemente, desde una perspectiva material, tal reserva opera como una verdadera prohibición dirigida a las personas extranjeras. Como veremos, el Proyecto amplía tales excepciones, pero no al punto de poner en duda la regla general de exclusión de los foráneos.

Ahora bien, para la adecuada aplicación de la reserva de cabotaje, deben también considerarse los preceptos legales que determinan si una nave tiene nacionalidad chilena. Para ello debe atenderse al título II del Decreto Ley n.° 2222, de 1978, que sustituye la Ley de Navegación[4] ("Ley de Navegación"). En todo caso, cabe destacar que la doctrina especializada reconoce que la atribución de la nacionalidad a las naves o buques

> "es una cuestión que corresponde regularla a cada Estado, que goza de un amplio margen de discrecionalidad para establecer en su legislación los requisitos o las condiciones que se tienen que cumplir para que el buque sea autorizado a enarbolar su pabellón y sea inscrito en el registro nacional"[5].

El vínculo de nacionalidad resulta relevante desde múltiples puntos de vista, en tanto autoriza a la nave para enarbolar pabellón (bandera) en el Estado en cuestión, lo somete a la jurisdicción exclusiva de este y, como hemos visto, lo habilita para realizar diversas actividades de navegación y transporte, en particular el cabotaje.

Finalmente, debe reconocerse que reservas de cabotaje son frecuentes en el derecho comparado[6].

I.2. Propósitos o finalidades de la reserva de cabotaje

En esta sección examinaremos distintas fuentes jurídicas para identificar la finalidad o propósito de la reserva de cabotaje, elemento esencial para analizar su constitucionalidad en la sección siguiente.

a) Ley de Marina Mercante

En cuanto a la finalidad de la reserva de cabotaje, la propia ley que la consagra ofrece ciertas luces. Es así como el art. 1.° de la Ley de Marina Mercante señala:

[3] Mensaje presidencial n.° 156-369, pp. 3-5.

[4] El art. 11 dispone: "Para matricular una nave en Chile se requiere que su propietario sea chileno y que se cumplan los demás requisitos que este título establece [...]".

[5] Domínguez (2005) pp. 119-144.

[6] Genkowsky y Barroilhet (2022) pp. 69-71.

> "La Política naviera permanente de Chile es fomentar el desarrollo y favorecer la mantención de su Marina Mercante en armonía con el interés general. En tal sentido, el Estado de Chile propenderá a apoyar a las empresas navieras chilenas para obtener acceso a los mercados mundiales de transporte marítimo y para que transporten efectivamente desde o hacia Chile una parte relevante de las cargas marítimas".

La norma transcrita consagra una política de Estado, convertida en mandato legal y vinculante, de fomentar la marina mercante nacional. Pues bien, la primera concreción que refleja la Ley de Marina Mercante de este mandato general, tiene relación con el transporte marítimo, primero internacional y luego nacional, en el art. 3 del mismo decreto ley, que contiene precisamente la reserva de cabotaje.

Así, de acuerdo con esta fuente normativa, resulta claro que la finalidad de la medida es fomentar el desarrollo de la marina mercante nacional. Destacamos, sin embargo, que este fomento no debe ser a cualquier costo, sino que en "armonía con el interés general", cuestión a la que volveremos más adelante.

b) Antecedentes legislativos

Considerando la naturaleza de la Ley de Marina Mercante en cuanto decreto ley, no existen antecedentes oficiales de su historia legislativa que permitan desentrañar la voluntad del legislador. En consecuencia, recurriremos a la historia fidedigna de preceptos legales que sirvieron de antecedente directo a las normas analizados.

i) Ley n.° 3841 de 1922,
que Reserva a las Naves Chilenas
el Trasporte de Carga
entre los Puertos de la República

Esta ley es uno de primeros antecedentes normativos en los cuales se establece una reserva de cabotaje[7]. En efecto, su artículo primero establecía:

> "Seis meses después de la promulgación de la presente lei, el trasporte de carga entre los puertos de la República quedará reservado a las naves chilenas".

Revisando la historia fidedigna del establecimiento de la norma, observamos que su intención principal era proteger la industria nacional del cabotaje. Se afirmaba en el debate parlamentario que:

[7] Antes existió la Ley de Reserva de Cabotaje, de 1835.

> "La Marina Mercante Nacional es una de aquellas industrias, que según mi manera de pensar, debe ser protegida muy especialmente, no solo porque ella constituye para el país una gloria nacional, sino porque sin esa marina estaríamos siempre a merced de empresas extranjeras, que por una causa o por otra, cualquier día podríamos vernos privados del tonelaje necesario para atender a las más premiosas necesidades en nuestro propio territorio. [...] Si no protegemos a nuestra Marina Mercante reservándole a ella y para ella la carga de cabotaje, tendrá que suceder seguramente que esta industria nacional se verá condenada por la fuerza de la competencia a desaparecer, pues los vapores extranjeros, que por lo general son de gran tonelaje, arriban a nuestro país cargados de mercaderías, que a medida que las van descargando en los primeros puertos donde tocan, las reemplazan tomando carga a cualquier flete para conducirla a otros puertos más avanzados y por este medio se apoderan de toda aquella carga que debe ser transportada por nuestra marina mercante que hace su carrera con itinerarios fijos"[8].

Observamos que el propósito fundamental de la medida era proteccionista: se pretende evitar la competencia de navíos extranjeros, de forma de preservar la marina mercante nacional.

Adicionalmente, la historia de la ley en comento menciona también a la seguridad exterior de la nación como finalidad de la reserva de cabotaje. Una ilustración de lo anterior puede encontrarse en la siguiente referencia del debate parlamentario:

> "Me resta ocuparme de otro aspecto de capital importancia relacionado íntimamente con la necesidad de proteger nuestra Marina Mercante y darle el desarrollo que le permita una vida próspera y estable. Este aspecto es la estrechísima vinculación que existe entre la seguridad exterior de la Nación y el desarrollo de su Marina Mercante. La historia patria nos enseña que desde el comienzo de su vida independiente fueron las expediciones navales libertadoras las que aseguraron en forma definitiva la República de Chile, más aún la independencia misma de la América"[9].

En síntesis, la historia de la norma indica la existencia de dos finalidades: la principal de fomento y protección de la marina mercante nacional, así como el propósito adicional de resguardar la seguridad exterior.

[8] Cámara de Diputados y Diputadas (1921) p. 680.
[9] *Op. cit.* p. 687.

ii) Ley n.° 12041 de Fomento de la Marina Mercante de 27 de junio de 1956

La norma anterior siguió vigente hasta el año 1939, cuando la Ley n.° 6415 la reemplazó, manteniendo lo esencial, pero abriendo el cabotaje a naves de países latinoamericanos que nos extendieran el mismo trato (reciprocidad).

Posteriormente, la Ley n.° 12041 de Fomento de la Marina Mercante, volvió a reiterar la reserva de cabotaje existente en Chile. Su art. 1.° declaró:

> "El cabotaje queda reservado a las naves chilenas bajo las condiciones establecidas en la presente ley. Se entiende por cabotaje el transporte marítimo, fluvial y lacustre de carga entre los diversos puertos del litoral y en los ríos y lagos de la República".

Discutiendo sobre el fundamento de la medida en comento encontramos en la historia fidedigna la siguiente intervención parlamentaria:

> "[...] En estos instantes, en todo el mundo, los Gobiernos se están preocupando de contribuir al desarrollo de la marina mercante de sus respectivos países, porque cada vez se ha hecho más evidente la necesidad de contar con flotas propias de comercio, capaces de atender a las necesidades internas y externas de cada nación [...] parece interesante señalar lo que Gran Bretaña, país tradicionalmente marítimo, ha hecho en este orden de cosas [...] la famosa Acta de Navegación de Cromwell por medio de la cual se reservaba el comercio marítimo a las naves de la marina mercante británica y, las de bandera de los países que tenían comercio directo con Gran Bretaña, medida que estuvo en vigencia por más de doscientos años y que contribuyó grandemente al poderío de la marina mercante británica"[10].

Nuevamente, la preocupación legislativa pareciera ser el aseguramiento de un marco de protección para el desarrollo de la marina mercante chilena. Para dicho propósito, la reserva de cabotaje opera como un medio tendiente a fortalecer la industria naviera nacional, cuestión que, por lo demás, se observa como una práctica asentada en otros países.

iii) Decreto Ley n.° 466 de 11 de junio de 1974 que modifica la Ley n.° 12041

Posteriormente, mediante el Decreto Ley n.° 466 de 1974, se intensificó la reserva de cabotaje para las naves nacionales. En la exposición de los motivos de este cuerpo legal, se expresaron los principales fundamentos de esta normativa:

[10] Cámara de Diputados y Diputadas (1955) p. 3535.

> "3°- Que, por su situación geográfica y configuración de su territorio y en resguardo de su soberanía, Chile precisa de una Marina Mercante capaz de transportar en todo tiempo, en forma eficiente y económica, la totalidad de su carga de cabotaje y, a lo menos, el 50 por ciento de su comercio exterior;
>
> [...]
>
> 9°- Que no obstante haber sido otorgado por disposición transitoria de la ley 12.041 y a título temporal, se ha perpetuado durante los 17 años de vigencia de la ley el tratamiento de excepción a ciertas naves extranjeras fletadas por una empresa nacional para transportar determinadas cargas, por no haberse fijado plazo para dicho privilegio, siendo indispensable que las cargas esenciales sean transportadas en una cuota creciente bajo bandera nacional, tanto para asegurar su exportación en todo tiempo, cuanto para afianzar el incremento de la Marina Mercante Nacional".

Nuevamente, la finalidad declarada de la reserva de cabotaje es asegurar el desarrollo de la marina mercante chilena, si bien se agrega sutilmente el "resguardo de la soberanía", propósito asimilable a la seguridad exterior de la nación.

I.3. La doctrina

La escasa doctrina existente en la materia ha comentado los objetivos o fines perseguidos por la reserva de cabotaje a naves nacionales, indicando:

> "Al igual que en jurisdicciones comparadas, la introducción de la reserva de cabotaje marítimo estuvo inspirada en razones de seguridad nacional y de política industrial, asociadas al fomento de una marina mercante nacional que sirviera a, su vez, como reserva naval para potenciales conflictos bélicos"[11].

La cita anterior da cuenta de los dos fines antes singularizados –protección de la marina mercante y seguridad externa de la nación. No obstante, otros autores indican que la primera finalidad sería la primordial y universalmente aceptada. Es así como se ha sostenido:

> "Fundamentalmente, el fomento de la Marina Mercante Nacional se basa en asegurarles a las naves chilenas una movilización de carga que les resulte atrayente. En otros términos, en cierta forma se garantiza a la nave nacional un volumen de actividad que haga rentable su adquisición por parte de chilenos. Estas normas para fomentar la Marina Mercante

[11] Véase Agostini, Briones y Mordoj (2018).

> son de tipo universal, a pesar de tener evidentemente características monopólicas que, como lo veremos más adelante, son aceptadas y toleradas en varios aspectos del negocio marítimo internacional, al revés de lo que ocurre, por regla general, en cuanto a otro tipo de actividades"[12].

Ahora bien, una precisión relevante es que las dos finalidades mencionadas no solo difieren en su importancia como justificación de la reserva de cabotaje (la primordial sería el fomento de la Marina Mercante, y la secundaria la seguridad de la nación), sino que la segunda es una consecuencia de la primera. Así, la medida en comentopermite desarrollar la Marina Mercante, la que una vez creada sirve a múltiples propósitos, entre ellos la seguridad nacional[13]. Este vínculo queda explicitado en el art. 98 de la Ley de Navegación, que declara a las naves como parte de la "Reserva Naval de la República, y se incorporarán al servicio activo en caso de guerra".

I. 4. Síntesis

En suma, del conjunto de fuentes analizadas, concluimos que la reserva de cabotaje persigue un propósito claro: el fomento de marina mercante nacional. Secundariamente, responde, también, a la protección de la seguridad y la soberanía de la nación, propósito consecuencial que dependería del cumplimiento de la finalidad original.

II. ¿Es la reserva de cabotaje discriminadora e inconstitucional?

La reserva de cabotaje claramente establece una diferencia de trato, una desigual dad, ya que solo permite a los nacionales realizar cabotaje en territorio chileno, excluyendo a los extranjeros.

No obstante, la C*onstitución de 1980* no prohíbe toda diferencia de trato, sino solo aquellas que son arbitrarias. Es así como el art. 19 n.° 2, inciso segundo, establece: "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Ahora bien, una diferencia será arbitraria y, por tanto, inconstitucional, cuando es caprichosa, irracional o injustificada. Así lo ha establecido en forma consistente en el tiempo tanto la doctrina[14] como la jurisprudencia[15].

---

[12] Urenda (1976) pp. 73-94. C*fr*. Genkowsky y Barroilhet (2022) pp. 78-81.

[13] Cfr. Manzano (1977) pp. 139-140.

[14] Véase Cea (2012) p. 773; Silva (2006) p. 313; Fernández (2004) p. 352; Evans de la Cuadra (1999) p. 375.

[15] Tribunal Constitucional (4/11/2009) rol n.°1.469-2009, c. 13°; Tribunal Constitucional (28/5/2015) rol n.° 2664-2014, c. 23°, entre otros.

Este estándar de racionalidad ha sido refinado por el Tribunal Constitucional a partir de su sentencia rol n.° 2.935 de 2015, cuyo considerando trigésimo sexto declaró que la "exigencia o cartabón de racionalidad" requería:

> "identificar, en este caso: (1) la finalidad declarada por el legislador al crear el beneficio, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador, y (3) el criterio de diferenciación, vale decir por qué el Estado les va a financiar la gratuidad a unos y a otros no".

En otras palabras, el test de racionalidad exige contestar tres preguntas: *"qué"* (diferencia), *"por qué"* (se hace la diferencia) y *"quién"* (sufre el trato diferenciado). Las respuestas a estas tres preguntas deben demostrar una relación directa y esencial para que el test se encuentre cumplido, esto es, la diferencia no sea considerada como arbitraria.

Aplicaremos ahora este test a la reserva de cabotaje.

II.1. Qué - La diferencia de trato

Comenzaremos por lo más simple, que es la identificación del *"qué"*. La diferencia de trato consiste en que algunas personas o empresas pueden realizar labores de cabotaje en Chile y otras no.

II.2. Por qué - La finalidad

Como ya analizamos, la reserva de cabotaje respondería a dos finalidades: una primordial (el fortalecimiento de la marina mercante) y otra secundaria (el resguardo de la seguridad y la soberanía de la nación).

a) Fortalecimiento de la marina mercante

En el contexto del test de racionalidad, es importante destacar que los fines deben ser legítimos y no tautológicos para poder ser siquiera considerados.

En relación con la legitimidad, esta es cuestionable. Si bien, inicialmente, la reserva de cabotaje pudo servir al propósito del fortalecimiento de la marina mercante nacional, aquella habría devenido –en opinión de algunos expertos de la ciencia económica– en un mecanismo perjudicial para la población en general.

En efecto, Claudio Agostini, Ignacio Briones y Benjamín Mardoj[16] han examinado los efectos económicos de la mentada reserva en Chile, identificando

[16] Véase Agostini, Briones y Mordoj (2018). Una postura similar en Ruiz-Tagle (2019). Una opinión en contrario puede en encontrarse en Genkowsky y Barroilhet (2022) p. 71 y ss. Estos

los siguientes efectos nocivos desde el punto de vista de la eficiencia económica:

i) mayores tiempos involucrados en el transporte de mercancías;
ii) mayores costos logísticos;
iii) externalidades negativas asociadas a la mayor contaminación y congestión de caminos por el uso del modo rodoviario;
iv) supervivencia en el mercado de oferentes menos eficientes (los armadores nacionales, que fruto de la menor competencia no son disciplinados por potenciales entrantes más eficientes, y los transportistas terrestres, particularmente en distancias más largas o para cierto tipo de carga) y
v) ineficiencia productiva, al no poder utilizarse capacidad ociosa de naves extranjeras que, por un costo marginal relativamente bajo, podrían transportar carga entre puertos nacionales.

Estos autores, incluso, identificaron y cuantificaron el beneficio económico que se obtendría para la ciudadanía si se eliminara la reserva de cabotaje, particularmente en razón de la baja en las tarifas[17].

Así, tal y como también insinúa el Proyecto[18], pareciera que más que fundarse en un interés común o nacional, la reserva de cabotaje opera principalmente como un privilegio para un sector determinado de la nación (lo propietarios de naves mercantes que se dedican al rubro del cabotaje), en desmedro del resto de la población nacional.

De la misma forma, se incumple, también, el art. 1 de la Ley de Marina Mercante. Recordemos que esta disposición declaraba:

> "La Política naviera permanente de Chile es fomentar el desarrollo y favorecer la mantención de su Marina Mercante en armonía con el interés general".

Esta última condición (resguardo del interés general) no solo es una preocupación del legislador, sino, también, del constituyente, para quien el Estado debe siempre velar por el bien común, lo cual supone, entre otras cosas, no sacrificar los intereses generales en aras de beneficios particulares[19] (art. 1.° inciso cuarto de la C*onstitución*). No obstante, por las razones que ya explicamos, en la especie no se estaría cumpliendo con esta exigencia, postergando el interés general en beneficio de unos pocos.

autores invocan, además, la experiencia de la Ley n.° 19420, que abrió el puerto de Arica al cabotaje de naves extranjeras, la cual fue derogada en el año 2006 "atendido el perjudicial resultado práctico" que habría tenido sobre la economía y el mercado laboral de la región (p. 81).

[17] Agostini, Briones y Mordoj (2018) p. 19.

[18] Mensaje presidencial n.° 156-369 pp. 3-5.

[19] Cfr. Diez (1999) pp. 73-79.

Adicionalmente, la primera finalidad de la reserva de cabotaje pareciera incurrir en cierta tautología. Un beneficio a un grupo determinado no puede justificarse gracias a un fin que consiste, precisamente, en beneficiar a ese mismo grupo. Se trataría de un razonamiento circular que haría imposible todo control de la arbitrariedad. En este caso, si bien la tautología no es completa, es claro que se manifiesta de forma al menos sospechosa (se beneficia a los mercantes nacionales para fortalecer la marina mercante nacional).

b) Resguardo de la seguridad externa de la nación o seguridad nacional

De acuerdo con las fuentes analizadas, la finalidad secundaria de la reserva de cabotaje ha sido enunciada como seguridad externa de la nación, y también implicaría el resguardo de la soberanía, particularmente frente posibles conflictos armados con otros Estados. Pues bien, bajo el orden constitucional actual, el término que mejor responde a esas nociones es el de seguridad nacional, utilizado por la *Constitución* en diversas disposiciones y contextos[20].

Sin embargo, como ya hemos explicado, esta finalidad del mecanismo en estudio es remota o consecuencial, pues solo se alcanza a consecuencia de cumplirse con la primera finalidad. En efecto, la reserva de cabotaje procura fortalecer la marina mercante nacional (primera finalidad), y una consecuencia de ello (en caso que se logre tal propósito), sería el mayor resguardo de la seguridad nacional (existirían los buques mercantes necesarios para ello).

Por lo tanto, no parece apropiado aplicar el test de racionalidad a la reserva de cabotaje considerando esta segunda finalidad. Primero, por cuanto la entidad mayor de la primera finalidad debiera ser suficiente para determinar la racionalidad de la medida, sin que un propósito secundario pueda alterar tal juicio. Segundo, porque el test de racionalidad, en su formulación por parte del Tribunal Constitucional, enfatiza la necesidad de una relación "directa y esencial" entre la diferencia de trato, el criterio de diferenciación y su finalidad[21]. En consecuencia, fines indirectos, remotos o accidentales no debieran ser parte del análisis de racionalidad.

[20] La *Constitución de 1980* utiliza la noción de seguridad nacional en otros contextos, tales como: i) en el art. 1.° de la *Constitución*, al consagrar su resguardo como deber del Estado; ii) en el art. 19 n.° 11 de la *Constitución*, como un límite a la libertad de enseñanza; iii) en el art. 22 de la *Constitución*, al imponer a los chilenos el deber de contribuir a su preservación; iv) en el art. 32 n.° 20, como causal habilitante (grave daño o peligro para la seguridad nacional) para que el presidente de la República con la firma de todos sus ministros decrete pagos no autorizados por la ley.

[21] Tribunal Constitucional (20/12/2007) rol n.° 784-2007, c. 20; Tribunal Constitucional (8/9/2008) rol n.° 1138-2008, c. 26.°; Tribunal Constitucional (29/9/2009) rol n.° 1340-2009, c. 30.°.

II.3. Quién - factor de diferenciación

El criterio que explica quién sufre la diferencia de trato, en la situación en estudio, es la nacionalidad. Los chilenos pueden realizar labores de cabotaje. Los extranjeros, no.

Comencemos señalando que la nacionalidad no es un factor de distinción prohibido *per se*, esto es, absolutamente interdicto bajo el ordenamiento jurídico chileno. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, "en el ordenamiento positivo no ha desaparecido el estrato jurídico de los 'extranjeros' ni las consecuencias lícitas que se derivan de ello"[22].

Más aún, la propia C*onstitución* establece diferencias relevantes entre nacionales y extranjeros en relación con los derechos políticos (arts. 13, 14 y 17) y los derechos laborales (art. 19 n.°16).

Lo anterior no obsta a que parte de la doctrina identifique a la nacionalidad como una "categoría sospechosa"[23], esto es:

> "aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria"[24].

Si consideramos a la nacionalidad como una categoría sospechosa, entonces el deber de justificación para su utilización por el ordenamiento jurídico se agrava en forma sustancial. Las razones aportadas deben ser particularmente convincentes, de forma de disipar la "sospecha" de discriminación arbitraria. Se trata, por tanto, de una exigencia y de un control mayores al establecimiento de diferencias. En derecho comparado, el caso más ilustrativo a este respecto es el de Estados Unidos[25].

Es más, sea o no la nacionalidad una categoría sospechosa (noción cuya recepción en Chile es discutible)[26] , lo cierto es que la C*onstitución* no permite que se la utilice libremente como factor de diferenciación. La mejor ilustración de este punto lo ofrece el art. 19 n.° 16. Aquí, la C*onstitución* autoriza expresamente a utilizar la nacionalidad como criterio de distinción, pero aun así le establece una exigencia relevante. El texto señala:

---

[22] Tribunal Constitucional (17/5/2018) rol n.° 4.757-2018, c. 15.°; Tribunal Constitucional (29/10/2019) rol n.° 6370-2019, c. 2.°.

[23] González y Parra (2008) pp. 131-132. Véase también Caamaño (2003) p. 47.

[24] Díaz de Valdés (2018) p. 190.

[25] Véase Strauss (2011) pp. 135-174; Gerards (2004) pp. 144-149; McColgan (2014) p. 43.

[26] Díaz de Valdés (2018) pp. 189-218.

> "Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

Como señala la doctrina[27], la autorización al uso de la nacionalidad por el legislador no es una carta blanca. Al contrario, su utilización no puede ser "discriminatoria", esto es, no puede tratarse de una diferencia arbitraria, lo que nos retrotrae a lo ya señalado: la creación de una diferencia de trato por nacionalidad debe justificarse en forma satisfactoria para ser constitucionalmente aceptable.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de nacionalidad demuestra lo siguiente[28]:

i) La nacionalidad fue la primera característica personal expresamente tratada como "sospechosa, en línea de principio"[29], lo que ha sido reiterado en fallos posteriores[30].

ii) Se recurre a tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, para argumentar que la nacionalidad es una categoría sospechosa. Si bien el tribunal reconoce que:

> "nuestra Constitución no contiene un listado taxativo de factores que predeterminen un ejercicio especialmente cauteloso a la hora de hacer

[27] Cea (2012) pp. 461-462; Fernández (2004) pp. 197-198.

[28] No hemos identificado jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 3, inciso primero, del Decreto Ley n.° 3.059, de 1979, que impone la reserva de cabotaje. Existe, sin embargo, la sentencia rol n.° 10.778-2021 de 6 de abril de 2022. En ella, se rechaza un requerimiento de inaplicabilidad en contra del art. 11 del Decreto Ley n.° 2.222 de 1978, que es el precepto que exige que el propietario de una nave sea chileno para poder matricular una nave como chilena. En particular, se impugnó la exigencia que la mayoría del capital social perteneciera a chilenos (cuando el dueño de la nave es una sociedad) y que la autoridad pudiera imponer a naves especiales de extranjeros (que sí se podrían matricular en Chile), restricciones especiales por razones de seguridad nacional. Sobre el primer punto, nótese que no se impugnó la exigencia de nacionalidad chilena para inscribir la nave como nacional, sino la regla para determinar tal nacionalidad en el caso de las personas jurídicas. Respecto al segundo punto, se rechazó por argumentación insuficiente (por qué sería discriminatorio, cuestión que el tribunal no vislumbró). En definitiva, si bien esta sentencia se relaciona a nuestro tema, no se pronuncia sobre el punto que analizamos en este texto (constitucionalidad de la reserva de cabotaje).

[29] Tribunal Constitucional (4/7/2013) rol n.° 2.273-2012, c. 30.°: "[...] la distinción extranjero-chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere una habilitación constitucional previa para poder realizarla [...]".

[30] Voto de minoría, Tribunal Constitucional (10/9/2013) rol n.° 2.257- 2012. Al respecto también, véase Tribunal Constitucional (19/7/2018) rol n.° 4.757-2018, c. 15.°; Tribunal Constitucional (4/7/2013) rol n.° 2273-2012, c. 42.°; Tribunal Constitucional (24/3/2016) rol n.° 2.980-2016, c. 20.°.

diferencias o distinciones en decisiones públicas o en leyes propiamente tales o en reglas de trato"[31],

> invoca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (la Convención). Es así como el 2.1 del PIDCP proscribe el "origen nacional" como característica que justifique no respetar o garantizar derechos contenidos en el Pacto, como el derecho a la igualdad ante la ley recogido en el art. 26. Por su parte, el art. 1.1. de la Convención es casi idéntico al art. 2.1 del PIDCP, y el art. 24 de la Convención es el que consagra el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación.

iii) Reiterando la existencia de categorías especiales en materia discriminatoria, entre ellas la nacionalidad, se menciona, también, su recepción por el derecho laboral y la Ley n.° 20609[32].

Ahora bien, ambas normas invocadas por el Tribunal Constitucional no impiden del todo el uso de la nacionalidad como factor de distinción. Así, por ejemplo, el art. 19 del *Código del Trabajo* exige que un 85 % de los trabajadores de un empleador sean chilenos. Tal exigencia, sin embargo, no nos parece comparable a la que analizamos aquí, por diversas razones. Primero, por cuanto goza de sustento constitucional directo (art. 19 n.° 16). Segundo, porque no es una prohibición absoluta de contratar extranjeros. Más aún, 15 % es un guarismo mayor a la tasa de prevalencia de extranjeros dentro de la población total del país, por lo que, incluso, podría argumentarse que la regla del art. 19 del *Código del Trabajo* más bien prohibiría una "sobrecontratación" de extranjeros. Tercero, en cuanto la exigencia no se aplica a empleadores que ocupen hasta veinticinco trabajadores.

En contraste, las reglas analizadas en este artículo no gozan de autorización constitucional directa y constituyen una prohibición o exclusión cuasi absoluta para los extranjeros.

Adicionalmente, en el caso de la Ley n.° 20609, el inciso segundo del art. 2 precisa:

> "Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conduc tas contrarias a las leyes o al orden público".

[31] Tribunal Constitucional (30/3/2015) rol n.° 2.777, c. 15.°. Véase, también, Tribunal Constitucional (11/6/2015) rol n.° 2702-2014, c. 8.°.

[32] Véase Tribunal Constitucional (21/6/2016) rol n.° 2.838-2016, cs. 19.°-20.°. Nótese que tanto el art. 1.° del *Código del Trabajo* como el art. 2.° de la Ley n.° 20609 incorporan a la nacionalidad dentro de las categorías que podrían dar lugar a una discriminación.

En consecuencia, la Ley n.° 20609 no puede invocarse como una modificación a la reserva de cabotaje, la que se mantiene plenamente vigente, no obstante la posible existencia de un vicio de constitucionalidad.

iv) En las sentencias del Tribunal Constitucional, existen prevenciones y votos de minoría que reiteran la existencia de categorías sospechosas[33], entre ellas la nacionalidad[34].

v) El Tribunal Constitucional ha exigido una mayor carga argumentativa para justificar la utilización de la nacionalidad como factor de diferenciación. Es así como el "voto de mayoría"[35] del fallo rol n.° 2.650-2014, declaró que la utilización del sexo, la raza, la nacionalidad y filiación política, elevaban:

> "la intensidad del escrutinio relativo a la racionalidad de la justificación de la distinción debiera ser menos elevada en la medida que en la diferenciación no descansa en una relativa al sexo, raza, la nacionalidad o la filiación política [...]"[36].

Más ampliamente, la sentencia rol n.° 2.777-2015 menciona en forma expresa la existencia de "criterios sospechosos" conduciría a un "ejercicio especialmente cauteloso a la hora de hacer diferencias o distinciones" (considerando 15).

En suma, si bien nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe a la nacionalidad como factor de diferenciación, si le impone una carga de justificación agravada, ya que su utilización puede ser indiciaria de discriminación.

II.4. Análisis relacional qué-por qué-quién

Recapitulando los elementos del test de racionalidad antes analizados:

i) Qué: la diferencia de trato consiste en que algunas personas pueden realizar labores de cabotaje y otras no.

ii) Por qué: la finalidad principal sería el fortalecimiento de la marina mercante.

---

[33] En este sentido, véase: Tribunal Constitucional (4/1/2011) rol n.° 1.683-2010; Tribunal Constitucional (3/11/2011) rol n.° 1.881-2010; Tribunal Constitucional (30/5/2013) rol n.° 2.306-2012; Tribunal Constitucional (18/6/2013) rol n.° 2.250-2012 y Tribunal Constitucional (4/7/2013) rol n.° 2.357-2012.

[34] En esta línea, véase Tribunal Constitucional (19/7/2018) rol n.° 4.757-2017.

[35] Cuatro ministros acogieron y cuatro se opusieron. A falta de *quorum*, el recurso se rechazó, y de ahí que denominemos "voto de mayoría" al de los ministros que rechazaron el recurso.

[36] Tribunal Constitucional (30/3/2015) rol n.° 2.560-2014, c. 5.° (voto de rechazo). Véase también Tribunal Constitucional (29/1/2013) rol n.° 2.320-2012, c. 15.°.

iii) Quién: el factor o criterio de diferenciación es la nacionalidad, cuya utilización requeriría de una justificación especialmente convincente para excluir la discriminación.

Al analizar estos factores en conjunto, podemos señalar que sí existe una relación directa y sustancial entre los tres factores considerados: excluir a los extranjeros del cabotaje nacional debería fortalecer la marina mercante chilena. Sin embargo:

i) La capacidad de la finalidad para justificar la diferencia de trato se encuentra debilitada. No solo es dudosamente legítima (por favorecer el interés de un grupo por sobre el interés general), sino, también, parcialmente tautológica. Constituir un privilegio con el mero objetivo de favorecer a un grupo es algo que prohíbe la C*onstitución* ("En Chile no hay persona ni grupo privilegiado", art. 19 n.° 2). De lo contrario, todo tipo de diferencia protectora para un grupo sería justificable por el mero afán de beneficiar a ese grupo. Por ejemplo, se podría excluir a los extranjeros de desarrollar actividades de construcción para fomentar la industria constructora nacional. Y así en cualquier ámbito. Insistimos entonces: la mera voluntad de beneficiar a un grupo no constituye justificación suficiente para hacerlo.

ii) La nacionalización es un factor de diferenciación que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exige una estándar mayor de justificación. Esto no se cumpliría, no solo por lo señalado en i) precedente, sino, también, en razón de otras consideraciones adicionales.

En primer término, la reserva de cabotaje no consiste en una mera diferencia de trato, sino que constituye y operativiza una exclusión, que es una forma particularmente gravosa de diferenciación. No se trata solo de imponer diferentes requisitos, o de agregar algún gravamen adicional, sino, derechamente, de impedir al grupo perjudicado participar en una actividad económica lícita, derecho protegido por la C*onstitución* (art. 19 n.° 21).

En segundo lugar, la regla no incorpora mitigaciones relevantes. No solo se trata de una exclusión, sino que, además, es virtualmente absoluta, con excepciones irrelevantes o que escapan a la voluntad de los afectados. Si bien esto cambia con el Proyecto, no se percibe una alteración sustantiva que arriesgue la vigencia abrumadora de la regla general.

En tercer término, se vulnera en la especie un derecho constitucional adicional. Si bien el art. 19 n.° 2 oficia como disposición base o "madre" en materia de igualdad, la C*onstitución* contiene otros preceptos sobre este derecho en ámbitos que considera especialmente relevantes. Es así como el art. 19 n.° 22 de la C*onstitución* garantiza el derecho a:

> "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica [...]".

Como se aprecia, la C*onstitución* ha dado especial importancia a la igualdad de trato que debe brindar el Estado en materia económica. En el caso de la norma analizada, se trata justamente de una diferencia de trato:

i) por parte del Estado, ya que es él quién permite realizar actividades de cabotaje a algunos y a otros no, y
ii) en materia económica, ya que la diferencia de trato afecta directamente una actividad de naturaleza económica.

Por tanto, nuevamente nos encontramos frente a un factor (la afectación de otro derecho constitucional) que debiera llevar a agravar o elevar el estándar de justificación de la diferencia de trato analizada.

En todo caso, el texto atrás transcrito no prohíbe toda diferencia (como tampoco lo hace el art. 19 n.° 2), pero insiste en que la ley no puede discriminar al crear una distinción. Como veíamos, hay discriminación arbitraria cuando no existe una justificación suficiente para la diferencia de acuerdo con el test de racionalidad, lo que sucede en este caso, y de ahí su inconstitucionalidad.

En síntesis, la reserva de cabotaje no cumple con el estándar constitucional de racionalidad, ya que la utilización de la nacionalidad redunda en una exigencia de justificación más robusta, la que no se cumple en la especie, particularmente por la dudosa legitimidad y parcial tautología de la finalidad justificante.

III. El proyecto de ley

El 11 de agosto de 2021, el presidente de la República envió al Congreso Nacional el Mensaje n.° 156-369, que iniciaba el proyecto de ley: *Boletín* n.° 14.532-15[37].

El Mensaje identifica, como objetivos del Proyecto, abrir el cabotaje a naves extranjeras para fomentar la competencia y disminuir las tarifas, así como aprovechar la capacidad ociosa de naves extranjeras que realizan comercio ex-

[37] Un comentario crítico en Genkowsky y Barroilhet (2022) pp. 86-87.

terior, y lograr un "mayor uso del mar como vía de transporte"[38]. Consecuentemente, el Mensaje propone diversas modificaciones al art. 3 de la Ley de Marina Mercante (en particular a la reserva de cabotaje y a sus excepciones), las que se complementan con cambios a la Ley de Navegación (si bien se mantiene la exigencia de nacionalidad chilena para matricular una nave en Chile, se simplifican los requisitos para las personas jurídicas que deseen hacerlo)[39]. Del mismo modo, se incluyen en la Reserva Naval a las naves que "operen permanentemente en el territorio nacional".

Después de cuatro años de discusión parlamentaria, el Congreso acaba de despachar el Proyecto al presidente de la República, quien puede sancionarlo o vetarlo[40].

El texto enviado al presidente propone un cambio notoriamente más suave a la situación existente, que aquel que postulaba el Mensaje. En concreto, la apertura del cabotaje a los extranjeros es bastante menos significativa de lo que se buscaba en un comienzo originalmente. Este sigue quedando reservado a los nacionales, si bien se amplían (o explicitan con más detalle) las excepciones a esta regla, tales como el transporte de carga "de comercio exterior", o de contenedores vacíos entre puertos chilenos (ya permitido por el art. 47 de la Ley n.° 18899). También se permite el cabotaje por extranjeros (excluyendo naves pequeñas), cuando no existan servicios regulares de chilenos, siempre que lo autorice la autoridad marítima, por un solo año, prorrogable por una sola vez. Una excepción similar se concede para realizar cabotaje en la ruta de salida de la nave extranjera, o en los estados de excepción constitucional de emergencia o catástrofe, previa autorización de carácter temporal.

Desde la perspectiva de la discriminación arbitraria, los cambios introducidos por el Proyecto, si bien suavizan la exclusión de los extranjeros, no atacan el fondo del problema. En efecto, se mantiene una diferencia de trato, aplicada según la nacionalidad de los afectados, para conseguir un fin discutiblemente legítimo y parcialmente tautológico. Nada de esto cambia con la nueva versión de la reserva de cabotaje.

Esta falta de variación en el juicio discriminatorio de la norma no debe sorprender, toda vez que una revisión de la discusión parlamentaria del Proyecto demuestra que los efectos discriminatorios de la reserva de cabotaje nunca fueron objeto de atención parlamentaria. Ya desde el Mensaje, los intereses de los colegisladores se centraron en los efectos económicos, laborales y sociales del cambio legislativo, pero no en el carácter discriminatorio de la normativa a modificar.

[38] Mensaje presidencial n.° 156-369 pp. 7-10.

[39] *Op. cit*. pp. 13-14

[40] Véase Cámara de Diputados y Diputadas (2025).

En definitiva, el Proyecto constituye una oportunidad perdida de eliminar una discriminación legislativa que es inconstitucional.

Conclusiones

La reserva de cabotaje, esto es, la exclusión de los extranjeros de la actividad de transporte de pasajeros y carga entre puertos chilenos, constituye una discriminación arbitraria y, por tanto, inconstitucional.

Nos encontramos frente a una diferencia de trato que no supera el test de racionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, principalmente en razón de la combinación de dos factores: la utilización de la nacionalidad y una finalidad deficiente.

Si bien la C*onstitución* (interpretada por el Tribunal Constitucional) no prohíbe el uso de la nacionalidad como factor de diferenciación, si le impone un deber de justificación agravado. Esto no se cumple en la especie, sobretodo porque la finalidad primordial de la reserva de cabotaje –el fomento de la marina mercante nacional– pospone el interés general privilegiando a un grupo, y resulta, además, parcialmente tautológica (no se puede justificar una diferencia en la sola voluntad de privilegiar al grupo beneficiado).

Adicionalmente, existen ciertos elementos que profundizan la antijuridicidad de la reserva de cabotaje, tales como su carácter de exclusión, la inmaterialidad de sus excepciones y la afectación de otro derecho constitucional (art. 19 n.° 22).

Si bien el Congreso Nacional aprobó un proyecto de ley que modifica la reserva de cabotaje, su principal innovación es la ampliación de las excepciones en favor de los extranjeros, sin que cambie la regla general que los excluye del cabotaje nacional. Esta modificación no incide en ninguna de las consideraciones del test de no discriminación (diferencia de trato, finalidad y criterio de aplicación) y, por lo mismo, no basta para alterar la naturaleza discriminatoria de la institución analizada.

En definitiva, la reserva de cabotaje, aún en la versión del Proyecto, es un resabio preconstitucional que debe ser eliminado o, al menos, sustancialmente reformado.

Bibliografía

Agostini, Claudio; Briones, Ignacio; Mordoj, Benjamín (2018): "Reserva de cabotaje marítimo y libre competencia: El caso chileno". Disponible en: https://ssrn.com/abstract=3234367 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3234367 [fecha de consulta: 1 de octubre de 2025].

Caamañon Rojo, Eduardo (2003): "La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral", *Revista Laboral Chilena*, n.° 117.

Cea Egaña, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).

Díaz de Valdés Juliá, José Manuel (2017): "Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, n.° 2.

Díaz de Valdés Juliá, José Manuel (2018): "Las categorías sospechosas en el derecho chileno", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.° 50: pp. 189-218.

Diez Urzúa, Sergio (1999): *Personas y valores: su protección constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Domínguez Cabrera, María del Pino (2005): "Problemas relacionados con la nacionalidad del buque", *Revista de Derecho, Valdivia*, vol. 18, n.° 1.

Evans de la Cuadra, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Fernández González, Miguel Ángel (2004): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial LexisNexis).

Genkowsky Moggia, Max y Barroilhet Acevedo, Claudio (2022): "Subsistencia de la reserva legal de cabotaje de carga en Chile", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), vol. 1.°, n.° 59: pp. 63-90.

Gerards, Janneke (2004): "Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases", *Netherlands International Law Review*, vol 51.

González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar (2008): "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", *Revista IIDH*, 47: pp. 127-164.

Manzano, Oscar (1977): "Política de fomento de la marina mercante", *Revista de Marina*. Disponible en https://revistamarina.cl/revistas/1977/2/manzano.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2025].

McColgan, Aileen (2014): *Discrimination, equality and the law* (Oxford, Hart).

Ruiz-Tagle Valderrama, José Pedro (2019): "Transporte marítimo de carga sin libre competencia: ¿a quién beneficia?", *Observatorio Económico* (Universidad Alberto Hurtado), n.° 140: p. 7.

Silva Bascuñán, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Strauss, Marcy (2011): "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review*, vol. No. 35.

Urenda, Carlos (1976): "Decreto Ley N° 466, del 11 de junio de 1974, que modifica la ley N° 12.041 de 1956, que otorga franquicias a la Marina Mercante Nacional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, n.° 1/3.

Normas

Decreto Ley n.° 466, Modifica la Ley 12.041 sobre Fomento de la Marina Mercante Nacional, 11 de junio de 1974.

Decreto Ley n° 2222, Sustituye Ley de Navegación, 31 de mayo de 1978.

Decreto Ley n.° 3059, que Establece la Ley de Fomento a la Marina Mercante, 22 de diciembre de 1979.

Ley n.° 3841, que Reserva a las Naves Chilenas el Transporte de Carga entre los Puertos de la República, 9 de febrero de 1922.

Ley n.° 6415, Reserva el Comercio de Cabotaje a las Naves Chilenas, 4 de octubre de 1939.

Ley n.° 12041, Establece que el Cabotaje Queda Reservado a las Naves Chilenas en las Condiciones que Señala, 26 de junio de 1956.

Ley n.° 20609, Establece Medidas Contra la Discriminación, 24 de julio de 2012.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2007): rol n.° 784-2007 de 20 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional (2008): rol n.° 1.138-2008 de 8 de septiembre de 2008.

Tribunal Constitucional (2009): rol n.° 1.340-2009 de 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2010): rol n.° 1.469-2009 de 4 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional (2011): rol n.° 1.683-2010 de 4 de enero de 2011.

Tribunal Constitucional (2011): rol n.° 1.881-2010 de 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.330-2012 de 29 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.306-2012 de 30 de mayo de 2013.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.250-2012 de 18 de junio de 2013.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.273-2012 de 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.357-2012 de 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional (2013): rol n.° 2.257-2012 de 10 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional (2014): rol n.° 2.650-2014 de 19 de diciembre de 2014.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2.777-2014 de 30 de marzo de 2015.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2.664-2014 de 28 de mayo de 2015.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2.702-2014 de 11 de junio de 2015.

Tribunal Constitucional (2015): rol n.° 2.935-2015 de 21 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional (2016): rol n.° 2.980-2016 de 24 de marzo de 2016.

Tribunal Constitucional (2016): rol n.° 2.838-2015 de 21 de junio de 2016.

Tribunal Constitucional (2018). rol n.° 4.757-2018 de 17 de mayo de 2018.

Tribunal Constitucional (2020): rol n.° 6.370-2019 de 20 de mayo de 2020.

Tribunal Constitucional (2021): rol n.° 9.930-2020 de 29 de enero de 2021.

Tribunal Constitucional (2022): rol n.° 10.778-2021 de 6 de abril de 2022.

Otros documentos

Mensaje presidencial n.° 156-369 (2021). Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15014&prmBOLETIN=14532-15 [fecha de consulta: 1 de octubre de 2025].

Cámara de Diputados y Diputadas (1921): sesión extraordinaria n.° 37. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/5832/1/S19211207_37.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2025].

Cámara de Diputados y Diputadas (1955): sesión ordinaria n.° 52. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35822/1/C19550111_5 2.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2025].

Cámara de Diputados y Diputadas (2025): oficio parlamentario n.° 20.827. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15014&prmBOLETIN=14532-15%3e [fecha de consulta: 17 de octubre de 2025].

DELIMITANDO LOS CONTORNOS DE LA ACCIÓN POR DOLO O CULPA GRAVE EN LA LEY N.° 20009. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO CAUSA ROL N.° 462-2023 DE 2 DE ABRIL DE 2025

DEMARCATING THE SCOPE OF LIABILITY FOR WILLFUL MISCONDUCT OR GROSS NEGLIGENCE UNDER LAW NO. 20,009. A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE COURT OF APPEALS OF VALPARAÍSO DECISION IN CASE NO. 462-2023 (APRIL 2, 2025)

Sebastián Aguayo Rosso[*]
Eduardo Reveco Soto[**]

Resumen: Este artículo tiene por objetivo delimitar los principales aspectos jurídicos que caracterizan a la acción civil del emisor en contra del usuario por antecedentes de dolo o culpa grave contemplada en el art. 5.° de la Ley n.° 20009. Mediante el análisis crítico a una sentencia pronunciada por la Corte de Apela-

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: sebastianaguayor@gmail.com

[**] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho del Consumidor, Universidad Central. Asociado en Carey. Correo electrónico: ereveco@derecho.uchile.cl

ciones de Valparaíso, se pretende exponer algunos de los principales problemas originados en la sustanciación del procedimiento ante los juzgados de policía local y proponer soluciones jurídicas coherentes con la naturaleza de la pretensión, ámbito de aplicación y consecuencias jurídicas de la sentencia definitiva que se dicta en estos procesos.

Palabras clave: fraude bancario, Ley de Fraudes, dolo o culpa grave, Ley n.° 20009, secuestro.

Abstract: This article aims to delineate the main legal aspects that characterize the civil action brought by the issuer against the user based on grounds of willful misconduct or gross negligence, as contemplated in article 5 of Law No. 20,009. Through a critical analysis of a judgment issued by the Court of Appeals of Valparaíso, we seek to highlight some of the key issues arising during the proceedings before Local Courthouses and to propose legal solutions that are consistent with the nature of the claim, its scope of application, and the legal consequences of the final judgment rendered therein.

Keywords: Bank fraud, Statute of frauds, willful misconduct or gross negligence, Law No. 20.009, kidnapping.

Introducción

La Ley n.° 20009 ha experimentado reformas sustanciales en los últimos años (mediante Ley n.° 21234 en el año 2020 y Ley n.° 21673 en el año 2024) con el fin de configurar un ordenamiento tutelar para los usuarios o titulares de medios de pago y transacciones electrónicas ante hipótesis de extravío, hurto, robo o fraude. Sin embargo, en el ámbito procedimental, las discusiones prácticas derivadas de la sustanciación de un procedimiento ante los juzgados de policía local se han mantenido incólumes e, incluso, se han profundizado[1], producto de pluralidad de criterios interpretativos derivados de la aplicabilidad del procedimiento individual contemplado en los párrafos 1.° y 2.° del título iv de la Ley n.° 19496 (vía remisión del art. 5.° inciso 6.° de la Ley n.° 20009) y, supletoria mente, de la Ley n.° 18287 y el *Código de Procedimiento Civil* (vía remisión, a su vez, del art. 50 B de la Ley n.° 19496).

Desde un plano sustantivo, la normativa ha experimentado cambios loables. A modo ejemplar, la Ley n.° 20009 no contemplaba la posibilidad para que

[1] Para un análisis de estas discusiones procedimentales, véase Reveco (2025).

los emisores acudiesen ante el órgano jurisdiccional cuando los usuarios reclamaban por operaciones realizadas antes del aviso regulado en el art. 2.°, y cuyo monto era igual o inferior a 35 UF. Esto generaba incentivos para la comisión de autofraudes –es decir, desconocer una operación consentida– a sabiendas de que era poco probable que ello acarreara ulteriores consecuencias para el usuario. Esta situación llevó a parte de la doctrina a calificarla como una hipótesis de abuso del derecho al permitir obtener beneficios económicos ilícitos[2]. En el mismo sentido, Luis Cordero y Juan Ignacio Contardo[3] advertían que esta normativa dejaba en completa indefensión al emisor para oponerse a reclamaciones iguales o inferiores a 35 UF pese a tener certeza de su carácter fraudulento, sin que se contemplara la posibilidad de recurrir a la justicia bajo un sistema de *solve et repete* (pague y después repita).

Actualmente, tras la Ley n.° 21673 del año 2024, el emisor puede solicitar una medida prejudicial de suspensión de cancelación de cargos o restitución de fondos cuando existen antecedentes suficientes de dolo o culpa grave del usuario en las operaciones que objeta o desconoce, la cual se puede solicitar con indiferencia del monto defraudado. Asimismo, para dar curso a un procedimiento de desconocimiento, ahora todo usuario debe denunciar los hechos en forma oportuna ante las autoridades penales (so pena de tenerlo por retractado de su reclamación) e, incluso, es posible exigir la suscripción de una declaración jurada por el emisor.

Todos estos cambios, sin embargo, han repercutido en problemas procedimentales cuando se emprende la acción del art. 5.° de la Ley n.° 20009 por parte del emisor en contra del usuario ante antecedentes de dolo o culpa grave. A través del análisis del siguiente caso práctico se intentará dar respuesta a algunas de estas interrogantes jurídicas.

I. Antecedentes

I.1. Hechos

El caso en análisis tiene su origen en la causa rol n.° 3.247-2022 seguida ante el Primer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, cuya sentencia fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociéndose bajo el rol n.° Policía Local-462-2023.

El juicio se fundó en la interposición de una querella infraccional y demanda civil de indemnización de perjuicios por Banco Estado en contra de la

[2] Isler (2024).

[3] Cordero y Contardo (2024).

empresa INGESEG SpA en virtud del art. 5.° de la Ley n.° 20009 que Establece un Régimen de Limitación de Responsabilidad para Titulares o Usuarios de Tarjetas de Pago y Transacciones Electrónicas en Caso de Extravío, Hurto, Robo o Fraude, con el fin de solicitar la declaración de dolo o culpa grave del usuario en dos transferencias electrónicas objetadas (cada una por un monto de $4 000 000) y la indemnización de los perjuicios ocasionados consistentes en el abono de 35 UF efectuados conforme a la normativa.

En particular, el 4 de marzo de 2022, el representante legal de la empresa demandada se comunicó telefónicamente con el *call center* del banco, aseverando haber sido víctima de un secuestro por medio del cual se le obligó a realizar dos transferencias (cada una por $4 000 000). El banco consideró que se configuraba un actuar doloso, o al menos con culpa grave, por parte del demandado, pues las operaciones fueron validadas con su tarjeta de coordenadas. Así, al no haberse detectado una vulneración a los sistemas informáticos y que las transacciones fueron autentificadas y validadas con elementos de exclusiva responsabilidad del cliente, el banco consideró que existían solo dos alternativas posibles:

i) o las operaciones habían sido realizadas por la propia demandada o, bien,
ii) esta habría incurrido en un descuido o falta de cuidado tan grave de su obligación de custodia y protección de sus productos financieros, claves o dispositivos de seguridad, que permitió que terceros pudieran materializar las transacciones.

La demandada, al contestar las acciones interpuestas en su contra, solicitó su rechazo argumentando que el 3 de marzo de 2022, alrededor de las 20:30 horas, luego de terminar de realizar unas compras en un local comercial ubicado en la comuna de Valparaíso, se dirigió a su vehículo estacionado frente al establecimiento, siendo abordado por tres sujetos que portaban armas de fuego y lo amedrentaron para que se subiera a su propio automóvil, comenzando de esta forma un recorrido en contra de su voluntad por varios lugares con destino a la ciudad de Santiago. El representante legal aseveró que mientras se encontraba al interior de su vehículo, manejado por uno de los delincuentes, le arrebataron su billetera, percatándose de la existencia de diversas tarjetas bancarias. Los sujetos lo habrían intimidado, apuntándole a su cabeza con un arma de fuego, ordenándole realizar retiros de dinero hasta completar el monto de un rescate millonario. Como no era posible efectuar retiros en efectivo por montos tan elevados y su cuenta RUT no tenía saldo, lo obligaron a realizar transferencias desde la cuenta de la empresa INGESEG SpA, debiendo comunicarse con su cónyuge para que autorizara las transferencias a los destinatarios por cuanto ella manejaba las claves bancarias de la empresa, pudiendo concretarse solo dos operaciones por un monto total de $8 000 000 al ser rechazados los demás intentos.

Asimismo, la empresa demandada indicó que su representante fue liberado por los delincuentes en la madrugada en medio de la carretera, sin celular ni documentos, debiendo solicitar ayuda a personas que transitaban por el lugar para que lo trasladaran a un lugar seguro y poder comunicarse con Carabineros.

Así, al tratarse de una situación excepcional, la demandada calificó la situación como un hecho delictual del que fue víctima su representante legal, descartando cualquier posibilidad de imputación de dolo o culpa grave por encontrarse viciado su consentimiento al ser amenazado por los delincuentes y, en ningún caso, susceptible de ser atribuida a una intención positiva de defraudar al banco por parte del afectado.

I.2. Sentencia de primera instancia

El 30 de mayo de 2023, el Primer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar dictó sentencia definitiva, rechazando la querella infraccional y demanda civil interpuesta por el banco en contra del usuario.

Respecto a la querella infraccional interpuesta, la rechazó por improcedente en atención a que la acción contemplada en la Ley n.° 20009 sería meramente declarativa y no daría lugar a responsabilidad contravencional.

Respecto a la acción civil deducida, el tribunal dio por acreditado el hecho del secuestro y que la voluntad del representante legal estuvo viciada por la fuerza moral ejercida por los delincuentes sobre este, desestimando la demanda. Por lo anterior, ordenó al emisor restituir el saldo retenido, equivalente a la diferencia entre el monto defraudado y el abono normativo de 35 UF, correspondiente a un monto de $6 891 674 y condenándolo a pagar las costas del juicio.

En contra de esta decisión, la demandante dedujo recurso de apelación para instar por su revocación.

I.3. Sentencia de segunda instancia

El 2 de abril de 2025, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el Banco Estado, decidió revocar en forma parcial la sentencia del juez *a quo*, estimando que, si bien no se acreditó que el demandado actuara con dolo o culpa grave, éste carecía de legitimación para percibir los montos ordenados restituir al enmarcar su defensa fuera de los contornos de la Ley n.° 20009 por ser víctima del delito de secuestro y no de un fraude basado en las hipótesis normativas que contempla la mencionada ley. Por lo anterior, se declaró que la demandante no tenía la obligación de restituir la suma de $6 891 674, confirmándose en todo lo demás el fallo de primera instancia.

El abogado integrante, Álvaro Pávez Jorquera concurrió a la decisión, ha ciendo presente que el art. 4.º inciso 4.º de la normativa en comento impone el requisito de denuncia del usuario para efectos de optar a la restitución de los fondos, estableciendo para ello un plazo de treinta días corridos, bajo sanción de tenerlo por retractado del reclamo.

También, el mismo abogado integrante estuvo por revocar la sentencia del Primer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar en el sentido de ordenar que el querellado y demandado debía pagar la suma equivalente a las 35 UF que le fueron abonadas, atendido lo dispuesto en el art. 5 inciso 5.° de la Ley n.° 20009.

II. La naturaleza de la pretensión deducida por el emisor en contra del usuario al amparo del art. 5.° de la Ley n.° 20009

Una primera aproximación a la sentencia en análisis se centra en las pretensiones deducidas por el banco en contra del usuario que dieron lugar a la substanciación del juicio. Al respecto, la entidad bancaria dedujo una pretensión infraccional (fundada en el obrar con dolo o culpa grave) y una pretensión indemnizatoria (fundada en la restitución del monto defraudado) en contra del usuario.

Tanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso como el demandado se refirieron en forma indistinta a la querella infraccional y demanda de indemnización de perjuicios impetradas por el banco, sin reparar que, en estricto rigor, el art. 5.° de la Ley n.º 20009 solo contempla un procedimiento destinado a perseguir la responsabilidad civil de un usuario cuando ha obrado con dolo o culpa grave en transacciones u operaciones que objeta o desconoce.

Si bien por esencia los procedimientos sustanciados ante los juzgados de policía local se caracterizan por ser contravencionales, la acción contemplada en el art. 5.° de la Ley n.° 20009 se enmarca en la substanciación de un procedimiento sumario de naturaleza civil, mas no contravencional. En efecto, la acción del emisor en contra del usuario no tiene por objetivo una sanción por transgresión a alguna disposición de la Ley n.° 20009, sino la declaración de dolo o culpa grave para, consecuencialmente, proceder a la cancelación de cargos o restitución de fondos.

Lo anterior es fácil de advertir al examinar la normativa en comento, en que es posible constatar que no existe ninguna hipótesis contravencional en que pudiese incurrir un usuario por un eventual incumplimiento a una carga o deber legal, de la cual pudiese derivar una sanción pecuniaria (multa), a diferencia de lo que ocurre en la Ley n.° 19496, en que un proveedor puede responder infraccionalmente por transgredir sus disposiciones, esto es, con la imposición de una multa a beneficio fiscal.

El procedimiento a que da lugar el art. 5.° de la Ley n.° 20009 tiene por objetivo exclusivo la declaración de dolo o culpa grave del usuario ante el reclamo por transacciones desconocidas ante el emisor con la finalidad de proceder a:

i) la cancelación de cargos o restitución de fondos al usuario (por no existir antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave) o
ii) la pérdida de la devolución y cancelación de comisiones, intereses y otros cargos, y los montos previos que hubiesen sido restituidos al usuario (por acreditarse la existencia de dolo o culpa grave del usuario).

Una u otra consecuencia no tiene aparejada una sanción contravencional ni para el usuario o el emisor.

La conclusión precedente ha sido refrendada por tribunales superiores de justicia:

> "Que, la referida Ley 20.009 no contempla un régimen infraccional en contra de un Banco por supuestos incumplimientos de las obligaciones que la misma normativa dispone, desde que ésta establece un procedimiento sumario que sólo tiene por objeto perseguir la responsabilidad de un usuario de productos bancarios, cuando ha actuado con culpa o dolo en el manejo de los mismos, de manera que tal querella infraccional resulta improcedente"[4].

Sin embargo, lo anterior no obsta a la posibilidad de que el usuario emprenda una querella infraccional en contra del emisor por el incumplimiento de sus deberes de seguridad, amparándose en el procedimiento individual ante los juzgados de policía local contemplado en la Ley n.° 19496. Refuerza esta idea el propio art. 6.° de la Ley n.° 20009, que consagra la obligación de todas las entidades que intervienen o presten servicios asociados a pagos y transacciones electrónicas, u otros sistemas de características similares de adoptar medidas de seguridad necesarias para prevenir la comisión de ilícitos, el resguardo de la privacidad de los datos de los usuarios, y el deber de velar por la prestación segura del respectivo servicio en los términos del art. 23 de la Ley n.° 19496.

Cabe advertir que tanto este problema como muchos otros derivados de la Ley n.° 20009[5], se suscitan por la remisión genérica efectuada al procedimiento de la Ley n.° 19496[6], y este, a su vez –en virtud del art. 50 B de la Ley

[4] Corte de Apelaciones de Valparaíso (3/1/2023) rol n.° 110-2022

[5] Para un análisis de las discusiones prácticas derivadas de la Ley n.° 20009, véase Reveco (2025).

[6] El actual art. 5.° inciso 6.° de la Ley n.° 20009 (modificado por Ley n.° 21673 del año 2024) dispone: "El procedimiento para ejercer esta acción será el establecido en los Párrafos 1° y 2° del

n.° 19496– de forma supletoria a la Ley n.° 18287 y, en subsidio, al C*ódigo de Procedimiento Civil*.

La delimitación de la pretensión civil declaratoria que persigue la acción contemplada en el art. 5.° de la Ley n.° 20009 no es baladí, pues, en la praxis, permite dar respuesta jurídica a dos interrogantes que se suscitan en la tramitación de este procedimiento:

i) la procedencia de la sanción de caducidad por falta de notificación de la demanda dentro de cuatro meses (art. 9.° inciso 4° de la Ley n.° 18287) y
ii) la posibilidad de interponer una demanda reconvencional por el usuario en contra del emisor en el marco del procedimiento de la Ley n.° 20009.

Sobre el primer punto, respecto a la procedencia de la sanción de caducidad por falta de notificación de la demanda dentro de cuatro meses, se genera la discusión por los incisos 3.° y 4.° del art. 9.° de la Ley n.° 18287 que disponen que si la demanda civil no hubiere sido notificada dentro de plazo (cuatro meses) se tendrá por no presentada, sin perjuicio de poder interponerse ante el juez ordinario que corresponda, después que se encuentre ejecutoriada la sentencia que condena al infractor, suspendiéndose la prescripción de la acción civil de indemnización durante el tiempo de sustanciación del proceso infraccional.

Si se examina en detalle la norma, la aplicabilidad de la sanción de caducidad y la posibilidad de interponer la acción civil indemnizatoria ante un tribunal ordinario queda supeditada a la tramitación y éxito de un procedimiento infraccional, sin embargo, tal pretensión y procedimiento no existen conforme a la Ley n.° 20009, el cual es netamente civil.

Adhiriendo a esta posición, sobre la base de la naturaleza de la acción del art. 5.° de la Ley n.° 20009, las Cortes de Apelaciones han fallado que:

> "la acción deducida en esta causa es autónoma y principal, no existiendo procedimiento contravencional alguno; en consecuencia, no resulta aplicable la caducidad contemplada en el artículo 9, inciso 4° de la Ley N° 18.287, dado que dicha norma discurre en la hipótesis de una acción civil deducida precisamente dentro del procedimiento contravencional. Reafirma lo anterior, que la demanda civil no interpuesta en el procedimiento contravencional, puede incoarse ante el Juez Ordinario, lo que no resulta posible con las demandas efectuadas al tenor de la Ley N° 20.009, lo que significa que, de aplicar la referida caducidad en

título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores". Con anterioridad a la reforma del año 2024, el referido artículo disponía: "El procedimiento para ejercer esta acción será el establecido en el Párrafo 1° del título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores".

> esta causa, se traduciría en que los derechos del demandante no podrían ser debidamente tutelados"[7].

Sobre el segundo punto, respecto a la posibilidad de que el usuario demandado pueda deducir demanda reconvencional en contra del emisor demandante, se genera la controversia ante la posibilidad de que el usuario se ampare en la normativa protectora de los derechos de los consumidores e interponga una querella infraccional por transgresión a las disposiciones de la Ley n.° 19496 o una demanda civil de indemnización de perjuicios, considerando que ambas leyes hacen competentes a los juzgados de policía local.

Al respecto, la Ley n.° 20009 no hace mención expresa a la posibilidad de ejercer acciones o contrademandas judiciales por el usuario, sino solamente el derecho a "reclamo" en el art. 4.° ante el emisor respecto de aquellas operaciones desconocidas. Luego, aplicando en forma supletoria la Ley n.° 18287, su art. 10 permite la interposición de una demanda reconvencional, pero limitado a casos de accidentes de tránsito. Y en subsidio, remitiéndonos a la Ley n.° 19496, esta expresamente dispone que no es admisible la reconvención en los procedimientos individuales sustanciados ante juzgados de policía local en el art. 50 H. Conforme a estas disposiciones, parte de la jurisprudencia aboga por la improcedencia de la reconvención en el procedimiento sustanciado al amparo de la Ley n.° 20009.

Siguiendo esta postura, las Cortes de Apelaciones también han abogado por la improcedencia de la reconvención por parte del usuario en contra del emisor, arguyendo al efecto:

> "Que, el artículo 50 h) del párrafo 2 aludido señala 'En este procedimiento no será admisible la reconvención del proveedor demandado'. Si bien esta norma se refiere solo al proveedor, no puede por ello entenderse, a contrario sensu, que el cliente sí puede reconvenir, por dos razones, la primera, porque tal redacción obedece a que la Ley 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores no se pone nunca en la lógica de que un cliente pueda ser el demandado, y por tanto, tampoco se puede entender que éste pueda reconvenir, y siendo la Ley 20.009 posterior a la 19.496, sin que establezca lo contrario, debe entenderse que sigue la misma lógica. La segunda, porque la reconvención es siempre incompatible con este tipo de procedimiento sumario, ya que aquélla es de lato conocimiento"[8].

[7] Corte de Apelaciones de Concepción (8/4/2024) rol n.° 92-2024. En idéntico sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel (1/2/2023) rol n.° 207-2022; Corte de Apelaciones de Rancagua (1/3/2023) rol n.° 170-2022.

[8] Corte de Apelaciones de Valparaíso (3/1/2023) rol n.° 110-2022.

Incluso, en aquellos casos en que se ha admitido a tramitación una demanda reconvencional de un usuario fundada en una pretensión infraccional, los tribunales se encuentran con la imposibilidad de sancionar al emisor por no existir sanción contravencional en la Ley n.° 20009 que haga responsable al emisor:

> "Si bien no lo dice la ley en forma concreta, lo cierto es que, desestimada la atribución de responsabilidad que el banco hace a la consumidora y subsistiendo, en cambio, le hecho fraudulento generador del daño, aún en el evento de que sea cometido por un tercero, solo cabe atribuir la responsabilidad al banco, al menos por la falta de seguridad en las operaciones concretas que se discutieron.
>
> Sin perjuicio de ello, atendido el hecho que tal figura no fue contemplada en la ley 20.009, como una atribución de responsabilidad específica al banco, estableciendo una sanción por la falta a sus deberes de seguridad, no resulta posible –sin infringir con ello el debido proceso– imponerle una multa por la ley 19.496. Esto, desde que la Ley 20.009 corresponde a un cuerpo legal específico, incluso dentro de la especificidad que tiene la misma ley de protección al consumidor, puesto que la primera señalada atiende a un caso muy específico y particular de fraudes que por su notoriedad y relevancia, y por la calidad de los intervinientes, han sido contemplados en una legislación especialísima. Así las cosas, si dicho cuerpo normativo así de particular no contempló una sanción de multa (u otra) para el banco, cuando se constata la existencia de este tipo de deficiencia, no corresponde calificarla de nuevo por ley 19.496, para la imposición de una multa, razón por la cual, sin desconocer la existencia de los hechos que motivaron ambas acciones, corresponde desechar la petición de multa que contiene la denuncia infraccional"[9].

En efecto, el objetivo del procedimiento incoado conforme al art. 5.° de la Ley n° 20009 no tiene por objetivo la imposición de una multa, por lo que en ningún caso podría prosperar una reconvención que se funde en una pretensión infraccional (por ejemplo, la infracción al derecho a la seguridad en el consumo). Necesariamente, se requiere del ejercicio de una acción independiente por el usuario (consumidor) en contra del emisor (proveedor) por vía principal.

En definitiva, la pretensión deducida por el emisor en contra del usuario al amparo del art. 5.° de la Ley n.° 20009 reviste una naturaleza exclusivamente civil con el fin de declarar si se obró con dolo o culpa grave. En este sentido, yerra la entidad emisora al haber impetrado una pretensión infraccional en contra

[9] Corte de Apelaciones de Santiago (2/8/2024) rol n.° 874-2022.

del usuario, la cual debió ser rechazada por resultar improcedente en el marco de la legislación en estudio.

III. El ámbito de aplicación de la Ley n.° 20009: extravío, hurto, robo o fraude

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, al conocer del recurso de apelación deducido por el banco demandante, sostuvo:

> "la querellada formula una tesis que ninguna relación tiene con la normativa sobre régimen de limitación de responsabilidad para los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío o, hurto, robo o fraude".

Lo anterior por cuanto estimó que el delito de secuestro del que habría sido víctima el representante legal de la empresa demandada se encontraría fuera de los contornos de la Ley n.° 20009, careciendo de legitimación para percibir los montos que, en primera instancia, se ordenó restituir por el banco.

Es posible advertir que la Corte yerra en forma doble en su decisión, pues, por una parte, tal como ha sido precisado por la doctrina: "esta normativa pretende regular el régimen de responsabilidad del fraude cometido en toda clase de transacciones electrónicas"[10], con independencia de las circunstancias que rodearon a la materialización de dichas operaciones y, por otra parte, porque le niega a la empresa demandada su calidad de titular o usuario de medios de pago por el mero hecho de formular su defensa en la ocurrencia del delito de secuestro que habría constreñido su voluntad.

En primer lugar, para determinar el correcto ámbito de aplicación de la Ley n.° 20009 resulta importante recurrir al art. 1 inciso 1.°, el cual dispone:

> "esta ley regula el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de crédito, tarjetas de débito, tarjetas de pago con provisión de fondos, o cualquier otro sistema similar, en adelante conjuntamente, las 'tarjetas de pago', emitidas y operadas por entidades sujetas a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero y a la regulación del Banco Central de Chile, en relación con el respectivo giro de emisión u operación de dichos instrumentos. También regula el régimen de responsabilidad en los casos de extravío, hurto, robo o fraude de tarjetas de pago emitidas y operadas por entidades no sujetas a la fiscalización y regulación de los organismos indicados, salvo disposición expresa en contrario".

[10] García (2023).

El inciso 2.° agrega:

> "asimismo, se aplicará a los fraudes en transacciones electrónicas. Para efectos de esta ley, se entenderá por tales aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos y abonos o giros de dinero en cuentas corrientes bancarias, cuentas de depósitos a la vista, cuentas de provisión de fondos, tarjetas de pago u otros sistemas similares, tales como instrucciones de cargo en cuentas propias para abonar cuentas de terceros, incluyendo pagos y cargos automáticos, transferencias electrónicas de fondos, avances en efectivo, giros de dinero en cajeros automáticos y demás operaciones electrónicas contempladas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivo. Se comprenden dentro de este concepto las transacciones efectuadas mediante portales web u otras plataformas electrónicas, informáticas, telefónicas o cualquier otro sistema similar dispuesto por la empresa bancaria o el proveedor del servicio financiero correspondiente".

De las normas transcritas es posible colegir que la Ley n.° 20009 se aplica en todos aquellos casos en que se efectúen operaciones o transacciones como consecuencia de un extravío, hurto, robo o fraude que afecte a los usuarios de medios de pagos. Los tres primeros supuestos normativos (extravío, hurto y robo) son más evidentes de percibir, pues tienen en común la pérdida material del medio de pago utilizado, ya sea por un descuido o pérdida accidental del usuario al extraviar su medio de pago (extravío) o, bien, porque fue víctima de un delito perpetrado por un tercero que furtivamente lo sustrae para apropiarse (hurto) o utiliza fuerza, violencia o intimidación para lograr su apropiación (robo).

La duda se genera por la verificación del supuesto de "fraude", el cual también forma parte del ámbito de aplicación de la Ley n.° 20009, verificándose tanto en tarjetas de pago como en transacciones electrónicas. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de analizar este supuesto normativo, advirtiendo:

> "se debe considerar que 'fraude', según el diccionario de lengua española de la Real Academia Española, significa 'Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete'. Por su parte, en la legislación chilena se regulan diversos tipos de fraude, tanto en el Código Penal como en leyes especiales, pudiendo definirse el fraude como la comisión de actos engañosos o desleales, cometidos con la intención de obtener un beneficio indebido o causar daño a otra persona"[11].

[11] Corte Suprema (23/5/2025) rol n.° 2135-2025.

Siguiendo esta misma línea, las Cortes de Apelaciones han acogido recursos de protección ante la negativa de emisores a restituir los fondos que han sido objetados por los clientes, dando aplicabilidad a la hipótesis legal de fraude, el cual no implica necesariamente una vulneración de los sistemas de seguridad del emisor:

> "resulta que la Ley N° 20.009 regula, entre otros, los actos de 'fraude' cometidos en lo que denomina en conjunto, 'tarjetas de pago', sin imponer como requisito adicional que se hayan vulnerado los sistemas de seguridad del banco o entidad financiera de que se trate"[12].

A todas luces, el enfoque de la Corte de Apelaciones es errado, pues, en estricto rigor, lo objetado por el usuario fueron dos transacciones electrónicas materializadas a raíz del secuestro del representante legal de la empresa demandada. Si bien no existió extravío, hurto o robo de un medio de pago, fue el delito perpetrado por terceros el que permitió materializar las transacciones electrónicas con las claves bancarias personales del usuario, constriñendo su libertad, bajo amenaza de ocasionarle un daño a su integridad física. La obtención de un beneficio indebido (transacciones por un monto de $8 000 000) o el daño a la integridad psíquica del usuario (secuestro con amenazas en su contra), permiten categorizar a la situación vivida por la empresa demandada como un fraude.

En segundo lugar, la decisión de la Corte de Valparaíso no se condice con la amplitud del estatuto jurídico de la Ley n.° 20009, considerado como único, excluyente y especial[13] con el claro propósito de proteger a los usuarios y ser omnicomprensivo de todas las situaciones que pudieran afectarles. Al respecto, la sentencia negó la calidad de "usuario" a la empresa demandada al estimar que carecía de legitimación para percibir el monto objetado por la sola circunstancia de fundar su defensa en haber sido víctima de la comisión de un delito de secuestro por terceros.

La conclusión anterior conduce a un absurdo, esto es, que la simple ocurrencia de un delito de secuestro obstaría a la aplicabilidad de la Ley n.° 20009, lo que impediría iniciar un procedimiento de desconocimiento de transacciones por un usuario, de tal manera que el emisor siempre estaría habilitado para mantener los fondos objetados bajo su custodia, sin obligación de cancelación o restitución hacia el usuario.

La situación anterior se agrava si se considera que los usuarios de medios pago califican también como consumidores bajo la Ley n.° 19496. Como se ha advertido por la doctrina, existiría una relación de sinonimia con el concepto 'consumidor' en el art. 1 n.° 1[14], al establecer que:

---

[12] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (1/8/2025) rol n.° 874-2022.

[13] García (2023).

[14] De la Maza y Loayza (2024).

> "consumidores o usuarios son las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios".

En efecto, fue un hecho asentado en la causa que la demandada era titular de un medio de pago que mantenía con el banco demandante, existiendo, así, una relación de consumo entre las partes.

La sentencia en análisis comete un error interpretativo que afecta de manera grave a los usuarios, pues de replicarse el basamento jurídico implicaría negarles la calidad de consumidor, resultando contrario a la normativa protectora de sus derechos. La Ley n.° 20009 forma parte del sistema de protección a los derechos de los consumidores conforme a lo establecido en el art. 3 inciso final de la Ley n.° 19496 que dispone:

> "son derechos de todo consumidor los consagrados en leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección de sus derechos",

razón por la cual si el juez se enfrenta ante una dificultad interpretativa respecto de la aplicación de una disposición relativa a los derechos de los consumidores, debiese primar siempre la interpretación que sea más favorable para la parte más débil de la relación jurídica y que requiere de una tutela efectiva de sus derechos en virtud del "principio proconsumidor", lo cual fue soslayado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en su sentencia.

En definitiva, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso pone en entredicho el ámbito de aplicación de la Ley n.° 20009 y la calidad de usuario para objetar las transacciones objeto de un fraude por el mero hecho de invocarse la ocurrencia de un delito de secuestro, lo que no encuentra sustento jurídico en las disposiciones de la legislación en estudio.

IV. La aplicación de la sanción de retractación por no presentar el usuario respaldo de su denuncia dentro de plazo legal

Si bien la oportunidad en que la empresa defraudada denunció los hechos constitutivos de delito ante las entidades con competencia penal no formó parte de la discusión de fondo del caso, de todos modos, el abogado integrante, Álvaro Pávez Jorquera, concurrió a la decisión:

> "teniendo presente, además, lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 4 de la Ley Nº 20.009, norma que le impone el requisito de denuncia al usuario para los efectos de optar a la restitución de los fondos, estableciendo un plazo de 30 días corridos al efecto, bajo sanción de tenerlo por retractado del reclamo".

En efecto, tras la Ley n.° 21673 de mayo de 2024, el inciso 4.° del art. 4 de la Ley n.° 20009 exige, para proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos de las operaciones reclamadas, la obligación de todo usuario de realizar una denuncia por los hechos constitutivos del delito de fraude ante los organismos correspondientes (Ministerio Público, funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, en los términos establecidos por el art. 173 del *Código Procesal Penal*), debiendo entregar un respaldo al emisor[15]. Si transcurridos treinta días corridos desde el reclamo del usuario este no hubiere presentado respaldo de haber realizado la denuncia correspondiente, se entiende que se retracta del reclamo, resultando improcedente la cancelación de los cargos o la restitución de fondos.

Esta exigencia legal, incluso, ha dado lugar a que se rechacen acciones de protección deducidas por consumidores cuando el emisor ha negado lugar a la cancelación de cargos o restitución de fondos por la ausencia de respaldo de la denuncia del usuario dentro de los treinta días. En este sentido, se ha fallado:

> "no se advierte la existencia de algún acto ilegal o arbitrario por parte del banco recurrido que implique una afectación a las garantías fundamentales denunciadas, desde que se limitó a dar cumplimiento a la norma antes citada, máxime considerando que el actor no ha argumentado en su libelo ni aportado antecedentes que den cuenta del cumplimiento de las exigencias para la restitución de fondos, en particular, la denuncia efectuada ante el Ministerio Público, Policía de Investigaciones o algún tribunal con competencia criminal por el delito de fraude, no teniendo los docu-

[15] A mayor abundamiento, sobre la entrega del "respaldo" de la denuncia ante el emisor, se ha suscitado la discusión sobre cuál sería el documento idóneo para tener por cumplida esta exigencia considerando que Carabineros se limita a entregar una constancia y no copia del parte-denuncia a los usuarios. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado: "Octavo: Que, del análisis de los antecedentes, se advierte que la cuestionada 'citación' que acompañó el recurrente junto a su reclamo ante el Bancoestado de conformidad al artículo 4° de la ley N° 20.009, corresponde a una constancia de su denuncia ante la 61 Comisaría de Carabineros de Chile, que efectivamente, el instrumento señala ser una citación, pero de su lectura se desprende que aquel documento da cuenta de la denuncia efectuada por el recurrente ante Carabineros de Chile el día 22 de junio de 2024, la que fue derivada a la Fiscalía Local de La Florida, mediante el Parte N° 1680, por el motivo de uso fraudulento de tarjeta./ Noveno: Que, en consecuencia, aparece de manifiesto que el recurrente cumplió, en tiempo y forma, con los requisitos exigidos por el citado artículo 4° de la ley N° 20.009 y que el Banco recurrido desconoció o no desea reconocer; por cuanto, conforme al principio de primacía de la realidad 'las cosas son lo que son, no lo que las partes dicen que son', así las cosas, la citación de marras, no es una citación, sino una denuncia. / Demás, está decir, por cuanto es un hecho público y notorio que Carabineros de Chile sólo entrega una constancia al denunciante, no le proporciona copia de la denuncia ni del parte policial, pues este último es dirigido directamente al Ministerio Público". Corte de Apelaciones de Santiago (29/5/2025) rol n.° 19120-2024.

> mentos denominados 'citación denuncia' acompañados al recurso la aptitud para suplir dicha exigencia, ausencia de ilegalidad o arbitrariedad que impone, necesariamente, el rechazo del presente arbitrio"[16].

Sin embargo, cabe advertir que esta exigencia legal se encuentra consagrada en la Ley n.° 20009 a partir del 30 de mayo de 2024 en virtud de la reforma de la Ley n.° 21673. Por el contrario, con anterioridad a dicha reforma –época en que se sitúan los hechos que motivaron la causa en análisis–, la ley no exigía que los usuarios denunciaran los hechos constitutivos de delito ante las entidades con competencia penal. Esto no es más que la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley conforme al art. 7.° del *Código Civil*, pues ninguna disposición de la Ley n.° 21673 establece su aplicabilidad a situaciones pasadas.

Esta norma es de extraordinaria importancia y genera problemas en su aplicación práctica, cuando el emisor se ve en la necesidad de judicializar el conflicto ante el usuario vía interposición de la medida prejudicial de suspensión de cancelación de cargos o restitución de fondos cuando existen antecedentes suficientes de dolo o culpa grave, cuyo exiguo plazo no se encuentra en consonancia con el plazo de treinta días para acompañar el respaldo de la denuncia.

Por consiguiente, resulta errado exigir la concurrencia de la sanción de retractación por no existir denuncia de los hechos ante las autoridades penales considerando que los hechos que motivaron el procedimiento de restitución de fondos se remontan a marzo del año 2022, es decir, antes de la entrada en vigor del reformado inciso 4.° del art. 4.° de la legislación en comento.

V. La acreditación de dolo culpa o grave como única hipótesis para que el emisor se pueda liberar de la cancelación de cargos o restitución de fondos ante el usuario

El art. 5.° de la Ley n.° 20009 consagra una acción declarativa que es de competencia exclusiva de los juzgados de policía local correspondiente a la comuna del usuario en caso de que el emisor logre recopilar antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave en las operaciones que el usuario niegue haber consentido o autorizado. Como contrapartida, el emisor solo puede liberarse de su obligación de restituir los fondos o dineros defraudados cuando se acredite dolo o culpa grave del usuario. Este elevado estándar probatorio en muchas oca-

[16] Corte de Apelaciones de Santiago (8/5/2025) rol n.° 23497-2024.

siones resulta difícil de satisfacer por parte de los emisores[17]. Incluso, respecto del actuar doloso, se ha afirmado que

> "la figura dolosa normalmente no se revela a través de actos singulares, sino que, más bien, plurales en un determinado espacio de tiempo"[18].

Asimismo, la jurisprudencia[19] ha advertido a los emisores del elevado estándar probatorio exigible para acreditar este factor de imputación de responsabilidad.

La discusión fáctica de un juicio incoado vía Ley n.° 20009 no se centra en determinar si el emisor adoptó medidas de cuidado o de seguridad idóneas para proteger al usuario en el uso de sus productos y servicios financieros, sino estrictamente en la concurrencia de dolo o culpa grave por parte del usuario en las transacciones u operaciones desconocidas.

Respecto a la delimitación del dolo o la culpa grave en esta clase de juicios, la Corte de Apelaciones de Temuco, citando a Cristián Banfi, ha sostenido:

> "La doctrina se ha limitado a explicar esta definición, con mediana profundidad. Interesa destacar los siguientes aspectos de estas explicacio-

[17] Sobre las dificultades probatorias que tienen los emisores para acreditar el dolo o culpa grave de los usuarios y los diversos criterios sostenidos por los juzgados de policía local y Cortes de Apelaciones, véase Aguayo (2025).

[18] Munita y Aedo (2020) p. 94.

[19] En este sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel (2024) rol n.° 327-2022, c. 8: "Que, consecuente con lo anterior, se desprende en forma evidente que no ha podido quedar correctamente fundada la culpa grave que se asigna al cliente, titular o usuario demandada. En efecto, no se ha acreditado que haya habido una apariencia de una actividad dolosa de parte de su cliente, ahora demandado. En efecto, dicha falta de diligencia que, en los estrictos términos legales del consumidor, requiere ser equivalente al dolo, al hablarse de 'dolo o culpa grave'. Al no haberse acreditado en autos la apariencia de intención de dañar al banco o de engañarlo, ya que la conducta del demandado ha implicado un auto perjuicio en una suma relevante a su patrimonio, descarta el ánimo de perjudicar o engañar"; Corte de Apelaciones de Santiago (2024) rol n.° 2649-2021, c. 9: "Al no haberse acreditado en autos la apariencia de intención de dañar al banco o de engañarlo, ya que la conducta de la demandada ha implicado un auto perjuicio en una suma relevante a su patrimonio, descarta el ánimo de perjudicar o engañar. / En consecuencia, de acuerdo a lo razonado en el motivo octavo, no se aprecia una falta de diligencia en la demandada en términos tales de constituir una culpa grave en su actuación; no constituyéndose en un factor de imputación de responsabilidad –sin perjuicio de que dicha opinión pudiese variar si el Derecho del consumidor cambiase el criterio del grado de culpa para atribuir responsabilidad, pero dado que dicho cambio no ha ocurrido, y sobre la base de lo que se ha expuesto previamente, no se ha configurado los requisitos necesarios para hacer procedente la demanda de autos"; Corte de Apelaciones de Coyhaique (2023) rol n.° 62-2022, c. 15°: "Que, en consecuencia, a juicio de estos sentenciadores, es posible concluir que si bien estamos frente a una eventual falta de diligencia en la conducta desplegada por el usuario demandado, ello en caso alguno implica una acción dolosa o culposa en los términos definidos por el Código Civil, en cuanto no existe antecedente alguno en el proceso que evidencie el ánimo o una intencionalidad de causar perjuicio al banco demandante mediante un ardid o fraude".

> nes: a) la culpa grave es un comportamiento groseramente descuidado, que implica no entender lo que para cualquiera sería evidente e inteligible al extremo que hace presumir dolo en su autor: b) sin perjuicio que la prestación de la culpa varía según el interés que el contrato representa para el deudor, siempre debe prestarse el mínimo de atención, cuyo opuesto es la culpa grave. Por eso, no es condonable en forma anticipada: e) no observar el mínimo de cuidado en la ejecución de una obligación linda en el incumplimiento doloso. Significa un abandono gravísimo y tiene extraordinarios puntos de contacto con el dolo, como que nuestro Código dice que, en materias civiles, equivale al dolo. De todas estas definiciones, es posible concluir que entre la culpa lata y el dolo no hay diferencias de fondo verificables fácticamente. Aunque en un nivel conceptual este último importa 'intencionalidad' mientras aquella no, esto es un problema lingüístico. En efecto, por una parte, se coincide que el incumplimiento grosero de las obligaciones hace presumir dicha intención; por otra, el dolo no se puede probar sino indirectamente, mediante presunciones (Cristián Banfi del Río. "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 2. pp. 291-330 (2000). Sección Estudios)"[20].

Luego, la pregunta por resolver es si el obrar del representante legal de la empresa demandada es susceptible de ser calificada como dolosa o gravemente negligente, pues, de ser así, el banco se liberaría de la obligación de proceder a la restitución de los $8 000 000 transferidos a la cuenta corriente de un tercero.

En la especie, el sentenciador de primera instancia concluyó que los elementos probatorios rendidos no tenían el mérito suficiente para dar por acreditada la existencia de una conducta dolosa o gravemente negligente por parte del usuario, considerando especialmente que la prueba documental rendida no tenía relación alguna con los hechos que fundamentan la acción. Asimismo, estimó creíble el relato del representante legal respecto del delito de secuestro del que habría sido víctima y analizó el papel de la fuerza como vicio del consentimiento materializado en las transacciones cuestionadas. En este sentido, el juez de policía local precisó que el consentimiento del representante legal estuvo viciado por fuerza moral que se configuraría "cuando se le hace saber a la víctima que si no consiente en la celebración del negocio jurídico sufrirá un daño mayor", pues apuntar a alguien con un arma de fuego en el contexto de un secuestro constituiría un vicio que impediría consentir libremente.

Si bien es valorable el análisis jurídico efectuado por el juez de policía local para determinar si se verificó un vicio del consentimiento (fuerza moral) en el

[20] Corte de Apelaciones de Temuco (23/8/2022) rol n.° 101-2022.

usuario demandado, es criticable que dicho análisis se materialice en un procedimiento breve y concentrado como el que se sustancia ante los juzgados de policía local, requiriendo –en estricto rigor– de un juicio de lato conocimiento ante un tribunal civil ordinario. No obstante, el juez de primera instancia resolvió:

> "con el mérito de las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandada y atendida la existencia de una investigación penal vigente en contra de los victimarios del representante legal de la empresa demandada, el tribunal da por acreditada la gravedad de la fuerza. Que dicha fuerza evidentemente es contraria a derecho –toda vez que consistió en la obtención de transferencias bancarias a través de la intimidación con armas de fuego y el secuestro– y, por lo mismo, ha sido determinante"[21].

Por lo anterior estima:

> "no es posible concluir que el haber consentido en la realización de las transferencias bancarias a terceros mientras se está siendo amenazado con armas de fuego en el contexto de un secuestro pueda calificarse como una conducta dolosa o de culpa grave en el cuidado de sus credenciales de seguridad y en perjuicio del banco"[22].

En atención a que el banco fue incapaz de poder acreditar el dolo o culpa grave de la empresa demandada, se ordenó la restitución del monto de $8 000 000, correspondiente a las transferencias electrónicas de dinero objetadas.

Sin perjuicio de que el juez *a quo* justificó razonablemente su pronunciamiento sobre la verificación de un actuar doloso o culpable, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el banco, estimó que el delito de secuestro no fue acreditado en forma fehaciente considerando que la prueba rendida se fundamentaba esencialmente en el relato del afectado. Sin embargo, pese a no acreditar esta circunstancia fáctica, incluso descartó la verificación de una conducta culposa por parte del representante legal del banco demandado, resolviendo al respecto:

> "tampoco es posible establecer la conducta culposa que se le atribuye a la querellada, desde que el Banco no cuenta con elementos probatorios para ello. En efecto, además de los documentos que se refieren a las operaciones cuestionadas, las que no fueron controvertidas, la entidad bancaria sólo acompañó el informe técnico WEB, que emana de la propia parte que lo presenta y que por lo tanto carece de mérito probatorio".

[21] Primer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar (30/5/2023) rol n.° 3247-2022.
[22] *Ibid*.

Lo contradictorio es que la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoció que no existió un actuar culposo por parte de la empresa demandada, pero –a pesar de este reconocimiento expreso– negó lugar a la restitución de fondos por la supuesta falta de legitimación del usuario para poder alegar la restitución de los montos transferidos a terceros por fundar su defensa en el delito de secuestro (circunstancia que –erróneamente, en concepto de la Corte– escaparía del ámbito de aplicación de la Ley n.° 20009).

El art. 5 inciso 4.° de la citada normativa no amerita dudas, disponiendo clara y expresamente:

> "si el juez declarare por sentencia firme o ejecutoriada que no existen antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado, aplicando para ello la tasa de interés máxima convencional calculada desde la fecha del aviso, y al pago de las costas personales o judiciales".

Como se advirtió, la circunstancia de haberse materializado un delito de secuestro resulta indiferente en un juicio declarativo civil encaminado a determinar una conducta dolosa o gravemente negligente de un usuario, sobre todo existiendo una investigación penal en curso tendiente a determinar la verificación del delito y sus circunstancias. El único objeto de la acción declarativa iniciada al amparo del art. 5.° de la Ley n.° 20009 es la acreditación por parte del emisor que el usuario incurrió en dolo o culpa grave en las operaciones que objetó en su reclamo. En el caso de autos, la Corte de Apelaciones expresamente declaró que no existió conducta culposa, pero –apartándose injustificadamente del art. 5.° inciso 4.° de la Ley n.° 20009– descartó la restitución de los fondos defraudados al usuario.

VI. Las consecuencias de la sentencia dictada en el procedimiento declarativo de culpa grave o dolo

No obstante que el banco emisor no logró acreditar el estándar de dolo o culpa grave, lo que ameritaba la restitución íntegra de las transferencias de dinero objetadas por el usuario (tal como fue resuelto por el juez *a quo*), la Corte de Apelaciones de Valparaíso determinó que no procedía la restitución por carecer el usuario de legitimación para solicitarla.

En otros términos, la Corte de Apelaciones de Valparaíso validó el abono normativo de 35 UF realizado por el banco, pero ordenó no restituir al usuario

la diferencia respecto de los $8 000 000. Incluso, esto fue advertido por el abogado integrante, Álvaro Pávez Jorquera, quien, además, estuvo por revocar la sentencia de primera instancia, ordenando que el usuario demandado pagara la suma equivalente a las 35 UF que le fueron abonadas.

La diferenciación efectuada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso resulta ilógica y no encuentra consistencia bajo las normas de la Ley n.° 20009. En ningún supuesto, la normativa valida que un usuario pueda gozar del abono normativo de hasta 35 UF y no obtener la restitución del monto diferencial o; por la inversa, que un usuario deba restituir al emisor el abono normativo, pero, a su vez, obtener del emisor la restitución del monto diferencial superior a las 35 UF. Por consiguiente, en la medida que no exista una medida prejudicial de suspensión de cancelación de cargos o restitución de fondos, el destino del abono normativo quedará sujeto a lo que se resuelva en la sentencia definitiva en el marco del procedimiento destinado a declarar el dolo o culpa grave del usuario.

Los incisos 4.° y 5.° del art. 5.° de la Ley n.° 20009 distinguen en forma clara conforme a la acreditación de dolo o culpa grave del usuario en la sentencia declarativa firme o ejecutoriada pronunciada por el juez:

i) si el juez declara que no existen antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado, aplicando para ello la tasa de interés máxima convencional calculada desde la fecha del aviso, y al pago de las costas personales o judiciales;
ii) por el contrario, si se declara que el usuario actuó con dolo o culpa grave, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable.

En definitiva, yerra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso al negar la procedencia de restitución de fondos, sin referirse al destino del abono normativo de 35 UF. Para ser consistente con la improcedencia de la restitución del monto defraudado, se debió condenar al usuario a pagar al banco la suma de 35 UF vigente a la fecha de cumplimiento de la sentencia, equivalente al abono normativo realizado por el banco demandante.

Conclusiones

En mérito del caso analizado, se pueden arribar a las siguientes conclusiones que permiten delimitar los contornos de la acción por dolo o culpa grave contemplada en el art. 5.° de la Ley n.° 20009:

1. La acción del art. 5.° de la Ley n.° 20009 tiene naturaleza civil declaratoria. Su objetivo es declarar si en las transacciones u operaciones desconocidas por el usuario, éste obró con dolo culpa o grave para así delimitar la procedencia o improcedencia de la cancelación de cargos o restitución de fondos. En el caso estudiado se interpuso una querella infraccional por parte del emisor en contra del usuario, lo cual no tiene sustento jurídico en el marco de las disposiciones contempladas en la Ley n.° 20009.

   El comprender que la acción del art. 5.° de la Ley n.° 20009 reviste naturaleza civil y no infraccional, permite dar solución jurídica a dos problemas prácticos que se suscitan en la tramitación del procedimiento ante los juzgados de policía local:
   i) la improcedencia de la sanción de caducidad por falta de notificación de la demanda dentro de cuatro meses y
   ii) la imposibilidad de interponer una demanda reconvencional –al menos fundada en una pretensión infraccional– por parte del usuario en contra del emisor.
2. El art. 1.° de la Ley n.° 20009 fija un ámbito de aplicación amplio en resguardo del usuario afectado, abarcando supuestos de extravío, hurto o robo de medios de pago, pero también bajo la hipótesis de un "fraude", verificable tanto en el medio de pago como en transacciones electrónicas. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso yerra en considerar que por el mero hecho de que un usuario sea víctima de un delito de secuestro, no resultaría aplicable la Ley n.° 20009. Las circunstancias que rodean a un fraude en el marco de una transacción electrónica –como ocurrió en el caso en análisis– resultan indiferentes para aplicar el procedimiento de desconocimiento de transacciones contemplado en la Ley n.° 20009.

   El no dar aplicabilidad al procedimiento de la Ley n.° 20009 por ser un usuario víctima de un delito que implica operaciones o transacciones desconocidas conllevaría a que todo usuario quedaría desprotegido, debiendo resignarse a que el emisor valide los cargos y fondos comprometidos. Además de negar la calidad de "usuario", se transgrede la calidad de "consumidor" como sujeto digno de tutela jurídica.
3. Si bien tras la Ley n.° 21673 de 2024 todo usuario debe remitir al emisor el respaldo de haber denunciado los hechos fraudulentos ante las autoridades con competencia penal en un plazo de treinta días del reclamo, so pena de aplicarse la sanción de retractación (art. 4.° inciso 4.° de la Ley n.° 20009), dicha obligación y su consecuencial sanción no operan con efecto retroactivo para transacciones desconocidas anteriores a mayo del año 2024. Este requisito no fue objeto del fondo del caso

examinado, pero un ministro concurrió al fallo advirtiendo que no se había cumplido con esta obligación, por lo que –en su concepto– resultaba procedente la sanción de retractación.

4. En virtud del objeto declarativo del juicio que se sustancia en el marco de la acción del art. 5.° de la Ley n.° 20009, la única hipótesis para que el emisor se pueda liberar de la cancelación de cargos o restitución de fondos es la acreditación de dolo o culpa grave del usuario demandado. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró expresamente que el usuario demandado no obró con culpa en las transferencias electrónicas de dinero desconocidas, lo que era suficiente para proceder a la restitución de los montos comprometidos en dichas transacciones, sin embargo, de manera errónea se descartó la legitimación del usuario para obtener la restitución de los montos comprometidos por el solo hecho de haber ocurrido un supuesto secuestro.
5. Por último, en la medida que se haya procedido al pago del abono nor mativo hacia el usuario, la restitución al emisor o mantención en poder del usuario dependerá de la sentencia definitiva que tenga por acreditado el dolo o culpa grave. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, si bien ordena no proceder a la restitución del monto defraudado por el emisor, equivocadamente omite pronunciarse sobre el abono normativo, lo que implicaría su retención en poder del usuario.

Bibliografía

Aguayo Rosso, Sebastián (2025): "¿Es posible acreditar dolo o culpa grave de los usuarios en fraudes bancarios según la ley 20.009? Análisis jurisprudencial de criterios interpretativos en los Juzgados de Policía Local", *Actualidad Jurídica*, n.° 51: pp. 475-498.

Banfi del Río, Cristián (2000): "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.° 2: pp. 291-330.

Cordero, Luis y Contardo, Juan Ignacio (2020): "Regulación de los riesgos del fraude bancario: algunas interrogantes que deja nueva Ley Nº 21.234". Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/08/26/908882/Regulacion-de-los-riesgos-del-fraude-bancario-algunas-interrogantes-que-deja-nueva-Ley-N-21234.aspx [fecha de consulta: 2 de enero de 2026].

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Loayza Mosqueira, Boris (2024): "El Phishing más allá de la Ley N° 20.009: el riesgo para quien lo controla", *Revista Justicia & Derecho* (Universidad Autónoma de Chile), vol. 7, n.° 1.

García Odgers, Ramón (2023): "De luces y sombras. Problemas procesales de la Ley 20.009 sobre Fraude en Transacciones Electrónicas", en Schmitz, C. (coord.), *Estu-*

dios sobre propiedad intelectual, nuevas tecnologías y cosas incorporales. Miradas desde distintas ramas del Derecho (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 625-673.

Isler Soto, Erika (2024): "Ley de Fraudes y abuso del derecho". Disponible en https://estadodiario.com/columnas/ley-de-fraudes-y-abuso-del-derecho/ [fecha de consulta: 2 de enero de 2026].

Munita, Renzo y Aedo, Cristian (2020): "Responsabilidad civil de los bancos por fraudes informáticos a la luz de la ley de protección de los consumidores", *Actualidad Jurídica*, n.° 42: pp. 73-106.

Reveco Soto, Eduardo (2025): "A un año de la última modificación a la Ley N° 20.009 Antifraudes: una inminente reforma a la reforma. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2025/06/02/915095/modificacion-ley-n-20009-antifraudes.aspx [fecha de consulta: 2 de enero de 2026].

Normas

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Ley n.° 18287, Establece Procedimiento Ante los Juzgados de Policía Local, 7 de febrero de 1984.

Ley n.° 19496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 7 de marzo de 1997.

Ley n.° 20009, Establece un Régimen de Limitación de Responsabilidad para Titulares o Usuarios de Tarjetas de Pago y Transacciones Electrónicas en Caso de Extravío, Hurto, Robo o Fraude, 1 de abril de 2005.

Ley n.° 21234, Limita la Responsabilidad de los Titulares o Usuarios de Tarjetas de Pago y Transacciones Electrónicas en Caso de Extravío, Hurto, Robo o Fraude, 29 de mayo de 2020.

Ley n° 21673, Adopta Medidas para Combatir el Sobreendeudamiento, 30 de mayo de 2024.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Concepción (2024): rol n.° 92-2024, de 8 de abril de 2024.

Corte de Apelaciones de Coyhaique (2023): rol n.° 62-2022, de 7 de febrero de 2023.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2025): rol n.° 874-2022, de 1 de agosto de 2025.

Corte de Apelaciones de Rancagua (2023): rol n.° 170-2022, de 1 de marzo de 2023.

Corte de Apelaciones de San Miguel (2024): rol n.° 327-2022, de 29 de febrero de 2024.

Corte de Apelaciones de San Miguel (2023): rol n.° 207-2022, de 1 de febrero de 2023.

Corte de Apelaciones de Santiago (2024): rol n.° 2649-2021, de 15 de febrero de 2024.

Corte de Apelaciones de Santiago (2025): rol n.° 23497-2024, de 8 de mayo de 2025.

Corte de Apelaciones d e Santiago (2025): rol n.° 19120-2024, de 29 de mayo de 2025.

Corte de Apelaciones de Santiago (2024): rol n.° 874-2022, de 2 de agosto de 2024.

Corte de Apelaciones de Temuco (2022): rol n.° 101-2022, de 23 de agosto de 2022.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2023): rol n.° 110-2022, de 3 de enero de 2023.

Corte Suprema (2025): rol n.° 2135-2025, de 23 de mayo de 2025.

Primer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar (2023): rol n.° 3247-2022, de 30 de mayo de 2023.

LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO CONTRACTUAL: FUNDAMENTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS Y RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL

THE FORESEEABILITY OF CONTRACTUAL DAMAGE: HISTORICAL-DOGMATIC FOUNDATIONS AND JURISPRUDENTIAL RECEPTION

Lilian C. San Martín Neira[*]

Resumen: Este texto ofrece una visión panorámica de los antecedentes históricos de la regla de la previsibilidad contenida en el art. 1558 del *Código Civil*. A través de los ejemplos empleados por los autores que forjaron la regla a partir de las fuentes romanas, se ilustra al lector acerca del sentido y aplicación práctica de la norma. El estudio da cuenta de que el objetivo de la regla es circunscribir los daños indemnizables a los asociados a la frustración del propósito práctico perseguido por el acreedor, en la medida en que este haya entrado a formar parte del ámbito de protección del contrato, ya sea en virtud de la información proporcionada por el acreedor o, bien, porque se desprende de otros elementos de la relación contractual. El texto finaliza con una breve revisión jurisprudencial en que se destaca la comprensión de la norma en los términos antes expuestos.

Palabras clave: previsibilidad del daño, ámbito de protección del contrato, propósito práctico.

Abstract: This text offers an overview of the historical background of the rule of foreseeability contained in Article 1558 of the *Civil Code*. Through the examples used by the authors who forged the rule from Roman Law sources, the reader is enlightened about the meaning and practical application of the rule.

[*] Profesora de Derecho Civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y de Empresa, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Correo electrónico: l.sanmartín@udd.cl

The study shows that the objective of the rule is to limit compensable damages to those associated with the frustration of the practical purpose pursued by the creditor, to the extent that it has become part of the scope of protection of the contract, either by virtue of the information provided by the creditor or because it is derived from other elements of the contractual relationship. The text ends with a brief jurisprudential review in which the rule's understanding in the terms set out above is highlighted.

KEYWORDS: foreseeability of damage, contract's scope of protection, practical purpose.

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, según el art. 1558 del *Código Civil*, la indemnización de perjuicios en sede contractual, salvo que el deudor haya incurrido en dolo, se limita a los daños "que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato". En virtud de esta norma, se excluyen del *quantum* indemnizatorio los daños que, aun cuando tengan conexión de causalidad con el incumplimiento –en cuanto constituyen daños directos– no revisten el carácter de previsibles[1]. Sin embargo, la polisemia de la expresión 'previsibilidad' ha determinado que la regla no siempre haya sido bien comprendida y –quizá por lo mismo– la revisión jurisprudencial evidencia que ha tenido escasa aplicación práctica directa, en el sentido de que no es fácil encontrar casos en que se haya excluido de la indemnización un daño por su carácter de imprevisto. Más aún, son relativamente pocos los fallos que de forma expresa se detienen a analizar si un determinado daño es no previsible, esta cuestión generalmente se resuelve muy rápido con fórmulas más bien genéricas.

Por otro lado, el hecho de que la limitación esté contemplada exclusivamente para la responsabilidad contractual ha sido objeto de duras críticas. Así, se ha señalado que su eliminación es necesaria para terminar con las injustificadas diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual, unificando el régimen de responsabilidad civil[2].

[1] En consonancia con esto, ha sido calificada como una excepción al principio de reparación integral del daño DOMÍNGUEZ (2010) p. 18 y ss.; AEDO (2018) p. 660.

[2] En este sentido, DOMÍNGUEZ (1998) pp. 246-247; DOMÍNGUEZ (2000) pp. 580-582. En principio, de la misma opinión sería CÁRDENAS (2005) pp. 379-387, pues afirma que comparte "los argumentos que postula la nueva doctrina civilística, en cuanto a la supresión de la regla de la previsibilidad en el ámbito contractual"; sin embargo, acto seguido el autor destaca las bondades de mantener la regla y de limitarla a los casos de responsabilidad contractual. En el mismo sentido se

Por mi parte estimo que la regla tiene justificación como característica propia de la responsabilidad contractual, a cuya base se encuentra el contrato como mecanismo de distribución de riesgos[3]. Para ilustrar mi punto, en este texto se ofrece una revisión de los ejemplos planteados por los autores que dieron origen a la regla, dando cuenta, también, de la evolución doctrinaria y jurisprudencial en su comprensión.

Con tal objetivo, en lo sucesivo el texto se divide en tres partes:

– Significado histórico-dogmático de la regla
– Aplicación jurisprudencial de la regla conforme a la repartición de riesgos y el ámbito de protección del contrato y
– Conclusiones.

I. Significado histórico-dogmático de la regla

I.1. Previsibilidad como elemento de la causalidad y previsibilidad como límite al resarcimiento

La doctrina nacional y extranjera está consciente de que:

> "el canon de la previsibilidad [como criterio para determinar la cuantía del resarcimiento] puede prestarse a confusión en relación con la exigencia de causalidad de la responsabilidad contractual".[4]

En consecuencia, se han propuesto diversos criterios para establecer la diferencia[5]. Así, Hernán Corral Talciani, siguiendo parcialmente a Valerio Di Gra-

crítica el art. 1321 del *Código Civil* peruano, Ugarte (2023) p. 176 y ss. Una razón para justificar la supresión de esta regla puede encontrarse en el análisis económico del incumplimiento, en este sentido Wahl (2011) p. 618.

[3] Este argumento ha sido abordado en trabajos precedentes, que en buena medida contienen las ideas que a continuación se desarrollan y amplían. Véase San Martín (2012); San Martín (2014).

[4] Cfr. Corral (2010) p. 176.

[5] En tal sentido, a propósito del derecho español, Morales (2010) pp. 157-158, señala: "el significado y la función de la previsibilidad del art. 1107 I no deben confundirse con la función de la previsibilidad en la teoría de la adecuación. En la teoría de la adecuación la previsibilidad significa que no se pueden imputar al sujeto responsable los daños que no pudo prever (ni cuyo conocimiento le era imputable) al ejecutar el acto que fundamenta su responsabilidad. Una cosa es determinar el bien jurídico protegido, lo cual es función del art. 1107 I, y otra determinar si un daño a un bien jurídico protegido es o no imputable objetivamente al sujeto que materialmente lo ha causado, lo cual es función de las reglas de imputación objetiva, entre las que se incluye, con mayor

vio[6], señala que la diferencia entre ambos criterios radica en el *momento* que debe considerar el juez para realizar el juicio de previsibilidad:

> "para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el hecho ilícito que causa daño, es decir, tratándose de la responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación [al daño previsible] establece claramente que el momento en que debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquel en que el contrato se celebra"[7].

De esta manera, la previsibilidad consistiría siempre en un *juicio de normalidad*. Deben, por tanto, considerarse

> "previsibles aquellos efectos dañosos que se han producido conforme con el curso normal de las cosas y, por el contrario, debe estimarse imprevisibles los que se han originado de modo irregular, anormal o extraordinario"[8].

Tal propuesta tiene como ventajas que permite utilizar una sola noción de previsibilidad para ambos problemas y otorga alguna coherencia sistemática al art. 1558. Sin embargo, ella presenta dos inconvenientes: en primer lugar, limita el ámbito de aplicación de la norma a los contratos de larga duración (tracto sucesivo o ejecución diferida), pues solo en ellos habrá posibilidad de distinguir los dos momentos propuestos, en circunstancias que la norma no realiza esa distinción y, en segundo lugar, no logra solucionar problemas como la previsibilidad de los daños morales: ¿bajo qué criterios debe considerarse que los daños morales son previsibles o imprevisibles en sede contractual?[9] y tampoco

o menor extensión, la correspondiente a la teoría de la adecuación". Para un análisis de los distintos intentos de diferenciación en el derecho italiano, véase D'Adda (2019) p. 1304 y ss.

[6] Se trata de una recepción parcial, pues la doctrina de este autor es la siguiente: la previsibilidad, entendida de la misma forma que se conceptualiza en este texto –no como criterio de normalidad– opera tanto para los incumplimientos culpables como dolosos, con la única diferencia respecto al tiempo que juzga en uno y otro caso. A su juicio, solamente en los casos en que el incumplimiento constituya un ilícito extracontractual deberá acudirse al límite de la causalidad, Di Gravio (1999) pp. 208-209.

[7] Corral (2010) p. 177. En este mismo sentido González (2022) p. 421, explica la regla de la previsibilidad en el derecho civil español.

[8] Barrientos (2007) p. 20. La idea de normalidad como criterio explicativo de la regla de previsibilidad no es privativa de la doctrina nacional. Así, en España se ha señalado: "el art. 1107, I [equivalente al 1558] contiene, además, otro criterio causal que podría formularse así: son igualmente irresarcibles aquellas consecuencias que constituyen un resultado anormal, irregular respecto del incumplimiento; es decir, se apartan según la común experiencia del curso ordinario de las cosas (*id quod plerumque acci*dit)". Cfr. León (2006) p. 133.

[9] Sobre las varias explicaciones que se han dado al respecto en la doctrina nacional, véase De la Maza (2023) p. 80 y ss.

se hace cargo de la justificación de la limitación: ¿por qué en la delimitación del daño resarcible se considera el tiempo de la celebración del contrato y no el del incumplimiento? Por mi parte, considero que no es casualidad que la previsibilidad como límite del resarcimiento haya sido formulada exclusivamente en sede contractual[10]; por consiguiente, parece oportuno realizar un esfuerzo para darle un contenido autónomo a la regla. Para ello resulta especialmente útil considerar sus antecedentes históricos, pues dan cuenta con bastante claridad acerca de su contenido y ámbito de aplicación.

I.2. La previsibilidad como límite equivale al "riesgo" involucrado en la prestación y conocido por el deudor

1. Explicaciones propuestas sobre el sentido de la regla

Como expone en forma sucinta Hernán Corral[11], a lo largo de la historia han sido formuladas diversas explicaciones de la regla de la previsibilidad. Así, en principio se la justificó en el consentimiento como fundamento de la obligación de resarcimiento, en tal sentido se señalaba que es de presumir que el deudor no se ha querido obligar a más del daño previsible. Otros, en cambio, justifican la procedencia de la norma en el principio de buena fe, en cuanto ella se opondría a que indemnicen al acreedor perjuicios que se producen de un modo imprevisto e inesperado para el deudor y que podían preverse solamente por las informaciones del acreedor. Otros, hablan de la justicia contractual y la distribución de riesgos: se ha entendido que es el acreedor quien debe soportar el riesgo del desequilibrio contractual que suponen los daños imprevistos. También se ha justificado la máxima en la naturaleza del daño contractual, en razones de política legislativa y en razones de eficiencia económica.

Por último, se ha propuesto una visión amplia, según la cual la regla:

> "parece conveniente desde el punto de vista económico y político-legislativo, es más congruente con la racionalidad del contrato como instrumento de transferencia de bienes y servicios y resulta más sen-

[10] En el mismo sentido, a propósito del derecho italiano, que exprofeso excluye la regla de la responsabilidad aquiliana, D'Adda (2019) p. 1300. En Chile, Banfi (2012) p. 3 y ss. pareciera ser de la idea contraria, pero lo cierto es que el autor refiere a la previsibilidad como regla de la causalidad adecuada, no en el sentido que se explica en este texto.

[11] Corral (2010) p. 180 y ss. Sobre este punto véase también, Domínguez (1998) p. 506 y ss.; Gómez (2002) p. 108 y ss.; Viney et Jourdain (2001) p. 594 y ss.; Cárdenas (2011) p. 734; Ulloa (2020) p. 4.

> sata como presunción de lo que las partes han querido cuando no ha habido convención expresa en contrario"[12].

En España, Fernando Gómez, criticando duramente las opiniones tradicionales, sostiene:

> "la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato"[13].

Por su parte, Antonio Morales, siguiendo a Fernando Pantaleón[14], afirma que la regla se refiere al fin de protección del contrato[15], entendido este como "el interés del acreedor configurado y garantizado por el contrato"[16].

En este texto se comparte la opinión de este último autor, pues, como se demostrará, a ese resultado lleva el análisis de sus fuentes históricas.

2. Origen y justificación histórica de la regla

Es sabido que los orígenes de la norma remontan a la obra de los juristas franceses Charles Dumoulin y Robert Pothier[17], aunque también encontramos vestigios de la misma en la obra de Jean Domat y con anterioridad en el derecho romano[18]. De ahí pasó al *Código Civil* francés[19] y luego a gran parte de los Códigos latinos[20]. Asimismo, es conocido el hecho de que la regla fue adoptada en el *common law* a partir del caso Hadley v. Baxendale (1854), reiterada en el conocido caso Victoria Laundry v. Newman Industries (1949) y en buena medida refinada en los

[12] Corral (2010) p. 187.

[13] Gómez (2002) p. 53. En sentido similar, Di Gravio (1999) p. 155 y ss.; González (2022) p. 421.

[14] Véase Pantaleón (1991) pp. 1019-1091; Pantaleón (1993) p. 1719 y ss.

[15] Morales (2010) p. 164. En este mismo sentido Ruiz (2016) p. 409 y ss.; López (2017) p. 317.

[16] Ruiz (2016) p. 412.

[17] Barrientos (2023) p. 404 y ss.

[18] Por todos, Cannata (2008) p. 26 y ss.; Carrasco (1989) p. 1 y ss.; Fuentes (2009) p. 289 y ss.; San Martín (2012) p. 133 y ss.; Ruiz (2016) p. 409 y ss.

[19] Original art. 1150 y actual 1231-3: "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont *été* prévus ou qui pouvaient *être* prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive".

[20] Así art. 1107 del CC español; art. 1225 del CC italiano; art. 1150 del CC belga; art. 1613 del CC de Quebec; art. 1616 del CC colombiano; art. 1059 del CC brasileño; art. 1321 III del CC peruano; art. 1346 del CC uruguayo; art. 1601 del CC ecuatoriano.

casos Heron II (1967) y Achileas (2008)[21]. Ella ha tenido, también, recepción en los cuerpos de armonización del derecho contractual. En este sentido, cabe mencionar el art. 74 de la CISG, el art. 9:503 de los PECL, el art. 107 de los PLDC, el art. III. 3:703 del DCFR y el art. 161 del CESL. Sin embargo –es importante señalarlo–, la previsibilidad no presenta la misma estructura y función en todos los ordenamientos o cuerpos normativos que la contemplan. Al efecto, se advierten dos formas de regularla y entenderla:

i) como límite general aplicable a cualquier tipo de incumplimiento (doloso o culpable) y
ii) como un límite reservado para los incumplimientos simplemente culpables, esto es, excluidos aquellos dolosos o gravemente culpables.

En el primer caso, la regla se integra al interior del juicio de causalidad, mientras que en el segundo se trata de un criterio ulterior, que opera sobre daños que han superado el test de causalidad, debido a que este último constituye el límite general para todo tipo de incumplimiento[22]. Dado el tenor literal del art. 1558, es claro que el ordenamiento jurídico chileno se inserta en el segundo grupo[23]. De modo que en Chile la previsibilidad constituye un límite autónomo, independiente de la causalidad y que obra por sobre esta[24]. Esta idea es avalada por los antecedentes históricos de la norma, los que a continuación se reseñan.

Los antecedentes remotos de la disposición se encuentran en el derecho romano, a raíz de la generalización del *id quod interest* como fórmula para la determinación del *quantum* indemnizatorio[25], en cuya óptica se inserta una famosa constitución de Justiniano contenida en C.7.47[26], que establece límites generales al *quantum condemnationis*, dependiendo de si se trataba de un caso cierto o incierto. En el primer caso, la indemnización se limitaba al *duplum*, mientras que en el segundo quedaba entregada a criterio del juez[27].

---

[21] Por todos, Eisenberg (1992); Domínguez (2000) p. 275 y ss.; Burrow (2009) p. 83 y ss.; Corral (2010) p. 212; McGregor (2014) p. 209 y ss.

[22] Por todos, Von Bar y Clive (2010) vol. I, p. 928 y ss.; McGregor (2014) p. 211 y ss.; De la Maza, Pizarro, Vidal (2017) p. 72; Schwenzer & Schroeter (2022) p. 1314 y ss.

[23] La misma observación, a propósito de los ordenamientos italiano y francés formula D'Adda (2019) p. 1304 y ss. Véase también Valcavi (1990) p. 1946 y ss.

[24] En el mismo sentido De la Maza y Vidal (2018) p. 635 ss.

[25] Provera (1971) p. 222 y ss.

[26] Según su texto, la *Constitución de Justiniano* distingue dos hipótesis de obligaciones incumplidas y a cada una de ellas conecta una determinada modalidad de avaluación de perjuicios. La primera se refiere a los llamados casos ciertos (o sea aquellos "qui certam habent quantitatem vel naturam"), entre los cuales se incluyen el arriendo, la venta y en general todos los contratos. La segunda, se refiere a los llamados casos inciertos ("qui incerti esse videtur"). En los casos ciertos la condena no podía exceder del doble del valor de la cosa (criterio del *duplum*); en los casos inciertos la valoración del monto del daño quedaba entregada a la moderación del juez. Smorto (2005) p. 143. Sobre los antecedentes que llevaron a esta solución, véase Ratti (1932) p. 169 y ss.

[27] Una amplia exégesis de esta constitución puede verse en San Martín (2012) p. 56 y ss.

Una vez redescubierto el C*orpus Iuris*, los doctores medievales dedicaron cuantiosas páginas a la extensión del resarcimiento, sobre todo a C.7.47, dado que constituye la única de sus disposiciones que toca abiertamente el tema, sin que se haya logrado durante siglos consenso al respecto[28]. En lo que aquí respecta, un papel fundamental tuvo Charles Dumoulin (1500-1566)[29], cuyo *Tractatus de eo quod interest*[30], estableció las bases del actual sistema de resarcimiento del daño contractual[31].

Al efecto, afirma que la distinción entre *casus certus* e *incertus* depende del objeto de la obligación de resarcimiento, pues esta no deriva del incumplimiento, ni de la privación del bien sufrido por el comprador, sino de la presencia de un daño[32]. En este sentido, sostiene, es distinto el caso en que el vendedor no efectúe la tradición (o el vendedor sea privado posteriormente de la cosa), de aquel en que entregue una cosa viciosa, pues, en este caso, el vendedor no responde por la cosa, sino por el perjuicio que esta cause al comprador[33]. De esta manera, la no entrega o evicción de la cosa confieren a la obligación de resarcimiento un objeto específico cierto; en cambio, la entrega de un bien viciado o bien carente de las cualidades prometidas le confieren un objeto específico incierto[34], porque en estos casos el vendedor se hace responsable, no por el valor del objeto de la prestación, sino por los daños que este ocasione en el patrimonio del comprador. En este último caso, habrá lugar al resarcimiento de todo el *id quod interest*, que consiste en "omnem iustum verum, propinquum, non remotum detrimentum"[35].

En este punto surge la previsibilidad del daño como explicación para la limitación del resarcimiento al *duplum*. En efecto, entre los problemas que los autores medievales no habían logrado explicar estaba la justificación del límite del *duplum*: ¿por qué cuando se trataba de casos ciertos el *interesse* se limitaba al *duplum*? Y, por otro lado, ¿qué parámetros debían seguir los jueces a la hora

[28] Un completo análisis de las opiniones de los doctores medievales en la materia puede verse en Procchi (2011) p. 363 y ss.

[29] En latín Carolus Molineaus, sobre este autor revisar Viollet (1966) p. 224 y ss.

[30] Dumoulin (1681). En la recopilación de antecedentes que constituyen la base de este trabajo se tuvieron a la vista tres versiones del *Tractatus*. La primera, editada en Venecia el año 1574, donde el autor aparece bajo el nombre de fantasía Gaspare Caballino de Cingulo, pues por ese entonces regía la prohibición de publicación de sus obras. La segunda, es la que aparece en el volumen III de la *Opera Omnia* editada en París, edición de 1681. Ambas conservadas en la Biblioteca Nacional de Roma. La tercera de 1576, publicada en Colonia, también a nombre de Gaspare Caballino de Cingulo, está disponible en www.google.it/books?id=oSk8AAAAcAAJ.

[31] Así lo reconoce Pothier (1954) p. 40, véase también Barcellona (1980) p. 30.

[32] Sobre este punto véase Lupoi (1969) p. 46; Barcellona (1980) p. 40.

[33] Dumoulin (1681) § 4.

[34] Barcellona (1980) p. 40. Así, el que entrega vasijas defectuosas no se hace responsable por el valor de estas, sino por el valor del licor derramado a causa del defecto. Dumoulin (1681) § 49.

[35] Dumoulin (1681) § 5.

de determinar la cuantía del resarcimiento en los casos inciertos? Para contestar estas interrogantes Charles Dumoulin recurre a la previsibilidad[36], siguiendo un criterio que ya había sido anticipado en las fuentes romanas[37]. Al efecto afirma que la razón de ser de C.7.47 se debe a que el interés extrínseco –en los casos ciertos e inciertos– no debe exceder los límites del objeto que, verosímil mente, aparecían al tiempo del contrato o, bien, los límites del peligro [asumido] o del caso previsto, o tácitamente aceptado[38].

Ahora bien, cuando se trata de los casos ciertos, lo previsto será el *duplum*, pues, verosímilmente, el deudor no habría previsto, ni pensado, asumir un daño, o peligro, mayor que la cosa principal, más de lo que costaba la misma[39]. Cuando se trata de un caso incierto, no hay una cantidad a la cual hacer referencia, pero se debe razonar de la misma forma, en consecuencia, el monto "previsto" debe ser determinado por el juez haciendo uso del *competens moderamen*[40].

En definitiva, unifica los *casus certi* e *incerti* bajo una misma *ratio*: "la previsión del daño"[41]. En el *casus certus* se presume que lo previsto no excede el *duplum*, mientras que en el *incertus* se otorga al juez una herramienta para indagar el *quod re vera inducitur damnum*, determinando así cuáles de los daños alegados por el acreedor deben ser atribuidos al responsable, y cuáles deben quedar fuera de la *summa condemnationis*[42]. El criterio para efectuar esta determinación es el *riesgo* [peligro] que de forma expresa o tácita haya aceptado el deudor incumplido al tiempo del contrato, criterio expresamente formulado en *D*.19. 1.43 y subyacente a *D*.19.1.21.3, que sirvió de base a la distinción medieval entre *interess circa* y *extra rem*[43]. En efecto, este último pasaje refiere el caso de un

[36] Sobre el punto véase Gnani (2008) y bibliografía ahí citada; Gnani (2009) pp. 356-362.

[37] Véase *D*.19.1.43.

[38] Véase Dumoulin (1681) § 57-60.

[39] En este sentido señala Dumas (1913) pp. 112-113: "Tout l'effort de Dumoulin tend à prouver que cet intérêt extrinsèque, qui constitue le deuxième *élément* des dommages et intérêts, no doit pas excéder la valeur de l'objet. C'est une peine et la peine ne doit pas excéder la faute. Pas davantage, l'accessoire ne doit dépasser le principal".

[40] Véase Dumoulin (1681) § 60.

[41] Nótese la rúbrica con se indica esta materia en el índice del Dumoulin (1681): "60. Analogia casuum incertorum ad certos 61. 62. 64.65".

[42] A este efecto es clarificador el ejemplo contenido en el § 179, en este el autor pone el caso de un inquilino que quema culposamente la casa. Con posterioridad al contrato de arriendo, el propietario había celebrado un contrato de compraventa, recibiendo cuatro mil por concepto de la mitad del precio y comprometiéndose a hacer tradición de la casa a final del año, bajo cláusula penal. Todos los daños que deriven al propietario de no poder cumplir el contrato de compraventa –sostiene el autor– son daños no previstos por el inquilino al tiempo del contrato, por tanto, este no responde sino por el valor de la casa. Véase Dumoulin (1681) § 179.

[43] Esta es una distinción básica para el entendimiento de las reglas de indemnización modernas, pues será la superación de esta distinción la que llevará a formular el principio de resarcimiento integral del daño.

vendedor que incurre en mora de entregar el trigo y vino vendidos, ello acarrea al comprador dos daños: la muerte de los esclavos a causa de la falta de trigo para alimentarlos y la pérdida de la ganancia por la no comercialización del vino. Analizando la extensión del resarcimiento, Paulo afirma que él alcanzará "toda la utilidad", pero esta comprende solo el valor de la cosa (*utilitas quae circa rem consistit*), quedando excluidos el valor de los esclavos muertos y la ganancia por la eventual venta del vino. Ahora bien, refiriéndose a la ganancia frustrada, la doctrina romanista es conteste en que ella no se debía porque el comprador no era un comerciante que acostumbrase a comprar para reventa[44]; en otras palabras, el riesgo de esa pérdida no había sido previsto por el vendedor al tiempo de contratar, por no tratarse de un riesgo incluido en el contrato. Para ilustrar su punto, el autor da una serie de ejemplos, que a continuación se reseñan.

En orden de aparición, el primer caso tratado es la venta de tinajas fabricadas para la conservación de cerveza o sidra y que el comprador usa para la conservación del vino, esas, al no ser aptas para tal fin, se rompen[45]. Analizando la responsabilidad del vendedor, el deudor sostiene que, si el vendedor entregó vasijas aptas para el fin convenido, solo el comprador ha incurrido en *culpa*, por tanto, a este debe imputarse todo el daño[46]. En esta parte de su obra Charles Dumoulin corrobora su teoría sobre la previsibilidad, sosteniendo que el vendedor no ha asumido el riesgo de la conservación del vino, por consiguiente, no debe responder[47]. En otras palabras, el deudor no ha incurrido en incumplimiento.

Empero, ¿qué pasaría si las tinajas vendidas no hubieran sido aptas ni siquiera para conservar la cerveza o la sidra? Estas se rompieron conteniendo vino, fue esta la pérdida sufrida por el comprador, además, él está en *culpa*, pues introdujo vino en tinajas para cerveza. Una aplicación estricta de la regla "todo o nada" (o compensación de culpas) llevaría a que el comprador no tiene derecho alguno al resarcimiento, pues su *culpa* compensa aquella del vendedor. Sin embargo, Charles Dumoulin sostiene que el comprador está en *culpa*, pero esta no debe agravar ni purgar la *culpa* del vendedor. En otras palabras, por el hecho de que el comprador incurra en culpa, el vendedor no debe ver empeorada ni mejorada su condición; por tanto, en ambos casos responderá solo hasta el peligro expresa o tácitamente previsto al tiempo del contrato, o sea, el valor de la cerveza o sidra que el comprador habría ordinariamente puesto en las vasijas[48].

[44] Expresamente en este sentido: Glück (1889) pp. 819-820; Ferrini (1908) p. 585; Arangio-Ruiz (1990) p. 234; Talamanca (1993) p. 438; Bove (1969) p. 145.

[45] Dumoulin (1681) § 60.

[46] *Op. cit.* § 61.

[47] *Op. cit.* § 60.

[48] *Op. cit.* § 61.

Acto seguido el autor pone un segundo ejemplo, prácticamente idéntico al anterior. Supongamos, sostiene, que una persona tenga dos casas de diferentes tamaños y compra vigas para reconstruir o, bien, apuntalar la más pequeña, pero luego, habiendo cambiado de idea, decide usarlas para la más grande. Si las vigas resultan ser viciosas, de modo que no habrían soportado ni siquiera el peso de la casa pequeña para la cual fueron compradas, cabe la pregunta, ¿debemos considerar al vendedor responsable por el *detrimentum* sufrido en la casa grande, *in totum*, *vel nullo modo*, *aut quatenus*? El autor no libera al vendedor de responsabilidad, sino que la limita al daño que verosímilmente habría sufrido la casa pequeña, pues solo este fue el daño "praecogitatum, & illud solum tacite fusceptum", y agrega: "reliquum sibi dominus imputet: et hoc est aequissimum", pues, sostiene, si este hubiera advertido al vendedor del destino que daría a las vigas, este último habría sido más diligente y solícito a fin de entregar vigas sanas[49].

El tercer caso también se refiere a la compraventa de vigas para reparar una casa que no resultan aptas para tal fin. Mientras se llevan a cabo las reparaciones, la casa se derrumba a causa del vicio de las vigas, aplastando los muebles que el propietario había dejado dentro. Surge, entonces, la pregunta, ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad del vendedor? La respuesta del autor es que, sin duda, la *culpa* del vendedor es *causa sine qua non* de todo el daño[50]. Empero, debe responder solamente por el valor del edificio, no por los muebles que estaban en su interior. Para justificar esta solución da cuatro motivos: primero, si bien se trata de una consecuencia inmediata, no es una consecuencia necesaria de la destrucción de la casa[51]; segundo, el vendedor no había previsto tal peligro, sino solo aquel referido al daño del edificio; tercero, el comprador debe imputar a sí mismo la pérdida de las cosas que, pudiendo y debiendo haber sido sacadas de la casa, fueron expuestas a un peligro que podía haber sido evitado[52]; cuarto, según la normas de la *actio empti* el vendedor es responsable solo por el edificio y las cosas adherente a este, no por las cosas que podían y debían ser sacadas. Empero, sostiene, este caso es diferente de aquel en que la casa, que estaba vacía durante los trabajos, se caiga una vez terminados estos y cuando estaba ya habitada, pues, en esta hipótesis el vendedor responde no solo del valor del edificio, sino, también, de los muebles que estén en su interior[53]. En síntesis, en la primera hipótesis la destrucción de los muebles no da lugar a indemnización porque no desamoblar la casa mientras se arregla constituye *culpa* del comprador, que genera un daño no atribuible al vendedor: *imprevisible*. De hecho,

[49] Dumoulin (1681) § 62.
[50] *Op. cit*. § 63.
[51] *Ibid*.
[52] *Op. cit*. § 64.
[53] *Ibid*.

una vez enumeradas todas las razones, el autor insiste en que el principal motivo de la privación del resarcimiento radica en las dos últimas razones[54]. Por el contrario, dado que la casa debe amoblarse para vivir en ella, no hay ninguna *culpa* del acreedor en tener amoblada la casa una vez terminados los trabajos y, por tanto, el riesgo de destrucción de los muebles debe ser asumido por el deudor incumplido, en otras palabras, se trata de un *daño previsible*.

Así las cosas, en la obra de Charles Dumoulin la *previsibilidad* del daño se entrelaza con la *culpa del acreedor*[55]. Los tres casos en que emerge claramente la *culpa* del acreedor, sea para excluir o, bien, limitar la responsabilidad, pretenden demostrar que el contratante incumplido no debe indemnizar los daños que correspondan a riesgos no contemplados al tiempo de contratar, pues tales riesgos deben ser asumidos precisamente por quien, de manera negligente:

i) no los hizo parte del contrato (no informó el motivo del contrato);
ii) dio lugar a ellos con posterioridad al acuerdo (destinando la prestación a un fin distinto del convenido) o
iii) se expuso a ellos imprudentemente (no adoptó las medidas conducentes a precaver el daño).

Más tarde, una vez desaparecida la vigencia de la Constitución Justinianea, Robert Pothier –retomando una antigua distinción medieval– afirma que el deudor es responsable solo por los daños *intrínsecos*, pero en algunos casos se obliga también a los daños *extrínsecos*, esto ocurre cuando tales daños han sido *previstos* en el contrato. Para justificar su punto, recurre a la obra de Charles Dumoulin, reformulando sus ejemplos y proponiendo otros. Sin embargo, en su doctrina pierde centralidad la culpa del acreedor, para centrarse en la distribución de riesgos contractuales. De esta forma, para este autor la previsibilidad alude al riesgo involucrado en la prestación y conocido por el deudor al tiempo de contratar, de acuerdo con el fin práctico perseguido por acreedor. Los ejemplos usados por él son los siguientes.

El primero se refiere al caso de un canónigo al que se le vende un caballo y luego el deudor culpablemente no puede entregarlo a tiempo. El vendedor queda, desde luego, obligado al mayor precio del caballo, pues su precio, como el de la mayoría de las cosas, "es variable". En otras palabras: el riesgo del aumento de precio lo asume el vendedor. Pero ¿qué pasa con los daños derivados del destino que el comprador quería dar al caballo? En el caso, el hecho que el canónigo a causa de la falta de caballo no pudiera concurrir a retirar sus "grandes frutos". En principio, el vendedor no responde de estos daños, a menos que se haya obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio a recoger sus grandes frutos. La explicación de esto, sostiene, radica en

[54] Dumoulin (1681) § 64.
[55] En el mismo sentido, véase Leone (1913) p. 596.

que "el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose, por lo tanto, que me había encargado de éste"[56].

El segundo ejemplo alude a las vigas de madera vendidas para apuntalar una casa, la cual se cae como consecuencia de que los maderos estaban podridos. Si el vendedor no era entendido en el asunto, sostiene, solo deberá una deducción sobre el precio y no el valor de la casa. La justificación radica en que "se ha de reputar como no habiéndose encargado de ese riesgo". Distinto sería el caso si el vendedor hubiera sido un carpintero, pues aquí responde de la ruina de la casa. Con todo, si el comprador emplea las vigas para apuntalar una casa más grande de aquella que le informó al vendedor que apuntalaría, el vendedor solo responde del valor de la casa más pequeña, pues "no debe reputársele por responsable de otra cosa más que del riesgo de que se ha encargado"[57].

El otro ejemplo que usa es el del arrendatario de una casa. Si la casa fue arrendada para habitación, no responde el arrendador por el comercio que el arrendatario hubiera instalado en la casa, pero si fue arrendada con este objetivo, sí responde.

Asimismo, expone el caso de un carpintero que vende puntales para sostener una casa, que cede por defecto de los puntales. El autor explica que el vendedor es responsable del valor de la casa, pero no de los muebles que se rompen por haber quedado al interior del edificio. La razón radica en que de ordinario se desamuebla una casa que se apuntala; por consiguiente: "dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos que se hubiese encargado expresamente de ese riesgo"[58]. Esta situación, en cambio, es distinta del caso en que se encarga a un albañil la construcción de una casa que cede por defecto de construcción una vez que el mandante vive en ella. En este caso el albañil debe responder, pues:

> "al obligarse a construirme una casa para vivir en ella, o un inquilino, no podía ignorar que se llevarían a ésta muebles, pues no podía habitarse en ella sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de estos".

Finalmente, Robert Pothier agrega una nueva hipótesis a este caso y afirma que, en todo caso, el albañil no responde por la pedrería o cuadros de elevado precio que se hubieren ingresado en la casa, en este caso la indemnización se limita al valor de los muebles que de ordinario tiene una persona de la condición del mandante.

[56] Pothier (2007) p. 93.
[57] *Op. cit*. p. 94.
[58] *Op. cit*. p. 95.

También expone dos ejemplos relacionados con la cuantía del daño. El primero, se refiere a la compraventa de una heredad con viñas situada en un lugar apartado y cuyas únicas rentas provenían de la comercialización del vino, pero eran muy bajas debido a la falta de mercado. Suponiendo que después de la compra el rey manda construir un canal que facilita la exportación del vino y luego el comprador es expulsado de la heredad, el daño sufrido por el comprador equivale a las rentas que podría obtener en las condiciones de mercado presentes al momento de la expulsión, pero como estas exceden con mucho al precio original de la heredad (se vendió en 4 000 y los daños superan las 16 000), el resarcimiento debe moderarse según el criterio de *previsibilidad* contenido en la C*onstitución de Justiniano* y, por tanto, limitarse "a la suma que [el deudor] ha podido pensar que podían llegar como máximo". La moderación se deja al arbitrio del juez.

El segundo ejemplo relacionado con la cuantía del resarcimiento es el de la venta de toneles, tomado con alguna variación de la obra de Charles Dumoulin antes reseñada. En este caso, afirma, el daño debido por el vendedor no tiene relación con el precio de los toneles, sino con el vino, el que excede ampliamente el valor de las barricas. Sin embargo, si el comprador almacena en ellas un *vino extranjero* u *otro licor de un precio inmenso*, el vendedor solo responde hasta la concurrencia del mejor vino del país, pues al vender los toneles, "no entendía encargarse de otro riesgo", dado que no podía prever que se almacenara en ella un licor de tan elevado valor[59].

Para concluir con esta reseña, es importante señalar que para Robert Pothier la previsibilidad no opera cuando se trata de incumplimientos dolosos, pues, en este caso, afirma, el resarcimiento se extiende a todos los daños, excepto aquellos que sean una consecuencia lejana o innecesaria del incumplimiento y explica el alcance de esta afirmación con el conocido caso de la vaca afecta de morbo[60].

3. Explicación de la regla a la luz de los ejemplos de Robert Pothier

Analizados los ejemplos dados, resulta que la previsibilidad no tiene relación con aquello que el deudor podía "estimar" como posibles daños para el acreedor en caso de incumplimiento, sino con los riesgos asociados al destino de la prestación, siempre que este estuviera real o potencialmente en conocimiento del deudor[61]. En palabras actuales, el deudor que no ha incurrido en dolo no es res-

[59] Pothier (2007) p. 97.

[60] Para un extenso análisis de este ejemplo y sus consecuencias para la regulación del *quantum* indemnizatorio, se reenvía a lo señalado en San Martín (2012) p. 166 y ss.

[61] A una conclusión similar llega Tommaso Pellegrini, para quien la previsibilidad se relaciona con los intereses del acreedor que la obligación estaba llamada a satisfacer. Pellegrini (2018) p. 191.

ponsable de cualquier daño causalmente vinculado al incumplimiento, sino solo de aquellos que constituyen una frustración del propósito práctico perseguido por el acreedor conforme al ámbito de protección del contrato[62].

Lo dicho se desprende con claridad de los ejemplos referidos, así:

i) el canónigo que compra un caballo para ir a retirar sus *pingües frutos*, tiene derecho a que se le indemnice por no haber podido hacerlo, solo si ese propósito había formado parte de lo pactado en el contrato;
ii) el comprador de vigas de madera solo tiene derecho al valor de la casa para cuyo reforzamiento fueron vendidas las vigas, no de aquella más grande;
iii) el arrendatario solo tiene derecho a que se le indemnice la pérdida del negocio entablado en el inmueble si desde el principio se acordó que ese sería el uso que le daría;
iv) quien compra puntales para una casa, solo tiene derecho a que se le indemnice el valor de la casa, no los muebles que estaban adentro, a menos que se hubiera acordado que la casa estaría amoblada;
v) por el contrario, quien encarga la construcción de una casa para vivir en ella o arrendarla, tiene derecho a que se le indemnice por los muebles que se ingresen en ella, debido a que su destino económico (habitación) exige la presencia de muebles;
vi) con todo, si lo perdido son cuadros o piedras valiosos, el resarcimiento se limita a los muebles que de ordinario tiene una persona como el mandate.

En síntesis, la destinación económica de la prestación determina los riesgos que asume el deudor y la concreción de estos constituye un daño previsto. No se trata de un juicio de "normalidad" o "estimación", sino de un juicio económico que mira a los intereses del acreedor en el contrato y cuya lesión el deudor aceptó como riesgos de su incumplimiento[63]. Por tanto, para que sean previsibles no basta con que los daños aparezcan como probables o normales, es necesario que consistan en la concreción de riesgos cubiertos por el contrato, esto es, conocidos y aceptados por el deudor[64].

Con todo, la "normalidad" o "estimación" será relevante cuando la cuantía del daño está influenciada por un factor ajeno a la relación contractual. Así, el comprador de una heredad que sufre un gran perjuicio como consecuencia del aumento de sus posibilidades de comercializar el vino que produce, gracias

[62] En el mismo sentido, Bianca (1994) p. 154; Fuentes (2009) p. 322; Morales (2010) p. 165; Ugarte (2023) p. 179.

[63] A una conclusión semejante arriban Pantaleón (1991) pp. 1027-1028 y Carrasco (1989) p. 22.

[64] En sentido similar Morales (2010) p. 169.

a un canal mandado a construir por el rey, no debe obtener una indemnización integral, pues la construcción de ese canal no formaba parte del contrato, se trata de una circunstancia anómala, que no fue considerada en las negociaciones. En efecto, aunque no se dice expresamente, es claro que si el vendedor hubiera sabido de la próxima construcción del canal, hubiera vendido más caro; de esta manera, se establece una relación entre la cuantía del daño previsible y el beneficio obtenido por el contratante incumplido. Asimismo, si el comprador de toneles corrientes coloca en ellos vino extranjero o un licor valioso y se pierde por defecto de los toneles, no tiene derecho al resarcimiento integral, sino solo al valor "del mejor vino del país". En este caso lo determinante es la anormalidad de la conducta del comprador que influye directamente en la cuantía del daño sufrido. Empero, en ambos casos la limitación se justifica en consideración al *riesgo* asumido por el contratante incumplido.

De lo anterior se desprende que en la doctrina de Robert Pothier cumple dos roles cuando se trata de fijar la extensión de la responsabilidad:

i) permite individualizar los daños resarcibles, entendidos como rubros indemnizatorios y
ii) sirve para delimitar la cuantía en aquellos casos en que, si bien el rubro en sí es abstractamente previsible (por ejemplo: lucro cesante), su cuantía se ha visto exacerbada por una causa extraña, no considerada al tiempo de contratar[65].

En este caso, el daño en sí es previsible, lo único imprevisible es su cuantía, en consecuencia, no cabe excluir el resarcimiento, sino reducirlo. Robert Pothier intenta dar criterios objetivos para la moderación (como el valor del mejor vino del país), pero a fin de cuentas lo deja a la discreción de juez.

En conclusión, en la doctrina de Robert Pothier la previsibilidad delimita el daño contractual desde dos perspectivas:

i) indica qué daños deben ser resarcidos por el deudor por estar relacionados con el destino económico de la prestación conocido por el deudor y

[65] Esta constatación es relevante, pues una de las discusiones clásicas en torno a la previsibilidad es si ella se refiere solo al tipo de daño o, bien, alcanza también a su cuantía. San Martín (2012) p. 190. En la actualidad pareciera ser que la tendencia es considerar que abarca ambas cuestiones: tipo y cuantía del daño. Así, en Francia Geneviève Viney afirma que la tesis restrictiva ha sido superada por la jurisprudencia: (Viney et Jourdain (2001) pp. 582-583. Asimismo, en España José León sostiene que debe asumirse "la interpretación más amplia posible que permite el texto del artículo 1107. Es decir, creemos que el deudor de buena fe nada debe por lo que fuera imprevisible en su causa y en su cuantía. En suma, no debe sino la cuantía previsible de perjuicio". Cfr. León (2006) p. 146. Lo mismo opina la doctrina nacional, véase Pizarro (2008) pp. 160-161; Corral (2010) p. 190.

ii) establece una limitación a la indemnización cuando la elevada cuantía de los daños se deba a una causa extraña, que no fue considerada al tiempo de contratar [66].

II. Aplicación jurisprudencial de la regla conforme a la repartición de riesgos y el ámbito de protección del contrato

II.1. La distribución de riesgos y ámbito de protección del contrato como base de la regla de previsibilidad. El ejemplo de "Zorin con Huachipato"

De acuerdo con el análisis histórico realizado, la regla de la previsibilidad se traduce en que el acreedor tiene derecho a la indemnización de los daños que sean una concreción de los riesgos cubiertos por el contrato, esto es, el "ámbito de protección del contrato"[67]. Este ámbito de protección se vincula directamente con el fin o propósito práctico perseguido por el acreedor, siempre y cuando el deudor tuviera (real o potencialmente) conocimiento de esta circunstancia. Esto explica que Fernando Gómez afirme:

> "la idea central que subyace al mismo [modelo económico de la previsibilidad] es bien simple: la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato" [68].

En buenas cuentas, la previsibilidad coloca de cargo del acreedor la concreción de riesgos no puestos en conocimiento de la otra parte y que esta no estaba en posición de conocer[69].

En clave jurisprudencial, lo anterior se ve graficado en el famoso caso "Zorin con Huachipato"[70], que trata sobre la compraventa de rodillos de laminación

[66] Con algunas sutiles diferencias respecto a lo aquí expuesto, un análisis de las dos funciones de la noción de previsibilidad en la doctrina de Robert Pothier puede verse en Fuentes (2009) p. 344 y ss.

[67] Concuerdan con este análisis: Cárdenas y Reveco (2018) p. 402 y ss.; De la Maza y Vidal (2018) p. 635 y ss.

[68] Gómez (2002) p. 53.

[69] Acerca de las formas en que el deudor puede llegar a conocimiento de estas circunstancias, San Martín (2014) p. 661 y ss.

[70] La doctrina chilena le ha dedicado especial atención a este caso, comentarios al respecto pueden verse en: Vidal (2014) pp. 710-742; De la Maza, Vidal, Morales (2014), pp. 115-1178; De la Maza y Vidal (2014) pp. 15-38.

en desuso, esto es chatarra, la cual fue adquirida con el propósito de revenderla a una empresa estadounidense, quien extraería el níquel supuestamente contenido en ellos, pero que no estaba presente. Entre sus múltiples aristas, se discutió si la concentración de níquel esperada por Zorin formaba parte del contrato. Al respecto, Zorin afirmaba:

> "Que el valor en sí mismo de los rodillos radica, precisamente, en la pureza y riqueza de los componentes químicos de los cuales estaban hechos y no en la posibilidad de poder seguir utilizándolos como rodillos, puesto que, por el desgaste, ya no estaban aptos ni para su refacción ni para su uso propiamente tal como rodillos, lo anterior explicaría el hecho de que no obstante venderse como desechos, el precio de los mismos sea altísimo"[71].

Por su parte, Huachipato afirmaba que no, que:

> "el objeto del contrato de compraventa mercantil fue de 1.500 rodillos de laminación en desuso y que serían entregados en el estado en que ellos se encontraban en el momento de realizarse la tradición de los mismos"[72],

negando así que la concentración de níquel y, por consiguiente, la frustración de la venta asociada a este componente fuera relevante a efectos del contrato. Sin embargo, quedó acreditado en autos que Zorin había expresamente preguntado por la composición química de los rodillos y que ella fue informada de manera errónea, se informó la composición de rodillos nuevos, no en desuso[73].

Ahora bien, en estricto rigor, lo comprado por Zorin era chatarra, que como tal no tiene un destino predeterminado. Mirándolo objetivamente, la concentración de níquel era un elemento accidental, que solo podía entrar en el ámbito de protección del negocio a través del conocimiento que Huachipato tenía del propósito práctico perseguido por Zorin y dicho conocimiento se comprobó. Al efecto, quedó demostrado que Zorin preguntó expresamente por la concentración de níquel que tenían los rodillos, además, el giro de Zorin es la "compra y venta de metales". Sumando ambos elementos, queda en evidencia, por una parte, que el motivo principal de Zorin para contratar era la concentración de níquel y, por otra, que pretendía comercializar los rodillos con empresas interesadas en esta característica.

Dejando de lado el problema de la acción intentada, que ha sido la principal preocupación de la doctrina en torno a este caso[74], lo relevante para esta

[71] Véase Quinto Juzgado Civil de Santiago (30/11/2009) rol n.° C-20400-2008, sentencia de primera instancia.

[72] *Ibid*.

[73] *Ibid*.

[74] El caso es famoso porque es un ejemplo de acogida de la acción indemnizatoria por vía autónoma en obligaciones de dar, aunque también llama la atención el hecho de que se haya intentado

sede es el hecho de que el propósito práctico perseguido por Zorin –que determinó la procedencia del lucro cesante demandado– entró a formar parte del ámbito de protección del contrato gracias al intercambio de información en la fase precontractual, pues de otra forma Huachipato no tenía cómo llegar a conocer el destino que la compradora daría a los rodillos y, si este hubiera sido el caso, lo correcto habría sido acoger la defensa de Huachipato y negar la indemnización del lucro cesante demandado, por imprevisible. Todo esto queda perfectamente claro en el considerando décimo octavo de la sentencia de reemplazo, que al efecto señala:

> "Respecto del rubro que se ha demandado por lucro cesante, se ha acreditado sólo parcialmente, con la carta de crédito acompañada a fs. 9 de autos, no objetada, y con los antecedentes que obran en la carpeta de investigación RIT N° 2810-2008, RUC N° 0810015540-1, agregada al proceso, de los cuales se puede concluir que efectivamente la demandante vio frustrado un negocio de venta de rodillos con la empresa Triorient INC, de los Estados Unidos de Norteamérica, por un total de facturación de US $ 330.000. Este negocio no prosperó, porque los rodillos en cuestión carecían de la composición de Níquel requerido por la compañía norteamericana. De acuerdo con estos antecedentes, y con la declaración del demandante en su escrito de demanda, la utilidad que debía arrojar este negocio a la fecha de presentación de la demanda era de $ 114.400.000, monto que estima perfectamente como beneficio o utilidad del negocio y, por lo mismo, se concederá una indemnización por este rubro, más los reajustes e intereses corrientes para operaciones no reajustables, desde el día de presentación de la demanda hasta el día de pago efectivo. La frustración de un negocio de esta naturaleza parecía perfectamente previsible, al tiempo de celebrar el contrato, para los efectos del artículo 1558 del Código Civil, pues, era natural que la empresa compradora quisiera revender el material de chatarra que estaba adquiriendo. No hay prueba en el proceso que ermita concluir que se hayan producido otros daños por estos conceptos"[75].

En resumen, para juzgar la extensión de la responsabilidad es determinante el conocimiento que el deudor tenga del propósito práctico o fin perseguido por el acreedor, pues de esta manera se delimita el ámbito de protección del contrato[76].

una acción de indemnización y no de nulidad, atendido que claramente se configura, a lo menos, un caso de error accidental (si no de dolo, como también sostuvo la demandante), lo que evidencia la concurrencia de acciones que puede darse entre la tutela precontractual y contractual. Sobre el particular véase López (2018) pp. 243-292.

[75] Cfr. Corte Suprema (31/10/2012) rol n.° 3325-12, c. 18º, sentencia de reemplazo.

[76] Bajo este enfoque, es admisible la afirmación de la Corte Suprema en orden a que "no cabe duda de que en un contrato de prestación de servicios médicos, específicamente para la realización

Si bien no puede hablarse de una amplia recepción jurisprudencial de la regla en los términos planteados, sí es posible advertir algunos fallos que dan cuenta de una incipiente aplicación más o menos explícita, que es de augurar se generalice. Por esta razón, a continuación, se presenta una serie de casos que aplican la regla. A esto se dedica la siguiente parte del artículo.

II.2. Análisis jurisprudencial

Como se señaló en la introducción, el número de casos en que los tribunales reflexionan expresamente acerca de la aplicación de la regla de la previsibilidad es más bien exiguo, pero es posible advertir algunos que lo hacen precisamente en la línea de lo expuesto en los apartados anteriores. Entre ellos cabe mencionarlos que a continuación se analizan[77].

de una cirugía, como lo es una mamoplastía reductiva, está prevista la existencia del daño moral, en el caso que por alguna complicación de que el médico sea responsable resulte dañada la persona de la paciente". Corte Suprema (12/04/2011) rol n.° 6778-2008. En la misma línea, con carácter de *obiter dicta*, la Corte Suprema ha sostenido: "en los contratos de contenido personal para el deudor es previsible y, por lo mismo, asume el riesgo del daño moral (lesión de interés no patrimonial), como sucede en el contrato médico, de educación, de trabajo, de transporte, de servicios de viaje combinado y vacaciones, entre otros". Corte Suprema (11/3/2025) rol n.° 217959-2023. Resulta pertinente también citar el voto disidente dictado en la sentencia de Corte Suprema (1/10/2012) rol n.° 4415-2010, relativo al robo sufrido por el cliente de un estacionamiento. El cual estuvo por acoger el recurso de casación y rechazar el daño moral señalando: "3°) Que como el incumplimiento que en este caso se reprocha a la sociedad demandada es culpable y no doloso, interesa dilucidar si se cumple la regla de previsibilidad del daño que consagra en nuestro derecho el mencionado artículo 1.558, tanto más si la demandada ha centrado su defensa en que el contrato de arrendamiento que la vinculó con el actor, por su propia naturaleza, no ha tenido por objeto resguardar intereses o derechos extrapatrimoniales, sino sólo imponía al arrendador una obligación de custodia de bienes materiales, lo que haría improcedente la reparación del pretendido perjuicio moral".

[77] Además de los que se analizan a continuación, cabe mencionar también el conocido caso Tranex con Anglo American, que también contiene un pronunciamiento sobre la previsibilidad, aunque se basa, más bien, en cuestiones de razonabilidad y mira más al momento del incumplimiento que al de celebración del contrato. Véase Corte Suprema (22/5/2019) rol n.° 38506-2017. Un comentario a esta sentencia puede verse en San Martín (2025); Álvarez (2020) pp. 171-174; Parra (2021). Otro caso a mencionar es la demanda intentada en contra de Clínica San Carlos de Apoquindo a raíz del intento de suicidio de una paciente, que derivó en graves secuelas. En la sentencia se puntualiza la diferencia entre previsibilidad del evento –como hecho causante del daño– y la previsibilidad del daño. Corte Suprema (29/1/2018) rol n.° 19182-2017. Esta misma precisión se observa en Corte Suprema (21/9/2018) rol n.° 31349-2018. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró imprevisible el daño moral derivado del robo de un vehículo en el estacionamiento de un supermercado. Corte de Apelaciones de Santiago (2/11/2021) rol n.° 8947-2019.

i. En un caso de licencia de marca para comercializar cinturones, que autorizaba a importar y vender cinturones, pero no a fabricarlos, la Corte Suprema consideró imprevisible la parte del daño emergente relativa a materias primas e insumos comprados para la fabricación de los cinturones, pero previsibles aquellos consistentes en gastos necesarios para la producción del logo o marca de la demandada, dado que era necesario para la comercialización pactada. Al efecto, la sentencia de reemplazo sostuvo:

"SEGUNDO: Que es un antecedente jurídico de la acción de perjuicios, cuando no existe ni se imputa dolo al deudor, según el artículo 1558 del Código Civil, el que los perjuicios sean una consecuencia inmediata y directa del no cumplimiento del deudor y, además, que sean de la clase de los que se previeron o pudieron preverse al momento de contratar;

TERCERO: Que los daños por US$ 32.946,40 que el fallo de primera instancia ordena a la demandada pagar a la actora ('compra de materias primas e insumos'), no reúnen los caracteres o naturaleza que recientemente se han indicado, de forma que no resultan indemnizables;

CUARTO: Que, sin embargo, tienen ese carácter y naturaleza, los daños o perjuicios que por US$ 8.120 determina pagar esa sentencia a la demandante, por parte de ASSA Chile S.A. ('gastos de confección de matrices Tommy Hilfiger para la fabricación de cinturones')"[78].

Este fallo es especialmente destacable, pues guarda perfecta analogía con aquellos expuestos tanto por Charles Dumoulin como por Robert Pothier en los cuales la magnitud del daño sufrido por el deudor depende de una decisión autónoma suya –fabricar cinturones en lugar de comprarlos hechos– lo que implica que los daños queden fuera de lo contractualmente convenido[79].

ii. En un caso de indemnización de perjuicios derivados de la evicción de un terreno adquirido con la finalidad de construir una vivienda, la Corte Suprema resuelve que el destino habitacional que los com-

[78] Corte Suprema (29/4/09) rol n.° 2778-2009.

[79] Este razonamiento es asumido por la Corte de Antofagasta en fallo de 12 de junio de 2015, a propósito del daño moral demandado por un abogado por el descredito y aflicción que le ocasionó el incumplimiento de un contrato de cuenta corriente bancaria. Esto sin perjuicio de que la sentencia, luego, sostiene que el art. 1558 no es directamente aplicable al caso en razón de tratarse de un contrato de consumo. Corte de Apelaciones de Antofagasta (12/6/2015) rol n.° 1577-2014, c. 12-13. Por mi parte, he sostenido la procedencia de aplicar el artículo también en sede de consumo en San Martín (2023) p. 381 y ss.

pradores pretendían darle al inmueble, hecho conocido por la vendedora, hace previsible el daño moral demandado. Al efecto sostiene:

"Está vez, la indemnización del daño moral es procedente por la aplicación de la regla de la previsibilidad del citado artículo 1558 del Código Civil. Se debe entender que, en este tipo de contratos, el deudor asumió el riesgo de daño moral al contratar. En el caso de este recurso, los demandantes adquieren el inmueble para la construcción de una vivienda. Entonces, al verse privados del bien experimentaron una afectación emocional al generar ansiedad y preocupación, incidiendo en su desempeño laboral. [...]. Además, en un caso como este, el recurrente –inmobiliaria vendedora– debió prever al momento de celebrar la compraventa que si incurría en un incumplimiento –como el de la evicción– este podría lesionar intereses no patrimoniales de los demandantes, causándoles un daño moral. Al tratarse de un daño moral significativo, derivado del incumplimiento, imputable al vendedor –la evicción de la cosa– ex artículo 1547 del Código Civil; previsible para el demandado conforme con el artículo 1558 del mismo cuerpo legal; debidamente acreditado, la indemnización del daño moral resulta procedente, como correctamente lo declara la sentencia de alzada"[80].

iii. En un caso de incumplimiento de contrato de construcción relativo a una vivienda habitacional, la Corte Suprema acogió de forma explícita la identificación entre la regla de la previsibilidad y el ámbito de protección del contrato conforme al destino típico de la prestación, afirmando que en el caso tal destino hacía previsible el daño moral. Al efecto sostuvo:

"[...] destino típico de la prestación objeto del contrato, en este caso, vinculado a la satisfacción de intereses no patrimoniales, el servir la construcción de vivienda de la actora, razón por la cual era previsible para los demandados que, sí incumplían el contrato, quedarían obligados a la indemnización del daño moral"[81].

iv. En un caso en que un grupo de alumnos demanda al instituto profesional en el que cursaban alegando incumplimiento contractual basándose en que las carreras de técnico perito forense e investigación criminalística carecían de campo laboral real, reclamando indemnizaciones por daño emergente y daño moral. Establecido el incumplimiento, la Corte afirma que en contratos de esta especie el daño moral es de suyo procedente. En tal sentido sostiene:

[80] Corte Suprema (7/3/2025) rol n.° 194783-2023.
[81] Corte Suprema (11/3/25) rol n.° 217959-2023.

> "Resulta evidente para este Tribunal que en un contrato de prestación de servicios educacionales el prestador asume una responsabilidad sobre las expectativas existenciales de cada uno de sus educandos de una manera que se extiende mucho más allá del ámbito meramente patrimonial"[82].

Esta idea ha sido avalada por la doctrina nacional. En tal sentido, comentando un fallo relativo al incumplimiento del contrato de educación, Patricia López afirma:

> "el carácter esencial de las obligaciones incumplidas, nos permiten sostener que el daño moral que se reclama estaba comprendido en la esfera de protección del contrato celebrado, toda vez que ha sido asumido por el deudor al tiempo de contratar. Dicho de otra forma, es un daño previsible, no porque estimó o se representó que este se produciría como consecuencia del incumplimiento, sino porque, como lo ha consignado nuestra doctrina más reciente, lo asumió en dicha época, de modo que se debe indemnizar"[83].

Conclusiones

La exigencia de previsibilidad como requisito del daño indemnizable corresponde a una característica propia del derecho contractual, esto es, que la distribución de los riesgos que empecen a cada una de las partes se realiza a través del contrato. Siendo así, es lógico que para establecer los llamados daños previsibles deba mirarse al tiempo de celebración del contrato: solo de esa forma se considera la efectiva distribución de riesgos conforme a aquello que los contratantes pudieron (y debieron) considerar como parte de su regulación de intereses.

Por la misma razón, es dable afirmar que la previsibilidad no se refiere a aquellos daños que alguien puede razonablemente pensar que podrían llegar a producirse bajo un criterio de normalidad, sino que alude a aquellos daños relacionados con el destino típico de la prestación incumplida, de acuerdo con el conocimiento real o potencial que el deudor tenía de él. Conforme a esto, se excluyen aquellos daños que no correspondan a esta finalidad o respecto de los cuales el deudor no tenía conocimiento. Así se desprende con claridad de los ejemplos empleados por los juristas que forjaron la regla para ilustrar su aplicación.

Si bien en los términos antes expuestos la regla de la previsibilidad ha tenido más bien escasa aplicación jurisprudencial, en los últimos años es posible

[82] Corte Suprema (18/11/2014) rol n.° 17108-2013.
[83] López (2019) p. 188.

observar una incipiente tendencia a aplicarla, en particular para discernir los casos en que corresponde aplicar el daño moral en sede contractual. Especialmente destacables al efecto son dos fallos de la Corte Suprema, de marzo de 2025, que de forma expresa acuden a los conceptos presentados en este trabajo.

Bibliografía

Aedo, Cristián (2018): "La delimitación de la responsabilidad contractual y aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral", en Vidal, Á. (dir.), *Estudios de derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 621-660.

Álvarez, Francisco (2020): "Cláusulas de terminación unilateral sin expresión de causa. Un intento de caracterización desde el Derecho Civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 35: pp. 147-191. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchdp/n35/0718-8072-rchdp-35-0147.pdf [fecha de consulta: 26 de julio de 2025].

Arangio-Ruiz, Vincenzo (1990): *La compravendita in diritto romano* (Napoli, Jovene, ristampa della prima edizione).

Bahamondes, Bruno (2025): "La naturaleza del contrato como regla de interpretación contractual", *Pro Jure Revista de Derecho-Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 64, pp 73-108. Disponible en www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1495/1109 [fecha de consulta: 4 de octubre de 2025].

Banfi del Rio, Cristián (2012): "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes", *Ius et Praxis*, año 18, n.° 2: pp. 3-32.

Barcellona, Mario (1980): *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (Milano, Giuffrè).

Barrientos Zamorano, Marcelo (2007): "Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.° 1: pp. 15-43.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2023): "Art. 1558", en Amunategui Perello, C. (ed.), *Comentario histórico-crítico al libro IV del Código Civil de Chile* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 404-416.

Bianca, C. Massimo (1994): *Diritto Civile, 5. La responsabilità* (Milano, Giuffrè).

Bove, Lucio (1969) "Danno (diritto romano)", *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI (Torino, UTET).

Burrows, Andrew (2009): *Remedies for Breach of Contract* (Oxford, Oxford University Press, third edition).

Cannata, Carlo Augusto (2008): *L'inadempimento delle obbligazioni* (Padova: CEDAM).

Cárdenas Villareal, Hugo y Reveco Urzúa, Ricardo (2018): *Remedios contractuales. cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago, Thomson Reuters).

Cárdenas, Hugo (2005): "Sobre la extensión de la reparación del daño moral derivado de contrato", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2: pp. 379-387.

Cárdenas, Hugo (2011): "El ilícito contractual. Reflexiones preliminares a propósito de la revisión del con concepto de responsabilidad contractual", en Aramburo, M. (coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo* (Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké) pp. 707-738.

Carrasco, Ángel (1989) "Comentarios a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil", en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo xv, vol. 1.º, Madrid: Edersa).

Corral, Hernán (2010): *Contrato y daños por incumplimiento* (Santiago, AbeledoPerrot).

D'Adda, Alessandro (2019): "Riflessione sul risarcimento del danno (im)prevedibilie", *Rivista di Diritto Civile,* anno lxv, nº 6: pp. 1295-1324.

De la Maza, Íñigo (2023): *El daño moral contractual* (Santiago: DER Ediciones).

De la Maza, Íñigo; Pizarro, Carlos; Vidal, Álvaro (2017): *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos* (Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado).

De la Maza, Íñigo y Vidal, Álvaro (2014): "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias de la Corte Suprema", *Ius et Praxis*, año 20, n.º 1: pp. 15-38.

De la Maza, Íñigo y Vidal, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters).

De la Maza, Íñigo; Vidal, Álvaro; Morales, Antonio (2014): "Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3: pp. 115-1178.

Di Gravio, Valerio (1999): *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso* (Milano, Giuffrè).

Domínguez Águila, Ramón (2010): "Los límites al principio de reparación integral del daño", *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.º 15: pp. 9-28.

Domínguez Hidalgo, Carmen (1998): "Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º xix: pp. 241-255.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000): *El daño moral*, tomo ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Dumas, Auguste (1913): "Origines romaines de l'article 1150 du code civil", *Etudes d'histoire juridique: offertes à Paul Frédéric Girard, professeur de pandectes et de droit*

romain approfondi à la Faculté de droit de Paris, vol. II (Paris, Librairie Paul Geuthner).

Dumoulin, Charles (1681): *Tractatus de eo quod interest, en Omnia quae extant opera, ex variis librorum apothecis* (Paris, Theodori Girard).

Eisenberg, Melvin Aron (1992): "The Principle of Hadley v. Baxendale", *California Law Review*, vol. 80: pp. 563-613. Disponible en https://lawcat.berkeley.edu/record/1114269?v= pdf] (https://lawcat.berkeley.edu/record/1114269?v=pdf [fecha de consulta: 7 de julio de 2025].

Ferrini, Contardo (1908): *Manuale di pandette* (Milano, Libraria, terza edizione).

Fuentes, Rodrigo (2009): *La extensión del daño contractual* (Madrid, La Ley).

Glück, Cristiano Federico (1889): C*ommentario alle pandette*, libro II, titolo XIV, traducción G. De Marinis (Milano, Villardi).

Gnani, Alessandro (2008): *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno* (Torino, Giappichelli).

Gnani, Alessandro (2009): "La prevedibilità del danno nella sistematica della responsabilità", *Danno e responsabilità*, N° 4: pp. 356-362.

Gómez, Fernando (2002): *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización* (Madrid, Civitas).

González, Fabián (2022): "Daño moral del consumidor: análisis sobre su concepto y delimitación en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.° 3: pp 339-427. Disponible en https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/773 [fecha de consulta: 7 de octubre de 2025].

León, José María (2006): "De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: Los daños previstos o previsibles", en Llamas Pombo E. (coord.) , *Estudios de derecho de las obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley) pp. 133-148.

Leone, Francesco (1913): "Nesso causale tra colpa e danno", *Rivista di diritto civile*, N° 5: p. 596.

López, Patricia (2017): "Obligaciones y responsabilidad civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 28: pp. 307-321. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchdp/n28/0718-8072-rchdp-28-0307.pdf [fecha de consulta: 23 de agosto de 2025].

López, Patricia (2018): "Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil Chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual", *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 1: pp. 243- 292. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0012201800010 0243&lng=es&nrm=is [fecha de consulta: 14 de octubre de 2025].

López, Patricia (2019): "Obligaciones y responsabilidad civil.", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.°33: pp. 173-191. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80 7220190 00100173 [fecha de consulta: 23 de agosto de 2025].

Lupoi, Maurizio (1969): *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese* (Milano, Giuffrè).

McGregor, Harvey (2014): O*n damages* (London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, nineteenth edition).

Morales, Antonio (2010): *Incumplimiento y lucro cesante* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).

Pantaleón, Fernando (1991): "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n.º 3: pp. 1019-1091.

Pantaleón, Fernando (1993): "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, n.º 4: pp. 1719-1745.

Parra, Rodrigo (2021): "La validez de las cláusulas de terminación sin expresión de causa y la interpretación contractual entre partes sofisticadas", *Revista de Derecho Uni-versidad de Concepción*, n.° 249: pp 385-395. Disponible en www.scielo.cl/pdf/revderudec/v89n249/0718-591X-revderudec-89-249-385.pdf [fecha de consulta: 6 de septiembre de 2025].

Pellegrini, Tommaso (2018): *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno* (Torino, G. Giappichelli Editore).

Pizarro, Carlos (2008): "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades", *Anales de Derecho UC*, n.º 3: pp. 153-162.

Pothier, Robert Joseph (1954): *Tratado de contrato de venta*, traducción de M. Dupin (Buenos Aires, Atalaya).

Pothier, Robert Joseph (2007): *Tratado de las obligaciones*, traducción de M. Dupin (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L).

Procchi, Feferico (2011): "Dall'id quod interest alla costruzione dell CC. 'Differen zhypothese' ad opera di Friedrich Mommsen", in Garofalo, L. (curatore), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità* (Napoli, Jovene).

Provera, Giuseppe (1971): "Recensión a Bellow, 'Die Haftung für lucrum cessans in römischen Recht'", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, nº 37.

Ratti, Umberto (1932): "Il risarcimento del danno nel diritto giustinianeo", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 40.

Ruiz, Antonio Ismael (2016): "La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en el derecho alemán y español. Un análisis comparado", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 34.

San Martín, Lilian C. (2012): *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

San Martín, Lilian C. (2014): "La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño", en Varas, J.A. y Turner Saelzer, S. (coords.), *Estudios de derecho civil IX* (Santiago, La Ley/Thomson Reuters) pp. 649-668.

San Martín, Lilian C. (2023): "La reparación integral del daño en el derecho del consumo", *Actualidad Jurídica*, n.º 48: pp. 373-405.

San Martín Neira, Lilian (2025): "La previsibilidad del daño contractual". Disponible en www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2025/05/28/915081/previsibilidad-dano-contractual.aspx [fecha de consulta: 7 de octubre de 2025].

Schwenzer, Ingeborg & Schroeter, Ulrich G. (2022): *Schelechtriem & Schwenzer. Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)* (Oxford, Oxford University Press).

Smorto, Guido (2005): *Il danno da inadempimento* (Padua, CEDAM).

Talamanca, Mario (1993): "Vendita", *Enciclopedia del diritto*, vol. xlvi (Milano, Giuffrè).

Ugarte, Daniel (2023): "La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el derecho peruano", *Revista Ius et Veritas de la Pontifica Universidad Católica del Perú*, n.° 67: pp 175-188. Disponible en https://revistas.pucp.edu.pe/public/documentos/iusetveritas/Revista-IUS-ET-VERITAS-Edicion-67.pdf [fecha de consulta: 26 de julio de 2025].

Ulloa, Pablo (2020): "Una mirada por parte de la Corte Suprema al artículo 1558 inciso 1° del Código Civil: Corte Suprema, 29 de enero de 2018, rol N° 19182-2017, 'Josefina Escárate Lorca y otros con Inmobiliaria San Carlos SA. y otro'", *Revista de Derecho* (*Coquimbo)*, n.° 27. Disponible en https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3165 [fecha de consulta: 26 de julio de 2025].

Ulloa, Pablo (2022): "El origen histórico del artículo 1558 del Código Civil y su relación con los artículos 1934 y 1925", en Rizik, L. (coord.); Tapia, F. (coord.), *Pensamiento jurídico central*, vol. 4 (Santiago, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 171-186.

Valcavi, Giovanni (1990): "Sobre la previsibilidad del daño por incumplimiento culposo contractual", pp. 40-57. Disponible en www.fondazionegiovannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/Sobre-la-previsibilidad-del-dano.pdf [fecha de consulta: 18 de octubre de 2025].

Vidal, Álvaro (2014): "La indemnización de daños por incumplimiento y estar '*contractualmente obligado*'", en Turner, S.; Varas, J.A. (coords.), *Estudios de derecho civil ix* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters) pp. 710-742.

Viney, Geneviève et Jourdain, Patrice (2001): *Traité de droit civil. Les effets de la* responsabilité (Paris, LGDJ, deuxième édition).

Viollet, Paul (1966): *Historie du droit civil français* (Aalen, Scientia).

Von Bar, Christian, Clive, Eric (2010): *Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law* (Oxford, Oxford University Press).

Wahl, Jorge (2011): "El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil v* (Santiago, Abeledo Perrot/LegalPublishing) pp. 617-623.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2015): rol n.º 1577-2014 de 12 de junio de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago (2021): rol n.º 8947-2019 de 2 de noviembre de 2021.

Corte Suprema (2008): rol n.º 1287-2008 de 19 de mayo de 2008.

Corte Suprema (2008): rol n.º 1287-2010 de 19 de mayo de 2008.

Corte Suprema (2009): rol n.º 2778-2009 de 29 de abril de 2009.

Corte Suprema (2011): rol n.º 6778-2008 de 12 de abril de 2011.

Corte Suprema (2012): rol n.º 3325-2012 de 31 de octubre de 2012.

Corte Suprema (2012): rol n.º 4415-2010 de 1 de octubre de 2012.

Corte Suprema (2014): rol n.º 17108-2013 de 18 de noviembre de 2014.

Corte Suprema (2018): rol n.º 19182-2017 de 29 de enero de 2018.

Corte Suprema (2019): rol n.º 38506-2017 de 22 de mayo de 2019.

Corte Suprema (2020): rol n.º 31349-2018 de 22 de mayo de 2020.

Corte Suprema (2025): rol n.º 217959-2023 de 11 de marzo de 2025.

Corte Suprema (2025): rol n.º 194783-2023 de 7 de marzo de 2025.

Quinto Juzgado Civil de Santiago (2009): rol n.º C- 20400-2008 de 30 de noviembre de 2009.

LEY DE CUOTAS DE GÉNERO EN DIRECTORIOS. EL MECANISMO ELEGIDO POR EL CONGRESO CHILENO PARA HACER FRENTE A LA BRECHA DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

GENDER QUOTAS IN BOARDS OF DIRECTORS: THE MECHANISM CHOSEN BY THE CHILEAN CONGRESS TO ADDRESS THE GENDER GAP IN CORPORATE BOARDS

Macarena López U.[*]

RESUMEN: A pesar de los esfuerzos realizados por muchas compañías y sistemas jurídicos, las mujeres se mantienen subrepresentadas en los directorios de empresas a lo largo de todo el mundo. En este contexto, las cuotas de género han surgido como un mecanismo de inclusión de mujeres en esos espacios de liderazgo. Este estudio analiza la brecha de género en directorios de empresas y a las cuotas de género como un sistema que pretende reducir esa brecha. Luego, se analiza la Ley n.º 21757 recientemente publicada, que establece un mecanismo para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y especiales. El análisis se enfoca en los aspectos más relevantes del proceso legislativo seguido ante el Congreso Nacional, incluyendo los cambios introducidos durante la tramitación del proyecto tanto a instancias de los parlamen-

[*] Abogada. Diplomada en Derecho del Trabajo y Seguridad de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Northwestern University, Chicago, IL. Doctoranda en Derecho UDD. Profesora Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: macarena.lopez@udd.cl

tarios como de la sociedad civil. Finalmente, se exponen los objetivos de la norma, mecanismos y etapas de implementación transitoria.

Palabras clave: directorios de empresas, mujeres, gobiernos corporativos, cuotas de género.

Abstract: Despite significant efforts by companies and legal systems worldwide, women continue to be underrepresented on corporate boards. In response, gender quotas have emerged as a mechanism to promote the inclusion of women in these leadership roles. This study contextualizes the persistent gender gap on company boards and presents gender quotas as a policy tool designed to address this disparity. It will then examine the recently enacted Act 21.757, which introduces measures to increase female representation on the boards of listed companies. The analysis will outline the key stages of the legislative process undertaken in the National Congress, highlighting the most important amendments made during the bill's passage-many of which resulted from the input of both Congress members and civil society actors. Finally, the study will provide a detailed examination of the law itself, exploring its goals, enforcement mechanisms and phases.

Keywords: corporate boards, women, corporate governance, gender quotas.

Introducción

La baja representación de mujeres en directorios es un tema de interés tanto en Chile como en otras legislaciones, lo que ha significado la proliferación de respuestas jurídicas ante un problema que encuentra su origen en una situación práctica. Chile, siguiendo el modelo de otros sistemas jurídicos, ha adoptado una nueva normativa que impone una cuota mínima de representación de ambos géneros en los directorios de sociedades anónimas abiertas y especiales reguladas. Lo anterior se suma a la Ley n.° 21356 del año 2021, que, con ciertas diferencias, dispone una cuota de género en directorios de empresas públicas.

En primer lugar, este estudio presenta información relativa a la brecha de género en directorios de empresas, presentando a la cuota como un sistema usado por diversos países para reducir esa brecha. En segundo lugar, se analiza el estudio de la Ley n.° 21757 publicada en el mes de agosto de 2025, la que establece un mecanismo para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y especiales. Para ello, se presentan los aspectos más relevantes del proceso legislativo seguido ante el Congreso Nacio-

nal con foco en los temas que generaron mayor debate durante ese proceso y en los cambios más significativos introducidos tanto por los parlamentarios como por diversos actores de la sociedad civil durante la tramitación de la ley. Luego se analiza la norma, explorando la forma en que el sistema legal chileno optó por implementar una cuota de género en los directorios de ciertas empresas. Para concluir, se presentan algunas discusiones que pretenden ilustrar el debate académico relativo a la implementación de la Ley n.º 21757[1].

I. Contexto

La subrepresentación de mujeres en los directorios de empresas es un hecho. En el año 2021 las mujeres representaban el 25 % de los miembros de directorios de las empresas que transan en bolsa a escala global[2]. En los directorios de las empresas más grandes de los Estados miembros de la Unión Europea, solo un tercio de sus miembros son mujeres[3], mientras que en Estados Unidos la cifra alcanza el 27 %. En Latinoamérica, la tasa de participación es de 10,4 %[4]. En Chile la situación es similar, donde solo el 22,1 % de los miembros de directorios de sociedades anónimas abiertas son mujeres[5], existiendo una clara prevalencia de directores hombres chilenos entre cincuenta y un y setenta años[6][7].

Si bien la cantidad de mujeres en directorios en el ámbito global ha aumentado en los últimos años[8], está lejos del objetivo del cuarenta por ciento planteado por la Comisión Europea[9]. En este sentido, se estima que el objetivo de erradicar la subrepresentación de mujeres en los directorios podría demorar algunas décadas[10]. En respuesta a lo anterior, han surgido medidas de diversa intensidad para incentivar la presencia de mujeres en directorios, siendo una de ellas la cuota de género, pudiendo ser obligatoria o recomendada. El primer país en im-

[1] Este artículo usa la concepción binaria de género, asociada al sexo biológico hombre o mujer. Lo anterior, debido a que el debate jurídico en Chile se ha enfocado en la presencia de mujeres en directorios, no existiendo aún un análisis profundo respecto de las identidades de género.

[2] Denis (2022) p. 6.

[3] Comisión Europea (2022) pp. 1-2.

[4] Deloitte (2022) pp. 19-28.

[5] Ministerio de Hacienda *et al.* (2025) pp. 24-25.

[6] Arenas, Santander y Campos (2019) p. 46.

[7] Lo anterior también ocurre en los cargos de gerencia de primera línea, donde el 25,6 % son mujeres: Ministerio de Hacienda *et al.* (2025) pp. 24-25. La fuente utilizada emana de la información reportada por las entidades emisoras de valores a la CMF, en el marco de las Normas de Carácter General n.º 386 y 461.

[8] Korenkiewicz & Maennig (2023) p. 842; Denis (2022) p. 6.

[9] Comisión Europea (2022) p. 2.

[10] Deloitte (2022) p. 6.

plementar una cuota obligatoria de género fue Noruega en el año 2008, donde todas las empresas que transan en bolsa deben cumplir una cuota de género de al menos un 40 %, sancionándose el incumplimiento con la disolución de la sociedad[11]. A partir de entonces, algunos países han imitado la medida, optando por diversas alternativas de regulación. Así, a Noruega le siguieron Francia e Italia con una cuota de un cuarenta por ciento, Países Bajos, Portugal, Bélgica, Alemania y Austria con una cuota de alrededor de un treinta por ciento, y Grecia con una cuota de un veinticinco por ciento[12]. Si bien las alternativas de sanción ante el incumplimiento del mandato legal difieren entre los países, la mayoría ha optado por la nulidad de la elección del directorio que no cumple con el porcentaje requerido por la cuota[13]. Algunos países como India han optado por exigir que el directorio cuente con al menos una mujer[14].

La subrepresentación de mujeres en los directorios puede analizarse a través de dos líneas argumentativas[15]. La primera aborda el tema desde la perspectiva del gobierno corporativo, buscando determinar si la presencia de mujeres en directorios tiene una relación directa con el rendimiento y valor de la compañía[16]. La segunda perspectiva estudia el tema desde la noción de los derechos, esto es, si la mujer merece ser incluida en ese escenario de poder y liderazgo[17]. Si bien ambas perspectivas parecen complementarias, cada una pone el acento en diferentes argumentos.

Cabe hacer algunas precisiones respecto del primer argumento. La relación entre la diversidad de género en directorios y el rendimiento de la compañía ha sido estudiada, pero no existe consenso en los resultados[18]. Algunos estudios arrojan que la presencia de mujeres en directorios tiene un impacto directo en el valor de la empresa[19], y que los directorios diversos tienen mejores prácticas y rendimiento. Lo anterior incluye mejor asistencia a sesiones de directorio, mayor participación en la toma de decisiones, alineamiento con los intereses de los accionistas[20], y mejor control a los miembros de la gerencia[21]. Algunos autores

[11] Adams & Ferreira (2009).

[12] Denis (2022) pp. 12-13.

[13] *Ibid*.

[14] D'Hoop-Azar *et al.* (2017).

[15] Carter, Simkins & Simpson (2010) p. 397.

[16] Pascuali (2020) pp. 191-193.

[17] Carter, Simkins & Simpson (2010) p. 397.

[18] Miller & Triana (2019) pp. 755-757; Márquez, González, Duque (2022) p. 792; Nielsen (2010) p. 136; Reguera *et al.* (2011) p. 199; Carter *et al.* (2010) p. 399; Liu Wie & Xie (2014) p. 170, entre otros.

[19] Carter *et al.* (2003) p. 21.

[20] Adams & Ferreira (2009) pp. 296-307.

[21] Liu, Wie & Xie (2014) p. 170; OECD (2020) pp. 5-6.

han señalado que la diversidad de género en directorios mejora la reputación de la empresa[22]. Sin embargo, otros estudios han arrojado que no se puede comprobar la relación directa entre la inclusión de mujeres en directorios y el aumento del valor de mercado de la compañía, y que, incluso, podría generar efectos negativos como un control excesivo o aumentar los conflictos entre miembros del directorio[23].

Con lo anterior no se pretende desvirtuar el valor que significa la presencia de mujeres en directorios, pero sí se evidencia la falta de consenso en los resultados de estudios que buscan determinar el beneficio directo que ello reporta para la compañía. Esa dificultad puede deberse a desafíos metodológicos, a la formas de medición, al concepto de diversidad empleado, al tiempo medición utilizado en los estudios[24], o al limitado impacto que generan las mujeres en la toma de decisiones en los directorios[25].

Por lo-señalado en los párrafos anteriores parece necesario ahondar en el segundo argumento, que tiene relación con el valor que significa para la mujer poder ser parte de espacios de toma de decisiones, como son los directorios. Esta perspectiva se relaciona, a su vez, con el derecho al acceso de la mujer a esos espacios en igualdad de condiciones. En este sentido, el art. 19 n.° 1 de la *Constitución* dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, lo que también alude a la garantía de igualdad[26].

Los argumentos relativos al valor que representa para la empresa contar con mujeres en los procesos de toma de decisiones, y el valor que representa para la mujer ser parte de dichos procesos, fueron presentados durante el proceso legislativo de la recientemente publicada Ley n.° 21757, generando discusiones parlamentarias y acuerdos que derivaron en la actual redacción de la ley.

II. La Ley n.° 21757. Proceso legislativo y diseño de la ley

II.1 Proceso legislativo

El proyecto de ley contenido en el *Boletín* n.° 15516-34, que dio origen a la Ley n.° 21757, no fue el primero que intentó establecer cuotas en los directorios de

[22] Bear *et al.* (2010).
[23] Adams & Ferreira (2009) pp. 305-308.
[24] Adams *et al.* (2015) p. 78.
[25] Comisión para el Mercado Financiero (2022) p. 4.
[26] Figueroa (2015) p. 4.

sociedades anónimas[27], sí ha sido el único que ha prosperado en el Congreso convirtiéndose en ley. Entre los fundamentos del proyecto de ley señalados en el mensaje presentado por el Ejecutivo el 28 de noviembre de 2022, destacan la necesidad de una mayor participación de mujeres en directorios de empresas para avanzar a una mayor igualdad, la tendencia de empresas con mujeres en directorios de obtener un mejor desempeño financiero y organizacional, además de beneficios en todos los niveles de la empresa[28].

Si bien el proyecto tuvo buena acogida por diferentes sectores políticos y la industria, algunos temas generaron discusión. Entre ellos, en el informe de la Comisión de la Mujer y Equidad de Género de la Cámara de Diputadas y Diputados quedó constancia de la intervención de miembros de la Cámara y de la sociedad civil, entre ellos la SOFOFA y el Instituto de Directores de Chile, que hablaron sobre la relevancia de la gradualidad del proceso de implementación de la medida, la relevancia del mérito de quienes integran el directorio, y los beneficios que genera para la empresa la inclusión de mujeres en sus directorios[29]. En la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la misma Cámara participaron entidades como la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC), donde se puntualizó la posible afectación al derecho de los accionistas a elegir a sus directores, la necesidad de incentivar la participación laboral de las mujeres en lugar de afectar al directorio, la falta de valorización de las trayectorias laborales diversas que afectan la posibilidad de mujeres de acceder a cargos directivos, y la necesidad de implementar cuotas transitorias que busquen finalizar a medida que se cumpla con el objetivo planteado por la ley[30]. En el segundo trámite constitucional seguido ante la Cámara del Senado actuando como cámara revisora, las discusiones fueron similares, abordando tanto el diagnóstico de la subrepresentación de mujeres en directorios como los objetivos del proyecto y los riesgos o dificultades que implica la imposición de cuotas en los directorios de empresas[31].

Como en la mayoría de los procesos legislativos, el proyecto de ley sufrió grandes modificaciones a medida que avanzó en los diferentes trámites consti-

[27] De acuerdo con un estudio realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional, antes del *Boletín* 15516-34, hubo intentos de imponer cuotas de género en los directorios de empresas privadas. En primer lugar, el *Boletín* 10473-05 de 22 de diciembre de 2015, que modifica el art. 31 de la Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas, para incorporar criterios de paridad de género en los directorios de dichas sociedades, y el *Boletín* 11731-03 de 10 de mayo de 2018, que modifica la Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas, para establecer una cuota de género en los directorios de las sociedades anónimas, Biblioteca del Congreso Nacional (2025) pp. 1-31.

[28] Mensaje 214-370 (2022) pp. 7-9.

[29] Informe de la Comisión de la Mujer y Equidad de Género de la Cámara (2023) pp. 12-48.

[30] Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara (2023) pp. 4-26.

[31] Informe Comisión de la Mujer y Equidad de Género del Senado (2025) pp. 1-27.

tucionales. El proyecto inicial presentado por el Ejecutivo planteaba una cuota de mujeres de carácter mixta, empezando con una cuota sugerida donde regía el sistema *comply or explain*. Ese sistema tendría vigencia durante los primeros seis años desde la publicación de la ley. Durante esos seis años se iría aumentando el porcentaje mínimo de mujeres en directorios donde hasta el tercer año aplicaría una cuota sugerida de veinte por ciento, luego desde el tercer al sexto año se aplicaría una cuota sugerida de cuarenta por ciento, y luego aplicaría la cuota obligatoria del cuarenta por ciento[32]. Desde sus inicios se entregaba la fiscalización del cumplimiento de la norma a la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), lo que realizaría dentro de las atribuciones entregadas a esa institución en virtud de la Ley n.º 21000.

En la Cámara de Diputadas y Diputados, el proyecto sufrió fuertes modificaciones. En primer lugar, ya no habla de cuota de mujeres, sino de una cuota máxima de representación de personas de un mismo sexo, lo que pretende velar no solo por la inclusión de mujeres en directorios, sino la presencia de ambos sexos. En segundo lugar, si bien el proyecto mantiene una gradualidad en la implementación, dispone tres fases: durante los primeros tres años de vigencia de la ley se exige a las empresas un porcentaje máximo de ochenta por ciento de representación de personas del mismo sexo, luego un setenta por ciento para los siguientes tres años de vigencia, y un sesenta por ciento a partir del sexto año de vigencia. Es decir, se agrega una escala más en la gradualidad. En tercer lugar, el proyecto introduce un papel activo a CMF, otorgándole la responsabilidad de informar, cada cuatro años, si se dan ciertos estándares de cumplimiento de la ley. En definitiva, la CMF informará si las empresas obligadas por la ley han sido diligentes en cumplir con la inclusión de ambos sexos en sus directorios, estableciendo consecuencias jurídicas ante el incumplimiento. Así, la cuota podrá ser sugerida o, bien, obligatoria, dependiendo del resultado del informe entregado cada cuatro años por parte de la CMF. En este sentido, si las empresas obligadas cumplen con los indicadores de diversidad de género en sus directorios, la cuota seguirá siendo sugerida. Sin embargo, si las empresas no cumplen de acuerdo con los parámetros legales, la cuota será obligatoria para aquellas empresas incumplidoras.

Si bien la norma mantuvo los aspectos fundamentales en su paso por el Senado, se introdujeron algunas modificaciones. De acuerdo con lo señalado por el Ejecutivo en sus exposiciones ante el Congreso, el proyecto tiene ciertas ideas fundamentales: propone el establecimiento de una cuota sugerida como regla general sujeta a un mecanismo de evaluación periódica; pretende incorporar un modelo de cuota requerida de manera excepcional, acotada y como

[32] Mensaje 214-370 (2022) pp. 12-15.

consecuencia de dicha evaluación; se otorga mayores facultades de fiscalización a la CMF, se explicitaron efectos ante el incumplimiento de la cuota en materia de contratación con el Estado, y se ordena la creación de un comité asesor para alcanzar la equidad en los directorios de empresas.

El proyecto no fue a comisión mixta, por lo que la tramitación terminó una vez informado el proyecto por la Comisión de la Mujer y Equidad de Género del Senado.

II.2 Diseño elegido por el Congreso Nacional para implementar la cuota de género en directorios

La Ley n.° 21757 se inserta al art. 31 de la Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas, incorporándose así en el título IV de la misma ley, relativo a la administración de la sociedad. El art. 31 citado se refiere a la elección, renovación e integración del directorio por parte de la junta de accionistas, señalando que es el directorio quien administra la sociedad anónima, el que es elegido por la junta de accionistas. El inciso segundo del art. 31 deja a la libertad de los accionistas determinar el número de directores que integrarán el directorio, debiendo señalar el número en los estatutos, y señala que el directorio debe renovarse de forma total al final de su periodo, con un máximo de duración de tres años, pudiendo sus miembros ser elegidos de forma indefinida. El inciso tercero de la norma dispone el mínimo de directores que debe componer el directorio de la sociedad nónima, siendo el de la sociedad anónima abierta un mínimo de cinco miembros.

La Ley n.° 21757 incorpora tres incisos al art. 31 de la Ley n.° 18046 a continuación del anterior inciso tercero ya expuesto, y luego agrega los arts. 31 bis y 31 ter. En términos generales, la norma incorpora un requisito adicional en la composición del directorio, esto es, una cuota máxima de representación de cada sexo en el directorio.

a) Cuota sugerida (art. 31 inciso cuarto, quinto y 6 sexto nuevo)

La Ley n.° 21757 empieza limitando el ámbito de aplicación de la norma, señalando que afectará a las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales fiscalizadas por la CMF. Luego dispone:

> "en dichas empresas [...], las personas de un mismo sexo no podrán exceder el sesenta por ciento del total de los miembros de los directo rios",

señalando, además, que los estatutos de la empresa deben definir la forma en que lograrán esa proporción al momento de la elección del directorio. Sin embargo, en el inciso siguiente, la ley dispone que "lo señalado en el inciso anterior

es una proporción de representación sugerida", y agrega que eso será sin perjuicio de lo señalado en el art. 31 bis siguiente, que se refiere a los casos en que la cuota se transforma en obligatoria.

El inciso quinto nuevo incorpora un sistema de *comply or explain*. La ley obliga a las empresas que no cumplan con la cuota sugerida a reportar a la CMF las razones y fundamentos del incumplimiento, para que tanto la CMF como la empresa expongan dichas razones a disposición del público en sus sitios web institucionales. Si bien la misma ley señala que la CMF no se pronunciará sobre los motivos reportados por las empresas incumplidoras, se espera que el mercado (consumidores, entidades financieras, público en general) tenga la información disponible respecto del estado de cumplimiento de la diversidad de género en los directorios por parte de una empresa en particular.

La CMF publicará en su sitio web un listado de las empresas que sí cumplan con la cuota sugerida, indicando la evolución de las cifras en la materia. Para ello tomará en consideración no solo la información otorgada a propósito de la Ley n.º 21757, sino, también, las normas de carácter general emitidas por la CMF y otras políticas o procedimientos diseñados para guiar la elección de directores, u otra información que la misma CMF considere pertinente.

b) Informe emitido por la CMF y la transformación de cuota sugerida a una cuota obligatoria (art. 31 bis nuevo)

Si bien el artículo anterior (31 nuevo) introduce una sistema de cuota sugerida, el art. 31 bis nuevo dispone los casos en que la cuota se transforma en obligatoria, señalando, además, las reglas, procedimientos y ámbito de aplicación.

En este sentido, se le entrega una importante atribución a la CMF, quien cada cuatro años[33] deberá determinará si se cumplen ciertas condiciones, que, de no verificarse, la cuota se transforma en obligatoria, pero solo respecto de aquellas empresas que no hayan cumplido con el máximo porcentaje de representación establecido por el art. 31 nuevo. Los indicadores que la CMF evaluará son los siguientes:

i) que un ochenta por ciento o más del total de sociedades anónimas sujetas a la Ley n.º 21757 cumplan con el porcentaje máximo señalado sobre la representación de personas de un mismo sexo en sus directorios y
ii) que menos de un cinco por ciento del total de las sociedades anónimas sujetas a la norma cuenten con directorios integrados en su totalidad por personas de un mismo sexo.

[33] El cálculo se realizará durante los primeros diez días del mes de julio de cada año, con la información disponible hasta el último día hábil del mes anterior.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 31 bis inciso cuarto, si solo se verifica el incumplimiento de la condición señalada en el número (ii), solo las sociedades que cuenten con directores de un solo sexo, quedarán regidas por la cuota obligatoria. Sin embargo, aquellas empresas que cumplan con el porcentaje mínimo requerido durante un periodo de cuatro años, no están obligadas a cumplirlo en el periodo posterior.

En consecuencia, el espíritu de la ley apunta a que si el mercado en general cumple con la inclusión de mujeres en sus directorios, la cuota se mantiene como recomendada. Sin embargo, si de acuerdo con los indicadores informados por la CMF, el mercado no cumple con los estándares del art. 31 nuevo, entonces la cuota pasa a ser obligatoria para aquellas empresas que no hayan incorporado la cuota sugerida al momento de la realización del informe[34].

La ley dispone algunas reglas adicionales aplicables en caso de haber mutado de una cuota sugerida a obligatoria. En primer lugar, señala que, si la elección del directorio o su renovación no cumple con la cuota requerida, entonces deberá repetirse hasta cumplir con ella. De no repetirse, la CMF ejercerá la facultad del numeral 4 del inciso segundo del art. 58, pudiendo convocar a una junta de accionistas dentro de treinta días para efectuar la repetición de la elección. La ley dispone que, ante un incumplimiento de lo anterior, se aplicará lo dispuesto en los arts. 36 y 37 de la Ley n.° 21000, pudiendo así la CMF sancionar a las empresas incumplidoras.

c) Efectos de la ley en materia de contratación con el Estado (art. 31 ter nuevo)

De acuerdo con el inciso noveno del art. 6.° de la Ley n.° 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, los organismos públicos podrán definir criterios complementarios a la evaluación técnica y económica a empresas que, entre otras cosas, promuevan la igualdad de género o liderazgos de mujeres dentro de su estructura organizacional. Pues bien, de acuerdo con la Ley n.° 21757, se entenderá que las empresas que cumplan con el por centaje requerido de ambos sexos en sus directorios, promueven la igualdad de género y liderazgos de mujeres en su estructura interna. Por el contrario, se entenderá que no cumplen con ello aquellas empresas que hayan sido individualizadas en el listado emitido por la CMF señalado en la sección anterior.

Esta modificación incorporada por el Senado pretende dar un efecto práctico a la implementación de las cuotas, generando reglas sobre un criterio adicional para otorgar puntaje en las compras públicas.

[34] Como medida de publicidad, la CMF publicará los resultados del cálculo realizado en su sitio web institucional, indicando, además, las empresas que se verán afectadas por la cuota obligatoria.

d) Implementación progresiva
(artículo primero transitorio)

La Ley n.º 21757 dispone un sistema de cuota gradual. En este sentido, la ley propone una entrada en vigencia en tres etapas. La primera etapa empieza con la entrada en vigencia de la ley (el 1 de enero de 2026), y dura hasta el 31 de diciembre del tercer año desde la entrada en vigencia. En esta etapa, el porcentaje máximo de representación de personas de un mismo sexo no podrá ser mayor a un ochenta por ciento. La segunda etapa tendrá vigencia desde el inicio del cuarto año de vigencia de la ley hasta el término del sexto año. Es esta etapa, el porcentaje máximo de representación de personas del mismo sexo no podrá ser mayor a un setenta por ciento. La tercera y última etapa se inicia al comenzar el séptimo año de vigencia de la ley, momento en el que las empresas deberán cumplir con el máximo de sesenta por ciento de personas del mismo sexo en sus directorios.

Si bien el primer cálculo realizado por la CMF respecto del nivel de cumplimiento de la norma por parte de las empresas se realizará por primera vez el sexto año desde la entrada en vigencia de la ley, en el mes de julio del tercer año desde la entrada en vigencia (esto es, julio de 2028), la CMF publicará resultados preliminares. Este resultado preliminar no producirá los efectos de transición a una cuota obligatoria, sino que busca analizar el nivel de cumplimiento del mercado.

e) Creación del comité asesor para alcanzar la equidad
en los directorios de las empresas
(artículo segundo transitorio)

Por último, y como otra modificación relevante incorporada por el Senado en el proceso de formación de la norma, la Ley n.º 21757 ordena la creación de un comité asesor para alcanzar la equidad en los directorios de las empresas (en adelante el Comité), cuya función es asesorar a los ministerios de Economía, Fomento y Turismo, de Hacienda y de la Mujer y Equidad de Género en la implementación de esta ley, y en la coordinación de esfuerzos públicos y privados para aumentar la participación de mujeres en directorios de las sociedades aludidas por la ley.

El Comité estará integrado por un representante de los ministerios de Economía, Fomento y Turismo, de Hacienda, y de la Mujer y Equidad de Género, un representante de la CMF, dos representantes de asociaciones gremiales que agrupen a las sociedades incluidas en esta ley, y un representante del sector no gubernamental, sin fines de lucro, académico u organizaciones multilaterales que busquen promover la igualdad de derechos entre hombres y mujeres o la profesionalización de los directorios. Su integración cumplirá con un máximo

de sesenta por ciento de representación de personas del mismo sexo, prestará sus servicios *ad honorem*, y podrá pedir opinión a otras instituciones en materia de su competencia. Deberá celebrar al menos dos sesiones ordinarias al año, pudiendo celebrar sesiones extraordinarias, y deberá evaluar el funcionamiento de los registros de integrantes de directorios y su aporte al fomento y difusión de la participación de mujeres en directorios de las empresas reguladas por esta ley.

Dentro de los seis meses desde la entrada en vigencia de la Ley n.° 21757, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo dictará un reglamento con las normas para asegurar su adecuado funcionamiento, designar sus miembros y el procedimiento de evaluación señalado en el párrafo anterior.

Discusiones finales y conclusiones

Parece natural que luego de la publicación de una norma como esta, surjan opiniones a favor y en contra de la ley. Más allá de la eficacia que presentan las cuotas en aumentar la cantidad de mujeres en directorios a corto plazo, lo cierto es que toda cuota genera algún grado de incomodidad tanto para quienes se benefician de la cuota como para quienes son perjudicados como para aquellos que deben ponerla en práctica de la manera menos invasiva posible para todos los involucrados. Durante el proceso legislativo dichas incomodidades o desafíos quedaron de manifiesto a través de las diversas intervenciones en realizadas por actores políticos y de la sociedad civil el Congreso.

Sin embargo, en Chile las cuotas ya son una realidad, por lo que durante los próximos meses las sociedades anónimas abiertas y especiales deberán implementarla de acuerdo con las reglas ya expuestas, y preparándose para las etapas progresivas que vendrán en el futuro. Resulta esperable que la Ley n.° 21757 genere debate tanto desde el punto de vista de las normas que regulan el gobierno corporativo como desde la perspectiva del aporte que puede significar la presencia de mujeres en el directorio para el mayor valor de la compañía y del negocio.

El proyecto de ley contenido en la Ley n.° 21757 sufrió grandes modificaciones durante su tramitación. En sus inicios se pensó como una norma simple, similar a la Ley n.° 21356[35], donde se establecía un mínimo de representación

[35] La Ley N.° 21356 del año 2021 dispone que los directorios de ciertas empresas públicas deben contar con al menos un 40 % de representación de ambos sexos. El ámbito de aplicación de la norma son (i) las empresas públicas creadas por ley, cuyos directores son designados por acuerdo del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción o de alguno de aquellos comités a que se refiere el art. 7.° del Decreto con Fuerza de Ley n.° 211, de 1960, del Ministerio de Hacienda, al

de ambos sexos en los directorios de sociedades anónimas abiertas especiales, con pocos requisitos y particularidades adicionales. Sin embargo, al incorporar a diversos sectores políticos y actores de la sociedad civil, la ley se fue complejizando. Se empezó con cuotas obligatorias para terminar en un sistema de cuota recomendada o, bien, obligatoria, dependiendo de cómo se comporte el mercado con el objetivo de ley, lo que constituye uno de los cambios más relevantes del proyecto de ley durante el proceso de tramitación. La ley combina tanto la norma dura como el sistema del *comply or explain* y alude al mecanismo del *name and shame* para involucrar no solo a las empresas que deben cumplir, sino al mercado que debe juzgar.

Bibliografía

Adams, Reneé; De Haan, Jakon; Terjesen, Siri & Van Ees, Hans (2015): "Board diversity. Moving the Field Forward". *Corporate Governance: An International Review,* vol. 23, Issue 2: pp: 77-82. Disponible en https://doi.org/10.1111/corg.12106 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Adams, Reneé & Ferreira, Daniel (2009): "Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance". *Journal of Financial Economics*, vol. 94, Issue 2: pp. 291-309. Disponible en http://dx.doi.org/10.1016/j.jfineco.2008.10.007 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Arenas, Felipe; Santander, Valentín y Campos, Roberto (2019): "La incidencia de la diversidad en el funcionamiento del consejo de administración en Chile, período 2015-2017". *Journal of Globalization, Competitiveness and Governability*, vol. 14, n.° 2: pp. 34-49. Disponible en https://doi.org/10.3232/GCG.2020.V14.N2.01 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Bear, Stephen; Post, Corinne; y Noushi, Rahman. (2010). "The Impact of Board Diversity and Gender Composition on Corporate Social Responsibility and Firm Reputation". *Journal of Business Ethics* (2010) 97:207–221. Disponible en https://doi.org/10.1007/s10551-010-0505-2 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Biblioteca del Congreso Nacional (2025). "Proyectos de Ley sobre Mujeres y Género presentadas en el Congreso Nacional desde 1990 a la fecha". *Boletín Legislativo Mujeres y Género*. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29331/40/Proyectos_MujeresyG%C3%A9nero-OCTUBRE.pdf [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

que dicho Consejo delegue expresamente esta función, y (ii) las sociedades en que el Estado tenga una participación superior al 50 % del capital a través de la Corporación de Fomento de la Producción, y cuyos directores son designados por esta última a través del Comité Sistema de Empresas Públicas SEP, al que el Consejo de la Corporación delega expresamente esa función.

Carter, David; Simkins, Betty y Simpson, Gary (2002): "Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Performance". *Oklahoma State University Working Paper*. Disponible en https://ssrn.com/abstract=304499 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Carter, David; Simkins, Betty y Simpson, Gary (2003): "Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value". The Financial Review, 38(1), 33–53. *Oklahoma State University*. Disponible en https://doi.org/10.1111/1540-6288.00034 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Carter, David; D`souza, Frank; Simkins, Betty; y Simpson, Gary. (2010). *The Gender and the Ethnic Diversity of US Boards and Board Committees and Firm Financial Performance.* Corporate Governance: An International Review, 18, 396–414. Disponible en https://doi.org/10.1111/j.1467-8683.2010.00809.x [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Comisión Europea (2022): "Gender Balance on Corporate Boards. Driving Up Gender Equality and Breaking the Glass Ceiling". Disponible en Gender_Balance_on_Corporate_Boards__2_.pdf.pdf [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Comisión para el Mercado Financiero (2022): *Handbook de Género. Informe gestión de Indicadores 2021*. Disponible en www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-article-50244.html [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Deloitte (2022): *Women in the Boardroom: Progress at a Snail's Pace.* Seventh Edition. Disponible en www.valored.it/wp-content/uploads/2022/02/2022-Deloite_women-in-the-boardroom-1feb2022.pdf [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Denis, Emeline (2022): "Enhancing Gender Diversity on Boards and in Senior Management of Listed Companies". *OECD Corporate Governance Working Papers*, No. 28. Disponible en https://doi.org/10.1787/4f7ca695-en [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

D'Hoop-Azar, Albertine; Sancho, Eduardo; Martens, Katryna; Papolis, Peter e Institutional Shareholder Services Inc. (2017): "Gender Parity on Boards Around the World". *Harvard Law School Forum on Corporate Governance.* Disponible en https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/05/gender-parity-on-boards-around-the-world/ [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Díaz de Valdés, José Manuel (2019). *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Figueroa, Rodolfo (2015). "*¿Son* constitucionales las cuotas de *género?*". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n.º 1: pp. 189-214. Disponible en https://doi.org/10.4067/S0718-34372015000100008 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Korenkiewicz, Dorota & Maennig, Wolfgang (2023): "Impact of women in corporate Boards of directors on product quality". *Journal of Management and Governance,* vol. 28: pp. 841-874. Disponible en https://doi.org/10.1007/s10997-023-09677-6 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Liu, Yu; Wei, Zoubao & Xie, Feixue (2014): "*Do women directors improve firm performance in China?*". *Journal of Corporate Finance*, vol. Disponible en https://doi.org/10.1016/j.jcorpfin.2013.11.016 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Márquez, Valentina; González, Juan David; Duque, Eduardo (2022): "Board Gender Diversity and Firm Performance.: Evidence from Latin America". *Journal of Sustainable Finance & Investment*, vol. 12. Disponible en https://doi.org/10.1080/20430795.2021.2017256 [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Miller, Toyah & Triana, María del Carmen (2009): "Demographic diversity in the board room: Mediators of the Board Diversity-Firm Performance Relationship". *Journal of Management Studies*, vol. 46, Issue 5.

Ministerio de Hacienda, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y Fundación Chile Mujeres (2025): *Sexto reporte de indicadores de género en las empresas en Chile 2024*. Disponible en SEXTO_REPORTE_INDICADORES_GENERO_2024_V7_PAGINA_SOLA.pdf [fecha de consulta:9 de enero de 2026].

Nielsen, Sabina & Huse, Morten (2010). "The Contribution of Women on Boards of Directors: Going beyond the Surface". *Corporate Governance: An International Review*, vol. 18, Issue 2: pp. 136-148. Disponible en https://doi.org/10.1111/j.1467-8683.2010.00784.x [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

OECD. (2020). "Policies and Practices to Promote Women in Leadership Roles in the Private Sector. Report Prepared by the OECD for theG20 EMPOWER Alliance". Disponible en www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2020/12/policies-and-practices-to-promote-women-in-leadership-roles-in-the-private-sector_27543052/60bb6113-en.pdf [fecha de consulta: 9 de enero de 2026].

Pascuali, Matías (2020): "Mujeres en los directorios de empresas". *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), n.º 41: pp. 188-202.

Reguera, Nuria; Laffarga, Joaquina & Fuentes, Pilar (2011). "Gender Diversity on Boards of Directors and Business Success". *Investment Management and Financial Innovations*, vol. 8, Issue 1.

Normas

Constitución Política de la República.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 211, que fija normas por que se regirá la corporación de fomento de la producción, Ministerio de Hacienda, 6 de abril de 1960.

Ley n.º 18046, sobre Sociedades Anónimas, 21 de octubre de 1981.

Ley n.º 19886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 11 de julio de 2003.

Ley n.º 21356, que Establece la Representación de Género en los Directorios de las Empresas Públicas y Sociedades del Estado que Indica, 24 de junio de 2021.

Ley n.º 21757, que Establece un Mecanismo para Aumentar la Participación de Mujeres en los Directorios de las Sociedades Anónimas Abiertas y Sociedades Anónimas Especiales, 11 de octubre de 2025.

Norma de Carácter General 386, que modifica norma de carácter general número 30 de 1989 en los términos que indica, Superintendencia de Valores y Seguros, de 8 de junio de 2015.

Norma de Carácter General 461, que modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica, Comisión para el Mercado Financiero, de 12 de noviembre de 2021.

Otros documentos

Boletín 10473-05, que modifica el artículo 31 de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, para incorporar criterios de paridad de género en los directorios de dichas sociedades.

Boletín 11731-03, que modifica la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, para establecer una cuota de género en los directorios de las sociedades anónimas.

Boletín 15516-14, que establece un mecanismo para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales.

Informe de la Comisión de la Mujer y Equidad de Género de la Cámara (2023), sobre el proyecto de ley que establece un mecanismo para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales, de 31 de mayo de 2023.

Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara (2023), sobre el proyecto de ley que establece un mecanismo para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales, de 17 de octubre de 2023.

Informe Comisión de la Mujer y Equidad de Género del Senado (2025), recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que establece un mecanismo para aumentar la participación de las mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales, de 14 de mayo de 2025.

Mensaje 214-370 (2022) de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley para aumentar la participación de mujeres en los directorios de las sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas especiales, de 25 de noviembre de 2022.

LAS CINCO PARADOJAS DE LA NARRATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA IUS-FILOSÓFICA

THE FIVE PARADOXES OF THE HUMAN RIGHTS NARRATIVE: A LEGAL-PHILOSOPHICAL PERSPECTIVE

Julio Alvear Téllez[*]

Resumen: En la narrativa de los derechos humanos afloran una serie de aspectos engañosos, que, de manera remota, se relacionan con la filosofía iluminista que originariamente le inspira. En este trabajo se estudian cinco grupos de parado jas, a partir de la obra del jurista y magistrado brasileño Ricardo Dip.

Palabras clave: narrativa de los derechos humanos; derechos humanos; filosofía iluminista.

Abstract: A series of misleading aspects emerge in the narrative of human rights, which are remotely related to the Enlightenment philosophy that originally inspired it. This paper studies five groups of paradoxes, based on the work of Brazilian jurist and magistrate Ricardo Dip.

Keywords: human rights narrative; human rights; Enlightenment philosophy.

Breve introducción

Vamos a exponer las principales paradojas del discurso jurídico de los derechos humanos desde el enfoque ofrecido por el jurista brasileño Ricardo Marques Dip.

[*] Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

Ricardo Dip representa lo más granado del actual pensamiento iusnaturalista brasileño. Filósofo jurídico y jurista práctico, denota en sus escritos la savia de quien conoce el derecho tanto desde la reflexión abstracta como desde su realización práctica. Magistrado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, diríase que sus preocupaciones doctrinarias nacen a pulso de su propia experiencia jurídica, como una exigencia de permanente fundamentación ontológica del derecho, cuya necesidad hoy todos sentimos.

En Ricardo Dip sobresalen la capacidad sintética y la originalidad. En cuanto a lo primero, no resulta fácil exponer su pensamiento, pues a cada paso lo ilustra con ideas centrales o frases representativas de los más diversos autores, de los de este lado y los del otro, a quienes ha leído y cita profusamente. Leerlo es entrar en diálogo con él y con el generoso repertorio de autores que le sirven para contextualizar, precisar o profundizar sus propias ideas. Es, entonces, cuando aparece la originalidad, que hay que saber captar, pues es la clave que permite coordinar sus múltiples citas y sacar los resultados definitivos de sus investigaciones.

En materia de derechos humanos –que es el tema que nos convoca– Ricardo Dip ha publicado en lengua española una obra breve, pero sustanciosa: *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis* (Marcial Pons, Madrid, 2009). Es de lectura obligada para captar el aporte de nuestro autor en la materia, la que debe ser completada con una serie de publicaciones en lengua portuguesa que iremos citando oportunamente.

Una de las claves de su lectura de los derechos humanos es la paradoja (del latín *paradoxum* y del griego παράδοξον) que nuestro autor no explicita formal y sistémicamente, pero que a nuestro juicio resulta una adecuada óptica de aproximación para enlazar lo que se nos aparece como uno de sus principales aportes en la materia.

A tales efectos distinguiremos cinco paradojas –o más exactamente, grupos de paradojas– que trabajaremos de la mano de nuestro autor.

I. Cuestión previa: los distintos paradigmas

Ricardo Dip utiliza la idea de paradigma de Thomas Kuhn[1] para describir los modelos epistemológicos que contienden en nuestra época para "narrar" los derechos humanos. Resalta, en primer lugar, un paradigma dominante, que califica como inmanentista, autojustificador, tributario del iusnaturalismo racionalista, que cobija

[1] Kuhn (2004) pp. 89-101.

todas las concepciones jurídicas modernas en sus diversas variables, con las distintas ofertas de lo que, en rigor, son positivismos (de textos, judicial, consensual, político), que confunden el derecho con la legalidad o con la facticidad.

En el subterráneo y en contienda, aún pervive el paradigma del iusnaturalismo clásico, que plantea el derecho como realidad analógica, con la principalidad de la *res justa*[2]. El objeto primero, por tanto, no es la norma jurídica, sino una realidad concreta de carácter relacional. Para el iusnaturalismo tradicional:

> "es posible el conocimiento de los universales (verdad, bien, principios de justicia, etc.) e incluso, por medio del saber prudencial, se sostiene la posibilidad de alcanzar la verdad de casos singulares, aunque, a propósito de esta verdad, la certeza que obtener sea la propia de una argumentación sobre materia contingente, esto es, una conclusión apenas probable"[3].

Este punto es extremadamente importante, pues una de las causas de la incomprensión de la cultura contemporánea respecto del paradigma del derecho natural proviene de imaginar que este consiste en un detallado código de preceptos que se van deduciendo unos de otros, con pretensiones de certeza casi metafísica, como si las circunstancias no impusieran concreciones singulares, muchas veces irrepetibles. En realidad, reconoce nuestro autor, el iusnaturalismo tradicional salva los dos extremos: el del racionalismo matematizante y el del decisionismo irracionalista. Y es que:

> "el conocimiento humano sensible puede conocer entes particulares, más no sus esencias individuales, y, por otra parte, el conocimiento intelectual, hábil para aprehender las esencias, no las aprehende individualmente. La rectitud del saber práctico (la especie del saber jurídico) está en su conformidad no con una obra ya acabada –lo que sería propio del saber contemplativo humano– sino con el principio directivo del acto de razón. Las normas de conducta no se presentan como abstracciones carentes de sentido, sino como enunciados del deber ser cuya exacta comprensión no dispensa la experiencia vital. La prudencia es una sabiduría esencialmente práctica"[4].

De ahí la prudencia como *recta ratio agibilium*, según la célebre definición del Aquinate, que el autor trae a luz[5].

---

[2] Puede verse este aspecto desarrollado en Dip (2022) pp. 20-30. En lengua española, en textos recientes, Alvear (2024) pp. 139-158; Segovia (2024) pp. 41-76 y Ayuso (2024) pp. 12-200.

[3] Dip (2009) pp. 40-41.

[4] *Op. cit*. p. 41.

[5] Santo Tomás de Aquino ii-ii, q. 47 a. 8. Para una versión bilingüe latín-español, santo Tomás de Aquino (2014) ii-ii, q. 47-79.

En cambio, el paradigma dominante –el de la modernidad jurídica– es un paraguas teórico que acopia los derechos humanos de manera bastante confusa. Y es que, si, por un lado, se puede tener una cierta claridad respecto de los derechos humanos que se enuncian como tal, no se puede decir lo mismo respecto de su contenido y sobre todo de su fundamento, donde, para nuestro autor, hay un "clarísimo disenso fundacional". Hay saltos e incongruencias en la sucesión de las generaciones de derechos y, sobre todo, variedad de fundamentos y de "tradiciones" que justifican derechos de muy distintos colores. Para unos, por ejemplo, son derechos innatos, esto es, que brotan de la cualidad de ser humano, de la condición natural de la persona. Para otros, da igual, puesto que, en la práctica, el contenido de los derechos es suficientemente difuso como para positivar la multiculturalidad o la diversidad de interpretaciones ideológicas.

El único acuerdo que en un primer momento pudo resultar –concordar en la universalidad de los derechos humanos, puesto que se predican del hombre– ya no puede darse por válido. Y es que para determinar cuáles son los derechos que corresponden al ser humano había que especificar de manera previa qué es el hombre, y este punto fue eludido, porque la idea moderna de lo humano arrastraba diversos humanismos en pugna. Sin embargo, tras el aparente desacuerdo, se podía reconocer –expresa o subrepticiamente– la antropología que permearía el curso histórico de los derechos humanos: la antropología liberal que:

> "exalta al individuo suficiente en sí mismo, señor de su libertad, nacido libre, titular de derechos innatos. Se trata de un *homo clausus*, el modelo de individuo des-socializado"[6].

Tras la modernidad jurídica, la posmodernidad recogió la herencia de la antropología liberal en un nuevo paradigma: el de la hiperinestabilidad normativa, de la utopización de la novedad, de lo fluctuante, de lo lábil, del egocentrismo efectivo sin ordenación trascendente alguna.

Una vez que los sistemas religiosos y morales que antes ordenaban y estructuraban las sociedades se han retirado al mundo privado, y que las ideologías fuertes tampoco ejercen ese papel normativo, las sociedades parecen incapaces de enunciar los valores fundamentales que podrían compartir toda la sociedad. Los derechos humanos, entonces, llenan un vacío, pero no solo como límite al Estado, sino como reivindicación de infinidad de demandas. Emerge, entonces, la hiperinflación de derechos, y no solo humanos, dado que el animalismo ético y jurídico los atribuye también a los animales. Esta inflación conduce a la dispersión y al caos de fundamentación (a falta de auténtica fundamentación metafísica y ética), a la era de la duda y de la incerteza[7].

[6] Dip (2009) p. 51.

[7] *Op. cit*. pp. 55-57, 73-74 y 80-87.

Es este caos de fundamentación o de no fundamentación el que sirve de base a los derechos humanos en el mundo contemporáneo. El autor nos invita, a este propósito, a aproximarnos a ellos por la vía de las paradojas.

II. Los derechos humanos y las paradojas de su fundamentación

Ricardo Dip destaca cómo ciertas corrientes jurídicas consideran los derechos humanos como una suerte de expresión o modulación histórica de los derechos naturales. Pero más allá de ciertas coincidencias materiales en torno a determinados objetos, lo cierto es que hay una diferencia sustancial si se enfoca el problema desde el ángulo de la fundamentación.

Una primera fundamentación se encuentra en la dignidad. El autor nota una cierta confusión entre quienes apelan a una dignidad cristiana y quienes refieren a la dignidad moderna, como si hubiera un punto en común que las cubriera con un mismo significado basal. Afirma nuestro autor que la dignidad del hombre en cuanto *imago Dei* no admite la centralidad teleológica del ser humano en cuanto portador de derechos, sino la centralidad teocéntrica del universo: todo está sometido a Dios, creador, señor y fin último.

Por su parte, la inspiración filosófica de la dignidad moderna se encuentra en la dignidad kantiana, la que no puede sustraerse del horizonte ético-formal en que fue planteada, que es su clave de comprensión. Immanuel Kant rechaza todo elemento exterior, trascendente, a la razón racionalista y a su pretendida competencia para ordenar por sí sola la conducta del hombre. En este rango, nos encontramos con una libertad clausurada en su propio ejercicio, dado que

> "no tiene relieve el contenido de las normas, sino que apenas importa el imperativo de la conciencia: se prescinde de un fin exterior para las acciones humanas, porque el sujeto agente es el propio fin de las acciones. El hombre es el fin supremo para el hombre"[8].

En esta noción de dignidad, encontramos una "interpretación tautológica" de la conciencia: la ley moral de la voluntad es su propia autonomía. Como sostiene el mismo Immanuel Kant:

> "la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun bajo la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación"[9].

[8] Dip (2009) p. 19.
[9] Véase Kant (2005).

O sea, la dignidad consiste en la capacidad para establecer leyes universales, al margen de toda norma o finalidad trascendente.

Los derechos humanos fundados en este tipo de dignidad no sirven para fundar la legitimidad de un orden político o, si se quiere, del Estado. En este sentido, el "debilitamiento fundacional" ha seguido su curso, y en las últimas décadas se ha sustituido el fundamento universal de los derechos humanos por la C*onstitución* y, luego, por la internacionalización, en ambos casos al margen de toda idea de directa causalidad natural.

El problema se agrava con tres fenómenos: la "fronterización subjetiva" de los derechos (derechos de las mujeres, ancianos, artistas, etc.), la "despersonalización" de los derechos (intereses difusos o colectivos) y la estatización de los derechos (atribución de derechos fundamentales al propio Estado, particularmente en lo que tiene relación con los hechos perjudiciales para las bases de su organización social)[10].

Ya no hay, por tanto, una fundamentación clara de los derechos humanos. La dignidad es un convencionalismo, pues carece de referencia ontológica. Lo mismo dígase de la naturaleza humana. En rigor estamos ante la paradoja de unos derechos humanos sin fundamentación en lo propiamente humano. Y caminamos, como veremos más adelante, hacia la nofundamentación, incluso, hacia la antifundamentación de los derechos llamados humanos.

III. La paradoja de las dimensiones de los derechos humanos

Nuestro autor considera confusa la teoría de las generaciones sucesivas de derechos. Prefiere describir su desarrollo conceptual a través de lo que llama "dimensiones" de los derechos humanos.

En la materia, es difícil sostener una evolución lineal, con agregados de notas aditivas donde el acrecer de la lista de derechos implica simétricamente un plus de valor humano. En realidad, hay especializaciones, especificaciones u olas de varias proposiciones de derechos. Por otra parte, las marejadas de derecho solo consideran, como punto de arranque, su emergencia dieciochesca.

La primera dimensión de los derechos humanos, como factura de la modernidad jurídica, gira en torno a los *droits libertés*, concebidos como posibilidades intelectuales, psíquicas y físicas del individuo, provenientes de un supuesto estado de naturaleza, previo a toda formación social o política. Imponen, por un lado, un deber de *no facere* por parte del Estado y, por otro, la necesidad de des-

[10] Dip (2009) pp. 25, 27-28.

arrollarlos/aplicarlos con apoyo de la ley positiva, es decir, del Estado. En esta dimensión, los derechos encuentran su matriz en el individualismo ilustrado, donde el ser humano es concebido menos como persona y más como individuo insular, desocializado, desvinculado de la familia y de las asociaciones concretas, presto a construir relaciones no con otros individuos sino con su predicable genérico, en cuanto realidad cualitativamente anónima.

La segunda dimensión se expresa en los derechos de igualdad. No se trata de una igualdad que sustituya el principio de máxima libertad posible de la primera dimensión. La igualdad se concibe como un factor de mayor efectividad de las libertades, puesto que estas se deben atribuir a todos y no a unos cuantos (propietarios). De ahí que los derechos de igualdad traigan consigo las prestaciones estatales positivas (de *dare* y de *facere*) a fin de rectificar todas aquellas desigualdades que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de libertad. No se trata, propiamente, de una igualdad en la línea de la universalidad de un mismo tratamiento jurídico, sino de una igualdad que reclama diferencias en el tratamiento para superar o eliminar desventajas fácticas. No es una igualdad como exigencia de generalidad, sino una igualdad como exigencia de diferenciación. El trato igual es el trato propiciado con igualdad de oportunidades.

En su proceso de reconocimiento o aplicación, los derechos de igualdad terminan por confundirse materialmente con su tutela judicial, dado los obstáculos presupuestarios que limitan a todo gobierno o las restricciones burocráticas que provienen del derecho administrativo. El caso más característico es el derecho a la salud donde puede verse el conflicto de competencia entre derechos en pro de su satisfacción[11].

La tercera dimensión remonta a los derechos de fraternidad o solidaridad. Y así, los derechos al ambiente, al desarrollo, a la comunicación, al uso del patrimonio común de la humanidad. Se caracterizan por su titularidad social, destinándose a colectividades, sea las organizadas jurídicamente, o las que suponen el mero acopio de intereses difusos. Son receptores de estos derechos los grupos intermedios, la sociedad política, el Estado y el género humano.

Para nuestro autor, esta tercera dimensión de los derechos humanos supone, en parte, un cierto resurgimiento de la sociabilidad del hombre en la medida que representa una aproximación realista de las sociedades humanas y una aparente ruptura con el radical individualismo implicado en la primera dimensión. Aquí los cuerpos intermedios figuran con derechos propios entre el individuo y el Estado, y se abren espacios para que la sociedad política aparezca como una sociedad de sociedades. Sin embargo, el punto más agudo de esta tercera dimensión es la afirmación de los derechos del género humano, donde las nociones de

[11] Dip (2009) pp. 87-103.

humanidad y de dignidad son cosmopolitas. Aparece la idea de ciudadano del mundo, que supera las fronteras geográficas (desterritorialización) y político-nacionales (extraestatalidad), con tendencia al gobierno global. No se trata, propiamente, de una postura internacionalista, que reconoce una pluralidad de Estados y naciones, sino la afirmación de una "ciudadanía cósmica", de un "humanismo cósmico", que promete –ahora sí– la divinización del hombre, un sustituto de la antigua felicidad del cielo.

La dirección cósmica de los derechos del género humano no permite asimilarlos al *Ius Gentium*. Se trata de un paradigma nuevo, disociado de las concepciones iusnaturalistas clásicas e influido por el sistema kantiano. La protección mundial de los derechos humanos, sin romper con la noción racionalista de dignidad, la abstrae por completo de la sociabilidad natural, superando los derechos que parecían pertenecer a los cuerpos intermedios y a la sociedad política. La humanidad de las Naciones Unidas desconoce toda forma histórica de sociabilidad. Es la nueva dimensión ya en forma: la del género humano "universal e indivisible", rumbo al gobierno mundial[12].

Desde este prisma, nos encontramos con unos derechos "mundiales" que van a anular los derechos que se les opongan. He ahí la paradoja.

Metafísicamente, el paradigma del género humano "universal e indivisible" no deja de ser absurdo[13]. Ricardo Dip apunta cómo el ser humano, que es un animal social o político, se comprende en el concepto extensivo de humanidad, sin que en esta idea se reconozca unidad en sentido absoluto, dado que como dice santo Tomás: "los hombres tienen mucho en común, aunque no la unidad del supuesto"[14]. En la doctrina cristiana, además, hay una responsabilidad salvífica individual, como respuesta a una vocación universal. De todos modos, como recalcó la escolástica española, y en particular Francisco de Vitoria, la comunidad internacional es una comunidad real, no una mera comunidad jurídica, como pretenden los autores formalistas contemporáneos[15].

Una puntualización de nuestro autor: a Francisco de Vitoria se le atribuye el haber sido el pionero en la sistematización de los derechos fundamentales de gentes. Pero ello no debe inducir a identificar la dignidad del hombre o de la humanidad en su conjunto con los conceptos que bajo las mismas rúbricas se insertan en la teoría contemporánea de los derechos humanos. No se puede trasladar el fundamento objetivo de Francisco de Vitoria a un cuadro de marcado subjetivismo, influido por concepciones kantianas.

[12] Dip (2009) pp. 103-111.

[13] Sobre la incidencia del transhumanismo, Dip (2023) pp. 137-154.

[14] Santo Tomás de Aquino. Para una versión española, santo Tomás de Aquino (2018) iii, q. 1-26.

[15] Dip (2009) pp. 113-118.

El estatuto del hombre clásico no se concilia, en sustancia, con la ideología moderna de los derechos humanos: el hombre, *imago Dei* del cristianismo, se opone a la idea del *homo imago hominis* del racionalismo. Si Dios se hace hombre, para el moderno es el hombre el que se hace dios[16].

IV. Los derechos humanos en el paradigma constitucional: la paradoja antiiusnaturalista

Ricardo Dip utiliza la imagen de los juicios de Nüremberg para dimensionar la emergencia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Recuerda que, si la sed de venganza no hubiera obnubilado la vista de los vencedores, se habrían sentado en el banquillo de los acusados no solo los criminales nazis, sino, también, la concepción jurídica que permitió validar normas positivas por el solo hecho de haber sido establecidas por la voluntad humana. Es el positivismo el que debiera ser juzgado, y tras él, las bases filosóficas de todo el derecho moderno[17].

Es habitual, en el ámbito del catolicismo posconciliar, considerar a los derechos humanos consagrados en la Declaración de 1948 como una suerte de manifestación histórica del derecho natural, en la medida que a través de ellos se reconocerían, *grosso modo*, prerrogativas inherentes a dignidad natural del ser humano.

Sin necesidad de proceder a una *Reductio ad Hitlerum*, es claro que las naciones vencedoras de la Segunda Guerra Mundial no podían –salvo la Unión Soviética– continuar en la senda jurídica de un derecho puramente formalista, despreocupado del destino humano. Nuestro autor observa que, ante la necesidad de ofrecer un fundamento sustantivo al derecho, no se volvió al iusnaturalismo tradicional, en parte, porque en el horizonte cultural de los vencedores la visión del derecho natural también había quedado agotada en la nula potencia del iusnaturalismo racionalista, cuyos principios conducen, por lo demás, al positivismo. Surge, como sustituto, el modelo (abierto) de los principios jurídicos destinado a complementar el reino (cerrado) de las reglas. Nace, entonces, el paradigma constitucional.

Si se ven las cosas desde este paradigma, los derechos humanos resultan ser un sustituto contrario al mismo derecho natural. Pero en cuanto sustituto, no han sido capaz siquiera de mantener la función fundamentadora y estabilizadora de este.

[16] Dip (2009) pp. 145-147.

[17] Dip, (2012a) pp. 13-14, con cita a Radbruch (1962) pp. 211-214.

El paradigma constitucional tendrá la aspiración de controlar el contenido de las reglas positivas –expresadas habitualmente en precisos mandatos de conducta– de manera que no se vuelvan contra el ser humano, según rezará la dogmática constitucional. Pero hasta aquí llega el punto de analogía (accidental) con el viejo derecho natural. Los principios serán concebidos como normas finalistas, cual mandatos de optimización que apuntan a "un estado ideal de cosas". Estructuralmente, serán normas inacabadas, de contenido indeterminado, que no contienen referencia expresa a supuestos de hecho, pues están pensadas para atemperar las reglas en todos sus supuestos actuales o eventuales, a fin de hacerlas –en un primer momento– "más humanas". Pero también, desde un primer momento, no hay interés en buscar un "orden sustantivo de principios", dado que estos han de ser fruto del consenso. Un consenso, dada la cultura de la época, incapaz de percibir el derecho al margen de los textos.

Pero como el eje de ordenamiento jurídico sigue siendo la ley, surge la necesidad de constitucionalizar los principios a fin de ubicarlos en la cima del vértice normativo, atribuyendo, al mismo tiempo, fuerza imperativa a las constituciones, de manera que los principios tengan capacidad para sobreponerse a todas las ramas del derecho infraconstitucional. Los principios constitucionalizados pueden, entonces, sustraer, a su albur, los espacios normativos que antes se dejaban fuera de la esfera de lo constitucional. Como complemento, y para evitar la inestabilidad constitucional, se dotará a las cartas constitucionales de la rigidez adecuada, al menos para efectos de que toda reforma constitucional cuente con el respaldo de mayorías calificadas, entre otros expedientes.

Todo este tinglado busca asegurar "un procedimiento de substancialización" del sistema jurídico, entendiendo que la sustancia la ofrece la C*onstitución* y que esta, a su vez, consagra la primacía de los derechos del hombre. Estos no pueden ser –como en la época del nazismo– objeto de ablación legislativa.

Para optimizar esta substancialización/constitucionalización de la ley y de todo el sistema de reglas, se formulan los principios con la técnica de la indeterminación de contenido, en el horizonte de los mandatos inacabados, al que ya nos referimos. Esto exige, por su parte, el establecimiento de cortes constitucionales –o de una jurisdicción que haga sus veces– encargada precisamente de completar el proceso de substancialización, garantizando más en concreto los derechos humanos y la legitimación del poder público, con ese certificado de buena conducta que llamamos "constitucionalidad". La "supremacía legocentrista" de los tiempos del positivismo fuerte será reemplazada por la supremacía judicial[18].

Una supremacía judicial que no cuenta con criterios ontológicos de fundamentación, por lo que los derechos humanos pueden abrigar lo que sea. De

[18] Dip (2012a) pp. 15-16.

ahí que en múltiples casos resulten ser una coartada para imponer la última ideologización en curso. Derechos que no son derechos; derechos antinatura les.

V. Los derechos humanos en el paradigma neoconstitucional: es derecho humano lo que quiere el juez, no lo que dicta la naturaleza o establece la *Constitución*

Como un círculo vicioso que tiende a cerrarse herméticamente, la supremacía judicial se impondrá como tal gracias, precisamente, a los principios constitucionales. Es el camino que ha adoptado el neoconstitucionalismo, que ha desenvuelto todas las consecuencias del primer constitucionalismo.

Si los principios son estructurados como mandatos constitucionales de optimización, es que, entonces, necesitan ser interpretados para servir de complemento efectivo al sistema de reglas, de manera que el conjunto ofrezca un control efectivo de compatibilidad vertical de las normas infraconstitucionales. Surge la hermenéutica constitucional en toda su complejidad, dado que ya no se cree o no se visualizan las virtualidades de la prudencia, esa indispensable virtud de la tradición jurídica clásica, que nos permite bien juzgar.

Ricardo Dip observa que de la multiplicidad posible de significados normativos envueltos en los principios, nace la dificultad pragmática de determinar cuál sea, en su caso, el mandato óptimo, lo que por efecto mimético también se va planteando en el ámbito legal o reglamentario, en la medida que la legislación infraconstitucional enuncia o recoge los principios, con dosis mayores o menores de indeterminación. Mientras más extensa es la indeterminación normativa más espacio hay para la codeterminación judicial. Del modelo silogístico, propio del legalismo, se pasa al modelo de la ponderación de valores, sin que los esfuerzos por objetivar la mediación judicial salden el problema

Los principios que requieren ser interpretados conducen a una hermenéutica discrecional, opuesta a las metas de seguridad jurídica que, en los comienzos, se pretendía obtener. Surge el "modelo sincrético" de la posmodernidad, donde la indeterminación ha contaminado, diríase, a todo el ordenamiento jurídico. Y es que, a la posmodernidad, como la sombra a la figura, le sigue la agonía de los valores universales y permanentes. Ya no hay lugar para universalismos, sino para la infinita variedad de situaciones subjetivas. La *intentio lectoris* prevalece sobre la *intentio operis*, precisa nuestro autor. Se ha perdido la seguridad más básica: la seguridad de la orientación.

El ámbito prototípico donde se han desenvuelto estas tendencias es, una vez más, el de los derechos humanos. Para ellos hay consagración constitucional (como derechos subjetivos y como principios/valores), superioridad jerárquica, procedimiento agravado de revisión, petrificación de algunos supuestos, eficacia inmediata sobre la actuación de los poderes públicos, etc. Pero a pesar de todo, quedan sujetos a lo que Ricardo Dip denomina "apertura de la metódica de su fundamentación", dado que los derechos humanos deben recoger ahora la infinita variedad de proyectos de vida y demandas de subjetivación. Son *numerus apertus* de la mano de la jurisdicción constitucional, que abre o cierra la llave a gusto del consumidor[19].

Nuestro autor se pregunta si los problemas que plantea este nuevo constitucionalismo no corresponden, acaso, a una resurrección solapada del derecho natural. Al fin y al cabo, el cúmulo de principios que se han ido constitucionalizando en las últimas décadas se han formulado en el nombre de la dignidad humana, lo que remite a un constitutivo óntico, imposible de ser encerrado en los pliegues del texto.

En realidad, observa Ricardo Dip, estamos ante un "nuevo normativismo", pues por más que el neoconstitucionalismo mueva el eje hacia la función judicial, se continúa por la senda de la reserva estatal de la determinación de las normas. Solo que ahora se trata del normativismo de un sistema abierto, que ora juega con mandatos precisos y claros (reglas), ora con mandatos incompletos (principios). Estaríamos:

> "en las fronteras de una distinción entre un sistema ortodoxo de autopoiesis jurídica, fuertemente regulativo, y un normativismo abierto, una autopoiesis heterodoxa, en que la apertura cognitiva no se limita a los hechos, puesto que incluso con fuerza retroactiva escoge en la elasticidad de los principios el sentido de la regla. ¿Esto no testimonia la reiteración posmoderna de un poder estatal omnicomprensivo en que el derecho se define y retro-opera a partir de la cabeza de los jueces?".

Enfrentamos, en realidad, un nuevo positivismo judicial, con toda su discrecionalidad voluntarista[20].

Nuestro autor se ve en la obligación de aclarar, en otro lugar, que la auténtica determinación del derecho consiste no solo en elegir una norma aplicable a determinada situación singular, sino en la elección de esa norma a modo de discernimiento de un orden teleológico en el que, *hic et nunc*, se descubre un bien concreto a hacer o un mal también concreto a evitar. No basta para determinar el derecho, conocer las normas universales –extraer la cosa justa como una simple

[19] Dip (2012a) pp. 18-19.
[20] *Op. cit.*pp. 19-20.

deducción lógica–, porque de la evidencia moral de que se debe realizar el bien no es posible inferir cuál es el bien concreto en situaciones singulares. Tampoco es suficiente el conocimiento del hecho, sin su referencia a principios universales, que llevaría a un simple situacionismo jurídico. El autor recuerda en este punto la doctrina de la determinación del derecho de Vallet de Goytisolo y Castán Tobeñas[21].

VI. La imposibilidad de lograr la "objetividad de las leyes". La paradoja de la sobrepoblación normativa

Nuestro autor destaca el valor pedagógico y práctico de la doctrina clásica del derecho natural tanto para la realización de lo justo como para la realización el bien común político. Recordando la doctrina de Aristóteles, sostiene que los seres humanos se inclinan naturalmente hacia todo aquello que los perfecciona, lo que dice respecto no solo de los bienes individuales, sino, también, de los comunes, fundamentalmente el bien de la ciudad, que integra en disposición adecuada el orden de los bienes individuales. En este contexto, las leyes están llamadas a castigar el mal en su justa medida y a enseñar a los hombres lo que es justo *ut in pluribus*. "Leyes" en un sentido amplio, pues estas incluyen, en el lenguaje tradicional, normas naturales y humanas expresadas en las más diversas fuentes jurídicas formales e informales, estatales y no estatales, escritas y consuetudinarias, generales y particulares. Es esta la "ley jurídica" que hay que respetar, a riesgo de caer en la ley del más fuerte, que es la ley de la selva[22].

Ricardo Dip nos sitúa en la paradoja de encontrarnos con una monstruosa sobrepoblación normativa que, sin embargo, es incapaz de lograr la antigua "objetividad de las leyes", por medio de la cual se señalaba lo que es justo en principio como base cierta para delimitar en concreto lo que es justo por determinación o conclusión. Sin estos principios legales es imposible obtener las reglas ciertas de la vida jurídica singular, que son los que, a su vez, permiten cumplir con los deberes cotidianos de justicia. Todo, entonces, ha de ser regulado en sus detalles, pues no hay nada cierto a lo que asirse.

En este sentido, la ley, en su sentido clásico, ofrecía la garantía de una regulación obligatoria basal que orientaba los mil detalles de la vida humana, acomodados libremente de acuerdo con la prudencia de las circunstancias y a la singularidad de las tradiciones. Es esa certeza basal la que se ha esfumado, pues

[21] Dip (2012b) pp. 38-40, con cita a Vallet de Goytisolo (1994) y Castán (1947).
[22] Dip (2012a) pp. 20-22.

hoy ni siquiera es factible la noción de seguridad jurídica que tejió el siglo XIX, en lo que tiene de rescatable, y que en términos de Délos, remitía a una situación estable que no podía ser modificada sin previsibilidad ni debida proporción. Hoy, en cambio, se multiplican las normas, para regular toda y cualquier situación, impulso activado por la propia indefinición de los principios[23].

Hay que volver a recuperar, por tanto, el auténtico sentido de la ley, como parapeto contra la obesidad normativa, pues tras ella late la injusticia y la inseguridad jurídica.

VII. Los nuevos derechos humanos: el moralismo irracional y la paradoja de la muerte del derecho

En el marco ideológico de la posmodernidad, nuestro autor alude a las teorías deconstructivas que irrigan los nuevos derechos. Estas doctrinas:

> "parecen centradas en una función sustitutiva de las mega-narrativas, en la búsqueda de una legitimación resignada a la renuncia de las verdades externas, una legitimación circular y autorreferencial. La intimidad convive con las grandes teorías posmodernas, consecuencia inevitable de su escepticismo, y conduce a la regresión infinita de los enunciados: el discurso teórico y práctico posmoderno, al abdicar del sustento de una verdad o un bien fundacional, está condenado a la circularidad interna, sin apoyo posible de una autoridad externa que podría ser una fuente de su legitimación"[24].

Los nuevos derechos carecen de fundamentos objetivamente verdaderos, o cognoscibles, o comunicables, pues estamos fuera del ámbito de una discusión racional, demarcada por el objetivo de la verdad. Los nuevos derechos humanos van imponiendo, así, un moralismo irracional, donde el intimismo convive con un ímpetu de regulación omnicomprensiva, reflejo paradojal de una época que ha renunciado a los "metarrelatos" y a todo intento de fundamentación.

El relativismo convive aquí con una suerte de absolutismo. No se trata de una negativa de toda moral, sino del surgimiento de un nuevo moralismo que, abdicando de la razón, emerge como ética voluntarista, arbitraria e inestable, que necesita ser impuesta jurídicamente, y que mejor se conforma con un régimen político despótico que con una democracia constitucional.

[23] Dip (2012a) pp. 22-23 y 25-26.
[24] Dip (2012c) p. 135.

Esta nueva moral se alimenta de lo que nuestro autor denomina la "sínquisis de los opuestos". Ya no se juega con la relatividad disyuntiva de los modernos, sino con la "aditividad indistinta de los opuestos" que se nutre de lo híbrido, de lo que se mezcla, de lo que no reconoce fronteras definitivas, categorías ontológicas o diferencias específicas. Lo verdadero, lo bueno o lo bello son irrelevantes: la voluntad toma el lugar del entendimiento, puesto que, en el fondo, no hay más significado que el que el hablante atribuye a los términos[25].

La muerte de todas las verdades es consecuencia de la muerte de Dios. Y con todo ello, la muerte del derecho. Apunta Ricardo Dip:

> "Este mundo posmoderno sin sentido es el resultado de la afirmación moderna de la muerte de Dios, es decir: ninguna autoridad puede crear la verdad y el bien, ninguna autoridad puede enseñar los fines de la inteligencia y la voluntad. Así, la muerte posmoderna de todas las verdades es consecuencia de la muerte moderna de Dios. La afirmación de la muerte de la verdad inmutable (que es la configuración radical de la 'muerte de Dios') se ha convertido, incluso en el campo filosófico, un lugar común, un dogma. A la muerte de Dios siguieron todas las muertes posmodernas posibles: de la historia, de lo social, de la Moral clásica, de la Metafísica, de la inteligencia, del hombre mismo, como ha dicho Foucault: 'l'homme n'existe plus' [...] Si esto es así, no es de extrañar que en el ámbito del Derecho ocurra lo mismo, [...] ya sea porque no existe una legitimación de una racionalidad externa a la cual remitir, objetiva y finalmente, la res iusta y las normas jurídicas, o porque la explicación 'científica' posmoderna del hombre es incompatible con las ideas de libertad e imputabilidad"[26].

Para el autor, el nihilismo jurídico posmoderno es la antinomia del iusnaturalismo tradicional. Las notas premodernas y antimodernas (*v. gr.* la aversión a los fundamentos racionales) de la posmodernidad confluyen con una intensificación de lo moderno, cuyo resultado es un derecho decididamente voluntarista, positivista, contrafinalista, formalista, tecnicista, procedimental, inmanentista. Todas las teorías posmodernas del derecho y sus variados "ismos" portan una aversión radical no tanto a lo moderno cuanto al iusnaturalismo tradicional. La pérdida de confianza en un fundamento natural del derecho ha conducido a la necesidad de una autorreferencia fundacional, que se acentúa con el carácter puramente procedimental o decisionista del derecho positivo. La indiferencia hacia el contenido incentiva el culto a la forma.

[25] Dip (2012c) pp. 135-136.
[26] *Op. cit.* pp. 137-138.

El derecho posmoderno, en consecuencia, constituye un espantoso caso de voluntarismo jurídico radical. No hay nada intrínsecamente racional. En palabras de Natalino Irti, que nuestro autor cita, es un derecho completamente entregado a la voluntad de los hombres, pues no reconoce un atrás o un delante de ella. No hay futuro o sentido definitivo, pues si las normas salen de la nada a la nada pueden volver. El querer es la absoluta causalidad. Todo es intramundano, histórico y terreno. El positivismo ha renacido como positividad de la voluntad, de una voluntad que niega toda finalidad consistente y todo criterio exterior de unidad, pues pervive en el espacio de un movimiento sin destino, donde ha de destacar la pura autosuficiencia de la voluntad normativa en el pliegue móvil de ocasionalismo decisorio o de la legitimación puramente procesal. El derecho es hiperindividualista, pluralista por prescripción, autopoiético, y cuenta, como contraparte, con el consumo nihilista de normas arbitrarias[27].

A modo de conclusión

Ricardo Dip formula una crítica acerada a la teoría moderna de los derechos humanos. Esa crítica puede ser abordada desde diversas aproximaciones. Nos ha parecido que la perspectiva de lo que hemos denominado "paradojas" permite anudar sintética y adecuadamente el conjunto variado de reflexiones que el autor presenta en la materia.

Hay paradojas en la fundamentación misma de los derechos humanos, pues unos derechos que se presentan como humanos se basan, en realidad, en antropologías desfiguradas, como la prototípica del individualismo ilustrado o aquella de los epígonos posmodernos donde, incluso, se desconoce lo propiamente humano.

Hay paradojas en lo que el autor llama las dimensiones de los derechos humanos, puesto que las dimensiones últimas y universales (las del "género humano") tienen la vocación de devorar a las restantes. Unos derechos humanos en estado de absurdo canibalismo.

También se encuentran paradojas en el paradigma constitucional que ha cobijado, desde sus inicios, los derechos humanos, puesto que la *Constitución* tiene la función de reemplazar el derecho natural. Con ello se niegan los fundamentos jurídicos naturales de los derechos humanos dejándolos sin suelo y sin consistencia.

Hay paradojas en la atribución que dentro del mismo paradigma se entrega al juez constitucional, puesto que, de unos derechos incondicionales, supues-

[27] Dip (2012c) pp. 139-142.

tamente fundados en la dignidad humana y declarados en la C*onstitución*, se transita hacia unos derechos que solo son tales cuando un tribunal lo decide en virtud de la mítica y discrecional ponderación de valores.

Asimismo, el desconocimiento de lo que sea la auténtica ley y el olvido de la función de la prudencia en la determinación del derecho imposibilita la realización de la "objetividad de las leyes", con lo que emerge la monstruosa sobrepoblación de normas jurídicas que ahogan a todo nivel las libertades en torno a las cuales se consagraron los primeros derechos humanos.

Finalmente, nuestro autor anota cómo la emergencia de los nuevos derechos posmodernos supone la muerte del derecho a la par que la imposición de un moralismo irracional.

El conjunto de estas paradojas, que aquí brevemente hemos reseñado, se comprende bien desde las premisas iusnaturalistas de nuestro autor, en el flujo de la doctrina hispánica de buen quilate, a las que nos remite incesantemente.

Paradojas monstruosas como la misma teoría de los derechos que las ha provocado.

Bibliografía

Alvear T., Julio (2024): "El eterno retorno del derecho natural", en Ayuso, M. *¿Derecho natural contra derecho natural?* (Madrid, Marcial Pons).

Ayuso, Miguel (2024): *Derecho natural. Defensores e impostores* (Madrid, Dykinson).

Castán Tobeñas, José (1947): *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* (Madrid, Reus).

Dip, Ricardo (2009): *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis* (Madrid, Marcial Pons).

Dip, Ricardo, (2012a): "Os Direitos Humanos do Neoconstitucionalismo: Direito Natural da Pós-Modernidade?", *Aquinate* n. 17.

Dip, Ricardo (2012b): *Prudência notarial* (São Paulo, Quinta editorial).

Dip, Ricardo (2012c): *Segurança jurídica e crise posmoderna* (São Paulo, Latin, Quartier).

Dip, Ricardo (2022): *ABC do Direito Natural* (São Paulo, Editorial Lepanto, segunda edición).

Dip, Ricardo (2023): "Qué é o transumanismo?", en Dip, R. (ed.), *Direito Natural Clássico: temas de ontem, de hoje e de sempre* (São Paulo, Editorial Lepanto).

Kant, Immanuel (2005): *Metafísica de las costumbres*, traducción y notas Adela Cortina y Jesús Conill (Madrid, Tecnos).

Kuhn, Thomas (2004): *La estructura de las revoluciones científicas* (Ciudad de México, FCE).

Radbruch, Gustav (1962): *Filosofia do Direito* (Coimbra, Ed. Arménio Amado).

Santo Tomás de Aquino: *S. Th*. iii, q.3, a.7. ad.secundum.

Segovia, Juan Fernando (2024): "El derecho natural clásico", en Ayuso, M. *¿Derecho natural contra derecho natural?* (Madrid, Marcial Pons).

Santo Tomás de Aquino (2014): *Suma Teológica*, tomo viii (Madrid, BAC).

Santo Tomás de Aquino (2018): *Suma Teológica*, tomo xi (Madrid, BAC).

Vallet de Goytisolo, Juan (1994): *Metodología de la determinación del derecho*, vols. i y ii (Madrid, Ramón Areces).

LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS: LA ÚLTIMA DEGRADACIÓN DEL HOMBRE*, MADRID, MARCIAL PONS, 2025, 149 PP.

El discurso moderno de los derechos humanos tiene una génesis hasta cierto punto reciente y su desarrollo ha sido proporcionalmente breve. No obstante, en los pocos más de doscientos años de su configuración a manos de la filosofía política y jurídica liberal, esta teoría ha transitado diversos hitos que, para muchos, demuestran la falsificación de su razón de ser –la verdadera protección de la naturaleza humana–, lo que suscita numerosas dudas sobre la legitimidad de sus bases antropológicas.

Así, pues, el sector doctrinal clásico acusa la precariedad de los derechos humanos, en particular de los *nuevos*, por encontrarse vacíos de contenido y convertir deseos insaciables en relaciones jurídicas –que, de modo notorio, carecen de asidero racional–. De dicho fenómeno da cuenta la clasificación en generaciones que, más allá de su mero valor didáctico, evidencia la falta de unidad histórica y ontológica entre los referidos derechos, lo que hace en extremo cuestionable su verdadera legitimidad.

En ese sentido, la gradual dilatación del catálogo de derechos humanos, en forma casi arbitraria e indiscriminada, acrecienta las dudas sobre el efectivo valor de tales prerrogativas, porque si su existencia depende del reconocimiento o la *creación* estatal, y no de que en verdad deriven de la naturaleza humana, entonces el Estado podría limitarlos conforme al gusto de las autoridades a cargo o de los mandatos democráticos –los deseos de la veleidosa *voluntad general*–, sin temor a lesionar algún sustrato intocable.

Precisamente, en *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre* –editado por la prestigiosa casa Marcial Pons– el doctor Julio Alvear Téllez se refiere a una de las *novedades* que más perplejidad provocan en la ciencia jurídica actual: la enunciación de *nuevos* derechos cuya validez material descansa, cuando mucho, en la *argumentación* que de ellos hagan los tribunales –domésticos e internacionales–.

El *leitmotiv* del libro se resume en que los *citados* derechos devienen nocivos para alcanzar el único y verdadero bien común, ya que parten de la negación

de las esencias y atentan contra el orden natural (p. 16). Salta a la vista que el autor en esta obra tiene como objetivo demostrar, de modo sintético, que esos nuevos derechos son solo *pretensiones de pretensiones* derivadas de una posmodernidad confusa, así como de la mala inspiración de la teoría moderna de los derechos humanos y del abandono del pensamiento clásico.

El libro se encuentra estructurado en cuatro capítulos, que se describen a continuación.

El primero clasifica los *nuevos* derechos humanos en seis categorías: los que carecen de tradición constitucional, los ajenos a las tres generaciones históricas, los del *soft law*, los creados por las cortes constitucionales y la legislación, los *creados* por tribunales supranacionales y aquellos nacidos en la academia o el activismo (pp. 19-35), que se explican con brevedad en las siguientes líneas:

a. Derechos sin tradición constitucional: carecen de *alcurnia constitucional*, no pertenecen al conjunto de derechos fundamentales reconocidos.
b. Derechos que no encajan en las tres generaciones históricas: no se alinean con alguna de ellas y se enuncian en respuesta a las transformaciones emergentes.
c. Derechos del *soft law*: están proclamados en instrumentos no vinculantes y, algunos de ellos, en documentos convencionales que son obligatorios para muy pocos países; esos pactos devienen en "fábricas dinámicas" de "*nuevos* derechos" que, en ocasiones, terminarán siendo *reconocidos* por tribunales nacionales o internacionales.
d. Derechos creados por cortes constitucionales y legislación: son "*nuevos* derechos" establecidos en el ámbito jurisdiccional, con el riesgo de volverse implícitos, instrumentales o transversales –si no es que autorreferenciales–. Esa tesis contrasta con la difundida posición de Ronald Dworkin, quien reivindicaba la capacidad creativa de los jueces[1].
e. Derechos creados por tribunales supranacionales –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros: se caracterizan por derivar de una interpretación laxa o dinámica de "instrumentos vivientes", que "reconstruye" el contenido del derecho, con lo que se termina ampliando el catálogo original; se trata de un trabajo de creatividad ilimitada no asido al verdadero significado de las palabras.
f. Derechos ideados por la academia y activistas: son los propuestos por académicos y defensores de derechos humanos.

Ese ejercicio de categorización arriba a un apartado denominado "La identificación de los '*nuevos* derechos': la Torre de Babel jurídica". Ahí se conden-

[1] Dworkin (1984) *passim*.

san las dificultades del caótico panorama acarreado por el entrecruzamiento de criterios que, pretendidamente, sostienen a tales *derechos*. En esa sección también se demuestra que el *soft law* es una razón débil para fundamentar cualquier teoría jurídica *respetable*, porque, de suyo, se trata de un conjunto de declaraciones de intenciones o ideales que carecen de reconocimiento normativo.

El primer capítulo del libro culmina con el análisis breve de la correlación entre diversas ideologías y cuatro clases de pretensiones o *nuevos derechos humanos* (pp. 38-46):

a. Derechos de la identidad individual: reivindican la posibilidad de "elegir" los atributos y cualidades personales, así como *aspiraciones* reproductivas y hasta deportivas.
b. Derechos a la identidad cultural: reivindican la *facultad* que una persona tendría para elegir su identidad personal, la cual asume en conflicto con "otros" que resultan sus "opresores".
c. Derechos infrahumanos: son atribuidos a seres "sintientes" y entes naturales, ya vegetales, ya inertes.
d. Derechos transhumanos: reivindican la facultad de las personas para utilizar el desarrollo tecnológico y rebasar así los límites de la condición humana.

El capítulo segundo acusa el papel de los tribunales en la gestación de *nuevos* derechos. A través del análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp. 55-58) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (pp. 58-61), Julio Alvear ilustra cómo se han reinterpretado normas para introducir *nuevos* contenidos sin legitimidad democrática o legislativa, ni con fundamento en el derecho positivo (pp. 50-55). Es importante mencionar que esa actividad desbocada podría acotarse, sin duda, mediante la aplicación del margen nacional de apreciación, que se utiliza con *intensidad dispar* en Europa, pero casi nunca en el ámbito americano –tal y como sucedió cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió los asuntos Artavia Murillo y, más recientemente, Beatriz, entre muchos otros–.

En esta sección también se critican los nueve modelos teóricos que "justifican" la existencia de los referidos derechos (pp. 61-71). Por su relevancia, se describen de modo sucinto en los siguientes renglones.

a. Modelo de la protección inadecuada: supone que los derechos aumentan por el crecimiento de la conciencia de la humanidad.
b. Modelo de las causas profundas: se adentra en las cadenas de razones por los que se violan los derechos humanos.
c. Modelo de las libertades/capacidades: implica que deberían limitarse algunas libertades triviales en beneficio de otras que sí son sustanciales.

d. Modelos de los derechos de la humanidad: supone la priorización de derechos *nuevos* cuando los "clásicos" recogen necesidades secundarias.
e. Modelo de "empoderamiento" de actores postergados: conlleva la transformación de derechos en poderes "antidiscriminatorios" para lograr que ciertos grupos aislados o vulnerables logren ser visibilizados.
f. Modelo de la mutación interior: implica la trasformación jurídica mediante un programa de "enseñanza" que logre desmantelar "las formas de poder hegemónico" al patriarcado, el individualismo y el colectivismo.
g. Modelo del estratega: consiste en convertir los derechos en "armas para una guerra jurídica", con funciones apelativas, contestadoras, conectoras, desencadenantes y, también, iusgenerativas.
h. Modelo del neoconstitucionalismo: concibe a los derechos como objetivos a desarrollar, no como zonas de indemnidad frente al poder del Estado.
i. Modelo de la constitución invisible: alude a un conjunto de elementos normativos y conceptuales que están fuera de los contenidos y procesos regulares del ámbito constitucional.

La última sección de este capítulo agrupa en cuatro grandes grupos las críticas internas que pueden formularse a los *nuevos* derechos:

1. El modelo del paradigma transformador;
2. El modelo de los "derechos insaciables";
3. El modelo de los derechos antisistémicos y
4. El modelo de los derechos individualistas y antinaturales (pp. 72-84).

El capítulo tercero se dedica al estudio de las críticas filosóficas a los *nuevos* derechos. En él, se apunta a la teoría moderna de los derechos humanos como la consecuencia de un contexto político y jurídico, la Modernidad, que a través del constitucionalismo y el Estado fraguó su propio *mundo iuscéntrico*. Además, se acusa que esta teoría es el resultado de una antropología alterada e individualista, en un Estado que no apunta al bien común (pp. 90-95).

Por otro lado, en ese capítulo el autor denuncia la ruptura entre la teoría moderna de los derechos y la concepción clásica de la sociabilidad natural del ser humano. En paralelo, se explica que el individualismo y la exacerbación liberal buscan convertir a la persona en "pura voluntad de elección" sin anclaje en la verdad (pp. 100-107).

Asimismo, acusa que el vaciamiento de los derechos humanos se vio acelerado por un colofón: mayo del 1968, pues fue un catalizador de la concepción "liberadora" del derecho que llevará de modo indefectible al nihilismo[2] por es-

[2] Ayuso (2023) pp. 50-61.

tar centrada en el deseo individual y la subjetividad, alejándose de una visión objetiva y universal de la justicia (pp. 111-116).

El capítulo cuarto aborda la influencia de la *French Theory* y la define como una filosofía estructuralista y posestructuralista, que responde a la crisis axiológica de las humanidades. Se trata de "una interpretación estadounidense de lecturas francesas de filósofos alemanes" (p. 118). Más adelante, se estudian la producción de "sentido" y la experimentación infinita de deseo –que parte de la visión móvil de la realidad de Gilles Deleuze–, la logofobia y la deconstrucción –con la transgresión de los límites– de Jacques Derrida, así como la filosofía de la sospecha de Michel Foucalt (pp. 119-127).

En suma, en esta sección Julio Alvear Téllez demuestra cómo el asedio a la realidad, las palabras y al conocimiento buscan el reemplazo de tales esencias con categorías que responden al relativismo y, sobre todo, al nihilismo. Ahí también se observa la aplicación de la *French Theory* a la pragmática estadounidense, en particular con "políticas identitarias", convertidas en medios de legitimación de *nuevos* derechos que causan una grave fragmentación y polarización social, así como de antagonismos artificiales que derivan de la promoción de agendas particulares (pp. 130-138).

Las conclusiones del libro advierten que los *nuevos* derechos humanos son corrosivos para la persona, la familia, la sociedad y la comunidad política. Además, en la obra se resalta que su proliferación representa una amenaza para la justicia y el orden natural, como producto de filosofías subyacentes intencionalmente construidas hacia la pérdida del sentido (pp. 139-143).

La obra es provocadora y disruptiva respecto del *mainstream* contemporáneo. Además, invita a revisar los derroteros que han tomado los derechos humanos desde la modernidad, y pone de manifiesto muchos cuestionamientos, de los cuales, el que terminaría *preocupando menos* es qué tanto puede ampliarse el catálogo de derechos sin que se quede vacío, tal y como lo advertía, con razones y objetivos diferentes, alguien tan poco sospechoso de conservadurismo como Eric Posner[3].

Todo lo anterior es encomiable y está aunado a la gran actualidad de su contenido; de tal forma, la lectura de este libro, que es referente para la argumentación en el debate iusfundamental, resulta del todo recomendable.

Bibliografía

Ayuso, Miguel (2023): *La disolución de la política en la era del pos-humanismo* (Madrid, Dykinson).

[3] Posner (2014) *passim*.

Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).

Posner, Eric (2014): *The Twilight of Human Rights Law* (New York, Oxford University Press).

Gustavo Garduño Domínguez
Universidad Panamericana
Universidad Anáhuac

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CHILENO*, SANTIAGO, TIRANT LO BLANCH, 2025

El derecho administrativo sancionador constituye una de las áreas del derecho público más analizadas y discutidas por la doctrina chilena[1]. Ahora, a pesar de las abundantes publicaciones académicas en la materia, son escasas las obras que aspiran o intentan entender y racionalizar las potestades sancionadoras de la Administración. Más raro aún es encontrar un libro que busque responder si las múltiples potestades sancionadoras que, como explica Nicolás Enteiche, se encuentran "desparramadas en variopintas normas legales e infralegales" pueden encuadrarse en un "régimen consistente".

En su libro *Derecho administrativo sancionador chileno* se impone la ambiciosa misión de desentrañar si existe un orden común aplicable a las potestades sancionadoras administrativas lo que se materializa en una obra que se convierte en fundamental para el derecho administrativo sancionador chileno. A través de un riguroso análisis de fuentes, incluyendo una profunda revisión de la jurisprudencia en la materia, el autor nos lleva a estudiar las potestades sancionadoras de la Administración desde sus fuentes normativas, con un énfasis en lo que denomina el "derecho sancionador regulatorio", esto es, el aplicado por el Estado a los privados.

La obra está estructurada en dos partes. En la primera, se examinan la pluralidad de fuentes jurídicas del derecho administrativo sancionador, para luego analizar las potestades sancionadoras administrativas sobre la base del principio de juridicidad y justificar su anclaje en el orden penal. Luego, en la segunda parte se escrutan los conceptos de infracción y sanción administrativas, para,

[1] La académica Rosa Fernanda Gómez, en su libro *Infracciones y sanciones administrativas*, identifica más de doscientas publicaciones científicas de la doctrina compuesta por libros, capítulos de libros y artículos referidos al derecho administrativo sancionador entre los años 1953 y 2021. Rosa Fernanda Gómez, *Infracciones y Sanciones Administrativas* (Santiago, DER Ediciones, 2021). Nicolás Enteiche, en la introducción del libro que comento identifica más de una treintena de obras dedicadas al derecho administrativo sancionador entre 2018 y mediados de 2024.

posteriormente, revisar dos principios (que se suman al de juridicidad ya explicado en la parte primera) que cohesionan las sanciones administrativas: los principios de tipicidad y de proporcionalidad.

En su libro, Nicolás Enteiche no esquiva los tópicos complejos y peliagudos, sino que entra directamente en ellos, justificando su posición y haciéndose cargo de los pareceres doctrinales existentes, desde los temas más generales a otras discusiones específicas de la doctrina. Así, junto con examinar y justificar la existencia de un *ius puniendi* estatal que explica que principios del orden penal se apliquen con matices al derecho administrativo sancionador, el libro comentado se hace cargo de diversas discusiones, entre ellas, la controversia sobre el estatuto de las multas de contratos administrativos (pp. 307-311) o la discusión sobre la amplitud que debe otorgarse al concepto de sanción administrativa (pp. 348-355). Ello, por lo demás, haciendo precisas referencias al derecho comparado, enfocándose en los regímenes legales de Perú y Colombia.

A mi modo de ver, la contribución más importante de la obra es la justificación que realiza de la integración del orden penal a las potestades sancionadoras administrativas, pero haciéndose cargo y revisando las incisivas y persuasivas críticas que dicha idea ha tenido por parte de la doctrina en Chile al amparo de un "funcionalismo" que invita a enfocarse en el propósito de disuadir que (supuestamente) explicaría la existencia de sanciones.

El autor indica que dichas críticas parten de la base de analizar las competencias sancionadoras administrativas, no desde estas, sino que a partir de su resultado. En este sentido, lo relevante para el funcionalismo sería la eficiencia del diseño normativo y el énfasis en la finalidad disuasiva de las sanciones, de tal manera que la sanción administrativa debiese analizarse como una herramienta para lograr que el mayor número posible de regulados cumplan con el objetivo buscado con la norma sectorial en específico.

Ahora, según argumenta Nicolás Enteiche, ello implica, en muchos casos, desconocer la trascendencia de las fuentes y normas legales. Así, el funcionalismo pondría el foco en lo externo, más que en lo propio del derecho. Como explica el mismo autor al concluir esta idea:

> "Si el único foco es la eficiencia, cualquier competencia sancionadora quedará exenta de todo reproche, siempre que pueda ser aplicada eficientemente por el organismo sancionador" (p. 176).

Lo que pretende es volver a poner en el centro el principio de juridicidad, junto a desarrollar las similitudes entre las sanciones administrativas y las penales que justifican la aplicación de un orden penal a las fuentes del derecho administrativo sancionador. Ello lo realiza de una forma rigurosa, justificada y con abundante referencia a la normativa y jurisprudencia existente.

La obra comentada, en todo caso, no insta a abandonar los aportes del funcionalismo, sino que a integrar sus contribuciones a un análisis mayor y que parte desde el sentido y alcance de las normas jurídicas aplicables al derecho administrativo sancionador.

En la última parte del libro se justifica la aplicación de los principios de tipicidad y proporcionalidad al ámbito del derecho sancionador regulatorio, pero en un análisis matizado y haciéndose cargo de las fuentes normativas aplicables.

Así, respecto del principio de tipicidad, Nicolás Enteiche se posiciona contrario tanto de aquellos que abogan por su abandono como de quienes buscan elevarlo a una premisa que implique exigir a la ley agotar la descripción del objeto de las competencias sancionadoras administrativas. En relación con el principio de proporcionalidad, el autor explica cómo es que este emerge como una garantía relacional que obliga tanto al legislador como al órgano sancionador. Este análisis, como en gran parte del libro, se realiza revisando la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, destacando las sentencias fundamentales en la materia.

Esta obra constituye, a mi modo de ver, la mejor respuesta que se ha intentado dar, a las críticas que se basan en ideas funcionalistas y que abogan por abandonar la idea de un *ius puniendi* estatal. El libro aquí reseñado construye una sofisticada y rigurosa defensa de la idea de que el orden penal otorga unidad y es aplicable al derecho administrativo sancionador y se traduce en que los principios de tipicidad y proporcionalidad limitan el ejercicio de las atribuciones sancionatorias administrativas. Así, Nicolás Enteiche aclara que, contrario a lo que a veces parece entenderse, no existe en Chile un mero conjunto de normativas disímiles que establecen potestades sancionadoras administrativas, puesto que es posible identificar un orden común que se infiere de un análisis riguroso de las fuentes normativas aplicables.

Estamos ante un libro interesante basado en un análisis inteligente, profundo y sofisticado que, todo indica, será muy influyente en el estudio y práctica del derecho administrativo en Chile.

Matías Larroulet Philippi
Pontificia Universidad Católica de Chile

LILIAN SAN MARTÍN NEIRA, *CARGAS Y DEBERES DE DILIGENCIA Y COLABORACIÓN EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA*, SANTIAGO, TIRANT LO BLANCH, 2025

Tal como señala la reconocida autora y académica Lilian San Martín, en la introducción de la obra que tengo el honor de comentar, los trabajos que dan forma a este libro compilatorio se hallan insertos en una línea de investigación que ella viene desarrollando desde hace varios años.

En esa línea de investigación, el elemento transversal y común es la noción de obligación, entendida como un concepto complejo, que involucra más elementos que la sola prestación debida por el deudor y el derecho correlativo del acreedor a exigir su cumplimiento, integrando otro espectro de conductas que deben ser desplegadas tanto por el deudor como por el acreedor.

Esto último es algo muy destacable porque, del examen de los distintos capítulos, uno puede empaparse de una visión fresca y renovada del derecho de obligaciones, que contiene la virtud de quitar parte de ese énfasis habitual que la doctrina –con una tradición de larga data– ha puesto en la figura del deudor; sobre quien ha recaído gran parte del peso de la estructura de la obligación. Lilian San Martín, en cambio, aborda sus investigaciones desde otra perspectiva y, en consecuencia, describe –a través de sus escritos– a un acreedor que abandona ese típico rol pasivo al que se le ha relegado (de quien solo debe "sentarse a esperar" a que le cumplan la obligación con él contraída), para asumir una posición dinámica, ya no solo como sujeto de derechos, sino, también, de cargas y deberes.

En esta misma línea, en una paráfrasis de lo expresado por la autora, la obligación constituye una suerte de *vis atractiva* o efecto de atracción de una serie de deberes secundarios de conducta, cuya satisfacción es necesaria para el cabal cumplimiento del plan proyectado al momento de obligarse.

La expresión *deberes secundarios*, según nos explica la autora, actúa como una suerte de paraguas que agrupa una variada serie de conductas sujetas a diversos criterios clasificatorios, dentro de los cuales se encuentra presente uno de considerable importancia: el que apunta a la coercibilidad de la conducta y que

los diferencia entre deberes y cargas. En este orden de cosas, el deber corresponde a conductas establecidas en beneficio o interés de la contraparte y que, por lo mismo, están sujetas a coercibilidad –es decir, pueden obtenerse de un modo forzado–; mientras que la carga es aquella conducta que tiene por beneficiario directo al mismo deudor, quien puede, por tanto, decidir si observarla o no. En cuanto a las consecuencias de la inobservancia de esas conductas, Lilian San Martín concluye que la sanción a la inejecución de un deber, será la responsabilidad; mientras que el no cumplir con una carga, implicará para el deudor un perjuicio para sí mismo, vale decir, una "autorresponsabilidad".

Si bien, desde un punto de vista dogmático, la distinción entre deber y carga es relevante, no siempre es fácil de efectuar de un modo fáctico. En este ámbito, se requiere una fina labor del jurista; quien debe aplicar esa máxima de conducta que los académicos repetimos constantemente en la sala de clases al enseñar derecho: "hay que distinguir". En efecto, un buen jurista o un buen abogado es el que encuentra diferencias en cosas que, en un principio, se muestran muy parecidas; pero que, una vez analizadas sus complejidades con mayor profundidad y quietud, se muestran con todos sus matices, permitiendo una riqueza interpretativa a la que no puede dar lugar un examen ligero o voluntarioso.

Unido a lo anterior, un elegante elemento común presente en esta obra es el hallazgo constante de matices y distinciones donde, con frecuencia, se han otorgado respuestas cerradas o categóricas. En tal sentido, en algunos pasajes críticos del libro, su autora reconoce que hay ciertos límites a la interpretación de determinados elementos que configuran la relación obligatoria, de manera que no siempre es posible extraer conclusiones aplicables de forma universal o tan generales como quisiéramos; pues, hay aristas de la obligación que, querámoslo o no, se resisten a la generalización y solo posibilitan un análisis casuístico.

Otro elemento que destaca en los trabajos compilados en este libro, es la gran solvencia y soltura de Lilian en el manejo de las fuentes históricas, especialmente de las fuentes romanas, las que cita con frecuencia en estos y otros interesantes trabajos de su autoría, que he tenido oportunidad de revisar para mis propias investigaciones. De modo que el análisis histórico-dogmático con que suele enriquecer sus trabajos y reforzar sur argumentos, contribuye, en buena medida, a esclarecer las cuestiones vinculadas al origen de los conceptos e instituciones jurídicas que la autora somete a un riguroso y concienzudo escrutinio. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el estudio del denominado "deber de diligencia consigo mismo"; con la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación; el análisis de la necesidad de colaboración entre las partes contratantes; la carga de evitar o mitigar el daño; con el examen del papel que asume la previsibilidad en la conducta del acreedor; o con el origen de la regla contenida en el art. 2330 del CC, que permite reducir la indemnización por la exposición imprudente al daño efectuada por la víctima.

Mediante un análisis ponderado, reflexivo y que reconoce la riqueza de matices existentes en la compleja realidad que subyace a lo jurídico, la autora hace frente a los diversos nudos que conectan la relación obligacional; valiéndose, para ello de diversas herramientas, como las fuentes históricas, los principios generales del derecho –como la buena fe o la protección a la apariencia–, la razonabilidad (o sentido común, si se quiere) y, por cierto, la necesidad de diferenciar las variadas conductas que pueden ser desplegadas por las partes, las que, aunque parecidas, no son idénticas, como ocurre con los mencionados deberes y cargas.

Para concluir esta breve presentación, quiero destacar dos ideas que están presentes de un modo transversal en esta obra y que destacan la originalidad del pensamiento de la autora. La primera idea, es que, a diferencia de lo que suele dibujar en el pizarrón el profesor o la profesora de Derecho Civil al enseñar estas materias, la estructura de la obligación no tiene una apariencia lineal, sino redonda o circular. En dicha esfericidad, según nos ilustra Lilian San Martín, las posiciones de los sujetos son dinámicas y no estáticas; por lo mismo, estas pueden ser analizadas en sentidos diversos y bidireccionales. La segunda idea que se desprende de la anterior, es que, como ocurre en toda clase de relaciones interpersonales, tanto el acreedor como el deudor tienen –a la par– importantes tareas que cumplir; y en ellas también está presente esa idea de circularidad, en la medida en que lo que cada uno de ellos hace repercute, *a veces en el otro* y *a veces en sí mismo*, mejorando o empeorando la posición relativa que ocupa en este juego de roles, que suele ser visto por la doctrina jurídica solo como un juego de carácter competitivo, en circunstancias que debiera ser entendido, también –como hace la autora de esta obra– como un juego de un saludable carácter colaborativo.

Nathalie Walker Silva
Universidad Alberto Hurtado

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XIV - N.° 27 - OCTUBRE DE 2025

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Estudios

Derechos fundamentales

Jesús Alcanda Vergara: Otra historia de los montes españoles

Javier Fernández Sandoval: La evolución posmoderna de los "derechos humanos"

Carlos Isler Soto: Evaluación crítica del magisterio del papa Francisco sobre la pena de muerte

Fuerzas Armadas y Contraloría

Gonzalo Carrasco Astudillo: La paralización del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa mediante la Ley de Presupuesto

Cristian Román Codero: La *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativas: solución y formas de concreción (Estudio a partir del dictamen n.° E561358-2024 de la Contraloría General de la Repúblca)

Comentarios de jurisprudencia

Rodrigo Cespedes: Vicios redhibitorios y superstición: el caso Stambovsky (1990)

Recensiones

Gustavo Garduño Domínguez: *Los nuevos derecho humanos: la última degradación del hombre* de Julio Alvear Téllez

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