

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2018
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; Rodolfo Figueroa editor general / Anuario de derecho público 2018

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2018, 1ª edición, p. 470, 15x23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye Palabras del decano, presentación del director, bibliografía y notas al pie.

Materias:

Derecho Administrativo.

Política y derecho.

Derechos del niño. Aspectos jurídicos.

Derecho internacional.

Identidad de género. Aspectos jurídicos.

Derecho ambiental

Aborto. Aspectos jurídicos

Derecho constitucional

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2018

© Rodolfo Figueroa G- (Editor), 2018

© VV.AA, 2018

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2018

Primera edición: diciembre de 2018

ISBN 978-956-314-431-4

Inscripción n° 298.397 en el Registro de Propiedad Intelectual

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2018

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas
Javier Couso
Rodolfo Figueroa
Matías Guiloff
Domingo Lovera
Judith Schönsteiner
Tomás Vial

DIRECTOR

Rodolfo Figueroa



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Palabras del decano.....	11
Presentación del director.....	13

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

Partidos Políticos y Transparencia

<i>Pablo Contreras</i>	17
------------------------------	----

Privacidad, espacios públicos y vigilancia

<i>Domingo Lovera Parmo</i>	35
-----------------------------------	----

Derechos no absolutos: el límite del derecho a la libertad de conciencia para garantizar el derecho a la salud

<i>Sebastián Rodríguez</i>	63
----------------------------------	----

Fallo SERNAC: revisitando el estado regulador

<i>Sebastián Soto Velasco</i>	90
-------------------------------------	----

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol n° 4012, sobre el SERNAC: una mutación constitucional por vía jurisprudencial

<i>Javier Couso y Javier Leiva</i>	115
--	-----

Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales
Yanira Zúñiga Añazco..... 125

¿Titularidad condicionada de los derechos fundamentales? Un comentario a la sentencia del tc rol 3729, sobre ley de aborto.
Luis Alejandro Silva Irrarázaval.....142

La compatibilidad de la retención general de metadatos y el respeto a los derechos fundamentales: el caso del decreto espía
María Paz Canales y Pablo Viollier..... 155

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género
Ximena Andrea Gauché Marchetti.....175

Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana que se observan en su opinión consultiva n° 24
Álvaro Paúl.....203

Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista-estado: ¿apariciencia o realidad? ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común
Pablo Nilo Donoso.....227

Cláusula de la nación más favorecida en derecho internacional de las inversiones: alcances y desafíos
Zoe Cometti..... 256

La situación de las migraciones y el pacto global de naciones unidas
Felipe González Morales..... 269

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

Breve recapitulación del estado de la discusión sobre la invalidación impropia en materia ambiental

Carola Salamanca Gatica y María del Pilar Soffia Ahumada..... 289

Deficiencias metodológicas y estándar de valoración de la línea de base del medio humano en los estudios de impacto ambiental: comentario de los fallos del tercer tribunal ambiental de Valdivia y de la Corte Suprema en el caso sobre la central de Pasada Mediterráneo

Gabriela Burdiles Perucci y Amanda Cozzi Bas..... 309

Las recientes contiendas de competencia entre la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia: una disputa en las sombras

Juan Carlos Ferrada Bórquez..... 329

¿Fiscalización ambiental exclusiva o concurrente? La respuesta judicial en el caso los fiordos

Dominique Hervé Espejo..... 343

Contencioso administrativo urbanístico: las lecciones del fallo Mall Barón

José Miguel Valdivia..... 361

Líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en torno a las exigencias para el otorgamiento de servidumbres mineras

Claudia Alfaro Cornejo y María-Pilar Domínguez León..... 374

La voz de los ochenta: el Tribunal Constitucional contra el derecho administrativo

Pablo Soto Delgado y Matías Guiloff Titium..... 392

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES 2017

Libros.....43I

Derecho Constitucional43I

Género	434
Derecho Administrativo	434
Derecho Internacional	435
Derechos Humanos	435
Derecho indígena	437
Derecho del trabajo	437
Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero, Derecho de Aguas	437

Capítulos de Libros

Derecho Constitucional	438
Género	444
Derecho Administrativo	445
Derecho Internacional	447
Derechos Humanos	449
Derecho del trabajo	449
Derecho ambiental	450

Metodología para la confección de la sección sobre artículos académicos

Fuentes	45I
---------------	-----

Artículos de revistas académicas

Derecho Constitucional	452
Género	460
Derecho Administrativo	460
Derecho internacional	462
Derecho ambiental	465

Metodología para la confección de la sección sobre artículos académicos

.....	467
-------	-----

Reportes de organismos internacionales y organizaciones nacionales e internacionales

.....	468
-------	-----

Metodología para la confección de esta sección	469
--	-----

PALABRAS DEL DECANO

La esfera pública, ese lugar donde los ciudadanos debiéramos concurrir para deliberar acerca de los asuntos comunes, de los temas que atañen a todos, está en crisis. Su estructura se ha debilitado, como sentenciara melancólicamente Jürgen Habermas en una reciente entrevista concedida a un periódico nacional este año.

En efecto, no es posible que el debate público sea de calidad si las personas creemos, por ejemplo, que nuestra opinión, por el solo hecho de expresarla, debe ser tomada en cuenta. Ya no distinguimos entre opiniones y opiniones fundadas. Una cosa es emitir opiniones, cuestión a la que todo el mundo tiene derecho, y otra cosa es que las opiniones emitidas posean todas ellas el mismo valor. Hemos olvidado que el valor de una opinión política debe basarse en fundamentos intersubjetivos que, por eso mismo, estamos en condiciones de aceptar. Esta situación, la merma de justificaciones intersubjetivas, es un rasgo característico de una época en que abundan las noticias falsas en las llamadas redes sociales, así como perspectivas distorsionadas de la realidad (promovidas por una prensa que ha perdido su prestigio y que, en consecuencia, es incapaz de formar consensos acerca de lo que ocurre y de lo que cabe esperar).

Si a lo anterior agregamos el analfabetismo funcional (la incapacidad de un número significativo de personas para entender lo que lee) que, como una enfermedad crónica, nos aqueja inmisericordemente, la cuestión se vuelve dramática.

De otra parte, también contribuye a la crisis de la esfera pública el alicaído estado en que se encuentra la democracia representativa liberal. Los partidos políticos ya no son capaces de aglutinar y promover de un modo atractivo los intereses de la mayoría de los ciudadanos, motivo por el cual hay una

disociación ideológica entre las élites dominantes y los diversos movimientos colectivos en que la ciudadanía se fragmenta con cada vez más intensidad. Esta desconexión, como muestra una creciente literatura, es la antesala de olas populistas, tanto de izquierda como de derecha que se alimentan del descontento con las instituciones.

Es por ello que el ejercicio académico –desplegado con seriedad, pausa y prolijidad– como los textos contenidos en esta nueva versión de nuestro Anuario de Derecho Público, permiten articular o encauzar la discusión sobre temas propios de la agenda pública. Los textos suministran así un cierto orden en el debate. Constituyen, por aplicar una conocida metáfora, un mapa que orienta en un territorio en el que ya no nos sentimos seguros, porque se han diluido los puntos de referencia tradicionales.

La distancia crítica, que es inherente a la academia, permite mostrar, de la manera indicada, las deficiencias y aciertos de las decisiones de los órganos del Estado que tienen, directa o indirectamente, un impacto en las vidas de todos nosotros, además de problematizarlas. Y en tiempos de crisis, contribuciones de esta clase francamente se agradecen.

MARCELO MONTERO IGLESIS
DECANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

Tengo el agrado de presentar el Anuario de Derecho Público 2018.

Este libro se viene publicando desde el año 2010 y este es el noveno Anuario.

El Anuario tiene por finalidad ofrecer a abogados, jueces, académicos y público en general perspectivas analíticas e informadas sobre los principales temas jurídicos ocurridos en Chile durante el año 2017, en derecho internacional, derecho constitucional, derecho administrativo, derechos humanos, género y derecho, y otras áreas.

El formato del Anuario sigue siendo el mismo: el libro se divide en tres partes. La más extensa comprende capítulos temáticos encargados a especialistas en el área, separados por materia. En el área de derecho internacional, se incluyen cinco capítulos; en derecho constitucional se incluyen ocho capítulos y en derecho administrativo se incluyen siete capítulos. En total, son veinte capítulos y veinticinco autores. En materia de autores, se ha mantenido la política de buscar equidad de género en las publicaciones. No siempre es posible lograr la paridad, por diversas eventualidades. Así, el año pasado hubo más autoras mujeres que hombres. Este año, publican diez mujeres y quince hombres.

Algunos temas que toca el Anuario son controversiales, como la Opinión Consultiva n° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género. En esa materia, se publican dos capítulos, para brindar a los lectores un contraste sobre el asunto. En derecho constitucional, uno de los hitos del año 2017 fue la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales. En esta materia, también se publican dos capítulos, para exhibir posturas discrepantes. En el área del derecho administrativo, los conflictos ambientales y su discusión ante los tribunales fueron asuntos destacados, sobre los cuales se publican cuatro capítulos.

La segunda parte del Anuario ofrece a los lectores un Catálogo de Publicaciones del año 2017 en las diversas áreas que cubre el Anuario. Este año se ha complejizado la separación de materias, respecto de Anuarios anteriores. Así, además de derecho constitucional, internacional y administrativo, se han incluido separaciones temáticas como Derechos Humanos, Género, Derecho indígena, Derecho del Trabajo y Derecho minero. Como dije el año pasado, un catálogo de publicaciones es de especial utilidad para académicos que hacen investigación, en la medida en que cada día la investigación jurídica se torna más exigente y requiere un acceso simple y expedito a las fuentes de información. Se ha intentado que el catálogo sea lo más exhaustivo posible. Por ello, se explica la metodología con que fue elaborado y se individualiza a los autores de dicho catálogo, a quienes extiendo mis agradecimientos.

Tengo la convicción de que este libro es una herramienta útil para el público nacional y también extranjero, pues le permitirá conocer, reflexionar y discutir sobre los principales asuntos acontecidos en el país durante el 2017, en las áreas que cubre el Anuario.

Para quienes deseen consultar los anuarios anteriores o este mismo online, pueden visitar el sitio:

<http://derecho.udp.cl/investigacion-y-publicaciones-2/publicaciones/anuario-de-derecho-publico/>

RODOLFO FIGUEROA G.
DIRECTOR ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2018

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PARTIDOS POLÍTICOS Y TRANSPARENCIA

Pablo Contreras¹

Resumen

El trabajo analiza las reformas de transparencia al régimen de los partidos políticos, a través de la Ley 20.915, que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización. En particular, se analizan cuatro materias. Primero, el cambio legal que transformó a los partidos en personas jurídicas de derecho público. Segundo, el reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho de los afiliados a un partido. Tercero, los nuevos deberes de transparencia activa. Cuarto, se revisa el sistema de garantía del derecho de acceso y de control de los deberes de transparencia activa. El texto concluye que la introducción de este derecho y sus deberes fijan un cambio en la forma en que los partidos rinden cuentas a la ciudadanía, pero se observan deficiencias en el sistema de control de tales obligaciones.

1. Introducción

Una de las más difíciles asignaturas de las reformas de probidad y transparencia fue la modificación de las reglas sobre financiamiento electoral y partidos políticos. La íntima conexión entre el funcionamiento del sistema democrático, por un lado, y las dinámicas de poder al interior de los partidos, por el otro, sirvieron de freno para cualquier modificación sustantiva desde la dictación

¹ Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Jefe de Normativa y Regulación, Consejo para la Transparencia. Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Alberto Hurtado y Diego Portales. Correo electrónico: pablo.contrerasva@mail.udp.cl.
Quisiera agradecer la asistencia de Leonardo Ortiz en la sistematización de los casos aquí citados. Las opiniones y análisis aquí efectuados son de corte académico y no representan al Consejo para la Transparencia. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos (“LOCPP”), en 1987.

El año 2015, el Informe del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (conocido como “Comisión Engel”, por su presidente), declaraba que uno de sus ejes centrales consistió “en la creación de un nuevo sistema de financiamiento de los partidos políticos, condicionado a un cambio profundo en sus actuales prácticas en materia de transparencia, rendición de cuentas y democracia interna”². La redefinición del modelo y rol de los partidos políticos, entonces, era parte central de la agenda y la transparencia de su gestión un elemento estructurante de la reforma.

Para asentar los cambios y la “publicación” de los partidos, se definieron a los mismos como personas jurídicas de Derecho Público, retomando el estatus de estas organizaciones con anterioridad a la Constitución de 1980.

En tal escenario, se presentó la necesidad de establecer nuevas reglas de transparencia aplicables a estos organismos. No bastaba con la remisión de información contable y de rendición de campañas al Servicio electoral. Era necesario que los partidos rindieran cuentas ante la ciudadanía y, para ello, se habilitó el derecho de acceso a la información y se crearon obligaciones de transparencia activa.

Este trabajo analiza las reformas de transparencia al régimen de los partidos políticos, como una de las novedades de su nuevo estatuto jurídico. Para ello, se estructura en el siguiente orden: se aborda los aspectos generales de la reforma a los partidos políticos (2), con foco en el marco constitucional que cobijó a los partidos bajo la Constitución de 1925 y de 1980 (2.1) para luego tratar el reconocimiento de los partidos como personas jurídicas de derecho público. A partir de ello, el trabajo se aboca a las nuevas reglas de transparencia de los partidos (3), examinando el reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho de los afiliados a un partido (3.1) y los nuevos deberes de transparencia activa (3.2). Finalmente, se revisa el diseño del sistema de garantía del derecho y de acceso y de control de los deberes de transparencia activa (4). El texto concluye que la introducción de este derecho y sus deberes suponen un cambio en la forma en que los partidos rinden cuentas a la ciudadanía pero se observan deficiencias en el sistema de control de tales obligaciones.

² Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, *Informe Final*, 2015, p. 29 disponible en Consejoanticorrupcion.cl (última visita efectuada 20.01.18).

2. Aspectos generales de la reforma a los partidos políticos

La Agenda de Probidad impulsada por el Gobierno de Michelle Bachelet supuso un cambio importante en la conceptualización de los partidos políticos. Para entenderlo, hay que revisar brevemente algunos de sus aspectos constitucionales.

2.1 Los partidos bajo las constituciones de 1925 y 1980

La Constitución de 1925 fue la primera constitución chilena en tratar a los partidos políticos. Su texto original los mencionaba en relación a la elección de diputados y senadores. El artículo 25 establecía que “[e]n las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad *en la representación de las opiniones de los partidos políticos*”. Para Silva Bascuñán, la disposición constitucional reconoció la existencia de estas “fuerzas colectivas”, asumió la “eventual pluralidad de los partidos políticos” y consideraba “natural” el “papel que les corresponde en el proceso electoral” como “una de sus funciones esenciales y características”³.

Sin embargo, los partidos recién alcanzaron reconocimiento constitucional y, por ende, un estatus especial dentro del sistema democrático, a partir de la reforma constitucional de 1971⁴. La enmienda dotó a los partidos la estructura de personas de derecho público, les fijó la finalidad de concurrir democráticamente a la política nacional y mandató a la ley para que reglamentara la forma de participar en la “generación de los poderes públicos” (art. 9, inc. 2 de la Constitución de 1925). Como se ha señalado, la reforma les reconoció sus derechos de organización interna y el rol que cumplen dentro del sistema político⁵.

La Constitución de 1980 y el entramado legal de la dictadura reacciona a este reconocimiento y legitimación de los partidos políticos. Partiendo de una “desconfianza”⁶ y una “visión sesgada”⁷ frente a los partidos políticos, con un

3 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), T. III, V. 2, 1963, p. 378.

4 Antes de ello, sólo a partir de una reforma legal en el año 1962 se les reconoció personalidad jurídica (Ley No. 14.851). Véase Silva Bascuñán, *op. cit.*, p. 382.

5 Bassa, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho* (Lexis Nexis), 2008, p. 10.

6 Cea, José, *Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones UC), 2^{ff} ed., 2008, p. 448.

7 Silva Gallinato, María Pía, “El Control del Financiamiento de los Partidos y de las Campañas Electorales: La evolución de su Regulación en Chile”, en *Revista de Derecho* Año VI, N° 2 (Universidad Finis Terrae), 2016.

pluralismo político acotado en el marco de una democracia protegida⁸ y con una férrea separación entre el mundo político y el mundo social⁹, la Constitución regula a los partidos como una mera asociación privada más dentro del derecho de asociación.

En virtud de ello, no es difícil entender que los partidos eran meras “asociaciones voluntarias, dotadas de personalidad jurídica [...]”, es decir, un tipo de asociación que no se diferenciaba sustancialmente con otro tipo de personas jurídicas de derecho privado. En efecto, el anteproyecto de la LOCPP –redactado por Luz Bulnes y Raúl Bertelsen– se apartó de la Constitución de 1925; expresamente omitió el tipo de personalidad jurídica aplicable a los partidos políticos¹⁰. El “Grupo de los 24”, por el contrario, había previsto expresamente la continuidad de este tipo de reconocimiento¹¹. La regla de la LOCPP se interpretó como un reconocimiento de asociaciones privadas y voluntarias, enfatizando “el carácter voluntario o libre de la asociación a un partido político”¹².

La indefinición legal llevó a una autora a estimar que a los partidos “por su naturaleza jurídica y el rol que cumplen dentro de la jerarquía institucional debería considerárseles como personas jurídicas de derecho público, pero por la forma como se constituyen debemos concluir que son personas jurídicas de derecho privado, ya que no se establecen directamente por el solo ministerio de la ley, una vez cumplidos los requisitos exigido, previa voluntad de sus adherentes”¹³. La misma autora celebrará, años después, que se haya salvado la “omisión anterior” y que se haya dejado “expresamente establecido que la naturaleza jurídica de la personalidad de los partidos es de derecho público”¹⁴.

8 García Pino, Gonzalo *por todos*, *Diccionario Constitucional Chileno* (Hueders), 2016, pp. 783-788.

9 Muñoz, Fernando, *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, Subalternidad y Proceso Constituyente* (Ediciones UACH), 2015, pp. 100-106.

10 García Barzelatto, Ana María, *Ley Orgánica Constitucional de Partidos Político. Historia de su Establecimiento y Debate Doctrinario* (Editorial Jurídica de Chile), 1988, p. 41.

11 Chaparro, Patricio (Ed.), *Las Propuestas Democráticas del Grupo de los 24* (Corporación Grupo de Estudios Constitucionales), 1992, p. 73.

12 Ribera, Teodoro, “Estatuto Jurídico de los Partidos Políticos en Chile. Veinte Años de la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos”, en Fontaine, Arturo *por todos*, *Reforma de los Partidos Políticos en Chile* (PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica y CIEPLAN), 2008, p. 135.

13 García Barzelatto, op. cit., p. 88.

14 García Barzelatto, Ana María, “Partidos Políticos y Modificaciones Introducidas por la Ley Orgánica Consistucional N° 20.915 de 2016”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Teoría Política y Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Ismael Bustos Concha* (Editorial Jurídica de Chile), 2017, p. 64.

Pese a que la definición buscaba autonomía asociativa, la regulación legal fue detallada y excesiva, llegando a ser calificada como un “frondoso conjunto de disposiciones”¹⁵ que, sin embargo, no pudo contener el rol de los partidos confinados a sus propios fines específicos.

La Ley No. 20.915, que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización, supuso una re-publicación de los partidos a nivel legal. Para ello, restituyó el carácter de personas jurídicas de derecho público, aunque no alteró las bases constitucionales que aún persisten sobre la materia. La reforma legal transformó la naturaleza jurídica de los partidos, sus fines y funciones, su financiamiento y sus deberes correlativos. El cambio de la naturaleza jurídica y sus implicancias en materia de transparencia se revisan a continuación.

2.2. Los partidos como personas jurídicas de derecho público

La Ley N° 20.915 modificó el 1° de la LOCPP y ahora se define a los partidos políticos como “asociaciones autónomas y voluntarias organizadas democráticamente, dotadas de personalidad jurídica de derecho público, integradas por personas naturales que comparten unos mismos principios ideológicos y políticos, cuya finalidad es contribuir al funcionamiento del sistema democrático y ejercer influencia en la conducción del Estado, para alcanzar el bien común y servir al interés nacional”. Esta reconceptualización supone un cambio de eje: de meras asociaciones privadas a personas jurídicas de derecho público. ¿Qué conlleva la transformación de su personalidad jurídica?

En términos generales, se ha afirmado que la personalidad jurídica de derecho público implica que los partidos “existen por un acto emanado directamente del Estado, gozan de potestad pública y prestan servicios públicos a la sociedad”¹⁶. La organización de los partidos, en el caso chileno, estaría entre las asociaciones privadas que no persiguen fines públicos y los órganos del Estado. En ese entendido, se trata de un “reconocimiento formal de su función pública, sin que por ello lleguen a constituir órganos del Estado, ni pierdan el carácter de instituciones amparadas por la libertad de asociación”¹⁷.

¹⁵ Cea, op. cit., p. 448.

¹⁶ Jordán, Tomás & Figueroa, Pamela, “La Ruta hacia una Mejor Democracia”, en Ministerio Secretaría General de la Presidencia e IDEA, *Reformas Políticas en Chile 2014-2016. Análisis y Evaluación de las Modificaciones al Sistema Político Chileno durante el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), p. 41.

¹⁷ Barros, op. cit., p. 179.

La carencia de personalidad jurídica bajo buena parte de la vigencia de la Constitución de 1925 se entendió como “un obstáculo para la actividad” partidaria y su constitución bajo las reglas de asociatividad propias del derecho privado, “habrían quedado sometidos a la autoridad del Presidente de la República” a quien correspondía la autoridad para autorizar la existencia de corporaciones, aprobar sus estatutos y disolverlas¹⁸.

El carácter de “personas jurídicas de derecho público” no debe llevar al equívoco que se trata de órganos estatales o de la Administración del Estado. El principio de autonomía asociativa persiste en nuestra Constitución como fundamento para la creación de los partidos políticos, en tanto instrumentos de participación política y funcional a la democracia representativa, tal como se reconoce en el derecho comparado¹⁹. La transformación del rol de los partidos influyó en la reconceptualización de las funciones del partidos y los bienes públicos que generan en una sociedad democrática, así como los derechos y deberes de los afiliados al partido. Por ejemplo, es el marco para garantizar la elección democrática de autoridades partidarias bajo reglas mínimas relativas al sufragio de los militantes (artículo 26 LOCPP); para la incorporación de reglas de formación ciudadana en materia de participación política (artículo 2, letra c) y e) y artículo 40 LOCPP); y para el fomento a la participación femenina y de los jóvenes en la política (artículo 40 LOCPP). Entre otras materias, esta nueva forma de entender a los partidos justificó financiamiento estatal (parcial) de aportes trimestrales según número de afiliados (artículo 40 LOCPP), como una forma para prevenir capturas por privados. Bajo este marco, la transparencia se asocia al carácter público pero especialmente en relación a su financiamiento estatal. Esto se explica a continuación.

3. Transparentando los partidos

La publicidad de la actividad de los partidos políticos tiene como base las reglas constitucionales. En primer término, el estatuto constitucional de los partidos políticos determina dos reglas relevantes: por un lado, se establece expresamente que la contabilidad de los partidos será “pública” y, por el otro, la nómina de los militantes del partido es reservada y debe estar disponible para aquellos que están afiliados al mismo (art. 19 N° 5, inc. 5°). En segundo término, y de forma indirecta, el art. 18 establece una reserva de ley para las materias de “financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral” como parte

¹⁸ Silva Bascuñán, op. cit., p. 382.

¹⁹ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, (Marcial Pons), 2007, pp. 565-569; Oñate, Pablo, “Los Partidos Políticos”, en del Águila, Rafael (ed.), *Manual de Ciencia Política* (Trotta), 2005, pp. 261-262.

del sistema electoral. Esta es materia de ley orgánica constitucional y se vincula estrechamente con la actividad electoral que efectúan los partidos en la presentación de candidatos a los cargos de elección popular.

Sin perjuicio de las bases constitucionales aquí descritas, el esfuerzo por transparentar a los partidos se efectuó a través de modificaciones legales, especialmente, la Ley N° 20.900, para el fortalecimiento y transparencia de la democracia, y la Ley N° 20.915. Estos dos cuerpos legales introdujeron el nuevo mapa de obligaciones de transparencia y publicidad de los partidos. A continuación, revisaremos cómo se incorporó el derecho de acceso a la información en poder de los partidos y las nuevas obligaciones de transparencia activa.

3.1 Derecho de acceso a la información

La Ley N° 20.915 que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización, introdujo la siguiente norma Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos (LOCPP):

“Artículo 20.- Derechos y deberes de los afiliados.

1. Los estatutos de los partidos contendrán una especificación detallada de los derechos de sus afiliados, dentro de los cuales necesariamente se incluirán los siguientes: [...]

f) Solicitar y recibir información que no sea reservada o secreta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución o cuya publicidad, comunicación o conocimiento no afecte el debido cumplimiento de las funciones del partido. Los afiliados podrán impugnar ante el tribunal supremo, cuya resolución será reclamable ante el Servicio Electoral frente a la negativa del partido de entregar dicha información. [...]

La modificación introduce un derecho de acceso a la información. Analizando sus componentes, podemos describirlo de la siguiente forma:

Se trata de una regla especial de derecho de acceso a la información pública, que se basa en las fuentes constitucionales del derecho de acceso general²⁰ pero cuya regulación legal se aparta de la configuración que del derecho hace la Ley de Transparencia.

El derecho tiene una regla de titularidad especial, puesto que los únicos sujetos habilitados para ejercerlo son los afiliados del partido. Esto contrasta

²⁰ Díaz de Valdés, Juan Manuel, “Una Visión del Combate a la Corrupción centrada en los Derechos Fundamentales: El Derecho de Acceso a la Información Pública y su nueva Regulación Legal”, en Por todos, Romero, Juan José (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Pontificia Universidad Católica), 2009, pp. 193 y ss; Contreras, Pablo, *Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional*, (Thomson Reuters), 2014, pp. 9-40.

con la titularidad genérica y universal de la Ley de Transparencia²¹. En este sentido, está más en la línea de protección de los “derechos de participación, de decisión y de información de los asociados”²² al partido que a la aplicación de un derecho universal de todas las personas.

Por contrapartida, el destinatario del derecho es el partido al cual está afiliado el militante. Evidentemente, ello implica que no sean aplicable las reglas de derivación por incompetencia de la Ley de Transparencia (art. 13) y el partido debe dar acceso o reservar la información conforme a la ley. A diferencia de la Ley de Transparencia, no es del todo claro quién es el responsable del deber de entregar oportunamente la información, especialmente a efectos de verificar el incumplimiento.

El objeto del derecho es “solicitar y recibir” y, en ese entendido, comprende tanto una dimensión negativa como una positiva. La primera obliga a que el afiliado no sea impedido de ejercer su derecho a solicitar información al partido. La segunda dimensión obliga al partido a entregar la información o fundar la negativa en una causal de reserva o secreto. En relación al tipo de información que se puede solicitar, en la Historia de la Ley (“HDL”) queda claro que se trata de información del partido y no de la gestión parlamentaria de diputados o senadores que pertenezcan a dicho partido²³. Por analogía, la información no debería alcanzar a la gestión de militantes en cargos en la Administración del Estado o en otros cargos de elección popular. El derecho tiene una función instrumental: servir de mecanismo de rendición de cuentas intrapartidario y no mezclarlo con los demás dispositivos de control que existen respecto de las funciones parlamentarias o ejecutivas.

Respecto a los límites al derecho, la norma legal hace una remisión a las causales constitucionales de reserva o secreto que establece el art. 8, inc. 2° para la publicidad del accionar de los órganos del Estado y agrega una causal ad hoc: cuando su “*publicidad, comunicación o conocimiento no afecte el debido cumplimiento de las funciones del partido*”. La remisión al art. 8° es incondicionada, por lo que debería entenderse que se aplican las cuatro causales de

21 Ruiz, Andrea, “Amparo ante el Consejo para la Transparencia. Derecho de acceso a la información y Amparo. Avances y retrocesos en el reconocimiento de un derecho fundamental y de sus acciones protectoras”, en Henríquez, Miriam & Silva, María Pía (eds.) *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales* (Thomson Reuters), 2014.

22 Barros, Enrique, “Aspectos Jurídicos del Estatuto de los Partidos Políticos”, en *Estudios Públicos* N° 14 (Centro de Estudios Públicos), 1984, p. 176.

23 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.915, 15 de abril de 2016, pp. 428-429 (en adelante, “HDL”).

reserva –es decir, afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional– además de la nueva causal de reserva (que, más bien, parece ajustar la causal de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano). Al igual que la Constitución, la reserva exige que la divulgación de la información *afecte* una causal de reserva o secreto y ello deberá ser acreditado por el órgano ejecutivo. Un ejemplo de ello, extraído de la misma historia de la ley, es la divulgación de información “particularmente en el contexto de una estrategia electoral”²⁴ o, más en general, “información estratégica, tal como discusiones sobre posturas electorales, posiciones en materias de políticas públicas”²⁵.

Finalmente, la ley dispone de un mecanismo de “impugnación”, como forma de garantizar el ejercicio legítimo del derecho. En este punto, lo que se puede impugnar debiese ser equivalente a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Transparencia: la omisión de entrega de información o la denegación total o parcial de lo solicitado (art. 24). En dicho caso, el amparo de acceso a la información reviste la formalidad de “impugnación” y debe presentarse ante el tribunal supremo del partido (u órgano contralor, en la nueva terminología de la Ley N° 20.915). La decisión del tribunal supremo, a su vez, es reclamable ante el Servicio Electoral.

A partir de esta descripción del derecho, es conveniente inquirir en al menos tres problemas: la titularidad del derecho, el procedimiento de acceso y el problema de la impugnación.

En relación al problema de la titularidad del derecho, al tratarse de una regulación especial del derecho de acceso a la información, el legislador estimó que el sujeto activo debía confinarse únicamente a los afiliados al partido político. El mensaje ingresado por el Ejecutivo ya contenía el derecho de acceso como uno de los derechos de los militantes del partido²⁶. La cuestión no tuvo mayor debate, salvo por las interrogantes que formuló el senador Navarro en segundo trámite. Específicamente, sostuvo que “[n]o parece adecuado que cuando deseamos ser más transparentes, más cercanos a los partidos, exista una diferencia en cuanto al acceso a la información. Uno podría clasificar el tipo de información, pero no el derecho a que alguien que aspira a ser militante de un partido y quiera conocer aspectos de aquel, se le niegue por el hecho

24 HDL, p. 326.

25 HDL, p. 73.

26 HDL, p. 12.

de no ser militante”²⁷. Para el senador, el carácter público de los partidos y la asignación de fondos públicos harían dudar que el derecho tenga una regla específica de titularidad, aunque precisó que, en su opinión, sólo los afiliados al partido pueden pedir información y no cualquier persona²⁸.

El debate legislativo no da cuenta de la justificación de la regla especial de titularidad. Algunos autores sostuvieron que el derecho de acceso debería haberse ampliado “a la ciudadanía en general y que no sólo sea de exclusividad de los militantes”, toda vez que la restricción de titularidad habría ido “en menoscabo del principio de libertad de información” que protege el derecho “sin hacer distinciones arbitrarias”²⁹. Es posible entender que lo que se busca con la introducción de este derecho, acotado a los militantes, es brindar un mecanismo de control interno del funcionamiento de los órganos del partido y no homologarlos a un órgano del Estado cuya rendición de cuentas debe estar abierta a todas las personas. De lo contrario, como se sugirió en su momento, hubiese convenido modificar la Ley de Transparencia y convertir a los partidos en sujetos obligados como cualquier otro órgano de la Administración³⁰. La opción fue otra. Un derecho de titularidad amplia podría servir como mecanismo de boicot entre adversarios políticos con el objeto de exponer administraciones de partidos rivales a través del acceso a la información. Esto explicaría el ajuste: la rendición de cuentas a través del acceso de información sería de orden interno y los demás mecanismos de la Ley N° 20.915 –como las obligaciones de transparencia activa– permitían el control social por la ciudadanía en general.

El segundo problema es procedimental: la ley no regula un procedimiento para formular la solicitud de acceso a la información. Esto fue advertido durante la tramitación del proyecto³¹ pero la regla final no lo resuelve. Al establecer un derecho de acceso especial, la regulación del procedimiento quedaría sujeto a la autonomía normativa de cada partido a través de los Estatutos o de la normativa que regule los derechos y deberes de los afiliados. En este caso, no procedería y es dudoso que pueda aplicarse supletoriamente la Ley de Transparencia en

27 HDL, p. 430.

28 HDL, p. 430.

29 Moya, Emilio & Cid, Verónica, “Hacia una Propuesta de Transparencia en los Partidos Políticos de Chile”, en *Revista Transparencia & Sociedad* N° 1 (Consejo para la Transparencia), 2014, p. 19.

30 La opción fue presentada, precisamente, por el entonces Director Ejecutivo de Chile Transparente, José Miguel Insulza. Véase HDL, 74-75.

31 HDL, p. 72.

ausencia de una regla de remisión y puesto que dicho cuerpo legal sólo obliga a los órganos de la Administración del Estado y, en lo pertinente, a los demás órganos del Estado. La ausencia de procedimiento podría convertir a este derecho en “letra muerta”³², toda vez que no existe determinación del responsable de contestar la solicitud, los requisitos aplicables a la respuesta y los plazos para evacuarla. Además, podría poner en riesgo los derechos de terceros, al no regular el mecanismo de traslado del art. 20 de la Ley de Transparencia.

Finalmente, permanecen las dudas sobre los mecanismos de garantía del derecho. En el Senado, se incorporó que la omisión o denegación de acceso fuese impugnabile, primero, ante el órgano contralor y luego reclamable ante el Servicio Electoral. Esta regla refuerza la especialidad de este de derecho de acceso, toda vez que no procede el amparo de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia y, al parecer, la revisión final la efectúa el Servicio Electoral. En esta materia, tendríamos otro órgano más que deberá aplicar las causales constitucionales de reserva o secreto. Similar a lo que se ha planteado respecto de la Ley de Transparencia, también podría ser procedente el recurso de protección³³ invocando la tutela del derecho de acceso a la información que resguarda el art. 19 N° 12 de la Constitución, tal como se ha interpretado en otros casos³⁴. En este sentido, tanto respecto de la decisión del órgano contralor, como de la del Servicio Electoral, nada impediría que se interponga un recurso de protección como mecanismo adicional de garantía del derecho.

3.2 Transparencia activa

Junto con reconocer un derecho especial de acceso a la información, el legislador modificó la LOCPP y creó obligaciones de transparencia activa a todos los partidos políticos.

La Ley N° 20.915 creó un nuevo título “Del acceso a la Información y Transparencia” pero en el que únicamente se regula la transparencia activa. El art. 49 de la ley establece deberes especiales de transparencia activa ajustados a su realidad. En particular, se dispone que los partidos “deberán mantener a

32 HDL, p. 72.

33 Reyes Poblete, Miguel Ángel, “Tensiones entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el procedimiento de acceso a la información pública en Chile con la Ley N° 20.285”, en Rajevic, Enrique & Letelier, Raúl (eds.), *Transparencia en la Administración Pública* (Legal Publishing), 2010.

34 Véase, entre otros fallos, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol No. 91155-2015 (21.12.15); Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol No. 48719-2016 (02.08.16).

disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, en forma completa, actualizada y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, trimestralmente [...].” Dicho precepto legal fija 23 materias diversas que cubren el marco normativo aplicable al partido, sus datos de identificación, los pactos electorales que integren, las declaraciones de patrimonio e intereses de los candidatos y de los miembros del órgano ejecutivo, la información financiera del partido, los aportes a campañas y gastos electorales, los acuerdos de los órganos regionales, las sanciones aplicadas al partido e información estadística de los militantes, entre otras materias. Adicionalmente, el legislador dotó de potestades normativas al Consejo para la Transparencia para que dicte las instrucciones en esta materia (art. 49, letra w) y art. 49, inc. final) que se materializaron a través de la Instrucción General N° 12 sobre Transparencia Activa de los Partidos Políticos³⁵.

La ley regula diversas materias dentro del deber de transparencia activa. En algunas de ellas, se reproduce el esquema de publicación del art. 7 de la Ley de Transparencia –aplicable a los órganos de la Administración del Estado– con las necesarias especificaciones aplicables a los partidos políticos. Por ejemplo, el legislador ha exigido que cada partido publique su marco normativo y, en virtud de ello, se disponibilizan leyes aplicables pero también los Estatutos, la Declaración de Principios o el Reglamento Interno, “con independencia del nombre que éstos tengan, ya sean protocolos, instructivos, circulares, órdenes, etc.”³⁶. Otras materias son específicas al quehacer de los partidos. Por ejemplo, se obliga a transparentar el total de los aportes, donaciones y en general transferencias de fondos que reciban a partir de su inscripción, transparentar los requisitos y procedimientos para afiliaciones y liberar información estadística sobre participación política dentro del partido, incluyendo “la cantidad de militantes, distribución etaria, los cargos que ocupan dentro del partido, cargos de elección popular, autoridades de gobierno, entre otros” (art. 49 letra s) LO-CPP). En general, las materias de financiamiento y gasto sirven como ítems que permiten el control de la gestión de las directivas partidarias³⁷.

El incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa es susceptible de reclamo ante el Consejo para la Transparencia. El art. 50 establece que

³⁵ Cplt.cl, Instrucción General N° 12, 28 de septiembre de 2016.

³⁶ Instrucción General N° 12, sec. I.I.C.

³⁷ Barros, op cit., p. 198.

“[c]ualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, en contra del partido político que no cumpla” con los deberes establecidos en el art. 49. En este aspecto, se hace una remisión explícita a los arts. 24 y siguientes de la Ley de Transparencia, de manera que la tramitación del reclamo se rige por las mismas reglas que el resto de los órganos de la Administración del Estado. En el caso de que se declare una infracción al art. 49, se debe comunicar al Servicio Electoral “la necesidad de iniciar un procedimiento sancionatorio para establecer una multa a beneficio fiscal sobre el patrimonio del respectivo partido político, la que, de acuerdo a la gravedad de la infracción podrá ascender de quinientas a dos mil unidades tributarias mensuales”. En caso de reincidencia, la ley establece que se elevará al doble la sanción.

Uno de los mayores problemas fácticos para el cumplimiento de estas obligaciones es la ausencia de sitios web de partidos políticos. Actualmente, en una revisión de los 23 partidos políticos constituidos, hay casi un tercio que no tiene sitios web, incumpliendo el primer presupuesto de las obligaciones de transparencia activa³⁸. Esto ha sido advertido por el mismo Consejo para la Transparencia y por las organizaciones de la sociedad civil. En el primer caso, el Consejo desde un inicio habilitó el Portal de Transparencia para que los partidos puedan publicar a través de dicho sistema y los capacitó respecto de los alcances de la Instrucción General N° 12³⁹. Respecto del segundo caso, la ONG Ciudadano Inteligente desarrolló una plataforma alternativa, que se nutre de datos de los mismos partidos como de los del Portal y que busca visualizar de forma más sencilla y amigable la información que ordena publicar la ley⁴⁰. A su vez, Chile Transparente –que ha llevado un índice de transparencia de los partidos con anterioridad a la reforma del 2016– elabora periódicamente informes sobre el cumplimiento de estándares de transparencia y en los que se ha constatado un avance respecto de la situación previa al establecimiento legal de estos deberes⁴¹.

38 Al 15 de junio de 2018, de acuerdo a los datos obtenidos de Servel.cl, los partidos que carecen de sitio web son: Izquierda Ciudadana de Chile, Federación Regionalista Verde Social, Partido Regionalista Independiente Demócrata, País Progresista, Poder Ciudadano del Norte, Igualdad para los Pueblos, Partido Ecológico Verde del Sur e Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores.

39 Véase en Portaltransparencia.cl, por tipo de organismo regulado (última visita efectuada 15.06.18).

40 Véase Partidospublicos.cl (última visita efectuada 15.06.18).

41 Chile Transparente, Índice de Transparencia en Partidos Políticos 2018, disponible [en línea]: Partidos-transparentes.cl (última visita efectuada 15.06.18), p. 9.

A nivel de reclamos de transparencia activa, el Consejo ha conocido 26 casos por infracciones a los deberes que establece el artículo 49⁴². De ellos, la gran mayoría han sido acogidos total (1)⁴³ o parcialmente (22)⁴⁴, mientras que sólo uno ha sido rechazado⁴⁵ y dos declarados inadmisibles⁴⁶. Algunos de los reclamos acogidos corresponden a partidos cuyas inscripciones legales han sido canceladas el 2018, como Amplitud, Unión Patriótica, Partido por la Integración Regional y el Partido de Trabajadores Revolucionarios⁴⁷. En el primer caso que resolvió el Consejo, se constató la omisión de información sobre el lema del partido, sobre algunas de las sedes regionales y sus domicilios, sobre las declaraciones de patrimonio e intereses de los miembros del órgano ejecutivo, sobre el monto total de cotizaciones ordinarias y extraordinarias, aportes al partido, ingresos y gastos del mismo, las nóminas de contrataciones sobre 20 UTM, el registro de gastos efectuados en campaña y sobre el registro de aportes a campañas⁴⁸. Otros casos presentan similares características, omitiendo información sobre los reglamentos internos del partido⁴⁹ o la actualización de los estatutos del partido⁵⁰, pero es considerablemente más preocupante cuando se trata de información sobre las declaraciones de patrimonio e intereses de candidatos y miembros del órgano ejecutivo⁵¹, la nómina de contrataciones sobre 20 UTM⁵² o, en general, los ingresos y gastos del

42 Para ubicar los casos, revítese la base de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en <http://productos3.legalpublishing.cl/CPLT/modulos/pages/busqueda.asp> (última visita efectuada 18.07.18). Las decisiones del Consejo, en esta materia, son las siguientes: Consejo Para La Transparencia Rolles N° CI452-17; CI449-17; CI448-17; CI457-17; CI455-17; CI454-17; CI451-17; CI450-17; CI445-17; CI441-17; CI440-17; CI447-17; CI444-17; CI443-17; CI442-17; CI437-17; CI439-17; CI438-17; CI433-17 y CI446-17; CI08-18.

43 C2844-17.

44 De más reciente a más antiguo: CI08-18; CI446-17; C3815-16; CI456-17; CI452-17; CI449-17; CI448-17; CI457-17; CI455-17; CI454-17; CI451-17; CI450-17; CI445-17; CI441-17; CI440-17; CI447-17; CI444-17; CI443-17; CI442-17; CI437-17; CI439-17; CI438-17.

45 CI433-17.

46 C3974-17 y 2684-17.

47 Véase Servel.cl, Oficio No. 2428 de 15.06.18, que comunica cancelación de inscripción en el Registro de Partidos Políticos.

48 C3815-16, cons. 2.

49 CI437-07, cons. 2.

50 CI08-18, cons. 2.

51 CI444-17, cons. 2.

52 CI446-17, cons. 2.

partido⁵³. El objeto de tener un estatuto de transparencia activa buscaba, precisamente, mantener determinada información financiera permanentemente a disposición del público. El incumplimiento de estos deberes afecta considerablemente la forma en que se diseñó el modelo de rendición de cuentas de los partidos.

4. La fragmentación del sistema de supervisión

El reconocimiento del derecho de acceso y las obligaciones de transparencia activa tienen un modelo de supervisión fragmentado. No resulta del todo claro la razón de distribución de competencias entre órganos distintos que deberán interactuar para evitar inconsistencias sistémicas a la hora de fijar el alcance de la publicidad de la información de los partidos políticos.

En primer término, en relación al derecho de acceso, el legislador ha excluido al Consejo para la Transparencia del conocimiento de amparos de acceso a información pública. El modelo siempre prefirió al Servicio Electoral y, en segundo trámite legislativo, el Senado incluyó una instancia interna de revisión, cual es el órgano contralor del partido. El modelo supone que el tribunal supremo es un primer contrapeso de impugnación de la omisión o negativa de acceso. Evidentemente, ello requiere que el diseño institucional de cada tribunal supremo permita la independencia necesaria para efectuar tales juicios. Sin embargo, si la información requerida atañe al mismo tribunal supremo, este primer control debería fallar sobre un asunto de su propio interés.

La decisión del tribunal supremo es reclamable ante el Servicio Electoral. Dicho reclamo debiese ser equivalente a un amparo de acceso a la información pública. Sin embargo, no se hace una remisión explícita a los arts. 24 y siguientes de la Ley de Transparencia.

El Servicio Electoral deberá elaborar una jurisprudencia de acceso que se ajuste al carácter de información que obra en poder de los partidos. En este sentido, podría ser de utilidad que atienda a los criterios que, respecto de los órganos de la Administración del Estado, han desarrollado el Consejo para la Transparencia y los tribunales superiores de justicia. Si bien el Servicio podrá tener mayor conocimiento de la información que los partidos manejan en materia de directrices partidarias y documentación de contenido programático, en la determinación del alcance de cláusulas como los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional, el desarrollo

⁵³ C1440-17, cons. 2.

jurisprudencial ha permitido acotar y clarificar su contenido. Esto es particularmente relevante en materia de protección de datos personales, en donde el Servicio Electoral deberá determinar en qué casos procede el acceso a la información para el afiliado y cómo debe aplicarse la divisibilidad de la información y su eventual anonimización.

En segundo término, las obligaciones de transparencia activa tienen un mecanismo dual de supervisión y control. Por un lado, la fiscalización y sanción por el incumplimiento de estos deberes se encuentra radicado en la competencia del Servicio Electoral. Por el otro, la regulación de las obligaciones y la resolución de los reclamos corresponden al Consejo para la Transparencia. En efecto, al no efectuar una remisión al título tercero de la Ley de la Transparencia, el Consejo sólo tiene las atribuciones que explícitamente le fueron atribuidas por los arts. 49 y 50 LOCPP. En relación a la facultad fiscalizadora del Servicio Electoral, ella encuentra su fundamento expreso en el art. 74, letra a) de la Ley Orgánica Constitucional del Servicio Electoral, que dispone que la Subdirección de Partidos Políticos tiene como atribución “[f]iscalizar y controlar el cumplimiento de la normativa sobre transparencia, elecciones internas, aportes y gastos de partidos políticos, y en general todas las obligaciones establecidas en la ley N°18.603”. La facultad sancionatoria se encuentra reconocida por el mismo art. 50 LOCPP y el art. 74, letra g) de la citada ley que regula al Servicio. Por lo tanto, si bien el Consejo puede acoger un reclamo y declarar una infracción a las obligaciones de transparencia activa, carece de la potestad para imponer una sanción y debe remitirse a un procedimiento distinto que asume el Servicio Electoral. En este sentido, no podemos menos que discrepar de lo que afirman Jordán y Figueroa sobre este reparto de competencias. Para estos autores: “se dispuso de herramientas de fiscalización y sanción, actuando el Servel como una Superintendencia de los partidos y agrupaciones políticas. Junto con ello, se establecieron obligaciones de transparencia que son fiscalizadas por el Consejo para la Transparencia”⁵⁴. El Servicio Electoral concentra las potestades sancionatorias en materia de

54 Jordán, Tomás & Figueroa, Pamela, *op. cit.*, p. 16. Más adelante, tampoco resulta claro cómo los autores entienden las competencias asignadas (p. 42): “Finalmente, se establece que todo tipo de reclamación [respecto de transparencia y rendición de cuentas] se realizará y sancionará por mediante [sic] el Servel y puede ser reclamado por cualquier persona”. Esta afirmación desconocería las facultades resolutorias del Consejo para la Transparencia, en materia de reclamos de transparencia activa, que atribuye el art. 50 LOCPP. Si bien el Servicio Electoral es el órgano competente para sancionar, ello puede ser fruto de una fiscalización conducida por el mismo Servicio o por la decisión recaída en un reclamo de transparencia activa, decidida por el Consejo o, eventualmente, por la revisión de ilegalidad que podrían efectuar la Corte de Apelaciones competente.

transparencia y el Consejo para la Transparencia no tendría, bajo ningún aspecto, atribuciones de fiscalización sino que sólo regulatorias y resolutorias.

No quedan dudas, entonces, que el legislador ha decidido repartir y compartir las competencias de supervisión y control de las reglas de transparencia de los partidos políticos. Tal distribución requerirá esfuerzos interinstitucionales de coordinación con el objeto de estabilizar las expectativas normativas en su dimensión regulatoria, resolutoria, fiscalizadora y sancionatoria. La duda es si ello producirá resultados coherentes. Por ejemplo, el Servicio Electoral podrá adoptar una política de fiscalización que priorice el control y el detalle de elementos que no sean debidamente considerados en la resolución de un reclamo de transparencia activa por el Consejo para la Transparencia. Ello podría generar un resultado contradictorio: por un lado, el Servicio Electoral fiscaliza y sanciona conforme a su política y, por el otro, el Consejo rechaza el reclamo en contra del partido.

5. Conclusión

El legislador modificó considerablemente el marco jurídico de los partidos políticos. Uno de los elementos centrales de la reforma constituye la redefinición de los partidos como personas jurídicas de Derecho Público. Junto a ello, se le asignan nuevas funciones, destacando la generación de bienes públicos relevantes para el sistema democrático.

Estos intermediadores del sistema político pasan a tener un rol institucional que, sin convertirlos en extensiones del Estado, son sometidos por el legislador a un nuevo modelo de rendición de cuentas a los ciudadanos. En dicho modelo, la transparencia se estructura como un vaso comunicante entre los partidos y la ciudadanía. Sin embargo, el modelo dista de ser satisfactorio.

Respecto del derecho de acceso, el legislador optó por una titularidad especial y circunscrita a los afiliados del partido al que se le solicita la información, favoreciendo un modelo de control interno vía transparencia. Sin embargo, la regulación es pobre en materia procedimental y la falta de reglas habilitantes podría conspirar contra el ejercicio legítimo del derecho. El diseño de revisión de las decisiones sobre acceso a la información se separa del modelo de la Ley de Transparencia, optando –nuevamente– por el control interno a través del órgano contralor del partido y permitiendo el amparo ante el Servicio Electoral y no el Consejo para la Transparencia.

En relación a la transparencia activa, se incorpora una serie de obligaciones nuevas y específicas para los partidos políticos. Las materias son diversas

pero contienen un especial énfasis de rendición de cuentas sobre los aspectos financieros del partido. Esto supone un esfuerzo periódico de parte de estas asociaciones. No obstante aquello, el modelo control está fragmentado entre el Servicio Electoral y el Consejo para la Transparencia y deberá ser evaluado en su funcionamiento y coordinación efectiva.

PRIVACIDAD, ESPACIOS PÚBLICOS Y VIGILANCIA

Domingo Lovera Parmo¹

The difference between minorities and majorities isn't their size.

A minority may be bigger than a majority.

What defines the majority is a model you have to conform to...

Gilles Deleuze, *Negotiations, 1972-1990* (1995)

I'll stay home forever,

Where two and two always makes a five.

Radiohead, *2+2=5* (2003)

Abstract

Una de las principales preocupaciones que el acceso a las nuevas tecnologías trae de la mano, es la relativa al respeto y protección de la privacidad de las personas. Esto, porque los sistemas de vigilancia permiten la realización de una serie de prácticas que son, en principio, disruptivas de la privacidad de las personas. Que estas prácticas de vigilancia estatal sean disruptivas de la privacidad, quiere decir que se lesionan una serie de actividades que incluyen, entre otras, la participación de las personas en el espacio social. Para brindar protección frente a este daño, el derecho a la privacidad adopta una forma diferente a la clásica versión liberal que lo configura como el derecho a estar solo. Lamentablemente, como se demuestra en este trabajo, los tribunales superiores de justicia se han mostrado poco sensibles a las nuevas conceptualizaciones de la privacidad y, en cambio, han convalidado la legalidad y constitucionalidad de los sistemas de vigilancia por medio de globos y drones, al margen de regulaciones legales protectoras de derechos.

¹ Profesor asociado, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl.

Introducción

De un tiempo a esta parte, los órganos del Estado han estado recurriendo a las nuevas tecnologías para desarrollar sus programas de vigilancia. Paredes, postes, cajeros automáticos, locales comerciales y, más recientemente, globos y drones, sirven de soporte para la instalación de cámaras de vigilancia. ¿Vigilancia de quiénes? De los ciudadanos y las ciudadanas quienes, en el contexto de los sistemas de monitoreo y vigilancia permanente, son convertidos en –la idea es de Saskia Sassen– sospechosos *prima facie*.² En aras de la seguridad –la carta del miedo– todas las personas devenimos en sospechosas de su afectación.

Una de las principales preocupaciones que el recurso a las nuevas tecnologías trae de la mano, es la relativa al respeto y protección de la privacidad de las personas. Esto, porque los sistemas de vigilancia recién identificados permiten la realización de una serie de prácticas que son, en principio, disruptivas de la privacidad de las personas.³ En efecto, a través de las cámaras de vigilancia el Estado capta, almacena y luego procesa (agregando, vinculando y asociándola a una persona en particular) información sensible de quienes –ciudadanos y ciudadanas– quedan al alcance de sus lentes.

Que estas prácticas de vigilancia estatal sean disruptivas de la privacidad, quiere decir –siguiendo a Solove– que se lesionan una serie de actividades que incluyen, entre otras, la participación de las personas en el espacio social. El daño que estas prácticas infligen a la privacidad no es tanto una cuestión de afectación individual (que también la hay), como de socavamiento de las bases de la participación y contribución social de las personas⁴ (como se ve, pero sobre esto vuelvo más abajo, acá el derecho a la privacidad adopta una forma diferente a la clásica versión liberal que lo configura como el derecho a estar solo). En efecto, resulta difícil imaginar la participación de las personas en la vida pública si no es confiriéndoles un “cierto grado de control sobre su reputación y vida privada”.⁵

Los sistemas de vigilancia como los que se vienen implementando en Chile, en cambio, afectan severamente este tipo de control que es, a su turno, una forma de manifestación de la autonomía. De hecho, estos sistemas

2 Sassen, Saskia, “Does the City have a Speech?”, en *Public Culture*, N° 25, 2013, p. 220.

3 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 9.

4 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, pp. 92-3.

5 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 93.

de vigilancia se abren, más bien, como campo propicio para la eliminación de la disidencia, el sofocamiento de la autonomía y la configuración de una sociedad autoritaria.⁶ No es entonces la vida en la nueva sociedad de masas la que afecta la privacidad. De hecho, la vida en medio de la multitud es, justamente, una forma de búsqueda del anonimato y aseguramiento de la identidad; una forma de libertad que facilita la interacción autónoma.⁷ Es, más bien, la falta de cuidado a la privacidad la que –como acertadamente advirtió Novoa Monreal cerca de 40 años atrás– hace que “la individualidad sea absorbida...y se pierda como valor particular y autónomo.”⁸ La transparencia absoluta, favorecida en las nuevas sociedades del control por permear todas las áreas de la vida sin depender de su realización en espacios determinados⁹, aparece como sinónimo de ausencia de singularidad; de coacción, un rasgo de la sociedad totalitaria; una forma de nivelar a las personas hasta hacerlas funcionales al sistema y habitantes de un infierno, el “infierno de lo igual”.¹⁰

El recurso a estos avances tecnológicos, a los que se suele echar mano invocando la carta del miedo y la seguridad,¹¹ sin embargo, suele desechar los reclamos que se formulan desde el derecho a la privacidad. Como se verá, esto es lo que hacen nuestras cortes. ¿Por qué ocurre esto? Porque se descansa en una particular –pero ya dejada de lado– concepción de la privacidad, a saber: la que reduce la privacidad a los contornos de los espacios cuyo acceso se encuentra limitado por la voluntad de algún agente con facultades para dirimir el ingreso de otros (facultad que va asociada a los derechos de propiedad involucrados).¹² Esa versión de la privacidad va de la mano, como se advertirá,

6 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 95.

7 Westin, Alan F., *Privacy and Freedom* (Atheneum), 1967, pp. 31-2.

8 Novoa, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*, (Siglo Veintiuno Editores), 1989, 4ª ed., p. 37.

9 Deleuze, Gilles, “Postscript on the Societies of Control”, en *October*, Vol. 59, 1992, pp. 4-5.

10 Byung-Chul Han, *La Sociedad de la Transparencia* (Herder), 2013, pp. 12-4.

11 La expresión está tomada del informe del relator especial para el derecho de privacidad:

The new laws introduced are predicated on the psychology of fear: the disproportionate though understandable fear that electorates may have in the face of the threat of terrorism. The level of the fear prevents the electorate from objectively assessing the effectiveness of the privacy-intrusive measures proposed.

Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy, Joseph A. Cannataci, Human Rights Council 34th Session 27 Feb – 24 Mar 2017, A/HRC/34/60, párr. 42.b.

12 Lyon, David, *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, (University of Minnesota Press), 1994, pp. 185-6.

con una incipiente –aunque todavía escasa– consideración a las expectativas de privacidad que acompañan nuestro desenvolvimiento en el espacio público y un débil escrutinio de parte de las instancias de protección de derechos.

La sección que sigue (2) ofrece una conceptualización de la privacidad en el espacio público para, a partir de ella, (3) criticar la mano blanda que nuestras instancias de control han exhibido al conferir sustento legal, sobre una base muy débil, a estas intromisiones. Ello queda de manifiesto, como se verá, en la sentencia de la Corte Suprema que desechó la afectación de derechos fundamentales reclamada frente al uso de cámaras de vigilancia en drones –como antes ocurrió con las instaladas en globos aerostáticos–.

¿Qué privacidad?

En esta sección se analizan, *grosso modo*, dos concepciones de la privacidad. La primera, (2.1) entiende la privacidad como un derecho a la seclusión. Para ella resultan cruciales las fronteras que el derecho de propiedad ayuda a levantar frente a las demás personas. La segunda concepción, en cambio, (2.2) entiende la privacidad de manera algo más compleja, principalmente como una forma de protección constitucional por medio de la que es posible salvaguardar el desarrollo de ciertas actividades que se ven lesionadas o afectadas por problemas relacionados a la privacidad. De este modo, se prescinde de un denominador común, lo que permite conferir una protección constitucional más intensa y que alcanza ciertas actividades que se desarrollan fuera de las fronteras de la propiedad privada. Finalmente, (2.3) se sugerirá cuáles son los problemas para la privacidad específicamente asociados a las nuevas tecnologías de vigilancia.

2.1 Privacidad, secreto y propiedad

Una de las versiones más tradicionales de la privacidad, la conceptualiza como el derecho a ser dejados solos.¹³ En esa versión, la idea de privacidad se asocia a la seclusión, al alejamiento del mundo, al aislamiento. En palabras de Warren y Brandeis, se trata de “un derecho contra el mundo”.¹⁴ Esta forma de entender la privacidad, quizá una de las más extendidas, suele ir de la mano

¹³ Warren, Samuel & Brandeis, Louis, “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, N° 4, 1890-1891, p. 193.

¹⁴ Warren, Samuel & Brandeis, Louis, “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, N° 4, 1890-1891, p. 213.

con la propiedad privada, precisamente uno de los derechos que permite operativizar –sobre la base de la exclusión a discreción de las demás personas– la soledad que la privacidad reclama. Suele ir de la mano, además, con una cierta noción o descripción de las conductas que sería consideradas privadas y que justificarían ese reclamo de soledad y secreto –y que general, aunque no exclusivamente, se desarrollan en espacios privados o no abiertos al público–.

Esta versión de la privacidad goza de buena salud en Chile. Como lo señala una de las obras que ha abordado de manera más comprensiva el tratamiento que ha recibido la privacidad en la doctrina nacional, prácticamente toda ella acoge “la idea de secreto y definen la privacidad como un derecho vinculado al secreto informativo”.¹⁵ Así, por ejemplo, para Cea la vida privada es, el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento.¹⁶

Para Ángela Vivanco, la vida privada, se refiere al espacio y los objetos, así como a las conductas que cada persona necesita y desea mantener alejados de ojos y oídos extraños.¹⁷

Como la misma autora lo reconoce, esta es una versión estrecha de la vida privada.¹⁸ Desde luego no basta con afirmar, tan solo, que se trata de una versión estrecha. Sino que lo relevante es denotar que esta concepción es incapaz de advertir los alcances de la privacidad y, en consecuencia, de brindar una protección jurídica – como quedará de manifiesto al revisar un par de sentencias de la Corte Suprema–. Esa protección –sostiene este trabajo– trasciende los muros de la propiedad privada y abarca situaciones que están lejos de ser las típicas actividades que un individuo quisiera mantener en secreto y al margen del conocimiento de terceras personas –que son las que suelen protegerse y para lo que basta mirar a la definición de datos sensibles del art. 2 letra g) de la Ley 19628, según la que son datos de este tipo, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales,

15 Figueroa, Rodolfo, *Privacidad*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014, p. 153.

16 Cea, José, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2003, p. 178.

17 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional Tomo II Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2004, p. 345.

18 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional Tomo II Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2004, p. 345.

el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.¹⁹

Lo que este trabajo sostiene, es que la privacidad también dispensa protección constitucional frente a intromisiones que tienen lugar en el espacio público y para el desarrollo de actividades que son absolutamente comunes y corrientes –escapando, por lo tanto, de esas concepciones que suelen identificar actividades (el caso más común es el de las relaciones sexuales) respecto de las que todas estarían de acuerdo que debieran quedar a resguardo de conocimiento ajeno–.

2.2 Privacidad en público

¿Es posible afirmar la protección de la privacidad en público? No en vano, la vida en el espacio público está lejos de configurar una hipótesis de seclusión. Antes bien, esa vida transcurre, justamente, a la vista y paciencia de terceras personas con las que interactuamos –de modo consciente o no– en las calles, plazas y demás lugares de uso público. ¿No es, entonces, una contradicción afirmar la privacidad en público? En esta sección quiero argumentar que ello no es así.

Para ello, debe comenzar entendiéndose que la privacidad es un derecho que ha dejado de estar exclusivamente asociado al espacio y a las formas de afectación vinculadas a él, a saber: intrusiones no deseadas. Hoy en día, en cambio, la privacidad opera como una herramienta que nos permite tener control de la información y las expectativas asociadas al flujo de esa información.²⁰ La privacidad protege a las personas, sus actividades y no a los espacios.²¹ El objeto de atención ha trascendido al espacio (que sigue siendo un elemento relevante), para alojarse en la información que, sobre nosotras, se encuentra disponible. Esa información se encuentra disponible tanto en el espacio privado como en el público²² y, su control, habilita y facilita el desarrollo de ciertas actividades.

¿Qué forma adopta la privacidad ahora? La de integridad contextual, esto es, la de una suerte de válvula que nos permite interactuar autónomamente

19 No obstante, debe anotarse que las referencias a las características físicas o morales de las personas, en tanto datos sensibles especialmente protegidos por la legislación vigente, abre un espacio – como veremos, poco atendido por nuestras cortes – para avanzar una lectura diferente (=no espacial).

20 Smith, Neil & Low, Setha, “Introduction: The Imperative of Public Space”, en Low, Setha & Smith, Neil (eds.), *The Politics of Public Space* (Routledge), 2006, p. 5.

21 Cepeda, Manuel, “Privacy”, en Rosenfeld, Michael y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press), 2012, p. 969.

22 Helen Nissenbaum, “Toward an Approach to Privacy in Public: Challenges of Information Technology”, en *Ethics & Behavior*, N° 7, 1997, p. 212.

en la vida social. No se trata, como un acercamiento descuidado podría sostener, de diluir la vida social para fraccionarla en unidades separadas de ella –ello más bien obedece al antiguo sentido de la privacidad, el de la seclusión–. Sino que, en cambio, de habilitar a las personas para poder intervenir en esas relaciones sociales ofreciendo información sobre ellas que se considere adecuada para algunos contextos (y que no lo será para otros).²³ Dicho de otro modo, esta forma de privacidad permite explicar mejor cómo su protección contribuye a la configuración de nuestra identidad e individualidad y por qué ella se encuentra anclada en, antes que en contra de, la vida social. Para insistir todavía de otra manera: la privacidad –esa válvula que nos ofrece tranquilidad frente a la fricción social²⁴– permite una interacción adecuada entre la individualidad y la definición social, tornando ambos elementos – individualidad e interacción– en interdependientes.²⁵

Este enfoque nos permite advertir, entonces, que no basta con asociaciones sencillas y reduccionistas del tipo espacio público = ausencia de protección de la privacidad / espacio privado = protección de la privacidad. En esta medida, la privacidad trasciende la espacialidad para brindar diferentes formas de protección a las personas dependiendo del contexto y las distintas situaciones en que se desenvuelven. Del mismo modo, esos contextos y situaciones son relevantes para poder definir las actividades que resultan o que podrían resultar lesivas para la privacidad, las que, entonces, serán diferentes dependiendo de las circunstancias concretas en que acontecen.

2.3 Vigilancia y daños

¿Cómo afecta la vigilancia por medio de nuevas tecnologías la privacidad de las personas? ¿En qué medida la vigilancia continua podría lesionar la integridad contextual y nuestra autonomía personal que la privacidad busca asegurar? ¿Qué tipo de actividades son las que podrían verse dañadas? Quizá una buena forma de comenzar a responder estas preguntas, es mirando la forma en que las autoridades que recurren a esta vigilancia continua presentan su utilidad y objetivos.²⁶ Estas autoridades han señalado que, si las personas no

23 Nissenbaum, Helen, “Privacy as Contextual Integrity”, en *Washington Law Review*, N° 79, 2004.

24 Solove, Daniel, “A Taxonomy of Privacy”, en *University of Pennsylvania Law Review*, N° 154 2006, p. 484.

25 Cohen, Julie E., “What privacy is for”, en *Harvard Law Review*, N° 126, 2013, p. 1909.

26 He desarrollado algunas de estas ideas en Lovera, Domingo, “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2017* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2017, pp. 402-6.

han hecho nada malo (como cometer delitos, incurrir en faltas, etc.), entonces no tienen nada que ocultar. No deberían temer a la vigilancia continua del Estado la que, de hecho, es realizada en su propio favor en la medida que busca hacer más efectiva la prevención/sanción de los delitos.²⁷

El problema de fondo de este acercamiento es que prescinde de cualquier otra consideración, como si la seguridad –que es relevante– fuera lo único importante. Si bien es cierto que el interés estatal en prevenir y castigar adecuadamente los delitos representa un interés constitucional legítimo, la persecución de ese interés se encuentra constreñido –entre otros derechos– por la privacidad. De hecho, una ramificación importante de la protección constitucional de la privacidad se ha desarrollado, justamente, regulando los alcances de la persecución estatal del crimen.²⁸ El mensaje, por lo tanto, es evidente: no basta con apuntar a un interés legal relevante para eliminar otras consideraciones que, como la privacidad, concurren a contornear el ejercicio de las facultades estatales.

Desde luego que, cuando hablamos de la vigilancia continua del tipo que se implementa a través de drones y globos, no estamos, precisamente, en el contexto de la persecución estatal del crimen. Se trata, antes bien, de actividades de prevención. De todos modos, debe advertirse que las actividades de prevención –en la medida que se materializan a través de políticas estatales– están igualmente sujetas a escrutinio desde el punto de vista del resguardo de los derechos fundamentales.²⁹

En el derecho internacional de los derechos humanos se ha insistido, adecuadamente, sobre el impacto que las nuevas tecnologías han traído para el respeto del derecho a la privacidad. Mientras una resolución de la Asamblea General de 2014 anotaba cómo las nuevas tecnologías aumentaban la capacidad de los Estados –entre otros– para la vigilancia, las interceptaciones y la recopilación de información,³⁰ ese mismo año el Alto Comisionado de Naciones Unidas advertía como esas tecnologías eran puestas al servicio de la vigilancia

27 *La Hora* 20, Presentan recurso contra los drones de vigilancia, 23 de mayo de 2017, p. 12.

28 Este es el caso, por ejemplo, de todas las pruebas cuya legalidad es cuestionada en la medida que han infringido la privacidad de las personas investigadas – incluidas pruebas recolectadas en espacios públicos –. Véase, en términos generales, Lara, Juan Carlos et al., “La privacidad dentro del sistema de persecución penal chileno”, en *Derechos Digitales: Policy Papers*, N° 9, 2014.

29 Y podría agregarse, además, que si para las actividades estatales que afectan la privacidad es necesaria una orden judicial, amén de la previa autorización legal, con mayor razón debiera contarse con un marco regulatorio que ordene la forma en que se desarrolla esta vigilancia continua.

30 General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, 68/167. The right to privacy in the digital age. A/RES/68/167, 2014.

masiva e indiscriminada de la ciudadanía. No como una alternativa, sino que como regla general: “un hábito peligroso, y no una medida excepcional”.³¹ Hay que anotar que hay dos grupos de actividades que podrían afectar la privacidad de las personas: (i) la captación de la información y (ii) el tratamiento de esa información.³²

(i) ¿Qué ocurre desde el punto de vista de la captación? Es cierto, como se ha dicho, que la captación por medio de cámaras instaladas en globos y drones tiene lugar en espacios de uso público, de modo que se trata de actividades que desarrollamos a vista de las demás personas y que, por lo mismo, no involucran invasión de espacios no abiertos al tránsito. Sin embargo, son las nuevas tecnologías precisamente las que desdibujan ese escenario normal. En la medida que hacen posible la observación sistemática e indiscriminada de las personas –se trata, se ha dicho, de un “giro cualitativo” en la vigilancia³³–, abren paso a un tipo de captación de especial intensidad y de particular alcance. De especial intensidad, porque ya no se trata solamente de advertir lo obvio; nuestra presencia en el espacio público y del hecho de que podamos ser vistas. Sino que de hacerlo de manera ininterrumpida. Y de particular alcance, además, porque precisamente al ser sistemática no deja movimiento alguno al margen de la observación; se trata de una suerte de crónica enciclopédica de los movimientos de ciudadanos y ciudadanas.³⁴

Esto ya ofrece una señal de alerta, porque, si se anota con atención, la información que estas actividades de procesamiento abordan ya es más de la necesaria para la persecución del delito. Esto es paradójico. Ocurre que para que el Estado pueda perseguir eficazmente crímenes debe observar una serie de resguardos que impidan la afectación innecesaria de la privacidad de las personas (por ejemplo, en el caso de las medidas que disponen los artículos 218 y 222 del Código Procesal Penal). Pero cuando se trata de las actividades

31 Consejo de Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/27/37, 2014, párr. 3.

32 Como se dirá después, especialmente a modo de conclusión, estos son dos aspectos que necesariamente se ven involucrados cuando los Estados recurren a las nuevas tecnologías; pero no son los únicos. La captación de información y su tratamiento, al no estar rodeados de las adecuadas regulaciones, bien podrían gatillar otras afectaciones a la privacidad referidas a la diseminación o usos que se haga de esa información, los que van –siguiendo la taxonomía de Solove– desde la divulgación a la extorsión. Solove, Daniel J., *Understanding Privacy* (Harvard University Press), 2008, pp. 101-6.

33 Tironi, Martín y Valderrama, Matías, “Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile”, en *Polis: Revista Latinoamericana*, vol. 15, N° 44, 2016, p. 134.

34 La expresión, ligeramente modificada, está tomada de *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), p. 10.

preventivas, que debieran permitir medidas menos intrusivas, la actividad de vigilancia permite que el Estado se mueva con mucha mayor latitud y por consiguiente con menos resguardos para los derechos de las personas.

¿Qué menoscabos o lesiones a derechos fundamentales debieran considerarse al iniciarse un escrutinio de las políticas estatales? Esa especial intensidad y alcance de la vigilancia resulta problemática desde el punto de vista de la privacidad en la medida que podría llevar a las personas a la autocensura, por ejemplo, evitando ciertos espacios públicos que, de otro modo, frecuentaría.³⁵ De la misma manera, la vigilancia impide el anonimato en el público y, por esa vía, limita nuestra autonomía en la medida que nuestras acciones, pasadas y presentes –sin dejar de advertir el carácter predictor de estas nuevas tecnologías³⁶–, quedan a disposición de la observación aumentada de las autoridades.³⁷ Finalmente, estas formas de vigilancia suelen enfocarse en ciertos grupos sociales, generalmente desfavorecidos, doblando los efectos etiquetadores de nuestras sociedades. Como se ha advertido, los costos sociales de la vigilancia, en sí misma mecanismos para mantener y reforzar divisiones sociales,³⁸ se distribuyen –pese a que nos alcanzan a todos y todas manera desigual.³⁹ Esto puede generar daños psicológicos y afectar la dignidad de las personas, que pueden percibir un trato injusto de parte de las autoridades⁴⁰– como suele ocurrir con las actividades policiales preventivas en el contexto de sociedades desiguales⁴¹ y como algún estudio de campo lo ha mostrado para el caso de los globos de vigilancia.⁴²

35 Solove, Daniel, *Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security*, (Yale University Press), 2011, p. 178.

36 Lyon, David, “Surveillance Technology and Surveillance Society”, en Misa, Thomas et al. (eds.), *Moderernity and Technology* (The MIT Press), 2003, p. 176.

37 Solove, Daniel, *Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security*, (Yale University Press), 2011, p. 178-9.

38 Lyon, David, “Surveillance Technology and Surveillance Society”, en Misa, Thomas et al. (eds.), *Moderernity and Technology* (The MIT Press), 2003, p. 166.

39 Ponomarenko, Maria y Friedman, Barry, “Benefit-Cost Analysis of Public Safety: Facing the Methodological Challenges”, en *Journal of Benefit Cost Analysis*, Vol. 8, N° 3, p. 314.

40 Ponomarenko, Maria y Friedman, Barry, “Benefit-Cost Analysis of Public Safety: Facing the Methodological Challenges”, en *Journal of Benefit Cost Analysis*, Vol. 8, N° 3, p. 314.

41 Aunque a propósito de las políticas de control de identidad que han reforzado las ya amplias facultades policiales, véase, Irarrázabal, Paz, “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”, en *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19, 2015.

42 Tironi, Martín y Valderrama, Matías, “Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile”, en *Polis: Revista Latinoamericana*, vol. 15, N° 44, 2016, p. 150.

(ii) Desde el punto de vista del procesamiento de la información, ahora, no debe dejarse pasar por alto el importante papel que acá también desempeñan las nuevas tecnologías. La afectación a la privacidad y las expectativas ciudadanas asociadas a ella no se produce porque la información que los sistemas de vigilancia procesan esté al margen de la vista (momentánea) de terceras partes –que no lo está, como ocurre, permítaseme insistir con esto, cuando caminamos en las calles o nos sentamos en una plaza–. Sino porque estas nuevas tecnologías ayudan de manera decisiva a la agregación y asociación de esa información, facilitando la tarea de unificación de datos y antecedentes de las personas que, de otro modo, estarían difuminados en varios espacios, momentos y soportes.⁴³ El manejo de datos personales, antes llevado a cabo de manera casi rudimentaria, hoy se ha visto facilitado por las nuevas herramientas que permiten armar verdaderas biografías de cada ciudadano y ciudadana.⁴⁴

Las nuevas tecnologías, entonces, permiten que los fragmentos de información que sobre nosotros están disponibles –qué remedios compramos, de cuáles marcas, a qué lugares asistimos, con quién nos encontramos, con quién nos reunimos, a quién visitamos, dónde invertimos, en qué momentos nos detenemos, dónde y cómo transitamos, nuestras afiliaciones políticas, profesionales, en fin, cómo vivimos⁴⁵– sean procesados al punto tal de configurar verdaderos archivos de cada una.⁴⁶ Esa unificación de la información es problemática para la privacidad, en la medida que permite la reconstrucción de patrones de vida y la asociación de ellos a una persona determinada, ofreciendo una mirada comprensiva de las personas que va más allá de lo que cada una ha revelado, en primer lugar, y haciendo difícil –y allí donde no existen regulaciones legales, especialmente complejo– tener control sobre esa información y sus usos posteriores.

43 Solove, Daniel, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, (New York University Press), 2004, pp. 43-4.

44 Solove, Daniel, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, (New York University Press), 2004, p. 46.

45 Como resulta evidente – pero quizá vale la pena aclararlo acá – no es que toda esta información sea proporcionada por las cámaras situadas en globos o drones. Los procesos actuales de vigilancia, captación de la información y procesamiento de la misma, tienen lugar a través de varias estructuras que, antes que ir configurándose como una pirámide, presenta un ensamblaje de estructuras que van produciendo información “por aquí y por allá”. Lyon, David, “Surveillance Technology and Surveillance Society”, en Misa, Thomas et al. (eds.), *Modernity and Technology*, (The MIT Press), 2003, p. 162.

46 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 118-9.

Hay otra clase de daños que un modelo de procesamiento de información captada a granel puede traer de la mano y habría que preguntarse sobre la capacidad de la ley para hacerles frente. Como adecuadamente ha sostenido Lyon, en el contexto de los sistemas modernos de vigilancia existía –o al menos se pretendía obtener– alguna relación entre la información recopilada y la persona física, digamos, a la que se asociaba esa información. En el modelo actual –que él vincula al desarrollo de una sociedad posmoderna–, los individuos son literalmente desplazados por la persona digital. La pregunta relevante deja de ser cuánto se corresponde esa persona digital con alguna persona real en el mundo.⁴⁷ Esto es importante para apreciar la magnitud del daño: para la persecución del crimen y las otras actividades que son desarrolladas a través de la vigilancia, las personas reales y sus puntos de vista –la historia que ellas tienen que contar– devienen en irrelevantes⁴⁸ y, de este modo el dossier digital que el Estado posee de cada una, una (otra) fuente de poder y dominación.⁴⁹

Dicho esto, entonces, es importante emparentar estas preocupaciones que vienen de la mano con una vigilancia constante, con la nueva forma en que se comprende la privacidad. En este sentido, lo primero que debe advertirse es que no es cierto que cuando las personas no han cometido delitos o faltas no tengan nada que ocultar. Pero más equivocado aún es creer que la privacidad es una herramienta a la que se recurre para esconder cosas malas (=ilegales). En efecto, cuando reclamamos la protección de nuestra privacidad lo hacemos para controlar el flujo de la información de actividades que son perfectamente legales (como las relaciones sexuales). Pero, además – y lo que es especialmente relevante para el caso que acá se comenta –, se apela a la privacidad para proteger actividades que no se han querido esconder en lo absoluto, como ocurre con una serie de actividades que se desarrollan en el espacio público: desde ir a un bar como asistir a una consulta médica.⁵⁰ Como se aprecia, una noción de la vida privada anclada en el viejo paradigma privacidad=propiedad privada/secreto carece de herramientas conceptuales para procesar de manera adecuada estas otras afectaciones. La privacidad, entonces, es más que una forma de

47 Lyon, David, “Surveillance Technology and Surveillance Society”, en Misa, Thomas et al. (eds.), *Modernity and Technology* (The MIT Press), 2003, p. 175.

48 Virilio, Paul, *The Vision Machine*, (Indiana University Press), 1994, p. 43.

49 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 124-5.

50 Solove, Daniel, *Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security*, (Yale University Press), 2011, pp. 23-7.

secreto e involucra una gama variopinta de situaciones –algunas de las cuales demandan secreto, desde luego, pero sin agotar su contenido–.⁵¹

¿Se ha recogido esta versión de la privacidad en nuestra jurisprudencia? Si bien no en estos precisos términos, nuestra jurisprudencia (aún al debe) ha mostrado alguna apertura a considerar formas más complejas de encarar la privacidad que el texto constitucional protege. Si uno observa la práctica constitucional nacional, puede afirmar, con relativa tranquilidad, que las personas una vez situadas en el espacio público no dejan de estar protegidas por la privacidad. De hecho, parte importante de esta variante de la jurisprudencia en materia de acciones de protección se desarrolló a partir de la captación de imágenes de mujeres que desarrollaban actividades completamente regulares –como tomar sol– en el espacio (y en estos casos, bienes nacionales de uso) público.⁵² Todavía más claro ha sido el Tribunal Constitucional, el que ha advertido como las nuevas tecnologías intrusivas pueden afectar la privacidad en la medida que permiten aumentar la capacidad vigilante (y procesadora de datos) del Estado. En sus palabras, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos; por dónde –vías, caminos o canales– se desplaza en particular; cuál es el número de los sitios que visita y de las direcciones contactadas, precisamente; con quién, o con cuánta duración y frecuencia se producen las conexiones realizadas. Más todavía cuando, a partir de estos datos, hoy es factible ir de hurones e inferir historiales o perfiles individuales, que incluyen hábitos y patrones de conducta humana, hasta poder revelar las preferencias políticas, opciones comerciales e inclinaciones sociales de las personas.⁵³

Y, sobre esa base, cómo la privacidad –aunque la llama intimidad– trasciende los “lugares más recónditos...también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena”.⁵⁴

51 Solove, Daniel, *Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security*, (Yale University Press), 2011, p. 27.

52 Figueroa, Rodolfo, *Privacidad*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014, pp. 360 y ss.

53 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1894-2011, 12 de julio de 2011, considerando 22.

54 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1894-2011, 12 de julio de 2011, considerando 23. No elabora mucho más el Tribunal sobre la idea de la voluntad se sustraer inequívocamente ciertas circunstancias de la “observación ajena”. Sin embargo, se refiere a la obra del profesor Novoa Monreal, antes referenciada, para el que esa voluntad debe presumirse – la regla general, escribió – cuando se está en el espacio público. Esto, en parte importante, por la concepción de vida privada que abrazó Novoa: una más vinculada al secreto (la misma sobre la que, sin embargo, elabora algunas excepciones). Novoa,

La Corte, la vigilancia y la privacidad

Los tribunales superiores de justicia (Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema), han sido llamados a decidir sobre la posible afectación del derecho a la privacidad que los sistemas de vigilancia continua e indiscriminada causarían. ¿Cuál de las dos concepciones de la privacidad han abrazado las cortes? En esta sección se muestra que, las cortes, (3.1) han descansado en una versión estrecha de la privacidad o todavía insuficientemente robusta, lo que las torna incapaces para advertir los problemas constitucionales que ello acarrea. De paso, como se dirá, (3.2) este trabajo advierte otros problemas constitucionales que dichos análisis jurisprudenciales ofrecen.

3.1 La felicidad en el cautiverio

La Corte Suprema ha resuelto en dos oportunidades en los últimos dos años reclamos de constitucionalidad en contra de políticas de vigilancia masiva implementadas a través de nuevas tecnologías, a saber: cámaras de alta resolución instaladas en globos⁵⁵ y drones.⁵⁶ En ambos casos la Corte Suprema ofreció mano abierta para que la autoridad estatal –en el caso del reclamo en cuestión, la municipal– pueda operar con relativa discrecionalidad sus sistemas de vigilancia. Fuera de otras consideraciones constitucionalmente relevantes que se explorarán más abajo (en 3.2), esto fue posible porque la Corte entiende que las expectativas de privacidad en espacios de uso público o bien no existen o, existiendo, pueden ser fuertemente debilitadas si se notifica a la persona de su uso.

El primer caso que decide la Corte Suprema, en 2016 (*globos*), es sobre la posible afectación a la privacidad en virtud de la implementación de un sistema de vigilancia por medio de cámaras instaladas en globos aerostáticos en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea. Vale la pena visitar brevemente los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en ese caso, pues a ellos se remite cuando decide, nuevamente, en 2017 (*drones*). Resulta importante advertir que los recurrentes reclamaron por la posible intromisión de las cámaras en el espacio privado de sus hogares, pero la sentencia ofrece razonamientos

Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*, (Siglo Veintiuno Editores), 1989, 4^{ta} ed., pp. 51, 202-3.

55 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016.

56 Corte Suprema, Rol 38.527-2017, sentencia de fecha 11 de diciembre de 2017. Esta última, en rigor, señala escuetamente que “se confirma la sentencia apelada,” por referencia a la de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017.

relevantes, precisamente, sobre la implementación del sistema de vigilancia en los espacios públicos.⁵⁷ Este trabajo se centra en esto último.

3.1.1 *Globos y espacio público sin expectativas de privacidad*

La Corte Suprema ha entendido que no se afecta la privacidad de las personas por un sistema de vigilancia masiva en espacios abiertos de libre tránsito. En el caso *globos* lo dice de manera bastante expresa. Primero, afirma que los sistemas de vigilancia deben cuidar de no entrometerse en los espacios privados –para estos efectos, domésticos– de las personas, pues allí existiría una afectación inadmisibles de la privacidad.⁵⁸ Esto es relevante para efectos de algunas consideraciones adicionales que luego es importante anotar. La video vigilancia contra la que se reclama en el recurso, sin embargo, se desarrolla “en el espacio público, donde no puede pretenderse una mayor expectativa de privacidad...”.⁵⁹

Con esto la Corte Suprema va más allá de la ya estrecha concepción predominante de la privacidad. Porque en ella, se recordará, si bien la regla general es la de no extender la protección de la privacidad a las situaciones que tienen lugar en los espacios públicos, incluso en esa concepción hay ciertas situaciones que, aun ocurriendo en esos lugares, ameritan protección.⁶⁰ La Corte no hace ese distingo. En su concepto la privacidad protege solo actividades que ocurren dentro de ciertos espacios (el criterio espacial estrecho) y busca sustraerse del conocimiento ajeno (el paradigma del secreto). En sus palabras:

Si bien la vida privada o intimidad es un concepto variable y de difícil determinación, es posible afirmar que tener privacidad significa tener un lugar o un ámbito libre de observadores, que está exento del conocimiento de los demás, por lo que su conocimiento y divulgación por terceros conlleva un

57 En ambos casos la Corte entendió que la privacidad podría verse afectada si es del caso que la vigilancia se efectuara sobre los domicilios de los recurrentes: “dicha intromisión afectaría bienes constitucionalmente protegidos”. Por ello, razonó que las grabaciones solo podrían desarrollarse en “espacios, lugares o locales públicos”. Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 13. En el caso de la sentencia sobre el uso de drones, la Corte de Apelaciones sostuvo que los planes de licitación, así como los descargos de los entes municipales, muestran que las captaciones tendrán lugar en espacios públicos. Reconoció que solo eventualmente podrían captarse espacios privados abiertos, si es del caso que dicha captación tiene lugar en el contexto de un “persecución” (el entrecomillado es de la Corte). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 28.

58 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 13.

59 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 8.

60 Véase, por todos, Novoa, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*, (Siglo Veintiuno Editores), 1989, 4^{ta} ed., p. 202-3., al hacer referencia a ciertas circunstancias (la oscuridad de la noche) o decisiones (reunirse en un lugar apartado o poco concurrido) que “ponen [a las personas] a resguardo de la observación ajena”.

peligro real o potencial para la intimidad de una persona. Y en este orden de ideas, es claro que las actividades y situaciones que tienen lugar o se desarrollan dentro de los muros del hogar, forman parte del derecho a la intimidad.⁶¹

Si bien la Corte de Apelaciones había acogido el recurso en primera instancia, ordenando la prohibición de funcionamiento de los globos, lo había hecho sobre la base de las mismas consideraciones en lo relativo a la privacidad, a saber: por la posible afectación de las actividades que tienen lugar en el espacio doméstico. Tan así es esto que, de hecho, el recurso no fue acogido respecto a uno de los recurrentes cuyo domicilio se encontraba fuera del radio de alcance de las cámaras. ¿La razón? Este quedaba solo sujeto a la vigilancia que tenía lugar en los espacios públicos, sin posibilidad que su hogar fuera, siquiera tangencialmente, captado por las cámaras. Y en esos espacios, los públicos, “no puede tener una expectativa razonable de privacidad, puesto que dichos espacios están abiertos a toda clase de personas...”⁶²

3.1.2 Drones, expectativas débiles y notificación

En el caso *drones*, por su parte, la Corte de Apelaciones⁶³ parece abrazar una concepción diferente de la privacidad –pero aún insuficiente–. Primero, acepta –a diferencia de la declaración sin matices de la Corte del caso *globos*– que existe una expectativa de privacidad en el espacio público y que ella debe resguardarse para efectos de evitar los daños que corresponden a una visión más robusta de la privacidad (que este trabajo ha identificado en 2.3). Sobre lo primero, la Corte –al igual que la del caso *globos*– sostiene que es preciso distinguir entre espacios privados y públicos. Mientras en los primeros –sostiene la Corte, no sin algo de inocencia– existe prohibición absoluta de grabación,⁶⁴ respecto de los espacios públicos, donde sí se desarrolla la vigilancia, razonable es que al acceder a un lugar público cada persona aspire, entre otros aspectos, que sus conversaciones no sean de acceso público, como también que en su desplazamiento no sea objeto de registro personal, o de seguimientos, es decir, que pueda deambular libremente manteniendo su anonimato frente a quienes le rodean....⁶⁵

⁶¹ Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 10.

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 82.289-2015, sentencia de 4 de marzo de 2016, considerando 22.

⁶³ Véase la nota explicativa en n. 56.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 29.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 27.

Las excepciones a esa expectativa son de dos tipos. Una, incurrir en conductas ilegales o de emergencia, lo que hace que las “expectativas de privacidad se desvanezcan”.⁶⁶ Esta excepción no resulta desproporcionada: es aceptada en el derecho internacional, el derecho comparado e, incluso, permite levantar las barreras de la privacidad doméstica. La segunda, sin embargo, es algo más compleja y debilita la expectativa de privacidad que ofrece la Corte. De acuerdo a ella, la notificación del funcionamiento de la vigilancia elimina la expectativa de privacidad de las personas. En sus palabras,

la implementación de una tele vigilancia no resulta atentatoria a la vida privada de los actores si ellos llegan a circular por los espacios públicos donde sobrevuelan los drones en atención a la forma como ha sido implementada la medida por el Municipio, pues ha existido una regulación de la actividad que permite conocer en forma previa, los lugares donde se realiza la actividad, el horario, las personas encargadas de ello, las situaciones en que se procederá a la grabación, la duración en su mantención y la forma que tienen los ciudadanos de acceder a ellas...⁶⁷

¿Por qué es una excepción que debilita en demasía la expectativa de privacidad, al punto de –como afirma– eliminarla? Por varias razones. Primero una de regulación: parte importante de las reglas que la Corte identifica como gobernadoras de la actividad de vigilancia, son, en verdad, reglas que la Corte Suprema estableció en el caso *globos*.⁶⁸ Como se dirá más abajo, resulta (al menos) cuestionable atribuirle fuerza reguladora general a un régimen de autorización que se ha dictado para un caso concreto, en otras circunstancias y –lo más decisivo a mi parecer– por estar contenidas en una sentencia (artículo 3 del Código Civil). Segundo, por razones sustantivas. No importa si la vigilancia y monitoreo es abierto o encubierto, es posible sostener que el mero hecho de ser objeto de ella –y del control al que va asociada– importa una forma de desprecio y falta de respeto a la dignidad de las personas –justamente las razones por las que la observación es abordada como un problema de privacidad–. Pero, más aún, lo que la Corte no

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 27.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 27.

⁶⁸ Así consta en los descargos que formula la municipalidad al evacuar el informe correspondiente. Menciona la sentencia de la Corte Suprema y las recomendaciones del Consejo para la Transparencia. Sobre la fuerza vinculante de estas últimas, véase, Lovera, Domingo, “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2017*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2017, pp. 412-3.

logra advertir es que es, precisamente, la notificación de la vigilancia la que afecta la libertad de las personas.⁶⁹

Estas razones sustantivas quedan más claras si se presta atención al segundo aspecto de la privacidad en espacios públicos con que innova la Corte de Apelaciones en comparación a la Corte del caso *globos*. Nótese las que el mismo tribunal había sostenido eran las razones por las que, a pesar de que se trataba de un sistema de vigilancia desplegado en el espacio público, debía cotejarse conforme a la privacidad resguardada constitucionalmente:

7°) Que la Municipalidad recurrida ha sostenido que los domicilios de cada uno de los recurrentes en diversos puntos de la comuna de Las Condes, dada la distancia que mantienen con los espacios públicos donde operan los drones, permite concluir que se encuentran fuera del área de influencia de estos aparatos.

8°) Que si bien tal aspecto no aparece rebatido por los actores después de conocido el informe del Municipio ni tampoco en estrados cuando se hicieron las alegaciones orales, ello no impide que tales personas residentes en la comuna de Las Condes y que gozan de la libertad de desplazamiento o ambulatoria como asegura la Carta Fundamental en el artículo 19 No 7 puedan acceder, en el ejercicio legítimo de ese derecho, a los lugares públicos, como son las plazas donde se implementó el sistema de vigilancia cuestionado, y de esa forma puedan verse afectados con su implementación....⁷⁰

Si se atiende al tipo de daños respecto de los que la privacidad protege a las personas –acá, a diferencia de lo que sostuve en 2.3, solo se identifica la libertad de desplazamiento–, se puede advertir, de mejor manera, cómo la mera notificación a que alude el tribunal no es suficiente para derribar la protección de la privacidad. De hecho, podría solo hacer las cosas peor.

3.2 Miedo y relajación del control de constitucionalidad

Como se advirtió al comienzo de esta sección, las sentencias en comento son relevantes no solo a efectos de delinear la comprensión (estrecha, como se ha mostrado) de la privacidad que nuestros tribunales superiores han abrazado. Lo son, además, porque responden otras interrogantes con las que suele abordarse una eventual infracción a la privacidad. ¿Infringen los sistemas de vigilancia y monitoreo ‘a granel’ el derecho a la privacidad de las personas? ¿Qué condiciones legales deben rodear esos sistemas de vigilancia? ¿Qué

69 Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, (Harvard University Press), 2008, p. 108-9.

70 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 8.

mecanismos de control deben implementarse sobre la información que los sistemas de vigilancia recopilan?

En el derecho comparado, así como en el internacional de los derechos humanos, estas preguntas se han respondido prestando atención, precisamente, a la exposición a la que se encuentran sujetas los ciudadanos y ciudadanas que son monitoreados, grabados, y sus datos procesados, constantemente. Esta vigilancia, (i) ‘cualitativamente diferente’, –como se ha dicho más arriba– amerita una consideración especial. Para que un sistema de vigilancia tal no afecte la privacidad de las personas, (ii) debe existir una fuente legal que autorice su funcionamiento, (iii) estableciendo las causales específicas en las que se permiten las intromisiones, de modo de evitar una afectación desproporcionada del Estado en la vida de las personas. Finalmente, (iv) debe existir, un organismo encargado de la supervigilancia del funcionamiento de estos sistemas de vigilancia (lo que incluye la posibilidad que las personas puedan demandar acceso a la información suya con la que el Estado cuenta, el control de la destrucción de la información, de su agregación y de posibles usos secundarios –en algunos casos prohibidos–).⁷¹

¿Qué conclusiones dejan las decisiones de la Corte Suprema sobre cada uno de estos aspectos? Se repasan aquí brevemente. Respecto a (i), hay que señalar que las cortes prescindan de consideraciones especiales respecto del tipo de tecnología involucrada. Salvo las referencias a las especificaciones técnicas –en general abordadas solo para efectos de verificar las licitaciones efectuadas– y al hecho de tratarse de “nuevas tendencias relativas a la seguridad ciudadana,”⁷² la capacidad que estas nuevas tecnologías poseen para, como he dicho antes, realizar una captación y procesamiento de especial intensidad y particular alcance (‘a granel’), sencillamente no es considerada para el escrutinio constitucional. Como acertadamente se ha dicho, las cortes entienden que el problema no es de tecnología, sino del uso que de las mismas pueda hacerse. Lo que les preocupa es la posibilidad (desechada, sin embargo) de que puedan grabar espacios privados.⁷³

⁷¹ Estos criterios se han abordado con más detalle en Lovera, Domingo, “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2017*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2017, pp. 394-402.

⁷² Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 13.

⁷³ Ramírez, Tomás, “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”, en *Revista Chileno de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 1, 2016, p. 70.

La falta de atención a este respecto, que deviene en falta de comprensión del debate constitucional entre manos, queda en evidencia en la sentencia de la corte del caso *drones*, cuando al analizar la posible arbitrariedad de la medida, la descarta sosteniendo,

En este entendido, cabe también desestimar que la implementación de un plan de vigilancia a través de drones en la comuna de Las Condes, pueda obedecer a un acto caprichoso o sin razón, pues... la medida obedece a una razón de seguridad ciudadana y para la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofe, sin que pueda advertirse un propósito distinto a estos....⁷⁴

El problema, evidentemente, no es ese, sino que la falta de regulaciones que pueden hacer que la información que se capta y procesa sea suprainclusiva, abordando aspectos (información y datos) más allá de los propósitos declarados.⁷⁵

(ii) ¿Qué ocurre con la exigencia de legalidad? A este respecto, lamentablemente, las cortes exhiben una flexibilidad que, tratándose de actividades que afectan derechos fundamentales, es peligrosa. Debe recordarse que, de conformidad al artículo 4 de la Ley 19.628 (Sobre Protección de la Vida Privada, D. Of. 28.08.1999), el tratamiento de datos personales puede hacerse únicamente allí donde disposiciones legales así lo autoricen o se cuente con el consentimiento del titular de esos datos. El artículo 20, sin embargo, establece una suerte de excepción a favor de los organismos públicos. De acuerdo a dicho precepto, “[el] tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia”.

Ahora bien, hay razones suficientes para sostener que la captación y el tratamiento de los datos que realizan las cámaras de vigilancia, corresponde a datos sensibles.⁷⁶ Esto porque lo primero que captan las cámaras de vigilancia son imágenes de las personas. Para la Ley 19.628 (artículo 2 letra g), son datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 34.360-2017, sentencia de fecha 21 de agosto de 2017, considerando 23.

⁷⁵ Garrido, Romina y Becker, Sebastián, “La biometría en Chile y sus riegos”, en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 6, N° 1, 2017, pp. 84-6.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Cordero, Luis, “Videovigilancia e intervención administrativa: Las cuestiones de legitimidad”, en En Foco: Expansiva-UDP, N° 137, 2009, pp. 20-2.

Recuérdese, además, que el almacenamiento a granel de esos datos y su tratamiento permite configurar verdaderos patrones de conducta de las personas, todos los que pueden contribuir a construir el archivo digital de una persona y develar, por esa vía, sus hábitos, además de los otros antecedentes en la ley calificados como sensibles. De conformidad al artículo 10 de la Ley 19.628, los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento, “salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

Descartado el consentimiento –que en la ley debe verificarse bajo ciertas condiciones no presentes–, ¿existe esa autorización? No dispone Chile de una regulación legal general o marco sobre vigilancias de este tipo. ¿Existe alguna otra regulación legal que autorice la captación y tratamiento de datos sensibles? Tampoco. ¿Cómo es, entonces, que las cortes de *globos* y *drones* han rechazado estos reclamos? Por un cúmulo de razones que se han venido desarrollando hasta acá: la poca atención que se presta a los medios tecnológicos utilizados, redundando en una incapacidad de las cortes para apreciar la intensidad de la afectación de la privacidad. Además, mientras sin duda consideran protegida la privacidad en el espacio privado, en el espacio público lo hacen solo bajo ciertas condiciones muy débiles. Todo esto ha llevado a los tribunales a entender que acá están en juego datos personales y que lo que basta es una disposición que regule estas actividades de vigilancia dentro de la competencia de las municipalidades (de conformidad al artículo 20 de la Ley 19.628).

¿Existe esa regla? Cuando las municipalidades han sido cuestionadas frente a la legalidad de sus planes de vigilancia, han respondido echando mano al artículo 4 letra j de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), de conformidad a la que,

Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con:

j) ... la adopción de medidas en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal...

Es evidente que esa disposición no autoriza el tratamiento de datos a que se refiere el artículo 20 de la Ley 19.628, mucho menos el de los datos sensibles de conformidad al artículo 10.⁷⁷

⁷⁷ Se trata de un tipo de regulaciones cuya generalidad no satisfaría el estándar de especificidad que demanda el Tribunal Constitucional, por ejemplo. Cordero, Luis, “Videovigilancia e intervención administrativa: Las cuestiones de legitimidad”, en *En Foco: Expansiva-UDP*, N° 137, 2009, pp. 21.

¿Qué ha ocurrido, entonces? Las cortes han exhibido una especial falta de cuidado tratándose del examen de legalidad de actividades que afectan derechos fundamentales, permitiendo que la invocación general a disposiciones igualmente genéricas, vaya acompañada de razonamiento condescendientes con la autoridad. Así –nótese, todo esto a propósito de examinar la legalidad de los programas de vigilancia– la corte del caso *globos* sostuvo que los planes de vigilancia cumplen con “una relevante función municipal”⁷⁸ –aunque la relevancia dista de ser razón suficiente para acreditar la legalidad de la actividad–, que las cámaras son “un instrumento eficaz para la seguridad ciudadana,” “una medida idónea”⁷⁹ –aunque ello solo evidencia la racionalidad de la misma–, que ya existen cámaras de vigilancia en varios otros lugares sin que hayan “suscitado censura”⁸⁰ –abrazando una suerte de convalidación de legalidad por analogía– y que la captación de imágenes en público es una “actividad legítima”⁸¹ –aunque no es lo que debe examinar la Corte, pues esas son las razones que la legalidad, justamente, torna opacas⁸²–.

La corte del caso *drones*, por su parte, dedica un acápite específico al análisis de la legalidad de las medidas. Al abordar las regulaciones de la Ley 19.628, entiende que la citada disposición de la LOCM define una de las competencias propias de un organismo público, en los términos de la autorización general que dispone el artículo 20 de la Ley Sobre Protección de la Vida Privada. No explica la corte, sin embargo, cómo es que esa referencia genérica en materia de seguridad habilita las actividades de vigilancia y tratamiento de datos. Y no lo hace porque no advierte que esas autorizaciones debieran ser explícitas y específicas al encontrarse involucrada la privacidad. En cambio de ello, cita las disposiciones legales identificadas y se refiere a un oficio del Consejo para la Transparencia en el que este entiende que basta la regla de la LOCM.⁸³ En resumen, si bien el resguardo de la seguridad comunal es parte de las funciones propias de las municipalidades, de ello no se sigue que esa función puede

78 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 7.

79 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerandos 7 y 13.

80 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 8

81 Corte Suprema, Rol 18.481-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016, considerando 8.

82 Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, (Oxford University Press), 2009, p. 205.

83 Como advertí el año recién pasado, este oficio – además de ser no otra cosa que una recomendación que los organismos públicos pueden seguir o no – hacía flaco favor (y acá se comprueba) a una protección vigorosa de la privacidad. Lovera, Domingo, “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2017*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2017, p. 412.

desplegarse de cualquier manera, máxime cuando hay derechos fundamentales involucrados.⁸⁴

Todo esto permite advertir que las cortes han razonado con una sorprendente falta de cuidado, a pesar de que se trata de actividades que afectan derechos fundamentales. Se ha preferido, como se ha dicho más arriba, jugar la carta del miedo y relajar los estándares de revisión de constitucionalidad.⁸⁵ Esa falta de cuidado, desde luego, se extiende a (iii) la necesidad de establecer en la ley con precisión las causales de interferencia con la privacidad. Dado que no existe una atribución de facultades específica para el desarrollo de la vigilancia, menos se cuenta con una que detalle las circunstancias puntuales en que ella podrá desarrollarse.

Finalmente, en lo relativo al punto (iv) –existencia de un organismo encargado de velar por la implementación por el tratamiento de datos y protección de los derechos de las personas–, no es mucho lo que pudieron hacer las cortes. Chile no cuenta con una agencia independiente que se encargue del resguardo de los datos personales de ciudadanas y ciudadanos. Con todo, es importante anotar que en el caso *globos*, la Corte Suprema, de alguna manera, intenta suplir estas deficiencias al ofrecer lo que denomina un ‘régimen de autorización’ para el funcionamiento de estas tecnologías. Se transcribe textual:

84 Esto lo advirtió adecuadamente la Corte de Apelaciones del caso *globos*, al sostener que, Duodécimo: la mera atribución legal de una determinada competencia a un órgano público no implica que pueda ejercerla de cualquier modo....
Décimo tercero: Que, por otra parte, si bien es cierto que el artículo 20 de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, autoriza a los órganos públicos para obviar la autorización de los titulares de los datos personales, debe considerarse que dicho precepto establece expresamente que en ello dichos órganos deben sujetarse a las prescripciones de ese cuerpo legal, siendo del caso tener en cuenta entonces que la parte final del inciso segundo del artículo 1° de la misma ley dispone que toda persona que efectúe el tratamiento de datos personales “en todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos”
Décimo cuarto: Que, ahora bien, el ordenamiento jurídico chileno no contempla una normativa específica que regule la instalación y la operación de sistemas de vigilancia como aquellos de que se trata en esta causa, lo que de ningún modo puede llegar a significar que los entes públicos puedan llegar a afectar derechos constitucionales....
Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 82.289-2015, sentencia de 4 de marzo de 2016, considerandos 12, 13 y 14.

85 Esta manga ancha que han ofrecido las cortes de los casos *globos* y *drones*, contrasta con la adecuada estrictez con la que resolvió la Contraloría General de la República, al representar la legalidad del denominado ‘decreto espía’. Dicho decreto, se recordará, correspondía a un reglamento del Ministerio del Interior que modificaba regulaciones vigentes sobre interceptación de datos comunicacionales. En él, se pretendía obligar a las empresas de telecomunicaciones a almacenar los datos comunicacionales por un plazo no menor a dos años. La Contraloría, acertadamente, rechazó la toma de razón advirtiendo que se trataba de “materias propias de ley”. Contraloría General de la República, Dictamen 041188 N17, de fecha 24 de noviembre de 2017.

1.- El ámbito físico a grabar se delimita a los lugares públicos, y de los espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito.

2.- Un inspector o delegado municipal deberá certificar, al menos una vez al mes, que no se hayan captado imágenes desde espacios de naturaleza privada como el interior de viviendas, de establecimientos comerciales o de servicios, jardines, patios o balcones.

3.- La destrucción de las grabaciones se hará efectiva por parte del responsable de su custodia después de 30 días, salvo si la grabación ha captado un ilícito penal u otra falta, caso en el cual las municipalidades recurridas adoptarán las medidas para su pronta entrega a los órganos competentes.

4.- Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a las grabaciones, para lo cual deberá dirigir una solicitud al funcionario municipal que designe la autoridad edilicia, debiendo indicar el día en que presumiblemente fue grabado, debiendo las municipalidades recurridas establecer un procedimiento que permita el efectivo ejercicio de esta atribución.

¿Suple con éxito la existencia de una agencia independiente de protección de datos –y, podría agregarse, ofrece este régimen una forma de resguardo frente a la ausencia de regulaciones legales específicas identificadas en (ii) y (iii)–? No. Ello por razones orgánicas y por razones sustantivas. Desde el punto de vista de las razones orgánicas, hay que advertir que se trata de un régimen de autorización contenido en una sentencia. Ya es discutible que posea fuerza obligatoria para las municipalidades involucradas en el contexto del recurso a tecnologías contempladas en planes de vigilancia distintos al que fue sometido a conocimiento de la Corte. Pero, además, el efecto relativo de las sentencias conspira contra la posibilidad de imponer este régimen a otras municipalidades, ni mencionar a otros organismos públicos, del modo en que lo sería una ley. Lo propio puede decirse sobre el oficio del Consejo para la Transparencia, el que solo ofrece recomendaciones.

Desde el punto de vista de las razones sustantivas, ahora, es importante anotar la confesión de incapacidad para que un régimen como el actualmente vigente logre resguardar adecuadamente la privacidad de las personas, incluso para el estrecho ámbito del espacio privado que la Corte Suprema está preocupada por proteger. En efecto, el régimen de autorización –en sí mismo una confesión de vacío– permite inferir, de alguna manera, que la privacidad será afectada de todas maneras pues solo podrá cotejarse ex post, y por un funcionario municipal, si acaso las cámaras se han entrometido en los espacios

privados.⁸⁶ Acá las razones sustantivas se suman a las orgánicas: además de no poder concebirse como un régimen de autorización general, depende de la buena voluntad de un funcionario municipal, de modo que habrá que confiar en el mismo órgano escrutado –“en el profesionalismo de los funcionarios encargados”⁸⁷– para el resguardo de los datos captados y procesados.

En definitiva, allí donde el derecho comparado e internacional demanda una fuente legal específica que permita la autorización de las intromisiones con precisión, en Chile basta con atribuciones genéricas en materia de seguridad ciudadana, las que son interpretadas, además, con especial generosidad. Allí donde en el derecho comparado e internacional se exige una agencia autónoma que se encargue de supervigilar el funcionamiento de estos sistemas de vigilancia, en Chile se demanda buena voluntad de las autoridades para que sigan algunos principios orientadores diseñados desde el Consejo para la Transparencia, así como las mismas reglas que la Corte Suprema estableció para el caso en concreto (y que por ello carecen de fuerza vinculante para los demás municipios).

Conclusiones

En este trabajo se han abordado los problemas que, una vigilancia excesiva y asociada al tratamiento de datos, acarrea para la privacidad. Para poder comprender los problemas que estas actividades de vigilancia traen para la privacidad, es necesario dejar de lado las concepciones estrechas de la misma, las que están asociadas –como se dijo– a los espacios privados y el secreto. Ello solo podrá hacerse en la medida que se abrace una versión más compleja de la privacidad, la que, buscando salvaguardar la integridad contextual, brinde protección constitucional a las personas también en los espacios públicos y respecto de actividades que no son (en la medida que transcurren en las calles) secretas.

¿Qué quiere decir acá protección constitucional? La protección constitucional de derechos fundamentales puede adoptar diversas formas, de modo que no caben los enfoques reduccionistas. Advertir esto es importante porque, es común que este tipo de objeciones sean respondidas con eslóganes –acusando a quienes advierten sobre la necesidad de considerar la privacidad que están de

86 Como acertadamente ha afirmado Ramírez, en el fondo “[e]l régimen de autorización solo corrobora que será afectada la privacidad”. Ramírez, Tomás, “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”, en *Revista Chileno de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 1, 2016, p. 72.

87 Leturia, Francisco, “Comentario de sentencia: uso de globos de vigilancia”, en *Sentencias Destacadas* 2016, 2017, p. 208.

lado de los delincuentes –o dibujando escenarios binarios– amenazando con no hacer nada y dejar que la delincuencia proliferara–.



Joaquín Lavín
@LavinJoaquin

Seguir

Informe UDP de DDHH debería preocuparse de derechos humanos de las víctimas de la delincuencia. Drones y globos protegen nuestros DDHH

Fuente: captura de twitter, 16 de octubre de 2017⁸⁸

Este trabajo concluye sugiriendo un enfoque diferente. Primero, insistiendo en identificar cómo las actividades de vigilancia, captación de la información (sensible) de las personas y el tratamiento que se hace de esos datos, son problemáticas para la privacidad. Segundo, colocando esas actividades de vigilancia en perspectiva: ellas importan formas de control y mantención del orden que, en el caso de las municipalidades, son un verdadero complemento a las labores de policía. Con independencia de las estrategias ciudadanas de contravigilancia o la coexistencia (hasta cierto punto, pero no siempre) pacífica con las nuevas tecnologías,⁸⁹ es importante insistir con que hay problemas para la privacidad que no pueden quedar al margen de las regulaciones legales y el control democrático. Justamente por eso, la protección constitucional debe comenzar por adoptar la forma de regulación legal.

¿No es cierto que estas actividades están de alguna manera sujetas a ese control cuando –como hemos visto acá– los tribunales escrutan su procedencia? En primer término, no hay razón para que, en un régimen democrático, sean los tribunales los primeros en encarar este control. No se trata de replicar debates tomados de en otras discusiones para preguntarse si las cortes son un instrumento de control democrático, sino que, en cambio, de determinar quién debe tomar la primera decisión regulatoria.⁹⁰ En general –y sobre todo en el contexto del recurso de protección–, los tribunales aparecen solo una vez que deben determinar acaso la actuación (u omisión) se

88 De esta forma respondía uno de los alcaldes de las municipalidades que han implementado sistemas de vigilancias, las observaciones que se formulaban a dicha política desde los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

89 Tironi, Martín y Valderrama, Matías, “Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile”, en *Polis: Revista Latinoamericana*, vol. 15, N° 44, 2016, pp. 150-2.

90 Porque, como dice Friedman, incluso cuando los tribunales pudieran abordar las complejas preguntas de política pública que están involucradas en la vigilancia, no están en condiciones de satisfacer el *pedigree* popular que una decisión legislativa posee. Friedman, Barry, *Unwarranted: Policing Without Permission*, (Farrar, Straus and Giroux), 2017, pp. 90-1.

enmarca dentro de regulaciones legales y solo entonces evaluar acaso se afectan derechos constitucionales.⁹¹ Segundo, el foro democrático ofrece espacios para encarar discusiones (sobre todo de política pública) que un foro judicial o bien no considera (los costos sociales de la vigilancia) o está incapacitado para evaluar (como la efectividad de los planes de vigilancia)⁹² –y que, aun así, se animan a tener, como la corte del caso *globos* y sus observaciones a propósito de la legalidad de las actividades de vigilancia–. Finalmente, tratándose de infracciones a la privacidad que se desenvuelven con muy pocos límites, la intervención de los tribunales llega muy tarde; se trata, como se ha dicho, de controles post-hoc.⁹³ Esto tiene que ver con la propia forma que la actividad de control adopta hoy – de la cual la vigilancia es una manifestación –. Y es que las nuevas tecnologías han transformado la actividad de control, pasando de ser reactiva (arrestar al que comete delitos) a preventiva y proactiva, dejando a los tribunales y su desarrollo jurisprudencial en jaque⁹⁴ –del que dan cuenta los casos acá revisados–.

Desde luego que, en el intertanto y frente a un contexto tal de desregulación, debiera esperarse un escrutinio estricto de parte de las cortes. Sin embargo, ha ocurrido todo lo contrario. Tratándose de las actividades lesivas de la privacidad –como hemos visto, estas ocurren de todas maneras– las intervenciones post-hoc de los tribunales han terminado siendo insuficientes. La especial deferencia que las cortes han mostrado –al convalidar la legalidad de los sistemas de vigilancia sobre la base de las referencias normativas generales o dotándolas de legalidad por medio de razonamientos análogos–, muy propia de la invocación de la carta de la seguridad, ha ido acompañada de una mala comprensión de la privacidad. Esto solo ha profundizado las afectaciones a la privacidad.

La protección constitucional, entonces, supone avanzar a establecer reglas legales que regulen la actividad policial (entendida en términos generales), sometiéndola, como ocurre con todos los demás órganos del Estado, a un control público y democrático.⁹⁵

La cultura nacional suele ofrecer espacios excepcionalmente amplios y

91 En efecto, su tarea debiera llegar hasta allí y no, como hizo la corte del caso *globos*, a diseñar con pretensiones de generalidad un régimen de autorización. Friedman, Barry, *Unwarranted: Policing Without Permission*, (Farrar, Straus and Giroux), 2017, p. 73.

92 Friedman, Barry y Ponomarenko, Maria, “Democratic Policing”, en *New York University Law Review*, Vol. 90, N° 6, 2015, p. 1832.

93 Friedman, Barry y Ponomarenko, Maria, “Democratic Policing”, en *New York University Law Review*, Vol. 90, N° 6, 2015, p. 1877.

94 Friedman, Barry, *Unwarranted: Policing Without Permission*, (Farrar, Straus and Giroux), 2017, p. 88.

95 Bayley, David, *Democratizing the Police Abroad: What to Do and How to Do It*, (U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs – National Institute of Justice), 2001, p. 14.

discrecionales para el desarrollo de actividades orientadas (o al menos así presentadas) de control de la seguridad pública. Si la privacidad es, en cierta medida, una forma de establecer límites al poder del Estado,⁹⁶ entonces la definición de esa transacción debiera establecerse de manera democrática. El resultado de traer la privacidad a la ecuación –antes sencillamente obviada–, es del advertir sobre la necesidad de abordar estas actividades de vigilancia con un marco normativo que permita enfrentar, antes que esconder o hacer como si no existieran, los problemas que importan para el ejercicio de derechos fundamentales.

96 Lyon, David, “Surveillance Technology and Surveillance Society”, en Misa, Thomas et al. (eds.), *Modernity and Technology* (The MIT Press), 2003, p. 169.

DERECHOS NO ABSOLUTOS: EL LÍMITE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD

Sebastián Rodríguez

Resumen

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, el derecho a la libertad de conciencia y religión no es un derecho absoluto. Partiendo de esta premisa, el artículo analiza el derecho a la libertad de conciencia y religión de los prestadores directos de servicios de salud, y desarrolla los límites a este derecho para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los pacientes. En el caso de las personas jurídicas, tales como los hospitales y clínicas de carácter público y privado, el artículo parte de la premisa que tales no son titulares del derecho a la libertad de conciencia, ya que la conciencia, eje fundamental de protección del derecho, al ser un atributo inherente a la condición humana, impide bajo cualquier circunstancia que las personas jurídicas sean titulares de la libertad fundamental. Por el contrario, tales ficciones jurídicas son sujetos de ciertos derechos y obligaciones de manera calificada, distinguida y excepcional. El consenso de los socios que conforman las personas jurídicas, el cual se exterioriza mediante el propósito, la visión, la misión, o la razón social de la persona jurídica, se encuentra protegido mediante el derecho a la libertad de empresa, el cual ha sido ampliamente desarrollado en el campo del derecho comparado constitucional y privado de varios países. El ejercicio de dicho derecho genera obligaciones de carácter positivo que no admite la restricción de derechos fundamentales de terceros, tales como el derecho a la salud de las personas.

Palabras clave: Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Comparado, Derechos No Absolutos, Derecho a la Libertad de Conciencia y Religión, Derecho a la Libertad de Empresa, Derecho Societario, Derecho a la Salud.

Non-Absolute Rights: The Limit to the Right to Freedom of Thought to Protect the Right to Health

Abstract

Starting from the basis that the right to freedom of conscience and religion is not an absolute right. Based on international human rights law and comparative constitutional law, this article analyzes the right to freedom of conscience and religion of direct health service providers, and develops its limits to protect the provision of the right to health of the patients. In the case of legal persons, the article starts from the premise that institutions, such as hospitals and clinics, do not have the right to freedom of conscience and religion. 'Consciousness', being an inherent attribute of the human condition, prevents under any circumstance that legal persons are holders of such fundamental freedom. On the contrary, such legal fictions are subject to certain rights and obligations in a qualified, distinguished and exceptional manner. The 'consensus' of the partners that make up the legal entities, which is externalized by the purpose, vision, mission, or corporate name of the legal entity, is protected by the right to freedom of enterprise, which has been widely developed in the field of comparative constitutional law and private law of several countries. The exercise of this right generates obligations of a positive nature that does not allow the restriction of fundamental rights of third parties, such as the right to health of individuals.

Key words: *International Human Rights Law, Freedom of Thought, Freedom of Enterprise, Corporate Law, Right to Health.*

Introducción

La objeción de conciencia es reconocida como una de las formas de manifestación del derecho a la libertad de conciencia y religión, la cual supone un conflicto entre un deber legal y una convicción moral de la persona que le impide cumplir con dicho deber por motivos religiosos, morales, políticos, filosóficos o éticos (Bejarano, 2013). En el campo de la salud, el derecho a la objeción de conciencia supone que los profesionales de la salud tienen la posibilidad de negarse a prestar ciertos servicios de salud por considerarlos contrarios a sus convicciones personales (CIDH, 2011). Pese a que los prestadores de salud en su calidad de personas naturales pueden ejercer este derecho, la objeción de conciencia puede implicar la restricción o anulación de los derechos de los usuarios y pacientes que deciden acceder a los servicios de salud, particularmente cuando se habla de instituciones tales como hospitales y clínicas. Es por esta razón que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe ser limitado en los casos en que la objeción suponga un riesgo para el derecho a la salud de los pacientes.

En el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en lo que refiere a los estándares desarrollados en el Sistema Universal por los cuerpos de monitoreo de tratados internacionales de las Naciones Unidas (“UNTMB” por sus siglas en inglés), el Sistema Interamericano, y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varios países del mundo, han regulado la objeción de conciencia para garantizar la prestación de servicios de salud¹. Con base en tales estándares, el objetivo de este artículo es el de proveer un marco legal y teórico que oriente a académicos, legisladores y creadores de políticas públicas en la región de América Latina y el Caribe, en la redacción de legislaciones y reglamentaciones que garanticen un balance adecuado entre el derecho a la objeción de conciencia de los prestadores de servicios de salud, los derechos y obligaciones de personas jurídicas que prestan servicios de salud, y el derecho a la salud de los pacientes que requieren la atención médica.

1 La objeción de conciencia no ha sido objeto de un amplio número de pronunciamientos por parte del derecho internacional de los derechos humanos, por ende, las fuentes que sustentan este artículo y las reglas jurídicas que se desprenden se basan en estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en el sistema interamericano, el sistema universal y el sistema europeo de derechos humanos, al igual que el derecho interno y la sobresaliente doctrina. Tal fundamentación tiene base en el artículo 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, la cual permite acudir a otras fuentes de interpretación complementarios de derecho; al igual que el artículo 38(1) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* que incluye las decisiones judiciales y la doctrina como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional.

En aras de hacer un recuento y análisis de tales estándares, el artículo se encuentra dividido en cuatro partes. En primer lugar, el artículo ofrece una lectura de los estándares internacionales en materia de garantía del derecho a la salud. En segundo lugar, el artículo presenta la forma en que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido y regulado la objeción de conciencia, su alcance, y los límites al derecho. Finalmente, el artículo resuelve algunas de las tensiones teóricas y jurídicas que plantea el concepto de la objeción de conciencia institucional, y plantea formas para su debida regulación.

La protección del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la salud supone un derecho fundamental el cual debe ser garantizado a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. Éste se encuentra consagrado dentro del marco de protección del artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante ‘Convención Americana’), el cual supone la obligación de los Estados de desarrollar progresivamente los derechos consagrados en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA, 1978; Courtis, 2005). Adicionalmente, el derecho a la salud se encuentra protegido en el artículo 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el cual consagra la salud como un bien público que el Estado debe reconocer, proteger y garantizar (OEA, 1988).

En el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos, el reconocimiento del derecho a la salud se encuentra protegido en varios instrumentos legales internacionales. El artículo 25(1) de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* consagra el derecho a la salud como un nivel de vida adecuada que asegure, “la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”². Por su parte, el *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante ‘PIDESC’) y la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (en adelante ‘Convención CEDAW’) garantizan en su

² De acuerdo al artículo 25(1) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. (subrayado fuera del texto original).

artículo 12 el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Asamblea General de las Naciones Unidas (1981); 1976a).

La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados se abstengan de poner barreras para acceder a los servicios de salud (Véase Comité CEDAW, 1999). Así, conforme al Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de las Naciones Unidas en su *Observación General N° 14*, el Comité estableció que “el cumplimiento de las obligaciones que se derivan para los Estados del derecho a la salud (...), requiere específicamente que “se supriman todas las barreras que se oponen al acceso (...) a los servicios de salud” (Naciones Unidas, 2011). Así, cuando un profesional de la salud ejerce el derecho a la objeción de conciencia, pese a que éstos cuentan con la legítima libertad de hacerlo, el ejercicio del mismo debe ser cuidadosamente limitado ya que este puede servir como barrera para acceder a los servicios de salud.

La protección de la libertad de conciencia y religión

En el derecho internacional, la objeción de conciencia es reconocida como una de las formas de manifestación del derecho a la libertad de conciencia y religión, la cual supone un conflicto entre un deber legal y una convicción moral de la persona que le impide cumplir con dicho deber por motivos religiosos, morales, políticos, filosóficos o éticos (Bejarano, 2013). Cuando se manifiesta la objeción de conciencia, las obligaciones legales que son oponibles son solo aquellas que se encuentran enmarcadas en el ordenamiento jurídico, más no cualquier otra obligación con la que pueda enfrentarse la persona. Así, el rol de la objeción de conciencia no es el de cuestionar la validez del deber jurídico legal, sino el de extraerse de dicha obligación para balancear y/o acomodar la diversidad de conciencias de las personas en el sistema jurídico.

Para que se configure la objeción de conciencia, las convicciones que sean manifestadas como sustento del ejercicio de la objeción de conciencia deben ser profundas, sinceras y que no sean fácilmente modificables (Comisión de Derechos Humanos, 1989; TEDH, 2011; Corte Constitucional de Colombia, 2009; Bejarano, 2013). En consecuencia, para que se genere una situación en la que una persona decida ejercer la objeción de conciencia, el conflicto que se presenta debe ser irresoluble. De acuerdo con Castrillón y Bejarano, “[l]a contradicción entre el deber jurídico y la conciencia del objetor debe ser absoluta pues no se trata de un simple enfrentamiento entre dos mandatos, sino de la total contradicción entre órdenes que se le imponen al individuo” (Bejarano, 2013).

En el Sistema Interamericano, el artículo 12 de la Convención Americana reconoce el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual protege la capacidad de conservar, cambiar, profesar y divulgar las convicciones morales de las personas y/o su religión. Por su parte en el Sistema Universal, el artículo 18(1) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante “PIDCP”) protege el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión y establece que “este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la *Convención Europea de Derechos Humanos*, en su artículo 9 reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión. De manera similar, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, hace el mismo reconocimiento en su artículo 10. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que este derecho no es absoluto, por lo contrario, las limitaciones deben estar prescritas por la ley de manera que el objeto y fin sea proporcional con el bien jurídico protegido³.

En el contexto latinoamericano, un análisis conjunto del artículo 12 de la Convención Americana, junto con los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), permiten establecer que el derecho a la libertad de conciencia y de religión es un derecho mediante el cual las personas pueden conservar, cambiar y/o profesar su religión o convicciones morales personales (Corte IDH, 2001). Dicho derecho no puede ser limitado, sin embargo, su manifestación sí puede ser limitada (Véase OEA, 1978: art. 27.2). Tales limitaciones deben ser previamente establecidas por la ley y deben garantizar la seguridad, el orden y la salud, lo cual implica el respeto y la garantía de los derechos y libertades de terceros (Véase OEA, 1978: art. 12.3; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b: art. 18).

Los límites a la manifestación de la libertad de conciencia y religión

En el campo de la prestación de servicios de salud, la manifestación de la libertad de conciencia y religión mediante la objeción de conciencia, implica que los profesionales médicos tienen la facultad de negarse a proveer ciertos servicios de salud por considerarlos contrarios a sus convicciones morales

³ Sunday Times v UK (Application no. 6538/74).

personales (CIDH, 2011). Sin embargo, tal libertad tiene un límite cuando éste afecta el ejercicio del derecho a la salud de terceros.

El artículo 12(3) de la Convención Americana establece que “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.” (OEA, 1978). Por su parte, el artículo 18(1) del PIDCP dispone que “la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1976a). A partir de ambos artículos se desprende que el derecho a la libertad de conciencia y religión no puede ser suspendido (Véase OEA, 1978: art. 27.2), sin embargo, la manifestación de la conciencia y religión puede ser limitada (Véase OEA, 1978: art. 27.2; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b; Comité de Derechos Humanos, 1993; Bejarano, 2013; Cabal, 2014; Dickens, 2000). Tales limitaciones deben estar prescritas por la ley y deben basarse en el objetivo de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades de las personas (Véase OEA, 1978; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b; Comité de Derechos Humanos, 1993; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950; Bejarano, 2013; Cabal, 2014; Dickens, 2000). Así, las obligaciones que establece la ley pueden ser objetadas mientras el ejercicio del derecho no suponga la violación de los derechos de terceros, incluyendo el derecho a la vida y la salud de los pacientes (Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950; Bejarano, 2013; Cabal, 2014; Dickens, 2000).

En el marco del Sistema Universal, la Observación General N°22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “CDH”) interpretó y desarrolló el alcance del artículo 18 del PIDCP, el cual consagra el derecho a la libertad de conciencia y religión (CDH, 1993). La Observación General N ° 22 distingue la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de la libertad de manifestar la propia religión o las creencias. Dicha observación establece que la libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencias no admite ningún tipo de limitación, mientras que la libertad de manifestar la propia religión o creencias puede ser limitada, siempre y cuando dichas

restricciones se encuentren prescritas en la ley y tengan la finalidad de garantizar la seguridad, el orden, la salud o moral pública, incluyendo los derechos y libertades de terceros (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b; CDH, 1993). La misma argumentación la sostuvo el CDH en el caso *Yoon y otros vs. Corea*, dónde el CDH determinó que el Estado tiene la obligación de garantizar y respetar las creencias y manifestaciones que se derivan de la conciencia de la persona; sin embargo, “el derecho a manifestar la religión o creencias propias no implica como tal el derecho a rehusarse a cumplir con todas las obligaciones de la ley” (CIDH, 2007).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (CEDAW), en su Recomendación General N°24, establece que los Estados tienen el deber de abstenerse de crear mayores obstáculos que no les permitan a las mujeres acceder a los servicios de salud que solo éstas requieren (Comité CEDAW, 1999). Por su parte, el Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y la Recomendación General N ° 24, se estableció que “[l]a negativa de un Estado a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” (Naciones Unidas, 2000). Así, “si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan (a los pacientes) a otras entidades que prestan esos servicios” (Comité CEDAW, 1999).

En el marco del Sistema Interamericano, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte IDH al analizar si la prohibición total de la fertilización in vitro era violatoria del derecho a la vida, determinó que los “Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal” y que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud (...) puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad (...)” (Corte IDH, 2012)⁴

4 Gretel Artavia Murillo y otros peticionarios alegaron que la prohibición absoluta de practicar la fecundación in vitro (FIV) vigente en Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, ya que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos, y que este impedimento tenía un impacto desproporcionado en las mujeres. La Corte determinó que la prohibición general de practicar la FIV por parte del Estado costarricense violó los artículos 5.1 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), 7 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada y familiar) y 17.2 (derecho a contraer matrimonio y fundar una familia) en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicho estándar supone que los Estados tienen una obligación internacional de carácter positivo de regular la prestación de los servicios de salud en los casos en que la vida o la integridad de las personas se encuentren en peligro. Adicionalmente, en el campo de la salud, los Estados tienen la obligación de garantizar que las personas puedan recibir en todo momento los cuidados de salud necesarios en los casos en que la vida y la integridad de la persona estén amenazadas, inclusive en los casos en que la libertad de conciencia y religión de los profesionales médicos se conviertan en una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.

La CIDH reconoce la objeción de conciencia de los médicos y la forma en que dicha manifestación puede entrar en tensión con la libertad de los pacientes. En estos casos, la CIDH determinó que “el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia”⁵. El mismo informe preparado por la CIDH incorpora estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, establecidos en la Sentencia T-209 de 2008, la cual ha desarrollado ampliamente la objeción de conciencia en el campo de la prestación de servicios de salud. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

“La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado, sólo es posible reconocerlo a personas naturales

En caso de que un médico alegue la objeción de conciencia, está en la obligación de proceder a remitir a la mujer a otro médico que sí puede realizar el servicio médico solicitado, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica

La objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva

La objeción de conciencia aplica sólo a prestadores directos y no a personal administrativo

La objeción de conciencia procede cuando se trate realmente de una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada y debe presentarse por escrito, siguiendo el médico que la invoca la obligación de remitir inmedia-

5 De acuerdo al párr. 95 de CIDH (2011): “[S]i una mujer requiere información sobre otros servicios de salud reproductiva legales, y el profesional de la salud tiene sus propias convicciones respecto de la utilización de dichos servicios, está en la obligación de referir a la paciente a otro proveedor de salud que pueda proveer dicha información y servicios. Con la finalidad de no generar barreras en el acceso a los servicios”.

tamente a la mujer a un médico que pueda proporcionar el servicio en salud requerido, ello con la finalidad de impedir que la negación constituya una barrera en el acceso a la prestación de servicios de salud reproductiva” (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Adicionalmente, en Sentencias C-355 de 2006, T-946 de 2008 y T-388 de 2009, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado precedentes jurisprudenciales en los que hospitales y clínicas donde los médicos objeten conciencia deben garantizar médicos que no objeten conciencia y presenten el servicio de salud (Corte Constitucional de Colombia, 2006; 2009b). En los casos de emergencia, el prestador de salud deberá en todo caso prestar el servicio de salud sin ninguna excepción. Adicionalmente, en materia judicial, los jueces, notarios y demás oficiales públicos no pueden objetar conciencia para limitar el acceso a los servicios de salud; y las entidades de monitoreo que correspondan deben investigar los hospitales y clínicas e interponer las sanciones requeridas en los casos en que la anterior normativa no esté siendo cumplida.

De esta manera, de los estándares internacionales presentados anteriormente, se concluye que, pese a que el derecho internacional de los derechos humanos protege la libertad de conciencia, existen límites prescritos por la ley para el ejercicio de dicha libertad (Véase TEDH, 2001). Para evitar que la manifestación de la conciencia se convierta en una barrera de acceso a los servicios de salud, los médicos prestadores directos, en efecto tienen la facultad de negarse a proveer ciertos servicios de salud por considerarlos contrarios a sus convicciones morales personales, (Véase CIDH, 2011) no obstante los prestadores de salud no cuentan con tal facultad en los casos de emergencia (Véase Consejo de Europa, 2010). Adicionalmente, los pacientes deben ser siempre informados oportunamente sobre la objeción de conciencia del prestador de salud y deben ser referidos a otro proveedor que garantice en todo caso el procedimiento médico (Véase Consejo de Europa, 2010)⁶. En todos los casos el Estado debe asegurarse que la objeción de conciencia se mantenga como una facultad de manifestación individual en lugar de una facultad en cabeza de las personas jurídicas (Comité CEDAW, 2013).

⁶ De acuerdo al párr. 95 de CIDH (2011): “[S]i una mujer requiere información sobre otros servicios de salud reproductiva legales, y el profesional de la salud tiene sus propias convicciones. ...”

Las personas jurídicas, incluyendo hospitales y clínicas, son sujetos de protección de derechos humanos de manera calificada, distinguida y excepcional

La Corte IDH en su la Opinión Consultiva N°22, resolvió que, conforme a la Convención Americana, “las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado”⁷. Para la Corte IDH, “la existencia de los derechos reconocidos en la Convención corresponde con la naturaleza de los seres humanos como sujetos de derechos”, más no de las personas jurídicas. Pese a que la Corte IDH reconoce que en el análisis de su jurisprudencia la Corte ha analizado el derecho a la libertad de expresión, y su materialización a través de una persona jurídica; así como el derecho de asociación de los trabajadores y partidos políticos como vehículo para el ejercicio de los derechos políticos de sus ciudadanos⁸. En la misma Opinión Consultiva, la Corte también reconoció que solo de manera excepcional, en casos relacionados con la protección del derecho a la propiedad, y la libertad de expresión, petición y asociación, las personas jurídicas pueden ser consideradas como titulares de ciertos derechos y obligaciones a la luz de la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el *corpus juris* del Sistema Interamericana. En estos casos concretos, la Corte IDH agregó que existe una fórmula única para regular los derechos de las personas jurídicas, ya que su objetivo principal de incorporación, es precisamente el de proteger derechos de personas naturales tales como sindicatos, partidos políticos, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, o grupos específicos⁹; lo cual es una regla que no se predica de hospitales, clínicas y demás centros de salud, cuya misión por naturaleza propia, es la de garantizar el acceso a servicios de salud¹⁰. En criterio de la Corte, para determinar el carácter de una sociedad, no basta con ver la clasificación de que hayan dado las partes, ni los estatutos, sino basta simplemente con analizar el objeto, o la naturaleza de las operaciones de la sociedad.

La CIDH ha establecido que las personas jurídicas no pueden considerarse víctimas de violaciones a los derechos humanos en el marco del Sistema

7 Corte IDH, OC-22/16, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Párr. 37 a 70.

8 Corte IDH, OC-22/16, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Párr. 37 a 70.

9 Corte IDH, OC-22/16, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Párr. 64.

10 Corte IDH, OC-22/16, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Párr. 37 a 70.

Interamericano de derechos humanos¹¹. Por su parte, en el marco del Sistema Universal, en las observaciones finales a Hungría en 2013 hechas por el Comité CEDAW, se estableció que el Estado debe asegurarse que la objeción de conciencia se mantenga como una facultad de manifestación individual, en lugar de una facultad en cabeza de las personas jurídicas (Comité CEDAW, 2013).

En las recomendaciones del Comité CEDAW a los Estados de Italia, Croacia y Eslovaquia, el Comité solicitó a los Estados garantizar el acceso a los servicios de salud en los hospitales públicos, adecuar la regulación con el fin que se garantice el acceso a la información a las mujeres sobre las alternativas que tienen a su disposición, y garantizar la remisión de los pacientes a los servicios de salud que requieran para garantizar el acceso al servicio de salud (Comité CEDAW, 1997; 1998; 2008).

En el Sistema Europeo, el TEDH también se ha pronunciado en diversos casos sobre la facultad de las personas jurídicas de invocar la *Convención Europea de Derechos Humanos* sobre ciertos derechos, como el derecho a la propiedad¹², el derecho a un juicio justo para determinar sus derechos civiles y sus obligaciones¹³, el derecho a la libertad de expresión en el marco de la libertad de prensa¹⁴ y el derecho a la libre asociación¹⁵. No obstante, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la protección se da por vía convencional¹⁶, mientras en el Sistema Interamericano no existe un reconocimiento explícito a los derechos de las personas jurídicas. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, en los casos *Metropolitan Church of Bessarabia vs. Moldova* y *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et al vs. Hungría*, el Tribunal Europeo de

11 Cfr. CIDH, Banco de Lima Vs. Perú, Caso 10169 Inf. N° 1091 Inadmisibilidad (1999). Considerando 3; CIDH, Tabacalera Boquerón S.A. Vs. Paraguay, Inf. N° 4797 Inadmisibilidad (1997). Párr. 24, 25, 26 y 36; MEVOPAL S.A. Vs. Argentina, Inf. No 3999 Inadmisibilidad (1999). Párr. 18.

12 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs. Greece, 13427/87 (1994); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tre Traktor Aktiebolag. Sweden, 10873/84 (1989).

13 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 73; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 73.

14 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Observer 2nd Guardian v. United Kingdom, Appl. No 1358588 (1991); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sunday Times v. United Kingdom, Appl. No 653874 (1979); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Groppera Radio AG and others v. Switzerland, Appl. No 1089084 (1990); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Information Lentia v. Austria, Appl. No 1089084 (1990).

15 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, VATAN (People's democratic Party) v. Russia, Appl No 4797899 (2002).

16 Cfr. Consejo Europeo, Paris, 20.III.1952 Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art. 1

Derechos Humanos argumentó que las personas jurídicas pueden reclamar ciertos derechos de la Convención Europea, sin embargo, esta regla no se predica automáticamente de todos los derechos, particularmente del artículo 9 que protege la libertad de religión. Al respecto, el Tribunal estableció que las iglesias pueden reclamar su derecho a la libertad de religión¹⁷. Sin embargo, en contraste, en el caso *Verein 'Kontakt-Information-Therapie' and Hagen vs Austria*, la Comisión Europea de Derechos humanos determinó que, por ejemplo, en el caso de un centro que preste servicios de rehabilitación de drogas, este no es sujeto de protección del mismo artículo por su fin comercial¹⁸. En un caso similar, la Comisión dictaminó que dos compañías a las que la ley nacional exigía que pagaran impuestos a las iglesias establecidas en Finlandia y Suiza, no podían confiar en su libertad de religión para evitar el pago de impuestos, ya que este evadía un fin legal el cual no se encontraba amparado del fin social de la personería jurídica¹⁹.

Por su parte, en materia de derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que: “[la] persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana [...] pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto de su existencia jurídica. Igualmente se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, [la persona jurídica] es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no de idéntica forma a como se presentan en la persona natural”²⁰.

Así es factible concluir que las personas jurídicas resultan sujetos de ciertos derechos de forma calificada, distinguida y excepcional; al igual que de obligaciones. Sin embargo, tales derechos no se garantizan de manera idéntica como los derechos de las personas naturales, pero pueden ser protegidos y/o exigidos en el marco de protección internacional de derechos humanos con el fin de afianzar la protección de los derechos esenciales que este consagra²¹.

17 *Metropolitan Church of Bessarabia v Moldova* (Application no. 45701/99) and *Magyar Kersztény Mennonita Egyház et al v Hungary* (Application no. 70945/11).

18 *Verein 'Kontakt-Information-Therapie' and Hagen v Austria* (Application no. 11921/86), para 1.

19 *Company X v Switzerland* (Application no. 7865/77) and *Kustannus oy vapaa ajattelija AB v Finland* (Application no. 20471/92).

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-396, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (1993).

21 *Cfr.* Cancado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (2001), Pág. 35 y 38; García Ramírez, Sergio, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana* (2002). Pág. 93.

Las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de conciencia y religión

El derecho a la libertad de conciencia y religión, protegido mediante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, protege de manera exclusiva a las personas naturales, y no a las personas jurídicas. No obstante, existe un debate respecto a la titularidad del derecho a la libertad de conciencia y religión de las personas jurídicas, y, en consecuencia, de la manifestación del derecho, mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, particularmente en el campo de la salud.

La *conciencia* es un atributo inherente a la condición humana la cual define la particularidad y singularidad de cada persona. Así, “*el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto; [y] por el contrario, [representa] las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho*”²². Por su parte, el *consenso*, representa la manifestación del conjunto de opiniones de los miembros de una institución, ya sean socios o empleados, el cual motiva el propósito o la razón social que la institución puede desarrollar.

La Real Academia Española define la *conciencia* como la “*propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta*”²³. La conciencia representa el “*conocimiento reflexivo de las cosas*”²⁴ y la “*actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto*”²⁵, mientras el *consenso* se refiere únicamente al “[*a*]cuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”²⁶. De esta manera, el cúmulo de pensamientos y convicciones morales que puedan existir dentro de una institución, las cuales reflejan el consenso de las creencias de las personas que la conforman, en ningún momento pueden asemejarse a la conciencia individual de las personas naturales, toda vez que solo las personas naturales pueden acumular experiencias individuales y/o convicciones que generen una conciencia²⁷.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388, M.P. Humberto Antonio Sierra (2009).

23 Definición “conciencia” *en*: Diccionario de la lengua española, , <http://lema.rae.es/drae/?val=conciencia> (last visited Jan 22, 2015).

24 *Id.*

25 *Id.*

26 Definición “consenso” *en*: Diccionario de la lengua española, <http://lema.rae.es/drae/?val=consenso> (last visited Jan 22, 2015).

27 *Cfr.* Manuel José Cepeda Espinosa, Observatorio de justicia constitucional : balance jurisprudencial de 1996 : la Corte Constitucional, el año de la consolidación (1998). Pág. 241.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, “esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de los socios, más estos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de personas naturales”²⁸. Por lo tanto, dado que la conciencia representa un atributo exclusivo a la condición humana, es jurídicamente desacertado argumentar que puede existir una conciencia institucional o colectiva, toda vez que el *consenso* de una institución sobre determinados temas o servicios, los cuales pueden o no inspirar la razón social, o el propósito de una persona jurídica, en ningún caso pueden ser equiparables a la *conciencia* de un individuo. En el caso de personas jurídicas conformadas por un único socio, tales personas jurídicas son creadas mediante una ficción jurídica que busca adoptar y exteriorizar la manifestación de la conciencia de su único socio, precisamente, mediante la razón social²⁹. En estos casos, la conciencia de su único socio, al manifestarse mediante la ficción jurídica de la persona jurídica la cual busca perseguir un fin comercial, deja de convertirse en una convicción propia e individual de la persona natural, y pasa a ser manifestada mediante el propósito de la persona jurídica, el cual es protegido en el ámbito del derecho a la libertad de empresa en el marco del derecho privado, más no en el ámbito de la libertad de conciencia y religión, y/o la libertad de expresión que protege el derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, respecto de la premisa sobre la cual la supuesta objeción de conciencia institucional puede servir como medio adecuado para proteger los derechos de las personas naturales que hacen parte de la institución, conforme a los estándares previamente desarrollados, este argumento resulta inválido. La imposición de una conciencia institucional violaría el derecho a manifestar la conciencia y religión de los individuos que trabajan en la institución o hacen parte de la misma al negarles la posibilidad de disentir con la conciencia institucional, sin que necesariamente hayan consultado su conciencia particular para su vinculación. Adicionalmente, la persona jurídica como medio de protección de la conciencia individual, no puede servir como vehículo para homogeneizar las conciencias y mandatos morales de los individuos que la componen³⁰. Dicho estipulado iría precisamente en contra de

28 Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 81.

29 *Cfr.* Corte de Apelación de EE.UU., *Gilardi v. US Dep't of Health and Human Services*, N° 13'5069, N° WL 2900141 (2013).

30 *Cfr.* Bejarano Ricaurte, Ana; Castrillón Pérez, Mariana, *supra* note 14. Pág. 18.

las bases teóricas que componen el derecho a la libertad de conciencia, el cual busca garantizar la pluralidad y diversidad de cada uno de los miembros de la sociedad, así como la multiculturalidad que caracterizan los pilares principales de una democracia³¹. En consecuencia, las convicciones de carácter personal que inspiran a cada persona no pueden convertirse en una política institucional avalada por la ley que busque evadir el deber estatal que impone la ley a todos sus ciudadanos.

El consenso de las personas jurídicas está protegido por el marco legal y teórico del derecho a la libertad de empresa en el campo del derecho privado

El derecho a la libertad de empresa se encuentra garantizado en el marco de protección privada que ofrecen los ordenamientos internos a las personas jurídicas. Conforme a la jurisprudencia y las legislaciones de diversos países en el mundo, incluido Alemania, Colombia e Inglaterra, dicho derecho se encarga de proteger de manera efectiva la libertad de las empresas de operar en el sistema social y económico, al igual que las modalidades de operación en el tráfico jurídico³².

Debido a que las personas jurídicas no cuentan con una conciencia colectiva, en todo caso, el consenso de sus socios debe ser protegido en el campo del derecho privado. Según la definición del diccionario de la Real Academia Española, el *consenso* se entiende como el “[a]cuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”³³. Así, las estructuras administrativas de una institución pueden desarrollarse y actuar a partir del *consenso* del conjunto de creencias de algunas o todas las personas naturales que conforman la persona jurídica y que pueden guiar el “propósito”, la “misión”, la “visión” y/o la “razón social” (en adelante “el propósito”) de la persona jurídica. El propósito de la persona jurídica puede convertirse en la forma de manifestar o exteriorizar el consenso de las creencias de las personas naturales que conforman una institución³⁴. Sin embargo, el consenso debe

31 Cfr. Rebecca S. Dresser, *Freedom of Conscience, Professional Responsibility, and Access to Abortion*, 22 J. Law. Med. Ethics 280–285 (1994).

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-830, M.P. Luis Ernesto Vargas (2010); R (on the application of British American Tobacco UK Ltd.) v. The Secretary of State for Health [2004] EWHC 2493 (Admin).

33 Definición de “Consenso” en Diccionario de la lengua española, *supra* note 85.

34 Cfr. Reyes Villamizar, Francisco, *supra* note 79.

ser protegido mediante un derecho que garantice su ejercicio en el marco de una democracia y del Estado de Social de Derecho. Dicho propósito debe ser legítimo y no puede ir en contra de un deber jurídico establecido por la ley. El propósito de la creación de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico orienta la forma de cumplir con el objetivo económico o comercial de esta. Independiente a su finalidad de lucro o su naturaleza civil o comercial, el propósito pretende que la institución pueda participar en el intercambio de bienes y servicios en determinado sector económico con el fin de cumplir con el objetivo principal que motiva la operación de la institución. Dicho propósito debe ser protegido en el marco del Estado Social de Derecho, y la forma más adecuada de hacerlo es mediante el derecho a la libertad de empresa que tienen las personas jurídicas³⁵.

Así, el derecho a la libertad de empresa protege *“la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y el instrumental –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”*³⁶. En el caso concreto, este tipo de protección no hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, sino del marco de protección que ofrece el derecho privado.

La ley establece límites al ejercicio del derecho a la libertad de empresa de las personas jurídicas

Una vez creada la ficción jurídica, el derecho a la libertad de empresa se encarga de proteger el consenso de sus miembros mediante el propósito de la organización. No obstante, en los casos en que el consenso de la persona jurídica, manifestada mediante el propósito de la institución, establezca limitaciones sobre la prestación de servicios y que puedan afectar a terceros, *“el control de (...) de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el*

35 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 94.

36 *Id.*

*fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada*³⁷.

Pese a que las personas jurídicas cuentan con la libertad de desarrollar un propósito que represente el consenso de los miembros que la conforman, dicho propósito debe ser limitado por el Estado en los casos en que las acciones o finalidades de la persona jurídica no respondan a un juicio estricto de proporcionalidad y razonabilidad. En estos casos, el Estado tiene la facultad de intervenir y limitar dicho propósito con el fin de asegurar que este no genere la afectación de derechos a terceros³⁸.

En el campo de la publicidad, la misma razonabilidad tuvo la Corte Constitucional de Colombia al determinar que la libertad de empresa de las personas jurídicas protege de manera efectiva la libertad de las personas de manifestarse, aclarando en este caso que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de expresión. Para la Corte Constitucional de Colombia, *“la publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados [como por ejemplo] la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda”*³⁹. En este caso, la Corte estableció que el Estado tiene la responsabilidad de evaluar si *“la publicidad comercial se ajusta a la Carta, [y] si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo”*⁴⁰. Así, *“cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimularse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros”*⁴¹.

Conforme a lo anterior, a pesar que las personas jurídicas cuentan con la libertad de generar un consenso sobre determinado ámbito, ya sea este político, filosófico, religioso, o por otros motivos, el cual se encuentra amparado mediante el derecho a la libertad de empresa; este derecho debe ser controlado e intervenido por el Estado de manera que el propósito de la institución no genere perjuicios en la sociedad, ponga en peligro, o genere daños a terceros. Por lo tanto, pese a que debe existir un reconocimiento al derecho a la libertad de empresa de las personas jurídicas⁴², el cual se encarga de proteger el consenso

37 *Id.*

38 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 94.

39 *Id.*

40 *Id.*

41 *Id.*

42 *Id.*

de los miembros de la institución, y se manifiesta mediante el propósito de la personería jurídica, las personas jurídicas son titulares del derecho a la libertad de empresa, más no de la libertad de conciencia y de religión. Dicha libertad de empresa puede ser restringida por el Estado, con el fin de salvaguardar derechos fundamentales de terceros, tales como el derecho a la vida y la salud, particularmente cuando estos derechos se ven desproporcionalmente afectados⁴³.

Las personas jurídicas que prestan servicios de carácter público, incluidos los servicios de salud, en todo caso, tienen una obligación reforzada de garantizar la prestación de estos servicios

En el campo de la salud, el debate ético resulta aún más complejo toda vez que la manifestación de la conciencia por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud, tales como clínicas y hospitales, tiene la capacidad de impedir la garantía de la prestación de un servicio de carácter público que afecta directamente la salud y la vida de las personas en caso de no ser garantizado.

El derecho a la salud se encuentra consagrado dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana, el cual supone la obligación de los Estados de desarrollar progresivamente los derechos consagrados en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos⁴⁴. Adicionalmente, el derecho a la salud se encuentra protegido en el artículo 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En este, se consagra la salud como un bien público que el Estado debe reconocer y garantizar⁴⁵.

43 Cfr. Corte IDH, Sentencia C-176. M.P. Alejandro Martínez, (1996); Corte Suprema de EE.UU., *Posadas de P.R. Assocs. v. Tourism Co.* 478 U.S. 328, (1986); Corte Suprema de EE.UU., *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

44 Organización de los Estados Americanos, *supra* note 6. Art. 26.

45 Organización de los Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* ("Protocolo de San Salvador") (1988). Art. 10 (2).

"Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

En el Sistema Universal el reconocimiento del derecho a la salud se da en varios instrumentos. El artículo 25(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a la salud como un nivel de vida adecuada que asegure, “la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”⁴⁶. Por su parte, el PIDESC y la Convención CEDAW garantizan el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁴⁷.

La prestación de servicios de salud es considerada como un servicio de carácter público el cual el Estado tiene el deber de garantizar a toda la población sin ningún tipo de discriminación⁴⁸. Pese a que la prestación de los servicios de salud puede ser delegada a instituciones privadas, dicha delegación no exime a los prestadores de salud de cumplir con el deber de garantizar el servicio público⁴⁹. Sumado a este deber, el Estado también debe cumplir con la obligación de vigilar y garantizar en todo momento el acceso a los servicios de salud⁵⁰. Así, en los casos en que una persona jurídica presta servicios de carácter público, el ánimo lucrativo de la persona jurídica o la naturaleza privada o pública de la institución, no exime a la persona jurídica de garantizar el servicio médico requerido o desconocer los mandatos legales que el derecho reconoce⁵¹.

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

46 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos 217 A (III) (1948). Art. 25(1) “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. (subrayado fuera del texto original)

47 Asamblea General de las Naciones Unidas, 107a sesión plenaria, 18 de diciembre de 1979 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Doc. de la ONU A/RES/34/180 (1981), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. Art. 12; Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). Art. 12.

48 Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *supra* note 110; Comité CEDAW, *supra* note 40; Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 81; Dickens and Cook, *supra* note 22.

49 Cfr. Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel v. Brazil: Commc’n No. 17/2008*, UN Doc CE-DAWC49D172008 (2011); Luisa Cabal, Monica Arango Olaya, Valentina Montoya Robledo, *supra* note 22; Roger B. Dworkin, *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making* (1st edition ed. 1996).

50 Cfr. Luisa Cabal, Monica Arango Olaya, Valentina Montoya Robledo, *supra* note 22; Heleen M Dupuis, *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, 24 J. Med. Ethics 68–69 (1998); Dworkin, *supra* note 112. Pág. 32

51 Cfr. Mark R. Wicclair, *Managing Conscientious Objection in Health Care Institutions*, 26 HEC Forum 267–283 (2014). consistent, and transparent management of conscience-based refusals. It is further recommended that those policies include the following four requirements: (1

La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud⁵². Según la Corte IDH, “[E]n lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que (...) la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención”⁵³, y por tanto “a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud”⁵⁴.

Por lo tanto, cuando un hospital, clínica, centro de salud o cualquier institución que presta servicios de salud, ya sea civil o comercial, con ánimo de lucro o sin ánimo de lucro, ofrece servicios de salud; se deriva que dicha institución no cuenta con la titularidad para ejercer el derecho a la libertad de conciencia y religión. Tales instituciones cuentan con el deber jurídico de proveer servicios públicos de salud, los cuales deben ser siempre garantizados⁵⁵.

Conclusión

De acuerdo a como ha sido expuesto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a la libertad de conciencia y religión (Véase OEA, 1978; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b; Comité de Derechos Humanos, 1993; CIDH, 2011). Pese a que el ejercicio de este derecho no admite limitación alguna, su manifestación puede ser limitada (Comité de Derechos Humanos, 1993; OEA, 1978; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b) por la ley cuando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se convierte en una barrera de acceso a los servicios de salud reproductiva (Comité de Derechos Humanos, 1993; OEA, 1978; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976b).

Determinar si la persona puede ejercer y acceder a los servicios de salud que requiere, no solo depende de la decisión del paciente que desea acceder al

52 Cfr. Comité CEDAW, *supra* note 40. Párr. 14.

53 Corte IDH, Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Ser. C No 261 (2013). Párr. 130.

54 *Id.* Párr. 132.

55 Cfr. *Id.*; Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Ser. C No 125 (2005); Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Ser. C No 146 (2006); Elizabeth Salmón, Pedro Villanueva, *Los (tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua*, REV. NO 45 INST. INTERAM. DERECHOS HUM. IIDH (2006).

procedimiento, sino también de la garantía de un profesional que garantice el servicio público de salud de manera segura, diligente y oportuna (Véase Corte Constitucional de Colombia, 2006). Por su parte, la provisión del servicio de salud debe estar siempre garantizada por el Estado, de manera que exista un profesional de la salud que provea el servicio. No obstante, pese a la existencia de este deber, en el campo de la salud, los prestadores directos de servicios de salud tienen la legítima posibilidad de negarse a proporcionar ciertos servicios cuando éstos consideran son contrarios a sus convicciones más personales (Véase CIDH, 2011). Es en estos casos que los prestadores directos pueden ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

Dado que la manifestación de la conciencia del prestador de salud no puede afectar el derecho a la salud de terceros, en el caso de los servicios de salud, el profesional que objete conciencia tiene siempre la obligación de remitir al paciente a otro profesional de la salud que garantice la prestación del servicio requerido (Véase CIDH, 2011; Cook, 2009). Adicionalmente, en los casos en que el prestador de salud por motivos de su conciencia niegue la prestación del servicio médico requerido, este deberá siempre cumplir con la obligación de brindar la información necesaria para garantizar que el paciente acceda oportunamente al procedimiento de salud requerido (Véase CIDH, 2011; Cook, 2009).

En los casos de urgencia manifiesta, donde exista un grave riesgo a la salud y la vida de la persona, los cuales requieren ser tratados oportunamente por personal debidamente calificado; la atención médica es urgente y requiere ser tratada en la mayor brevedad posible sin ningún tipo de dilación. En estos casos excepcionales, el prestador directo de salud que por motivo de su conciencia objete conciencia, en todo caso deberá prestar el servicio médico requerido (Véase Consejo de Europa, 2010).

Respecto a la titularidad del derecho a la libertad de conciencia y religión de las personas jurídicas, tales como hospitales y clínicas, como fue presentado, son sujetos de ciertos derechos y obligaciones de manera calificada, distinguida y excepcional⁵⁶. La conciencia al ser un atributo inherente a la condición humana, impide bajo cualquier circunstancia que las personas jurídicas sean titulares de dicha libertad. El cúmulo de conciencias de las personas naturales

⁵⁶ Cfr. Corte IDH, *supra* note 69; Tribunal Constitucional de Perú, *supra* note 71 at 396; Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 72; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 73; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 73. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75.

que conforman las personerías jurídicas, el cual que se protege de manera legal mediante los estatutos y registro que generan la incorporación de los diferentes tipos de sociedades, y que se manifiestan mediante la razón social o el propósito de la persona jurídica, son protegidos por la figura del consenso, la cual difiere de la pura conciencia humana. En consecuencia, la titularidad del derecho a la libertad de conciencia y religión se encuentra en cabeza de las personas naturales, más no de las personas jurídicas, sin importar su naturaleza o razón social⁵⁷.

El consenso de las personas jurídicas, el cual se exterioriza mediante el propósito, la visión, la misión, o la razón social de la persona jurídica se encuentra protegido mediante el derecho a la libertad de empresa, el cual ha sido ampliamente desarrollado en el campo del derecho privado⁵⁸. No obstante, la protección que otorga el derecho a la libertad de empresa de las personas jurídicas tiene sus propios límites legales.

En el campo de la salud, esto quiere decir que hospitales y clínicas en ningún caso podrán negarse a prestar servicios de salud, ya que dicha limitación o prohibición persigue una finalidad que prohíbe restringir el derecho a salud de los pacientes, el cual es un derecho de carácter fundamental que se encuentra protegido por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional. Una restricción que argumente lo contrario es inadecuada para conseguir el fin propuesto, ya que esta iría en contravía del propósito de incorporación de la persona jurídica, y en consecuencia resulta ser manifiestamente innecesaria y claramente desproporcionada, lo cual significa que es ilegal bajo la ley.

Bibliografía

- Argentina (2002), *Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable* (Ley N°25673/03), Buenos Aires, Congreso Argentino, 21 de noviembre.
- Argentina (2003), *Reglamentación de la Ley 25673 sobre Salud Sexual y Procreación Responsable* (Decreto 1282/03), Boletín Oficial, Buenos Aires, mayo.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada el 10 de diciembre, A.G. Res. 217 A (III).

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 36; CIDH, *supra* note 29.

⁵⁸ *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *supra* note 75; Tribunal Constitucional de Perú, *supra* note 71; Corte Constitucional de Colombia, *supra* note 94.

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1976) a, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, A.G. Res. 2200A (XXI), entrada en vigor 3 de enero de 1976.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1976) b, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado 16 de diciembre 1966, A.G. Res. 2200A (XXI), entrada en vigor 23 de marzo de 1976.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1981), *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979, A.G. Res. 34/180.
- Bejarano Ricaurte, A. y Castrillón Pérez, M. (2013), *La objeción de conciencia institucional frente al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*, ser. doc. trab. N°4 Grupo Derecho Interés Público Universidad de los Andes Facultad Derecho [en línea] [Nueva York, 30 de septiembre de 2015] <http://gdip.uniandes.edu.co/index.php?modo=resultados&id=3>.
- Cabal, L. y otros (2014), “Striking a Balance: Conscientious Objection and Reproductive Health Care From The Colombian Perspective Health and Human Rights”, *Health and Human Rights*, vol.16, N° 2, septiembre, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://www.hhrjournal.org/2014/09/30/striking-a-balance-conscientious-objection-and-reproductive-health-care-from-the-colombian-perspective/>
- Centro de Derechos Reproductivos (2014), “Objeción de conciencia y derechos reproductivos: estándares internacionales de derechos humanos”, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/CRR_LAC_ConscientiousObjectionFactSheets_10_17_13.pdf
- Comisión de Derechos Humanos (1989), *Objeción de conciencia al servicio militar*, adoptada el 8 de marzo, Res. 1989/59, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://www.wri-irg.org/node/6409>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011), *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA Ser.L/V/II.Doc.61, noviembre.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) (2009), *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Polonia*, E/C.12/POL/CO/5.

- Comité de Derechos Humanos (CDH) (1993), *Recomendación General N° 22, El Derecho a la Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión (artículo 18)*.
- Comité de Derechos Humanos (CDH) (2007), *Yeo-Bum Yoon y Sr. Myung-Jin Choi vs. República de Corea*, Comunicaciones Nos. 1321/2004 y 1322/2004, Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.
- Comité de Derechos Humanos (CDH) (2010), *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales: Polonia*, CCPR/C/POL/CO/6
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (1997), *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales: Italia*, Extractado del: Suplemento N°38 (A/52/38/Rev.1).
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (1998), *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales: Croacia*, Extractado del: Suplemento N°38 (A/53/38/Rev.1).
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (1999), *Recomendación General N°24: Mujeres y Salud (Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)*.
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (2008), *Proyecto de observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Eslovaquia*, CEDAW/C/SVK/CO/4.
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) (2013), *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Hungría*, aprobadas por el Comité en su 540 periodo de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013), CEDAW/C/HUN/CO/7-8.
- Consejo de Europa (2010), *Resolución 1763*, [en línea] [Nueva York, consultado el 22 de septiembre 2015] <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/t10/eres1763.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia (2006), *Sentencia C-355*, M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2009)a, *Sentencia C-728*, M.P. Gabriel

- Eduardo Mendoza Martelo, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-009-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2009)b, *Sentencia T-388*, M.P. Humberto Antonio Sierra.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001), *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ser. C, N° 73.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012), *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012), *F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva*, F. 259. XLVI.
- Cook, R.J., Arango Olaya, M. y Dickens, B.M. (2009), “Healthcare Responsibilities and Conscientious Objection”, *Int. J. Gynecol. Obstet.*, vol. 104, N° 3, MARZO.
- Curtis, C. (2005), *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/20.pdf>
- Chile (2015), *Mensaje de s.e. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, Mensaje N° 1230-362, Santiago, enero.
- Dickens B.M. y Cook R.J. (2000), “The Scope and Limits of Conscientious Objection”, *Int. J. Gynecol. Obstet.*, vol. 71, N° 1, octubre.
- México (2009), *Ley de Salud Del Distrito Federal*, Gaceta Oficial del Distrito Federal [G.O.D.F], México D.F., 17 de septiembre.
- Ministerio de Salud Argentino (2010), *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*.
- Naciones Unidas (1950), *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado el 4 de noviembre, S.S.T. 222, S.S.T. Eur. N°5, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.
- Naciones Unidas (2000), *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, (22° período de sesiones), (E/C.12/2000/4), [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://>

- www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm
- Naciones Unidas (2011), *El Derecho de toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental*, A/66/254, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1978), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1988), *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (“Protocolo de San Salvador”), (en vigor 16 de noviembre 1999).
- Organización de los Estados Americanos (OEA) y Comité De Expertas/Os (CEVI) del Mecanismo de Seguimiento de la “Convención De Belém Do Pará (MESECVI) (2014), *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales Y Reproductivos*, OEA/SER.L/II.7.10, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015]. <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/CEVI11-Declaration-ES.pdf>
- Secretaría de Salud de la Ciudad de México (2008), *Manual de Procedimiento para la Interrupción Legal del Embarazo en las Unidades Médicas*, [en línea] [Nueva York, 22 de septiembre 2015]. http://www.salud.df.gob.mx/ssdf/transparencia_portal/art14frac1/manualile.pdf
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2011), *Bayatyan vs. Armenia*, Caso N° 23459/03.
- Uruguay (2012) a, *Interrupción Voluntaria del Embarazo* (Ley 18.987), Montevideo, Diario Oficial, 30 de octubre.
- Uruguay (2012) b, Decreto 375.

FALLO SERNAC: REVISITANDO EL ESTADO REGULADOR.

*Sebastián Soto Velasco*¹

Resumen

El texto analiza la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al proyecto de ley del SERNAC y extrae de ella algunos estándares que permiten revisar el Estado regulador chileno. En particular profundiza en la necesidad de generar contrapesos internos y externos a la acción de agencias reguladoras; analiza la exigencia de un actuar imparcial en la persecución que termine con el rol de “juez y parte” tan común en el diseño institucional de ciertos servicios; y examina la potestad normativa a la luz de los nuevos requerimientos que sugiere la sentencia. Asimismo sostiene que ni la sentencia ni la minoría logran dibujar un estándar replicable para resolver en el futuro si (y cuándo) un órgano administrativo ejerce jurisdicción. Todo esto busca insertar el fallo SERNAC en una nascente tendencia jurisprudencial que empieza a escrutar con algo más de intensidad el creciente poder del Estado regulador.

1. Introducción. El (eventual) inicio de una tendencia.

Hace algunos años, el Juez Roberts, Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, llamó la atención en un disenso sobre “el peligro que representa el creciente poder del estado administrativo”². La frase se inserta en una tendencia de los últimos años en el máximo tribunal de ese país que ha sido

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile y Máster en Derecho (LLM) de la Universidad de Columbia. Correo electrónico: jssoto@uc.cl. Agradezco el apoyo de Bruno Sanhueza en la investigación y revisión de este artículo.

² *City of Arlington v FCC*. Corte Suprema de Estados Unidos. Rol 11-1545. 20 de Mayo de 2013. Disenso del juez Roberts al que concurren los jueces Kennedy y Alito, p. 4.

descrita por un autor como la de una “creciente apertura a desafíos estructurales al Estado administrador”³.

Hace algunos meses el Ministro Romero del Tribunal Constitucional sostuvo, en la sentencia que se analizará⁴, que una de las funciones del derecho es brindar garantías frente al abuso de poder; y agregó que éste puede no solo ser privado sino también obra del poder público (c. 5 de su prevención). La frase no se inserta aun en una clara tendencia jurisprudencial; pero sí permite contextualizar un debate que, a la luz de algunas sentencias recientes de ese mismo tribunal, se está empezando a producir por fin en nuestro derecho. Este debate dice relación con los estándares tradicionales que siguen nuestras agencias reguladoras en sus potestades sancionadoras y normativas⁵.

Ambas citas dan cuenta de una reflexión que sobrepasa nuestras fronteras y que parece estar instalándose en nuestro país de la mano del Tribunal Constitucional. Por eso llaman la atención algunas críticas algo destempladas que calificaron el fallo SERNAC como un retroceso en varias décadas en el debate administrativo o como una sentencia de “guerra fría”. La tendencia de la Corte Suprema de Estados Unidos muestra justamente lo contrario: que no solo en Chile el Estado regulador está siendo objeto de un escrutinio intenso. Una mirada más global a los temas que ilumina el fallo permitirá sacar conclusiones útiles para actualizar nuestro derecho administrativo sancionador que, en alguna medida, parece seguir atrapado en las estructuras de los ochenta.

Está por verse si lo que hizo el Tribunal, y que se analiza más adelante, se constituirá en una tendencia jurisprudencial o será encapsulado y olvidado. Al decir de las múltiples reacciones académicas que generó la sentencia, no estamos ante un tema que vaya a ser fácil de superar. En efecto, destaco la polémica que sostuvieron los profesores Alejandro Vergara y Juan Carlos Ferrada sobre la inserción de esta línea jurisprudencial en la evolución de nuestro derecho administrativo. También la que enfrentó a los profesores José Francisco García y Raúl Letelier sobre la proyección del fallo. Y las columnas

3 Morrow, Erin, “Exploring the administrative State”, en *Missouri Law Review*, N° 81, 2016, p. 934. En igual sentido, y a propósito de cuatro sentencias de la Corte Suprema de 21 de junio de 2018, Shapiro, Ilya. *The court begins to strike back at the administrative state*. SCOTUS Blog. En <http://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-the-court-begins-to-strike-back-at-the-administrative-state/>

4 Tribunal Constitucional, Rol 4012-17, sentencia de fecha 18 de Enero de 2018. En adelante “Fallo SERNAC”

5 Además de la sentencia analizada, me refiero a las sentencias del Tribunal Constitucional, Rol 3958-17, de 26 de diciembre de 2017, que trata sobre el proyecto de ley de modificación al Código de Aguas y a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculadas con el llamado caso Cascadas, Rol 3014-16, 2922-2015, 3575-17, entre otros.

de los profesores Luis Cordero y Francisco Urbina (quienes, por separado, cuestionan la escasa justificación de algunos postulados de la sentencia); Pablo Soto (quien con menos templanza lleva la sentencia a lógicas de “guerra fría”); Agustín Barroilhet (quien califica la sentencia como una mala noticia para el SERNAC pero una buena noticia para los consumidores); Juan Ignacio Contardo (quien llama a no confundir la protección de los consumidores con el fortalecimiento del SERNAC); Karin Monroe (que celebra el fallo y cuestiona la acumulación de funciones en el SERNAC); y Santiago Zárata (que aprovecha de criticar al Tribunal Constitucional); cada una a su modo da cuenta de una temática en la cual todavía resta mucho por avanzar. Tal vez por eso es que el propio Colegio de Abogados de Chile emitió una declaración que llama al legislador a evitar la creación de órganos que acumulen funciones⁶.

En cualquier caso, en estas páginas se apuesta a que la sentencia SERNAC, con sus luces y sombras, será el inicio de una tendencia que influirá en el diseño institucional de órganos administrativos sancionadores, tan propios del Estado regulador.

Para eso parto analizando once estándares o razonamientos en que el fallo del Tribunal Constitucional sostiene la inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto de ley. Aun cuando no todos tienen la misma profundidad y proyección, intentar aislarlos permite iluminar diversas facetas del debate. Luego analizaré la proyección de tres de esos estándares que me parecen los más relevantes desde la perspectiva del diseño de instituciones administrativas con potestades reguladoras y sancionadoras. Para eso primero abordo cada uno de esos tres estándares –la separación de funciones; la identidad del rol de juez y parte; y las potestades normativas– y luego propongo algunos mecanismos que, a mi juicio, permiten avanzar hacia un Estado regulador moderno. Finalmente me detengo brevemente en el que denomino un estándar por resolver: las atribuciones jurisdiccionales de órganos administrativos.

Visto así, es posible apreciar que estas páginas no buscan contrastar la sentencia o el voto de minoría con el proyecto de ley a fin de encontrar disposiciones legales que pueden matizar el razonamiento de los jueces constitucionales. La sentencia se analiza con cierta independencia del proyecto a que

⁶ El desarrollo de la discusión entre Alejandro Vergara y Juan Carlos Ferrada (la última columna es de 26 de Abril), José Francisco García y Raúl Letelier (la última columna es de 09 de febrero), además de la escrita por Luis Cordero (27 de febrero) y Francisco Urbina (26 de Marzo) se encuentra en www.mercuriolegal.cl. Las de Pablo Soto (22 de Enero), Agustín Barroilhet (22 de Enero), Juan Ignacio Contardo (21 de Enero), Karin Monroe (24 de Enero) están disponibles en www.latercera.com. Finalmente la columna escrita por Santiago Zárata (16 de febrero) se encuentra en www.diarioconstitucional.cl.

se refiere para enfocarse en los argumentos jurídicos que la sostienen pero también en las preocupaciones e intuiciones que parecen inspirar la decisión del Tribunal. Esto es importante porque no es tan relevante para estas páginas si el Tribunal o tal grupo de jueces entendieron correcta o incorrectamente algún artículo del proyecto de ley; por el contrario, es mucho más relevante en esta ocasión intentar dilucidar, con independencia de la interpretación de la norma, cuál es la proyección del razonamiento jurídico que hay tras una argumentación específica.

2. Estándares que propone la sentencia⁷.

La tramitación del proyecto de ley del SERNAC y la sentencia que se analiza pueden examinarse desde diversas perspectivas. La calificación que hace la sentencia como normas orgánicas constitucionales de algunos artículos que habían sido calificados como de quórum simple y las controversias que se levantaron con motivo de la promulgación del proyecto de ley son dos materias de gran interés⁸. No obstante ello, a mi juicio, son otros tres los temas que merecen especial atención por su proyección en futuros proyectos de ley.

Los dos primeros dicen relación con la concentración del rol de juez y parte en el procedimiento administrativo sancionador del SERNAC. La sentencia analiza el tema desde dos perspectivas. La primera aborda la confusión en un mismo órgano de los roles de investigación/formulación de cargos y sanción; la segunda aborda la unión de funciones administrativas y jurisdiccionales o, lo que es lo mismo para estos efectos, el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales (juez) por un ente administrativo que ha sido también “parte”.

Si bien la sentencia no distingue ambas perspectivas, es posible encontrar razonamientos que se alinean con una y otra. Y vale la pena analizarlos separadamente porque, cada una con sus matices, iluminan temáticas distintas. Primero analizaremos el cuestionamiento a la confusión entre investigación y sanción; luego, en el siguiente acápite analizaremos el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos.

7 Cuando uso el término “estándares” pienso en argumentos que sirven de modelo o referencia para futuras situaciones similares. Visto así, podría ser sinónimo de “test” aun cuando en la cultura jurídica anglosajona ambos conceptos se distinguen. Sobre esto puede verse Sullivan, Kathleen, “The Justice of rules and Standards”, en *Harvard Law Review*, Vol 106, N° 1, 1992, p. 57-59.

8 Esta última controversia fue abordada en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 4727-18, del 10 de Mayo de 2018, en la que tuve participación en representación del Presidente de la República. No tuve participación en la tramitación del proyecto de ley ni en la discusión constitucional en torno al contenido del proyecto.

El tercer tema de análisis se vincula con las potestades normativas del SERNAC que también serán abordadas separadamente.

La forma en que se analizarán los argumentos del fallo es intentando proponer estándares constitucionales replicables. Algunos de estos estándares están mejor desarrollados en el fallo mientras que otros, como veremos, carecen de suficiente densidad. En cualquier caso, el objetivo es dilucidar si ellos constituyen razonamientos replicables para futuros debates similares.

2.1. Juez y parte. Confusión entre investigación y sanción.

Al momento de analizar las disposiciones del proyecto de ley que entregaban al SERNAC diversas atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras, el Tribunal Constitucional siguió una línea argumentativa para sostener la inconstitucionalidad que podría agruparse en los siguientes estándares constitucionales.

i) Separación de funciones. El primer estándar que invoca es el “*principio básico del derecho público universal, cual es la separación de funciones*” (c. 33). El estándar busca evitar que un mismo órgano reúna las funciones administrativas y jurisdiccionales. Y el nuevo SERNAC incurre en tal defecto pues las normas del proyecto transitan desde un régimen en que el SERNAC ejerce “*unos cometidos de fiscalización (...) dejando entregado a los juzgados competentes la sanción*” a otro nuevo en que el SERNAC asumirá “*potestades jurisdiccionales para arbitrar conciliaciones, sancionar a los proveedores y adoptar toda clase de medidas conservadoras y cautelares respecto de los derechos de los consumidores, en circunstancias que tales medidas solo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que éste no reúne*” (c. 33).

ii) Evitar la concentración del poder. La sentencia enumera diversas atribuciones que concentraría el nuevo SERNAC que, sumadas a sus potestades sancionadoras, aumentan excesivamente el poder de este servicio (c. 35). Si bien no se teoriza en torno a la concentración del poder el argumento podría leerse en esa clave: una crítica a la concentración de potestades en un solo órgano sin contrapeso real.

iii) Reglas para un actuar imparcial: juez y parte. El TC nos dice que separar la fiscalización de la sanción o, lo que es lo mismo, poner término a la calidad de “juez y parte” del SERNAC contribuye a fortalecer el principio de imparcialidad. Éste, dice el considerando 38, es una de las bases generales de la Administración del Estado que, por lo mismo, debe regir también los actos de los diversos servicios públicos. Por eso no es procedente que “*el mismo servicio estatal llamado a proteger a una de las partes lucrativamente interesadas,*

los consumidores, sea instituido como árbitro supremo, para luego dirimir los contenciosos e impugnaciones que enderecen contra proveedores” (c. 38). En igual sentido, más adelante el fallo cuestiona la ausencia de “reglas ecuanímenes de actuación” para el SERNAC (c. 39).

A su modo, el ministro Romero en la prevención agrega una faceta a este estándar. Sostiene que la imparcialidad también se vincula con la independencia con que actúa la repartición pública. Y esta independencia tiene una doble faceta: la interna, es decir, respecto de las distintas reparticiones al interior de la propia administración; y la externa, es decir, respecto del propio gobierno y su vínculo de supervigilancia (c. 20).

Por último, cabe señalar que la propia sentencia reconoce que esta separación no sería exigible en áreas en las que se debe cautelar y asegurar “la regularidad y continuidad de determinados servicios públicos” (c. 34).

iv) Reglas para un actuar imparcial: evitar los sesgos institucionales. La prevención del ministro Romero profundiza en un elemento adicional al momento de abordar la confusión entre la investigación y la sanción: los sesgos con que puede aproximarse el órgano sancionador. Y según expone el ministro, estos sesgos podrían inducir a confirmar las propias creencias ya sea para mostrar que lo que se ha hecho (la investigación) no ha sido en vano y amerita una sanción; o ya sea para mostrar actividad fiscalizadora o sancionatoria (c. 20).

v) Espacios de discrecionalidad acotados. Otro estándar que insinúa el fallo es la amplia discrecionalidad que tendría el SERNAC. Así cuestiona también que el proyecto abra “espacios de amplia discrecionalidad, que amagan predisponerlo (al SERNAC) en contra de los derechos de los proveedores” (c. 39). La sentencia no profundiza en este argumento como para resolver las fronteras de un estándar replicable. Aun así, es conocida la atención que en ciertas sentencias ha prestado el Tribunal a los espacios de discrecionalidad de las agencias al momento de fiscalizar y sancionar.

2.2. Atribuciones jurisdiccionales de órganos administrativos. ¿Cuándo un órgano administrativo es juez?

Otro de los argumentos en torno a los cuales se construye el fallo es el cuestionamiento a las atribuciones jurisdiccionales del SERNAC.

vi) “Ejercer jurisdicción”. La sentencia señala, refiriendo a jurisprudencia anterior, que jurisdicción es “aquella actividad tendiente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas”. Y luego sostiene que el SERNAC no puede actuar como un órgano que ejerce jurisdicción por

lo que declara la inconstitucionalidad de ciertas normas (c. 36). Esta reflexión no termina por iluminar una solución. Son varias las sentencias del Tribunal Constitucional que han aceptado que órganos administrativos solucionen conflictos de relevancia jurídica para partes interesadas, esto es, que ejerzan jurisdicción.

El voto de minoría no lo hace mucho mejor. Para argumentar que el SERNAC no ejerce jurisdicción dice i) que sus decisiones son actos administrativos que no son finales, no constituyen instancia ni producen efecto de cosa juzgada; y ii) que el SERNAC garantiza el interés general y no adjudica derechos (c. 59 y ss.). Ninguno de ellos es un argumento contundente: la decisión del SERNAC sí puede transformarse en un acto final que consolide situaciones jurídicas en caso de no ser objeto de reclamación, de igual forma como la sentencia de un juez de letras puede constituir el término de un proceso judicial y tener efecto cosa juzgada si no se apela a los tribunales superiores. Y que el SERNAC represente el interés general no cambia las cosas; o al menos no pareciera ser ese un punto relevante para definir si se ejerce o no jurisdicción. Creo que lo esencial es preguntarse si adjudica derechos; y el SERNAC lo hace cuando resuelve controversias entre consumidores o proveedores y cuando aplica sanciones que, por definición, afectan derechos. Que al justificar tal adjudicación el SERNAC invoque el interés general no cambia las cosas.

La minoría vuelve sobre el tema al analizar los artículos del proyecto que permitían que el mismo asunto fuera resuelto por el SERNAC o por los juzgados de policía local a elección del consumidor. Pero ahora lo hace sobre la base de una contradicción vital. Los ministros de la minoría reconocen que “*cada uno (tribunales y órgano administrativo) tiene las mismas competencias sobre los mismos asuntos pero las ejercen de modo independiente en plenitud*” (c. 40). Es decir, en un momento reconocen que el ámbito competencial es el mismo y luego sostienen que el SERNAC no ejercería jurisdicción y los tribunales sí lo harían. Eso parece imposible: si son las mismas competencias las que ejercen uno u otro órgano ambas comparten una identidad, que es la jurisdicción. Y ésta no pasa por las características del órgano que la ejerce sino que por las características de aquello que es ejercido; esto es en este caso la adjudicación de derechos.

En otras palabras, ni la generalidad de la sentencia ni los argumentos de la minoría trazan líneas de solución de un tema que, como veremos, todavía requiere de mayor reflexión.

vii) Requisito de imparcialidad. La sentencia sostiene que incluso concediendo que un órgano administrativo pueda ejercer jurisdicción, el SERNAC

que creaba el proyecto de ley sometido a revisión no se trata “de un tercero independiente e imparcial”. Esto dado que, continúa, “nos encontramos frente a un órgano de la Administración que interviene en la relación entre consumidores y proveedores de un servicio representando los intereses de una de las partes”. Todo eso “resta las condiciones indispensables de independencia e imparcialidad con que debe enfrentarse el ejercicio de la jurisdicción” (c. 38).

viii) **¿Progresividad de la tutela judicial efectiva?** La sentencia también declara inconstitucionales algunas normas que traspasan facultades sancionadoras desde los tribunales al SERNAC. La argumentación es, en esta parte, algo más frágil. La inconstitucionalidad se construye sobre una suma de argumentos que pueden resumirse en i) la “pérdida de una garantía judicial para los proveedores”; ii) en una comprobación que las multas no van en beneficio de los consumidores; y iii) en una falta de justificación razonable (c. 41).

De los tres, el mejor encaminado para convertirse en estándar es la “pérdida de garantía judicial”. Los otros dos argumentos no debieran prosperar como criterios de juicio a futuro. Ello pues las multas tienen una naturalización jurídica distinta de las compensaciones y la falta de justificación se parece más a un estándar sujeto a revisión por parte de un tribunal cuando hay un conflicto de derechos y no cuando hay una asignación de atribuciones.

E incluso la “pérdida de garantía judicial” merece una reflexión más profunda. Podría ser considerado, a su modo, un argumento semejante a la proscripción de la regresividad de los derechos, en este caso, la tutela judicial efectiva. No es objeto de esta investigación profundizar en un tema cargado de complejidades. Solo conviene señalar que se requiere de una argumentación mucho más densa para iniciar tal línea jurisprudencial.

2.3. Potestad reguladora.

Un tercer elemento que ilumina el fallo es la ya habitual práctica del legislador de delegar la regulación de ciertas materias en órganos administrativos. En el proyecto de ley del SERNAC eso se traduce en la facultad que se le concede para “dictar normas e instrucciones de carácter general con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores”. Por esta vía, el legislador entrega al órgano administrativo respectivo –normalmente superintendencias pero crecientemente otros servicios públicos– la facultad de dictar reglamentaciones generales y obligatorias sobre áreas de competencia predeterminadas.

El fallo cuestiona la atribución desde dos perspectivas.

ix) Reserva legal. La primera es invocando la reserva legal en materia de derechos fundamentales. Argumenta que el artículo 19 N° 26 encomienda exclusivamente a la ley la regulación de derechos fundamentales desde que este numeral ampara “*la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece*” no afectarán los derechos en su esencia (c. 42).

x) “Amplia e ilimitada formulación” de la delegación. Una segunda perspectiva que utiliza la sentencia para impugnar las atribuciones reguladoras es la “*amplia e ilimitada formulación*” de la norma delegatoria (c. 42). La sentencia no profundiza mayormente en esta perspectiva. Con todo, es de suponer que para la sentencia no fue suficiente que la ley señalara una finalidad asociada al ejercicio de la potestad reguladora (“*lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores*”). No es difícil deducir que tal finalidad no constituye realmente restricción competencial eficaz. Ello pues la mera invocación de derechos por el regulador no constituye un estándar de especificidad y determinación suficientemente denso capaz de generar fronteras precisas⁹.

xi) Falta de resguardos y contrapesos eficaces. El ministro Romero, en su prevención, entrega un foco adicional: analiza los resguardos que contempla el proyecto de ley para el ejercicio de la facultad normativa. Y concluye que no son suficientes. Así dice que la exigencia de informes técnicos no salva la amplitud excesiva de la delegación; y el control jurisdiccional que podría ejercer la Corte de Apelaciones no es suficiente pues ante una delegación tan abierta “*el estándar de revisión de legalidad de la normativa (...) es particularmente débil*” (c. 47 y 48).

Por último, hay un argumento final algo más confuso. Sostiene el fallo que estas instrucciones deben ser impugnadas pues obligan tanto a consumidores como proveedores, así como a los tribunales de justicia al momento de fallar las contiendas jurídicas. Agrega que este tipo de contiendas deben ser resueltas por los jueces “*con sujeción estricta a las leyes y no subordinado a un tal tipo de actos de la Administración*” (c. 42). Pero tal afirmación no profundiza los argumentos dejando abierta la puerta sea para el olvido o para la especulación. En cualquier caso, lo cierto es que en nuestro sistema jurídico, en especial en mercados regulados, las controversias jurídicas se resuelven recurriendo a toda la normativa disponible y no solo a las leyes. En este contexto, las circulares, instrucciones, resoluciones u oficios son fuentes del derecho de rango infralegal, típicamente reguladoras o adjudicadoras de derechos que

⁹ Lo mismo, en la prevención del Ministro Romero, Tribunal Constitucional, Rol 4012-17, sentencia de fecha 18 de Enero de 2018, considerando 37 y 40.

sirven de base para resolver una infinidad de conflictos jurídicos. Por eso es tan necesario poner atención a su elaboración.

2.4. Corolario: 11 estándares con incierto futuro.

Como se ha apreciado, la sentencia y la prevención del ministro Romero proponen 11 estándares que pueden servir de base a futuras decisiones del Tribunal. No todos ellos presentan el mismo grado de profundidad y posiblemente no todos serán aceptados con igual intensidad. Pero al menos fueron utilizados en este fallo y abren espacio a una eventual consolidación.

A continuación analizaremos tres de estos estándares que, a mi juicio, tienen proyección. Luego agregaré uno respecto al cual debe prestarse más atención.

3. Tres estándares con proyección.

A mi juicio, un estándar tiene proyección cuando debiera servir crecientemente de fundamento para verificar la conformidad de ciertos arreglos institucionales con la Constitución. Y esto no solo para los tribunales sino que también para los poderes colegisladores y, en general, a quienes se desenvuelven en la discusión de política pública. La argumentación que sigue busca entonces que en el futuro los estándares que se proponen sirvan de base para el diseño institucional de las agencias y para la decisión de los tribunales. Por eso es que, a continuación, construyo sobre la base de la sentencia del SER-NAC profundizando en los argumentos.

3.1. Contrapesos internos y externos: de la separación de poderes a la huida de la concentración del poder.

La sentencia invoca como un primer estándar la separación de funciones. ¿Es este un estándar útil para el derecho público contemporáneo? La respuesta, como veremos, depende.

a) Separación de poderes vs concentración del poder.

La separación de funciones no es un estándar útil si por ella entendemos la vieja separación que inspiró Montesquieu y que acogió como una “máxima política” el primer constitucionalismo. Es esta vieja separación de poderes que entrelazaba una separación de funciones entre poderes balanceados, donde el legislativo era el que dictaba reglas, el ejecutivo el que tenía a su cargo el gobierno y el judicial el que adjudicaba al resolver conflictos entre partes.

Muy temprano quedó atrás esa vieja separación de poderes. Y muy temprano dejó de ser un estándar replicable incluso en el país que la consagró como principio constitucional fundamental. En efecto, al decir de Kurland, rápidamente los gobiernos en Estados Unidos asumieron que la trilogía característica no era un estándar eficaz para determinar la división de funciones entre las diversas ramas ni una regla para resolver conflictos entre poderes. Por eso, la separación de poderes “fue una construcción sobre la cual la constitución fue encuadrada, no una medida de validez de una determinada acción del gobierno”¹⁰.

El voto de minoría ilumina correctamente este aspecto. Citando a Geoffrey Marshall, Ferrajoli y Loewenstein –todos ellos escépticos de la vieja separación de poderes– la disidencia matiza la separación absoluta y prefiere rescatar los mecanismos de cooperación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo (c. 73 – 81). Esa mirada, con todo, no termina por completarse en ese voto. Porque no basta con detenerse en la cooperación entre entes públicos sino que se requiere analizar cuándo esa cooperación se inserta en un marco institucional adecuado. Y es aquí donde surge la nueva separación de poderes: esa que nos plantea una huida de la concentración del poder mediante la asignación de funciones balanceadas entre órganos que cooperan entre sí.

Este sí es un estándar útil para el derecho contemporáneo que se construye sobre la ya extendida convicción que busca prevenir que una institución estatal acumule excesivo poder político. Por eso, para dispersar el poder, es que se crean instancias con mecanismos de balance tanto intrainstitucionales como extrainstitucionales.

Es al iluminar este aspecto que la sentencia que se analiza acierta y el que la disidencia simplemente no ve. Lo mismo ocurre entre muchos que comentaron el fallo en columnas.

Dicho de otra forma, el SERNAC que entró al TC era un servicio que concentraba excesivas potestades sin contrapesos eficaces. Se trataba de un órgano con amplias atribuciones reguladoras; con potestades fiscalizadoras intensas; con atribuciones jurisdiccionales (mediación, conciliación y otras coercitivas); sin imparcialidad en la persecución y en la sanción; todo esto concentrado en un gobierno corporativo unipersonal sin contrapesos intra-servicio; y con un control judicial distante y generalista.

Este es a mi juicio el principal defecto del proyecto de ley: no es una atribución, sino la suma de todas ellas la que permite concluir que estamos ante un

¹⁰ Kurland, Philip, “The Rise and Fall of the ‘Doctrine’ of Separation of Powers”, en: *Michigan Law Review* 85 (3), p. 602.

órgano que concentra el poder excesivamente, vulnerando con ello la Constitución. Y si bien el fallo no teoriza desde esta perspectiva, sí ilumina un aspecto que merece atención pues está presente en diversos órganos administrativos.

b) Algunos mecanismos para desconcentrar el poder.

Si el estándar que se analiza toma fuerza, será necesario buscar mecanismos para evitar la concentración del poder. Algunos de ellos ya están presentes en nuestra experiencia legislativa reciente; otros requerirán de más tiempo.

Un primer mecanismo en consolidación son los gobiernos corporativos colegiados. Ellos permiten mayor deliberación al interior del servicio, cambios paulatinos y decisiones que tienden a confluir hacia posiciones más moderadas. Asimismo, y es lo que importa a esta reflexión, constituye un buen diseño institucional para encontrar espacios de contrapeso intrainstitución. Este modelo ha seguido recientemente la Comisión de Mercados Financieros, la Agencia para la Calidad de la Educación, el Consejo de Alta Dirección Pública, entre otros.

Un segundo mecanismo de desconcentración intrainstitucional es la existencia de un servicio civil profesional y con la autoridad suficiente para contrapesar la decisión de los directivos de confianza política. Como es claro, esta opción no puede analizarse fuera de un contexto más amplio, como es la discusión sobre el empleo público. Esto desafortunadamente dificulta cualquier avance en esta materia.

Otro mecanismo, esta vez interinstitucional, es lo que Adrian Vermeule ha calificado como “las segundas opiniones”, es decir, “arreglos institucionales que permiten o requieren dos opiniones sucesivas en algún tema sobre hechos, causalidad, política pública o derecho de uno o más órganos de decisión”¹¹. Como puede apreciarse, se trata de un control que recae fuera de la institución pero regularmente dentro de la propia Administración.

Un ejemplo de “segunda opinión” es aquel recientemente derogado por la ley 21.091, sobre Educación Superior. La ley elimina la intervención del Consejo Superior de Educación en la designación del administrador provisional de instituciones de educación superior (art. 119, N° 4, a y d). Hasta antes de esta ley, la designación del administrador provisional exigía una “segunda opinión” que recaía en el Consejo Superior de Educación. En la actualidad, y tras la aprobación de la ley, se elimina cualquier participación del Consejo tanto en la designación como en la remoción y rendición de cuentas del administrador.

¹¹ Vermeule, Adrian, “Second opinions and institutional design”, en *Virginia Law Review*, N° 97, 2011, p. 1448.

Lo interesante de esta modificación es que ella no solo implica que una decisión tan relevante queda concentrada exclusivamente en la Superintendencia de Educación Superior sin que exista ninguna segunda opinión. Tan relevante como eso es que cuando el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento parlamentario que impugnaba la existencia del administrador provisional lo hizo teniendo en consideración que la decisión no recaía, en ese entonces, exclusivamente en el Ministerio de Educación sino que estaba sometida a una “segunda opinión”: la del Consejo Nacional de Educación. De hecho, así lo destacó expresamente cuando anotó que la designación del administrador provisional “no resulta un ejercicio unilateral del Ministerio de Educación sino que es el fruto de una ponderada reflexión, puesto que debe convencer al Consejo Nacional de Educación para su concreción”¹².

Desafortunadamente, la eliminación de esta segunda opinión no fue objeto de debate ni en el trámite legislativo ni en la respectiva sentencia del Tribunal Constitucional¹³. Tal vez con un estándar más robusto para evitar la concentración del poder –como el que he intentado plantear en estas páginas– el resultado sería distinto.

Por último, cabe señalar que mucho de este debate se reconduce a la discusión sobre agencias reguladoras independientes respecto al cual hay bastante literatura en nuestro país¹⁴. Con todo, una agencia independiente puede ser un mecanismo de contrapeso interpoderes; pero no necesariamente presenta mecanismos de contrapeso intrapoderes. Para eso su diseño institucional es fundamental y algunos de los mecanismos acá señalados pueden contribuir a ello.

3.2. Reglas de un actuar imparcial. Hacia una “muralla china” entre el juez y la parte.

La sentencia sostiene que el SERNAC es juez y parte de una misma causa y que, en tal circunstancia, no hay reglas adecuadas para un actuar imparcial. El voto de minoría disiente desde la abstracción y no desde la realidad pues sostiene que no hay tal dicotomía porque el SERNAC no es juez (pues no ejerce

¹² Tribunal Constitucional, Rol 2731-14, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, considerandos 133, 93, 117, 159.

¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional no aborda la eliminación de la intervención del Consejo Nacional de Educación pues, al no ser norma de quórum orgánico constitucional, no fue objeto de control. Tribunal Constitucional, Rol 4317-18, sentencia de fecha 26 de abril de 2018, considerando 4.

¹⁴ Un completo y muy reciente análisis del estado de la cuestión en Vergara, Alejandro, “Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 25, 2018, p. 45-58.

jurisdicción), ni parte (pues representa el interés general). En este acápite analizaré la exigencia de imparcialidad como estándar de constitucionalidad exigible en el procedimiento administrativo sancionador¹⁵. Más adelante abordaré la discusión de si se trata o no de un juez.

a) Hacia un modelo de persecución parcial y de decisión imparcial.

El SERNAC ejerce atribuciones que efectivamente lo constituyen en “parte” no neutral. Fiscaliza y se enfrenta al regulado, levanta pruebas a efectos de contradecir sus dichos y le formula cargos. Luego es también parte en sede jurisdiccional cuando el regulado reclama ante los tribunales de la sanción y el servicio público comparece como parte del litigio en defensa de su decisión. Dicho de otra forma, el SERNAC es parte y se comporta como parte frente a un tercero –los tribunales- que deciden con la neutralidad que nunca tuvo el SERNAC en el procedimiento administrativo.

El voto de minoría, y muchos más con él, niegan el rol de parte de un servicio público y, por lo mismo, no aprecian la necesidad de exigir cierta imparcialidad en el procedimiento administrativo. Para fundar sus reflexiones, la minoría argumenta que la sanción administrativa es un acto administrativo y que el procedimiento tiene ciertas garantías propias del derecho penal, con matices (c. 130).

Esto, a mi juicio, no se discute. Por mucho tiempo se sostuvo que las garantías del derecho penal no aplicaban al derecho administrativo sancionador (ni aún con matices); pero la realidad se impuso y, nuevamente de la mano del Tribunal Constitucional, el procedimiento administrativo tiene hoy un conjunto de garantías que han elevado los estándares de persecución.

El punto de la sentencia es otro y se enfoca en la imparcialidad: ¿es posible un actuar imparcial por parte del órgano público si quien formula los cargos es el mismo que sanciona? ¿Si quien lidera la “persecución” es el mismo que resuelve la sanción?

El voto de minoría cree que la imparcialidad no es exigible; explica que “los órganos de la administración no son neutrales frente al interés público, deben perseguirlo siempre”. Y luego añade un ejemplo: “sería como acusar (...) al Ministerio Público por no ser objetivo en la investigación y persecución de la comisión de delitos” (c. 132).

¹⁵ He abordado este tema con mayor profundidad en Soto, Sebastián, *El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del ‘juez y parte’ en el derecho administrativo sancionador*, Sentencias Destacadas 2016, (Ediciones LyD), 2017. En una posición contraria, Vallejo, Rodrigo y Guilloff Matías, *Ni juez ni parte: la potestad sancionadora de la administración y la metodología del derecho administrativo*. X Jornadas de Derecho Administrativo, (Universidad de los Andes), 2013.

Justamente ese es el punto: como los órganos públicos no son neutrales, no son imparciales, es que se requieren de ciertas reglas institucionales que, reconociendo ese actuar parcial, generen espacios de imparcialidad al momento de resolver el caso concreto. Se debe exigir así una persecución parcial pero una decisión imparcial.

El ejemplo del Ministerio Público, que entrega la minoría, es la mejor forma de reconocer el punto. El Ministerio Público es el órgano persecutor, parcial y no neutral. Ello aunque la búsqueda del interés público sea un elemento definitorio y aunque la propia ley le exija perseguir con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen¹⁶. Lo relevante es que en el ejercicio de sus tareas, en algún momento del iter persecutorio, su acción toma el espacio que procesalmente le cabe a la parte. Y es en ese momento que el marco jurídico lo reconoce como parte y crea reglas y espacios de imparcialidad; por eso es que intervienen tan intensamente los jueces de garantía.

En el derecho administrativo no pasa eso; y mucho menos en el proyecto de ley del SERNAC que revisó el TC. En efecto, incluso concediendo que en la etapa investigativa el servicio puede comportarse neutralmente, ello no ocurre, por definición, al momento de formular cargos y luego sancionar. Cuando se llega a esta instancia, el servicio se comporta como parte pero, para la minoría y para el procedimiento, sigue siendo (aparentemente) neutral. Y eso debe cambiarse pues es de la esencia de todo proceso sancionador la existencia de espacios de imparcialidad.

La Corte Suprema ya ha hecho exigible esta imparcialidad en un marco regulatorio acotado pero no por ello menos relevante¹⁷. Ahora fue el turno del Tribunal Constitucional quien vuelve a dar forma a este estándar a fin de exigir reglas de imparcialidad en el procedimiento administrativo. Con ello, ambos tribunales se inscriben en una tendencia con proyecciones. Pues al final, parafraseando a Barnett, ¿cuánta confianza tendrías en un juez a quien tu oponente contrata, le paga bonos y puede aplicar medidas disciplinarias o removerlo? Si tu respuesta es “no mucho” entonces mejor no interactúes con algunos servicios públicos¹⁸.

¹⁶ Art. 3, LOC Ministerio Público.

¹⁷ Análisis de estas sentencias en Soto, Sebastián, *El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del 'juez y parte' en el derecho administrativo sancionador*, Sentencias Destacadas 2016, (Ediciones LyD), 2017.

¹⁸ Barnett, Kent, “Why bias challenges to administrative adjudication should succeed”, en *Missouri Law Review*, Vol N° 81, 2017, p.1023.

b) Mecanismos para fortalecer la imparcialidad

¿De qué tipo de reglas estamos hablando? Hay algunas muy tímidas y otros modelos hacia los que debiéramos avanzar. A continuación veremos cuatro.

i) Separación de unidades bajo un mismo control. Ciertas leyes exigen que la unidad que formula cargos sea distinta a aquella que aplica la sanción. Es esa una reglamentación legal que se ha incorporado en algunas leyes recientes¹⁹ siguiendo, tal vez, como modelo la Ley de Procedimiento Administrativo Española que exige que “*los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos*” (art. 134.2).

Este avance, con todo, es demasiado tímido porque finalmente ambas unidades dependen de la misma autoridad y están alineadas con la misma estructura de incentivos. Por eso es que, para el caso español, la fórmula consagrada en su Ley de Procedimiento Administrativo es objeto de críticas. Santamaría Pastor señala que “la realidad de esta separación deja bastante que desear” pues los funcionarios a cargo de la instrucción tienen una relación jerárquica con quienes deciden lo que “propicia la intervención de éstas en las labores de instrucción”. Y concluye afirmando que “hay un largo camino que andar aún en la realización de este principio (de imparcialidad)”²⁰.

Se requiere, en cambio, un estándar que exija mucho más: un control neutral y próximo. Porque no basta, como cree la minoría, que al final del procedimiento administrativo, cuando muchas veces se han consolidado situaciones jurídicas o reputacionales, se efectúe un control neutral por la vía de un reclamo judicial. Algo de eso ofrecen las fórmulas siguientes.

ii) Separación de unidades con controles diversos. Una forma más sofisticada es la de la Comisión para el Mercado Financiero. En ella existe una Unidad de Investigación a cargo de un Fiscal y un Consejo que resuelve los procesos sancionatorios. Si bien ambas unidades están incorporadas en el mismo servicio público, la Unidad de Investigación tiene espacios de autonomía superiores al caso anterior pues la remoción del Fiscal está sujeta a ciertas causales. De esta forma, la relación entre la Unidad de Investigación y el Consejo será de mutua coordinación y control, pero no de dependencia.

19 Superintendencia de Medio Ambiente (Art. 7.- Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes); Superintendencia de Educación Escolar (Art. 66 y 72 que regulan las atribuciones del funcionario que formula cargos y de aquel que sanciona).

20 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, (Editorial Iustel), Tomo II, 2004, p. 411.

iii) Jueces administrativos dentro del propio servicio. Un espacio de imparcialidad mucho más adecuado es el que entregan los jueces administrativos al interior de las agencias reguladoras en Estados Unidos.

Estos jueces son empleados de la agencia pero están sometidos a reglas especiales para fortalecer su independencia. Entre otras, reciben el trato de jueces y las controversias se resuelven por la vía de un procedimiento judicial, tienen prohibido comunicaciones con las partes fuera del expediente y ni sus salarios, medidas disciplinarias u otra forma de supervisión recaen en la propia agencia. En definitiva, al decir de Strauss, se encuentran “virtualmente más allá del control de la agencia”²¹. Aunque esta fórmula es muy superior en términos de imparcialidad a la que tenemos en Chile, en Estados Unidos se discute si para sus estándares supera el test de la imparcialidad²². Por eso es que el Congreso en ese país ha creado cortes revisoras ad hoc en ciertas áreas como por ejemplo, la seguridad en el trabajo y en la minería²³.

Lo más parecido en Chile a un modelo como el reseñado es el control inmediato que ejercen los Tribunales Ambientales sobre ciertas decisiones invasivas de la Superintendencia de Medio Ambiente. Se trata de medidas provisionales como la clausura temporal de las instalaciones, la detención del funcionamiento de las instalaciones y la suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental²⁴. En este caso, la decisión de la Superintendencia debe contar necesariamente con el visto bueno previo del tribunal ambiental correspondiente. Esto permite que un tercero imparcial pondere la decisión de la parte fiscalizadora dando garantías de neutralidad al aproximarse al caso. Es cierto que en el resto de las atribuciones sancionadoras la Superintendencia sigue actuando primero como parte y luego como juez; pero que el legislador haya reconocido que en ciertos espacios es imprescindible un control neutral y próximo en el tiempo (ex ante en este caso), permite abrigar esperanzas para seguir extendiendo esos espacios de imparcialidad hasta separar definitivamente a la parte del juez.

²¹ Strauss, Peter, *Administrative Justice in the United States*, (Carolina Academic Press), Third edition, 2016, p.185.

²² Barnett, Kent, “Resolving the ALJ Quandary”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol 66, 2013, p. 797-865 y Bryer, Randall, “The SEC’s potential appointments clause defect and how it could impact the administrative state”, en *Journal of Constitutional Law*, Vol 19 · N°2, 2016, p. 521 – 566. Una reciente sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos aborda el tema en detalle: *Lucia v. SEC* (21 de junio de 2018).

²³ Strauss, Peter, *Administrative Justice in the United States*, (Carolina Academic Press), Third edition, 2016, p.185.

²⁴ Art. 48, Ley 20.417. Superintendencia de Medio Ambiente.

iv) Separación de servicios públicos. Un modelo que también da cuenta de una efectiva imparcialidad es el de la Fiscalía Nacional Económica. De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional la usa como ejemplo de separación entre el rol fiscalizador y el rol sancionador y corrector que recae en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (c. 34).

En definitiva, los mecanismos reseñados en los numerales ii), iii) y iv) son, cada uno a su modo, fórmulas que intentan construir una especie de “muralla china” entre el rol de la parte y del juez. Hacia allá debe llevarnos el estándar.

3.3. Potestad normativa: hacia una mayor especificidad y un mejor procedimiento.

Un tercer estándar con proyecciones es el cuestionamiento de la potestad normativa del SERNAC. Lo interesante, con todo, es dilucidar cuál es el estándar preciso que debe proyectarse.

a. El requisito de especificidad.

De todos los argumentos que utiliza la sentencia el que, a mi juicio, resulta más familiar es la crítica a la “*amplia e ilimitada formulación*” de la norma delegatoria. La doctrina constitucional chilena y la jurisprudencia vienen, desde hace ya tiempo, exigiendo requisitos de especificidad y determinación en la delegación reglamentaria. Es cierto que la especificidad y determinación se exigen regularmente en delegaciones vinculadas con la reglamentación del ejercicio de derechos fundamentales; también es cierto que todavía faltan lineamientos más densos para que el operador jurídico camine por terreno firme. Pero aun así, la precisión de la delegación parece ser un estándar compartido que el proyecto de ley del SERNAC no cumplía.

En efecto, según vimos, la norma cuestionada entregaba al SERNAC la atribución de “*dictar normas e instrucciones de carácter general con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores*”.

Como puede apreciarse la delegación fijaba como límite sustantivo único no un contenido sino un objetivo de clara amplitud (adecuada protección de los derechos de los consumidores). Objetivo, por lo demás, que es autodeclarado y cuya ponderación sería posiblemente sujeta a escaso control. Y si bien más adelante el proyecto disponía que solo podrían regularse ciertas materias en ejercicio de la atribución que se analiza, tal vinculación no tenía por virtud especificar el contenido de la delegación ni señalar espacios determinados dentro de la cual podían dictarse normas generales.

Esto último se aprecia no solo porque el catálogo de disposiciones que podían ser objeto de normas generales era amplio; también porque el contenido de las normas a ser especificadas por la vía de la potestad normativa del SERNAC tiene un contenido completamente abierto²⁵. Por ejemplo, en conformidad al proyecto de ley, el SERNAC hubiera podido dictar normas generales para regular los derechos y deberes del consumidor; las cláusulas de los contratos de adhesión que causen en el consumidor un desequilibrio importante en sus derechos; y otra serie de materias que claramente no son específicas ni mucho menos fijan un marco determinado para el ejercicio de la potestad normativa.

Lo anterior no quiere decir que tales regulaciones sean materia de ley. En esto la sentencia despacha muy rápido un asunto más complejo. Invocando el artículo 19 N° 26 de la Constitución sostiene que la regulación de derechos fundamentales es materia reservada a la ley. Nadie duda aquello pero el asunto requiere de algunas precisiones, como veremos a continuación.

b. El problema de las “normas generales” administrativas.

¿Quién debe regular conductas que, vinculadas de alguna forma con derechos fundamentales, se insertan de lleno en el ejercicio de los mismos en ámbitos regulados? El asunto es menos difícil de responder cuando nos referimos a mercados típicamente regulados donde la cultura jurídica ya carga con décadas de un marco legal débil y un marco reglamentario fuerte. Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación a la que están sujetos los bancos, ciertas compañías que actúan con poder monopólico, etc.

Pero el asunto se torna más complejo cuando nos involucramos en ámbitos regulatorios de “segunda generación”, es decir, en los que crecientemente se ha desplegado una regulación administrativa intensa no en razón de argumentos económicos (monopolios, asimetrías de información, etc.) sino que en razón de consideraciones de política pública. Es el caso, en Chile, de la regulación en el ámbito de la educación, el medio ambiente y, ahora, los consumidores.

Una respuesta rápida sería decir que la regulación de tales materias corresponde al legislador en conformidad a la separación de poderes que inspira al

²⁵ La prevención del Ministro Romero analiza con especial detalle algunos ejemplos para mostrar que lo “que se muestra como una facultad acotada, en realidad es sorprendentemente amplia, que le permitiría al SERNAC regular materias sujetas a reserva legal”. Tribunal Constitucional, Rol 4012-17, sentencia de fecha 18 de Enero de 2018, considerando 41.

constitucionalismo; pero sabemos que eso admite matices, según vimos más arriba. Otra respuesta rápida sería decir que las normas generales las dicta el legislador; pero sabemos que en el Estado regulador las agencias también dictan normas generales con igual fuerza vinculante.

Entonces la respuesta parece acercarse a lo que ya hace décadas advertía Ackerman: “los reguladores hacen la ley, y no nos gustaría que fuera de otra forma”²⁶. O a lo que recientemente sostuvo Vermeule en su libro “*Law’s Abnegation*”: “la ley ha abandonado su autoridad, relegándose a sí misma a los márgenes de los arreglos gubernamentales”²⁷.

Y es que, dicho esto de un modo algo superficial, los legisladores no tienen ni la capacidad técnica, ni el tiempo, ni el interés para discutir y dictar normativas que entran a regular materias especialísimas de un marco normativo complejo. Por eso es que prefieren delegar las potestades para dictar regulaciones en agencias con cierta independencia y conocimiento técnico.

Tal vez llegó la hora de acostumbrarse a la existencia de órganos administrativos con potestades normativas. Lo relevante es intentar construir un estándar constitucional para que esa delegación exija precisión y que existan mecanismos de control y contrapeso eficaces.

Aunque pedir el cumplimiento de ambos estándares no es mucho, para nuestra realidad ya es bastante. Ello pues las potestades normativas que existen hoy en nuestro derecho carecen, como ha destacado Gladys Camacho, de un proceso transparente y previo a la dictación de la norma que permita abrir espacios de participación y deliberación. Asimismo su control y revisión son escasos sea por la deferencia que tradicionalmente muestran los jueces o por la imposibilidad de llevarlos ante un tercero para someterlos a revisión. Por último, la normativa no solo es cuantiosa sino que suele ser de conocimiento muy especializado lo que dificulta un debate con cierta profundidad y que trascienda a la especialidad²⁸.

Por eso es que en el derecho comparado se conocen desde hace décadas diversos procedimientos o fórmulas institucionales para promover una revisión o contrapeso de estas normas generales administrativas, que inevitablemente

26 Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers”, en *Harvard Law Review*, N°113-Vol 3, 2000, p. 696.

27 Vermeule, Adrian, *Law’s abnegation. From Law’s Empire to the Administrative State*, (Harvard University Press), 2016, p. 1.

28 Camacho, Gladys, *La potestad normativa de las superintendencias*. Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, (Lexis Nexis), 2004.

abundan en el Estado moderno. Entre ellos se pueden destacar: i) la regulación de los procesos de consulta pública y la obligación de responder a los planteamientos que se hagan en ellas es un mecanismo de participación que introduce transparencia y control al proceso de dictación de una norma general; ii) los estudios de impacto regulatorio han sido largamente estudiados en el mundo y cobran poco a poco fuerza en nuestro sistema; y iii) la participación institucional de los propios regulados en los procesos normativos permite una regulación negociada que puede ganar en eficacia y legitimidad. Esto último merece especial atención pues supone aceptar que la regulación tiene algo de negociación entre los interesados y el regulador. Es lo que ocurre en Estados Unidos con la “*Negotiated Rulemaking Act*” y en Europa con diversos mecanismos de participación institucional²⁹.

¿Soluciona esto el cuestionamiento constitucional que levanta el fallo? Posiblemente no del todo pero, al menos, sí resuelve uno de los problemas: la ausencia de resguardos y contrapesos. Porque no basta, como se infiere del voto de minoría (c. 127), que el afectado pueda recurrir a tribunales. Sabemos que el control judicial se aproxima a las contiendas de modos diversos lo que hace que no sea siempre una forma de control eficaz³⁰. En cambio, incorporar mecanismos de contrapeso en el proceso de elaboración de la normativa u otros posteriores pero próximos y con capacidad real de contrapesar el contenido técnico de la decisión, pueden ser fórmulas mucho más pertinentes para superar una delegación normativa a órganos administrativos³¹.

Dicho de otra forma, tal vez dejaremos de buscar una frontera invariable entre lo que debe regular la ley y la potestad reglamentaria, cuando la ley haga la delegación de manera precisa y determinada, y a un proceso en que se aprecien contrapesos efectivos. En cada caso, por su contexto y circunstancias, el legislador podrá delegar a la agencia respectiva la regulación de ciertas materias; ello siempre que lo haga con cierta precisión y en un contexto de revisión

29 Rose-Ackerman, Susan et al., *Due Process of Lawmaking. The United States, South Africa, Germany and the European Union* (Cambridge University Press), 2015, en especial p. 222 – 237.

30 Ver Cordero, Luis y Tapia, Javier, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional”, en *Estudios Públicos*, N°139, 2015, p. 7-65.

31 Hay que reconocer que en la tramitación del proyecto de ley del SERNAC se reflexionó en torno a este punto. De hecho, una indicación incorporó un panel de expertos que informaría las regulaciones y, cuando esto no prosperó, se incluyó un procedimiento legal que no existe hoy en la dictación de ninguna norma administrativa general. En ese procedimiento se exigían estudios realizados por expertos, informe favorable de los órganos sectoriales vinculados a la materia regulada y un proceso de consulta pública. Además, tímidamente, exigía que el SERNAC promoviera la “coherencia regulatoria”. Con todo, la amplia e ilimitada delegación obscureció este punto en el análisis del TC.

y control que permitan suponer que esa atribución normativa estará sometida a ciertos límites reales.

c) ¿Y la potestad para interpretar administrativamente las leyes?

Todo lo que se ha dicho se vincula con la potestad para dictar normas de carácter general; no aborda entonces otra materia que, en palabras de Guzmán Brito, es una “voluminosa peculiaridad chilena”: la facultad de interpretar administrativamente las leyes³².

En virtud de esta atribución ciertos órganos públicos pueden fijar por la vía administrativa el alcance y contenido de la ley. Su origen, nos recuerda el mismo autor, nace en nuestro derecho con la Contraloría General de la República en 1928, se extiende luego al Servicio de Impuestos Internos en 1960 y hoy se expande en diversos servicios y ministerios. Hasta la fecha lo normal es que la tengan ciertos servicios públicos especializados tales como las Superintendencias, la Dirección del Trabajo, Aduanas, la División de Desarrollo Urbano del MINVU, la SUBTEL y el Servicio de Evaluación Ambiental. También la tiene el Ministerio del Medio Ambiente pero acotada a “*las normas de calidad ambiental y de emisión, los planes de prevención y, o de descontaminación*”³³.

Pero el hambre por conseguirla no es poco. El SERNAC la obtuvo y el proyecto de ley objeto de la sentencia le entregó a dicho servicio la potestad para interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar. Agrega además que dichas interpretaciones sólo serán obligatorias para los funcionarios del Servicio. Otros proyectos de ley en tramitación buscan entregársela a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, al propio Ministerio de Salud y al ISP³⁴.

Si bien el fallo no aborda esta atribución, vale la pena reflexionar en torno a ella pues es una potestad cuasi-normativa de efectos acotados pero relevantes en cualquier mercado regulado. Ello pues permite que por la vía de circulares, los servicios precisen o amplíen las normas legales con efecto general y vinculante, dentro de un marco legal difuso. Y aunque la ley expresa que dichas interpretaciones solo son obligatorias para los funcionarios del Servicio, en los hechos también lo serán para los regulados que verán como esos funcionarios

³² Guzmán Brito, Alejandro, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, (Thomson Reuters), 2014, p. 2.

³³ Art. 70, letra o), Ley 20.417. Ver Guzmán Brito en Op. Cit. Págs. 53 – 55.

³⁴ Ver proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos. Boletín 9914-11.

que fiscalizan y aplican la ley al caso concreto se ciñen en sus actuaciones a estas interpretaciones administrativas. Por lo tanto, por una especie de transi-tividad, lo que obliga a los funcionarios también termina obligando a quienes esos funcionarios aplican la ley: los regulados.

¿Y los jueces? Es difícil adelantarlo. De la lectura de la ley debe deducirse que no pueden verse vinculados por esas interpretaciones. Aquí es entonces donde aplica ese estándar que utiliza el fallo –y que más arriba descartamos- en virtud del cual el TC advierte que los jueces están llamados a fallar “*con sujeción estricta a las leyes y no subordinado a un tal tipo de actos de la Administración*” (c. 42). Pero la experiencia parece mostrar otra cosa. ¿Son las circulares del Servicio de Impuestos Internos que interpretan administrativamente las leyes una fuente que no vincula a los contribuyentes? ¿Y las de las superintendencias?

No es aquí donde se deben responder esas preguntas. Plantearlas solo busca extender la reflexión en torno al estándar de especificidad y mejor procedimiento que se ha analizado también a aquellas atribuciones cuasi-normativas como es la interpretación administrativa de las leyes. Corresponde regular ambas atribuciones similares, con estándares similares.

3.4. Un estándar por resolver. ¿Cuándo un órgano administrativo es juez?

La sentencia también impugna diversas normas del proyecto de ley por entregar atribuciones jurisdiccionales a un órgano administrativo. Pero, según se ha dicho, ni la sentencia ni el voto de minoría logran proyectar una frontera precisa que permita resolver cuándo un órgano administrativo es juez o, lo que es lo mismo, cuando el ejercicio de una potestad administrativa se asemeja al ejercicio de la jurisdicción.

El margen sobre el que se puede trazar la línea divisoria es amplio y puede apreciarse al leer una reflexión del profesor Soto Kloss comentando el fallo. Señala el autor que la sentencia no “significa un ‘retroceso’ a posturas soto-klossianas –de que ‘sancionar es juzgar’-, no hay tal ni mínimamente, desde que no se niega que un organismo de la Administración del Estado pueda contar con atribuciones administrativas de fiscalización y sanción (...) pero otra cosa muy, pero muy distinta es (...) erigir al SERNAC en juez”³⁵. Y esto

³⁵ Soto Kloss, Eduardo, “Tribunal Constitucional y derechos de los consumidores. Comentario a la sentencia rol N° 4012-2017, del 18 de enero de 2018, sobre el proyecto de ley que modifica ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N°12, 2018, P.210.

último ocurre, a su juicio, porque el proyecto le concedió a decisiones del SERNAC el carácter de cosa juzgada.

¿Cuándo entonces un órgano administrativo es juez? ¿Es el efecto cosa juzgada lo que hace la diferencia? ¿O es la afectación de derechos del regulado asociado a la sanción lo que origina la jurisdicción? ¿Dónde se traza entonces la frontera que distingue entre una decisión que importa ejercicio de jurisdicción y aquella que es ejercicio de una potestad administrativa? Estas respuestas van a permitir perfilar otras tales como ¿cuál es el diseño óptimo de instituciones administrativas con potestades cuasi-jurisdiccionales? ¿Deben asemejarse más a las cortes o a los servicios públicos tradicionales? ¿En qué ámbito regulatorio pueden operar y en cuál no les estaría permitido? Nada de eso se responderá en estas líneas. Pero todo indica que varias son las respuestas necesarias a fin de no volver a transitar por los mismos caminos que nos sugiere el fallo SERNAC.

4. Conclusión.

La sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales diversas normas del proyecto de ley que modifica el marco normativo del Servicio Nacional de Consumidores ha permitido revisitarse algunas asentadas características de nuestro Estado regulador. Para eso, este artículo analiza el fallo y extrae once estándares o argumentaciones que utiliza la sentencia para sostener la inconstitucionalidad. Posiblemente no todos ellos, según se ha explicado, trascenderán a este fallo; pero algunos de ellos sí consiguen iluminar un asunto que requiere atención al momento de diseñar instituciones administrativas sancionadoras y con potestades normativas a fin de liberarnos de una vez de estructuras ochenteras.

Específicamente se ha profundizado en tres estándares que el fallo utiliza. El primero es la necesidad de diseñar instituciones con contrapesos internos y externos capaces de desconcentrar el poder de las agencias reguladoras. El segundo estándar requiere la existencia de reglas para un actuar imparcial y sin sesgos que exige necesariamente terminar con el diseño que reúne en una misma institución la calidad de “juez y parte”. Para ello se reflexiona sobre la necesidad de avanzar hacia diseños administrativos de persecución parcial y decisión imparcial. El tercer estándar en el que se profundiza es en el ejercicio de la potestad normativa de las agencias reguladoras. Esto con el fin de generar espacios de delegación con mayor especificidad y un mejor procedimiento. Finalmente, queda abierta la reflexión sobre un cuarto estándar

que ni la sentencia ni el voto de minoría terminan por construir. Se trata de resolver cuándo un órgano administrativo ejerce jurisdicción y qué alcances tiene determinar aquello.

Estos estándares muestran que la sentencia no termina una discusión ni retrocede en el tiempo. Simplemente ilumina, con más o menos claridad según se ha visto, un tema respecto al cual casi con toda seguridad seguiremos discutiendo a fin de crear de una vez fronteras y argumentaciones precisas que ayuden a crear mecanismos adecuados de persecución y regulación administrativa en el diseño o reforma de futuras agencias reguladoras.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 4012, SOBRE EL SERNAC: UNA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL POR VÍA JURISPRUDENCIAL.

Javier Couso y Javier Leiva¹

I.

Es posible que, desde el punto de vista de su trascendencia, la sentencia Rol N° 4012 del Tribunal Constitucional (de control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores), represente una de las más significativas de los últimos tiempos. En efecto, en este fallo, dictado en sede de control preventivo obligatorio de constitucionalidad (artículo 93 N° 1 de la Constitución), el TC expandió sus facultades, al punto de permitir que, a propósito del control de normas orgánicas-constitucionales, efectúe un control de fondo de proyectos totalmente tramitados por el Congreso, y que no han sido objeto de requerimientos de inconstitucionalidad. De esta forma, el Tribunal Constitucional generó una verdadera mutación constitucional, agudizando de paso la controversia respecto de las funciones que dicho órgano juega en el sistema constitucional chileno.

El fallo en cuestión fue dictado a propósito del control preventivo de un proyecto de ley que fortalecía al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), órgano administrativo encargado de tutelar el correcto funcionamiento de las relaciones entre proveedores de bienes y servicios y los consumidores, iniciativa que llevaba años en discusión parlamentaria, y cuya aprobación por el Congreso Nacional fue generalmente considerada como un importante paso en aras de una mejor protección del consumidor (a excepción de los gremios empresariales).

¹ Javier Couso es profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y de la Facultad de Derecho, Economía y Gobierno de la Universidad de Utrecht (Holanda). Javier Leiva es egresado de la Licenciatura en Derecho y del Magister en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

II.

Desde la dictación de la Ley N° 19.946 (en el año 1997), no existieron modificaciones significativas introducidas al Servicio Nacional del Consumidor. Dicho esto, a partir de algunas sentencias de juzgados de policía local (que fueron luego confirmadas por los tribunales superiores de justicia), se generaron algunas innovaciones, como la expansión de la noción de ‘consumidores’, o la ampliación de los sujetos activos y pasivos de la relación de consumo.² Sin perjuicio de las innovaciones anotadas, no existieron iniciativas legislativas que fortalecieran el rol de este órgano administrativo que sólo tenía la facultad de recibir denuncias y someter a las partes involucradas a un proceso de mediación voluntaria.

El déficit institucional del SERNAC fue eventualmente objeto de un intenso debate en la opinión pública, lo que redundó en una promesa de campaña de Michelle Bachelet,³ quien planteó la necesidad de enviar un proyecto de ley que dotara al mencionado órgano de “*atribuciones reales y efectivas para defender los derechos de los consumidores. Dotaremos al SERNAC de facultades para fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas, proveyendo de criterios claros de cumplimiento legal con efecto general*”.⁴

En cumplimiento de esta promesa de campaña, al poco tiempo de asumir su mandato la Presidenta Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley que efectivamente entregaba mayores facultades al SERNAC. El mensaje presidencial que acompañó la presentación del proyecto⁵ se hizo eco de las críticas de la ciudadanía en relación a que el principal órgano protector de los derechos de los consumidores representaba una suerte de “león sin dientes”, deficiencia que el proyecto de ley presentado buscó remediar mediante el establecimiento de importantes facultades normativas, fiscalizadoras y sancionatorias, así como la autorización al SERNAC de hacerse parte en procesos judiciales colectivos.

2 Véase por ejemplo: en relación a derechos colectivos SCA de Santiago Rol Ingreso Corte 5104-2005, en relación a limitación de responsabilidad en cláusulas abusivas SCA de Santiago Rol Ingreso Corte 2496-2010, en relación a publicidad engañosa SCA de Santiago Rol Ingreso Corte 233-2012.

3 Disponible en http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb_1.pdf

4 *Ibíd.* p.60.

5 Boletín 9369 de la Cámara de Diputados.

III.

Como era previsible, en el proceso de discusión parlamentaria del proyecto (y, en particular, en la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del Senado), diversos gremios empresariales hicieron notar críticas frente a las propuestas de reforzamiento de facultades del SERNAC (con la Cámara Nacional del Comercio liderando la oposición al proyecto). Por otra parte, la defensa del mismo fue liderada por la Conadecus, entidad de defensa de los derechos de los consumidores.

Un aspecto relevante del debate legislativo fue la presentación de algunas reservas de constitucionalidad promovidas por el senador Hernán Larraín, siendo la más importante aquella relativa a la posibilidad de que el proyecto de ley dotara de potestades normativas al SERNAC,⁶ a propósito de lo cual el senador invocó antiguas argumentaciones de autores como Eduardo Soto Kloss, respecto a la supuesta inconstitucionalidad de permitir que normas infra-legales desarrollen regulaciones sectoriales.

Lo llamativo, sin embargo, es que ni el senador Larraín, ni ningún otro parlamentario que se oponía al proyecto, realizaron más tarde requerimientos de inconstitucionalidad del proyecto (en uso de las atribuciones que les confería el artículo 93 N° 3 de la Constitución Política de la República),⁷ dejando que éste avanzara en su tramitación legislativa. Así las cosas, y de acuerdo de lo preceptuado por la Constitución, la cámara de origen –de Diputados, en este caso– remitió los antecedentes del proyecto totalmente tramitado al TC, con el objeto de que éste ejerciera un control obligatorio de constitucionalidad en aquellas modificaciones legales que tenían (o que pudieran tener, según demostraremos más adelante), el carácter de leyes orgánicas constitucionales, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 93 N° 1 de la carta fundamental.⁸

Una vez recepcionado el proyecto por el Tribunal Constitucional, se produjo la primera anomalía en relación a este caso. Nos referimos a la aceptación

6 Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del Senado sobre boletín 9369-02, página 222 y siguientes.

7 El Artículo 91 N° 3 de la Constitución señala: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3°.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;*”. Más adelante, el artículo 93 señala que: “*En el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.*”

8 Artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

por parte del TC de la entrega desformalizada de un documento por parte de la Cámara de Comercio de Santiago, en el cual se impugnaba la constitucionalidad de buena parte del fondo del proyecto, y en que se solicitaba al TC que, a propósito del control preventivo obligatorio de normas orgánicas-constitucionales, declarara la inconstitucionalidad de otras normas del proyecto. Así, en lugar de tener por no presentado esta suerte de “*téngase presente*”⁹ desformalizado, el TC aceptó incluir el documento de la Cámara de Comercio de Santiago al expediente abierto a propósito del trámite de control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

Agravando una situación de por sí irregular, el Tribunal no dio traslado del mismo ni al Congreso Nacional ni al Ejecutivo, de manera que el documento de la Cámara de Comercio de Santiago impugnando la constitucionalidad del fondo del proyecto no pudo ser objeto de una réplica por parte de los órganos que lo habían aprobado, lo cual representó una seria vulneración del principio de la bilateralidad de la audiencia, en una materia de la mayor importancia pública.

Mientras el país se encontraba en pleno desarrollo de elecciones presidenciales y legislativas, el TC se tomó cerca de tres meses y medio para ejercer el control preventivo obligatorio de las normas orgánicas-constitucionales del proyecto de fortalecimiento del SERNAC, dictando su sentencia de 18 de enero de 2018.

Para sorpresa generalizada, tanto de juristas, parlamentarios y de las asociaciones de consumidores, el fallo del TC fue mucho más allá de una revisión de la constitucionalidad de las normas orgánicas constitucionales que contenía el proyecto, declarando inconstitucionales buena parte de las nuevas facultades del SERNAC, lo que desnaturalizó un proyecto totalmente tramitado en una oportunidad procesal no destinada a analizar la constitucionalidad del fondo del proyecto.

Entre las modificaciones más relevantes al proyecto que el fallo del TC introdujo destacan:

- La supresión de la potestad sancionatoria contemplada en los artículos 50-F al 50-P del proyecto de ley aprobado, y de las sanciones respecto a la infracción de normativa general contenida en el nuevo artículo 58, letras b) y c);

⁹ Este escrito tiene la finalidad en la tramitación judicial, de poner en conocimiento del juez, cualquier antecedente que resulte relevante (e incluso decisivo), dentro de un proceso seguido ante tribunales de justicia.

- La supresión de las nuevas potestades normativas que el proyecto entregaba al SERNAC: Reemplazando el artículo 58, letra e) del proyecto, donde se facultaba al último para dictar normativas de carácter general;

- La supresión de la potestad de resolución de conflictos contenida en los artículos 50 G y 50 N del proyecto.

IV.

Más allá de la controversia pública generada por el hecho de que el fallo del TC dismantelara buena parte de un proyecto que fortalecía al SERNAC, el hecho de que esto hubiera ocurrido cuando el proyecto se encontraba totalmente tramitado, y sin que hubiera sido objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad por parte de los parlamentarios que se oponían a él, sino que a propósito de un control automático de normas orgánicas-constitucionales, desató una fuerte polémica no sólo en la comunidad jurídica chilena, sino que al interior del propio Congreso Nacional, que advirtió que este fallo del TC representaba una seria amenaza a su rol de co-legislador.

Adicionalmente, el aprovechamiento de un control constitucional concebido como no contencioso (el del artículo 93 N° 1) por parte de entidades no legitimadas constitucionalmente para activar un control preventivo de constitucionalidad (como la Cámara de Comercio de Santiago), fue especialmente criticado.

Finalmente, el hecho que, luego de aceptar un escrito por parte de la Cámara de Comercio abogando por la declaración de inconstitucionalidad de buena parte del fondo del proyecto, el TC no hubiera dado traslado del mismo a los órganos que habían elaborado tal proyecto (el Presidente de la República y el Congreso), con el objeto que tuvieran la oportunidad de responder a las objeciones de constitucionalidad planteadas, fue considerado como especialmente ominoso.

Producto de lo anterior, a la hora undécima, en una sede de control constitucional no idónea, y sin la más mínima bilateralidad de la audiencia, el TC hizo suyos buena parte de los argumentos planteados por un actor gremial no legitimado para plantear la inconstitucionalidad preventiva de un proyecto de ley, y procedió a cercenar un proyecto de ley de gran relevancia pública.

Una forma de entender el comportamiento de la corte constitucional chilena en este caso es lo que Jellinek denomina '*mutación constitucional*'. De acuerdo a García y Contreras, la mutación constitucional es un

“(...) Proceso no reglado o informal de cambio constitucional, para adaptarse a la realidad de hechos que se orientan en un sentido diferente al de la regla escrita, sin alterarla en su tenor literal. (...) La mutación constitucional adopta formas de usos, prácticas o costumbres que reinterpretan reglas o resuelven lagunas jurídicas. Sus formas adaptativas más usuales son las costumbres constitucionales, el desuso institucional o normativo y las prácticas frente a vacíos u omisiones.”¹⁰

Luego –citando a Da Silva–, García y Contreras agregan que

“(...) Frente a esta concepción clásica, se ha planteado una idea amplia de mutación constitucional, habida cuenta de la potencial quiebra de las reglas formales de la Constitución, pero, en particular, de la organización racional del poder, de los equilibrios que ésta configura, del respeto de los límites de los derechos fundamentales y de la soberanía popular. Por ende, una idea de mutación constitucional restringida es aquella cuya regla adaptativa se realiza desde el derecho constitucional, respetando el texto vigente y profundizando y concretizando sus contenidos, más que oponerse a los mismos. Dentro de las formas de cambio se sostiene que más que lagunas y costumbres, puede haber precedentes políticos que generan con posterioridad una convención constitucional formal (Da Silva, 1999) (...)”¹¹

Así, parafraseando a Jellinek, García y Contreras, y Da Silva, nos parece que mediante la sentencia Rol N° 4012, el TC contribuyó a generar una mutación constitucional que tiene una doble faz. Por un lado, respecto a la incorporación por parte del TC (no admitida, pero sí indirecta) de contenidos normativos a un proyecto ya aprobado a petición de una parte interesada (la Cámara Nacional de Comercio), dentro de un contexto eminentemente no adversarial. Y, por otro lado, respecto al súbito aumento del contenido normativo calificado como propio de ley orgánica constitucional y, por ende, sometido a mayores análisis que lo esperado por el órgano legislativo al enviar el proyecto a la corte constitucional.

¹⁰ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, Diccionario Constitucional Chileno, p. 664, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°55, 2014.

¹¹ Ibid.

V.

En este punto, es bueno recordar que, dado que no existe una definición constitucional ni legislativa respecto de qué materias deben ser calificadas como 'orgánicas constitucionales', este vacío ha sido llenado tanto por la doctrina¹² como por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. En relación a la última, destaca el voto particular del Ministro Mario Fernández, citado por Arellano,¹³ quien, con ocasión del control preventivo de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, expresó:

“La atribución que la Constitución le entrega al Tribunal Constitucional en el número 1° de su artículo 93, le confiere la facultad de ejercer control preventivo sobre ‘las leyes orgánicas constitucionales’, sin restringirse a las normas que la Cámara de origen envíe como propias de leyes orgánicas constitucionales. Tal calificación le corresponde al Tribunal.(...)” El juez constitucional parte de un análisis sistemático de los artículos 63, 82 N°1 y 93 N°1, sosteniendo que “las normas transcritas dejan en evidencia la diferencia entre el control de las leyes orgánicas constitucionales y el de las normas de los tratados que tengan tal carácter. Y tal diferencia contiene la fórmula para determinar quién califica el carácter d una y de otras. Así, mientras las normas de los tratados que son propias de leyes orgánicas constitucionales son identificadas por la Cámara de origen antes de su envío, es el Tribunal Constitucional quien dirime cuáles del articulado de una ley orgánica constitucional son preceptos que poseen tal naturaleza. (...)”.

Otro fallo en que la naturaleza y alcance de las normas 'orgánicas-constitucionales' fue tratada por el TC es la sentencia Rol N° 2781 (de 2015) que, en lo pertinente, señala:

¹² Humberto Nogueira, explica el que “en materia de control de constitucionalidad de los preceptos legales en un proyecto que tiene carácter mixto, por tener normas que son materia de ley orgánica constitucional y otras no, el Tribunal ha seguido, sistemáticamente, la posición de controlar únicamente la constitucionalidad de las normas de los proyectos que son propios de ley orgánica constitucional” (Fallos “Protesto de letras” del 26 de noviembre de 1981; “Distribución de Exhortos” del 22 de diciembre de 1981; y, “Viviendas Económicas” del 19 de junio de 1982). En Nogueira Humberto, *Dogmática Constitucional*, Editorial Universidad de Talca 1997, p. 45.

¹³ ARELLANO, Pilar, *Historia Fidedigna de la Nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile*, pp. 244-245, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°50, 2012.

“(…) Que, antes de entrar al fondo del examen del proyecto, es necesario dejar establecidos ciertos criterios interpretativos que guiarán dicho análisis. Desde luego, que las leyes orgánicas constitucionales son excepcionales, porque la regla general es la ley común (STC Rol N° 160). Por lo mismo, por una parte, deben interpretarse restrictivamente (STC Rol N° 160), sin que puedan interpretarse más allá de lo necesario y permitido (STC roles N°s 293 y 304); por la otra, sólo deben regular lo esencial, ciertas instituciones básicas (STC roles N°s 160 y 255). (...)”.

Como puede apreciarse en este pasaje –y a diferencia del fallo objeto de este comentario– nuestra corte constitucional había sido extremadamente cuidadosa al efectuar el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales, entendiéndolo como algo sencillo y bastante automático en cuanto al tipo de fiscalización que se ejercía mediante esta potestad constitucional. Esto, en línea con lo señalado hace décadas sobre este punto por Salvador Mohor y Paulino Varas, quienes criticaron la extensión de la catalogación de leyes orgánicas constitucionales a elementos que denominaron como “*complementarios indispensables*” (de acuerdo a lo sostenido por la STC Rol 4-1981), denunciando que esto llevaba a un “*subjetivismo o relativismo normativo que dificultará enormemente la delimitación racional del ámbito competencial de la ley orgánica constitucional*”.¹⁴

Lo denunciado por Mohor y Varas es lo que ha ocurrido con el fallo Rol N° 4012, en que la mayoría del Tribunal Constitucional usó el control preventivo obligatorio de constitucionalidad para entrar a conocer el mérito de enunciados normativos, lo cual dista mucho –según el voto disidente, en su numeral 3–, de la doctrina asentada en TC del ‘*complemento indispensable*’. Esto fue advertido en el voto de disidencia de Carmona, García y Pozo, quienes también argumentaron que el fallo Rol N° 4012 prácticamente duplica las normas orgánicas constitucionales sometidas a un análisis de constitucionalidad.¹⁵

Adicionalmente, el ministro Nelson Pozo (en la página 111 del fallo), hizo

¹⁴ Salvador Mohor y Paulino Varas, “En torno a la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen X, 1986, pp. 258-261.

¹⁵ En los considerandos 11 y 12 de la disidencia se advierte que las normas del proyecto de ley aprobado que el congreso nacional consideró como propias de Ley Orgánica Constitucional fue un 19% del total, mientras que en la opinión del voto de mayoría, estas aumentaron a un 42%.

un alcance respecto a lo ilógico que resulta el hecho de que existan artículos declarados inconstitucionales en la parte considerativa del fallo, pero no en la resolutive, lo cual genera reales dudas sobre la calidad del análisis de fondo en el voto mayoritario de los ministros, y de lo cual no se conocía precedente alguno.

Por las consideraciones expuestas más arriba, el voto de mayoría del fallo en comento nos parece derechamente contradictorio con el marco constitucional chileno. Adicionalmente, deja varias preguntas sin respuesta: ¿Habría sido inconstitucional el proyecto de fortalecimiento del SERNAC si se hubiese ocupado la doctrina del *complemento indispensable*? ¿Por qué se prefirió una metodología más genérica y poco justificada para entrar a conocer prácticamente todo el proyecto? Estas son sólo algunas de las preguntas que quedan planteadas ante el fallo analizado.

VI.

A modo de conclusión de este breve comentario a un fallo que, por supuesto, merece seguir siendo objeto de análisis más detallados, cabe subrayar la gravedad de la actuación del Tribunal Constitucional. El activismo judicial en que incurrió la sentencia Rol N° 4012 supuso no solo la eliminación de buena parte de las normas que fortalecían las facultades del SERNAC para proteger a los consumidores, sino que –lo que es más grave– implicó una seria distorsión del sistema de control de constitucionalidad de las leyes chilenas, consistente en la expansión de los poderes preventivos de control de constitucionalidad de los proyectos de ley del TC. En efecto, el grado de activismo judicial del fallo que comentamos fue tal, que en el voto de minoría del ministro Romero, así como en el voto disidente de los ministros García, Carmona y Pozo, se advierte un fuerte rechazo al accionar de la mayoría. Especialmente en los planteamientos de estos últimos tres jueces, que criticaron de manera directa al voto de mayoría, señalando que en el fallo se establece lo que ellos denominan “*un súper control de constitucionalidad*”.¹⁶

La verdadera mutación constitucional introducida por el Tribunal Constitucional no sólo es reprochable porque no es propio de una democracia

¹⁶ Así lo señala el numeral 6° de la disidencia: “(...) *Que, en este sentido, no hay una vía preferente que resuma la tarea de la otra. No hay un supercontrol. Solo controles de constitucionalidad distintos. Por tanto, irrogarle superpoderes al control preventivo obligatorio es sobre exigir la Constitución en aspectos que no son pacíficos. Y si es que una mayoría Constitucional es la que se otorga esta condición da una señal para que se proceda de la misma manera en contra de toda la institucionalidad. (...)*”

constitucional que un órgano encargado de velar por el respeto a la Constitución altere la misma mediante sus fallos, con el objeto de aumentar sus facultades de control, sino que además pone en riesgo la legitimidad de un órgano que ya enfrentaba problemas en ese aspecto. En efecto, luego del fallo Rol N° 4012 la acusación que venía haciéndose por parte de juristas y parlamentarios en el sentido de que el Tribunal Constitucional chileno se había convertido en una ‘tercera cámara’ legislativa de carácter no electo, es ahora más plausible.

COMENTARIO RELATIVO A LA SENTENCIA DEL TC SOBRE LA LEY QUE DESPENALIZA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE) EN TRES CAUSALES.

Yanira Zúñiga Añazco¹

Introducción

El 28 de agosto del año 2017, el Tribunal Constitucional resolvió dos requerimientos de inconstitucionalidad, planteados por un grupo de senadores y por un grupo de diputados, respectivamente, mediante la dictación de la sentencia Rol N° 3729(3751)-17. Dicha sentencia declaró constitucional la mayor parte de la regulación contenida en el proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11), con la excepción de algunas disposiciones referidas al régimen de la objeción de conciencia.

La sentencia Rol N° 3729(3751)-17 (en adelante, STC sobre IVE en tres causales) ofrece cuestiones de interés jurídico, de muy distinto orden disciplinar. Algunas de estas cuestiones reenvían a discusiones de relevancia para el derecho constitucional, como la mejor manera de articular los vínculos entre el principio democrático, la supremacía constitucional y la garantía de las normas *iusfundamentales*; la naturaleza, orientación y alcance de la protección constitucional de la vida prenatal; y el estatuto de protección de los derechos de las mujeres. Otras cuestiones exceden el ámbito estricto del derecho constitucional. Entre estas, pueden mencionarse las relativas al precedente jurisprudencial y sus efectos en los sistemas jurídicos, las convergencias y tensiones entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad²; a quién le corresponde desarrollar la política criminal y cuáles son sus límites.

¹ Doctora en Derecho. Profesora Asociada del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.

² El TC dedica un apartado especial (IV) a *las argumentaciones finales de las partes en torno a la incidencia del derecho internacional en las controversias constitucionales de autos*, en particular, respecto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* (2012). Sin embargo, no aborda de manera explícita esta cuestión.

Aquí quiero concentrarme solamente en algunas de esas cuestiones. A saber, (a) el estatuto constitucional del *no nato*, (b) los derechos constitucionales de las mujeres y, en especial, sus derechos sexuales y reproductivos; y (c) el tratamiento jurídico-constitucional de la objeción de conciencia.

A los efectos, procederé de la siguiente manera: en primer lugar (I) identificaré las normas impugnada, presentaré los argumentos sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y la manera en las que estos fueron sistematizados por el voto de mayoría respectivo. No me haré cargo, entonces, de los votos disidentes. En segundo lugar (II), examinaré críticamente el abordaje que hace el TC de cada de las cuestiones previamente indicadas como foco de interés (aspectos a, b y c referidos en el párrafo anterior). En tercer lugar (III) expondré las conclusiones de este trabajo.

Las normas impugnadas y los argumentos presentados por los requerentes e intervinientes

Los dos requerimientos presentados ante el TC solicitaban se declarase inconstitucional el texto íntegro del proyecto de ley impugnado. A efectos del análisis, conviene resumir el contenido de estas disposiciones.

El artículo 1º, numeral 1º, del mencionado proyecto de ley, reemplazaba la redacción prohibitiva del art. 119 del Código Sanitario, vigente desde 1989³, a objeto de establecer tres causales legales de interrupción voluntaria de embarazo (IVE). Estas son: riesgo vital para la gestante; que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal; y embarazo resultado de una violación. Esta última causal es la única que contempla un plazo para la realización de la IVE: no más de doce semanas de gestación o catorce semanas si la gestante es menor de 14 años. Además de las referidas causales, el numeral impugnado regulaba el consentimiento para la IVE– exigiendo que se manifestase en forma expresa, previa y por escrito– y contemplaba reglas especiales para prestar dicho consentimiento respecto de personas en situación de discapacidad y de menores de edad. Adicionalmente, contemplaba obligaciones de proporcionar información veraz e íntegra a las gestantes sobre las características y alternativas de la IVE– incluyendo programas de

³ La ley N° 18.826 modificó el Artículo 119 del Código Sanitario de 1931, que permitía la intervención del embarazo por razones terapéutica y lo modificó por el siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

apoyo social, económico y alternativas de adopción– y prohibía que tal información sea destinada a influir en la voluntad de la mujer. Finalmente, ahí también se regulaba el suministro y las condiciones de los programas de acompañamiento.

El art. 1 numeral 2 del proyecto de ley, a su turno, establecía el procedimiento médico asociado a cada una de las causales de IVE, establecía obligaciones de denuncia y de comunicación al Ministerio Público, respecto de la tercera causal, exigía el resguardo del deber de confidencialidad médica y regulaba la comparecencia de la víctima en el procedimiento penal a que diere lugar el reporte de violación.

El art. 1 numeral 3 del proyecto de ley, por otro lado, regulaba la objeción de conciencia. Según el texto de la disposición impugnada, la objeción de conciencia solo podía ser invocada por el personal de salud que ejerciera funciones dentro del pabellón quirúrgico donde se realizara la IVE, y tenía carácter personalísimo, no pudiendo ser invocada por institucionales. Dicha norma contemplaba, además, obligaciones de reasignación de personal para los establecimientos de salud en caso de que se invocara objeción de conciencia, preveía la dictación de protocolos posteriores para armonizar el ejercicio de aquella con los derechos de las pacientes; y establecía limitaciones a la objeción de conciencia en caso de riesgo vital de la gestante y vencimiento inminente del plazo para practicar la IVE respecto de la tercera causal.

El art. 1 N° 4 introducía al Código Sanitario el artículo 119 *quáter*, el cual contemplaba una prohibición de publicidad para los servicios, medios, prestaciones técnicas o procedimientos relativos a la práctica de la IVE.

El art. 2° del proyecto de ley reemplazaba el art. 344 del Código Penal a efectos de sustraer las IVE practicadas de conformidad al proyecto de reproche penal.

El artículo 3° del proyecto de ley impugnado, a su turno, introducía modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451, y limitaba los usos de los órganos, tejidos y fluidos humanos provenientes de una IVE.

Finalmente, el artículo transitorio del proyecto de ley impugnado establecía las reglas de vigencia de las prestaciones reguladas en su texto, así como las normas relativas a su financiamiento.

La línea argumental central de ambos requerimientos presentados ante el TC es básicamente la misma. Esta puede resumirse de la siguiente manera: la introducción de tres causales de despenalización de la IVE y el establecimiento correlativo de prestaciones sanitarias, pugna con el mandato de protección

constitucional de la vida del que está por nacer, establecido en el art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Este mandato impide cualquier tipo de regulación que tienda a desproteger al embrión o al feto, por la vía de levantar la tipificación o la sanción penal. Las demás disposiciones del proyecto de ley (v.gr. reglas especiales de consentimiento, obligaciones de información y acompañamiento, normas sobre denuncia, comunicación y comparecencia en juicios penales; y disposiciones relativas a la objeción de conciencia), son accesorias al régimen de permisos, su razón de ser descansa en la regulación de las tres causales principales, de suerte que son inconstitucionales por extensión.

Este argumento central puede descomponerse en otros tantos argumentos dependientes, que aparecen, más o menos desarrollados, en los dos requerimientos, y que se orbitan en torno a la protección de la vida prenatal, las exigencias de la igualdad y la debida regulación de la objeción de conciencia.

A propósito de la protección de la vida, en los dos requerimientos presentados se sostiene que: i) el proyecto no despenaliza; más bien, legaliza y legitima, al crear un derecho para las mujeres y unas obligaciones correlativas a este derecho; ii) el proyecto consagra la posibilidad deliberada, autónoma y directa de terminar con una vida humana inocente, lo que no estaría permitido por la Constitución; iii) el único caso de IVE justificado constitucionalmente –muerte no deliberada del feto en caso de riesgo vital de la madre– estaría resuelto conforme la /ex artis vigente; por tanto, iv) no sería necesario una regulación distinta a la preexistente. Las causales segunda y tercera del proyecto (malformación fetal de carácter letal y violación) no se encuadran en la Constitución porque vi) ambas son difíciles de diagnosticar/acreditar y vii) provocan un trauma psicológico sobre las gestantes y viii) la IVE en caso de violación involucra un feto y una gestante sanos.

En relación con la igualdad, se sostiene –particularmente en el requerimiento presentado por un grupo de diputados– que ix) el establecimiento de las tres causales genera una distinción odiosa entre categorías de fetos; x) el legislador no está habilitado para introducir categorías distintas de protección en función de la viabilidad o integridad física y psíquica de la vida prenatal. Se agrega que xi) la distinción de edades a efectos del consentimiento de la gestante no está justificada, xii) la incorporación de una autorización sustitutiva del consentimiento parental, en caso de menores de 14 años, es contraria al régimen general de cuidado personal, que exige concurso de voluntades de ambos representantes legales de la menor. Por último, xiii) el régimen de acompañamiento, concebido como no obligatorio y no disuasivo, desprotege

la vida prenatal al generar una distinción no justificada (solo protege cuando se decide continuar el embarazo y no lo hace cuando se opta por la IVE).

En lo referido a la objeción de conciencia ambos requerimientos postulan que xiv) el alcance de la objeción de conciencia –restringida en el proyecto de ley solamente al personal de salud que interviene en pabellón–, sus limitaciones –improcedente en caso de riesgo vital o inminencia del vencimiento del plazo de la IVE respecto de tercera causal–, así como su diseño –solo susceptible de ser formulada por personas naturales– son contrarios a la Constitución. Arguyen que xv) la conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano, y como tal no es regulable por el derecho, al que solo le corresponde protegerlo y asegurar su libre ejercicio. En consecuencia, la regulación limitativa del proyecto xvi) transgrede el art. 19 N° 26 de la Constitución.

En el traslado que le fuera conferido al gobierno para contestar las impugnaciones contenidas en los requerimientos, la presidenta Michelle Bachelet invocó otros tantos argumentos para sostener la constitucionalidad del proyecto de despenalización de la IVE en tres causales, impulsado por su gobierno. Entre otros, aludió a la legitimación democrática del proceso legislativo y justificó el predominio de la deferencia al legislador como forma de resolver conflictos constitucionales. Invocó el carácter excepcional del régimen de permisos en relación con un modelo de aborto a plazo y puso de relieve la justificación racional de cada una de las causales. Aludió al impacto negativo de la prohibición absoluta de la IVE en la garantía de los derechos de las mujeres gestantes e hizo presente la amplia consagración en el derecho comparado de las tres causales contempladas en el proyecto. Argumentó que el proyecto concilia la tutela de la vida prenatal con el respeto de la autonomía reproductiva de las gestantes en casos trágicos, adoptando así un modelo de neutralidad estatal. Advirtió que la objeción de conciencia es una institución de carácter excepcional y que, como tal, debe conciliarse con la garantía de los derechos de las pacientes, a través de un adecuado régimen de límites.

Todos estos argumentos fueron sistematizados por el TC en cuatro conflictos constitucionales, que pueden plantearse como cuatro preguntas de relevancia constitucional. Primer conflicto: ¿el legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho? Segundo conflicto: ¿el proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley. Tercer conflicto: ¿el articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el

derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos? Cuarto conflicto: ¿el proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios? ¿Unido a ello, controvertiría el principio de servicialidad del Estado?

Estas preguntas son organizadas en la sentencia en dos capítulos. El primero aborda el examen de las tres causales y su régimen accesorio. El segundo capítulo se refiere, a su turno, a la regulación de la objeción de conciencia.

Como veremos, el TC rechazó todas las impugnaciones referidas al primer capítulo, en cambio, acogió algunas de los reproches de constitucionalidad formulados respecto del régimen de la objeción de conciencia. En particular, acogió las impugnaciones referidas al artículo 1 numeral 3 del proyecto de ley, en lo referido a la restricción de la objeción de conciencia al personal profesional, a su carácter exclusivamente personal y a la imposibilidad de formularla ante el vencimiento inminente del plazo establecido para tercera causal.

El estatuto constitucional del nasciturus en la sentencia de IVE en tres causales

En el incipiente debate jurídico-político que ha desencadenado ese fallo el aspecto que, sin lugar a dudas, se ha robado toda la atención, es el cambio de posición argumental que el voto de mayoría de la sentencia de IVE en tres causales adoptó respecto de la cuestión del estatuto constitucional del no nacido, en relación con lo aseverado, por el mismo TC, en su jurisprudencia previa.

En el célebre *fallo de píldora del día después* (STC 740-2007), el TC entrelazó *tres tesis* para justificar su decisión de declarar inconstitucional una parte de la política nacional de fertilidad, consistente en la entrega, a niñas y adolescentes, de fármacos de anticoncepción de emergencia por parte de la red pública de salud. Consideró, en primer lugar, que el concebido no nacido era una *persona* y, como tal, lo declaró titular del derecho a la vida. En segundo lugar, el TC sostuvo que la norma del art. 19 N° 1 inciso 2 de la Constitución (“*la ley protege la vida del que está por nacer*”) debía ser interpretada como un mandato de protección que no admitía excepciones ni relativizaciones de ningún tipo. Y, por último, razonó que ningún riesgo o amenaza de afectación (en este caso un potencial carácter abortivo del fármaco) era tolerable respecto de la vida prenatal, no importando si la ocurrencia de dicho riesgo estaba o no verificada empíricamente, de manera concluyente. Solo bastaba –arguyó– la existencia de una “duda razonable”.

Dado que, según el voto de mayoría de la STC 740-2007, la única respuesta establecida por el ordenamiento constitucional chileno ante cualquier tipo de amenaza a la vida prenatal es la radicalización de la protección de esta, cualquier interés/derecho que colisione con la protección de la vida prenatal, indefectiblemente será derrotado. En términos simples, en la STC 740-2007, el derecho a la vida del *nasciturus* es absoluto.

Desde luego, de haber perseverado el TC en esta tesis tripartita, resultaba prácticamente imposible avizorar un camino interpretativo que permitiera sostener la conformidad con la Constitución de cualquiera de las tres causales de despenalización contenidas en el proyecto que debió examinar.

En la sentencia sobre IVE en tres causales, el TC adopta, sin embargo, otra aproximación. En primer lugar, abandona la postura de equiparación entre la vida prenatal y la vida independiente (o, lo que es lo mismo, entre el que está por nacer y el nacido), a efectos de la aplicación de la regla de titularidad de derechos que contiene el encabezado del art. 19 y que reenvía a la noción de *persona*. En contraste, el TC señala ahora que “la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona” (considerando 40), entre otras cosas, porque éste carece de una serie de atributos que son propios de aquéllas, al no poseer una existencia independiente (considerando 77 en relación con el considerando 40). Postula, además, que, lo mismo que el Código Civil, la Constitución construye el concepto de *persona* en torno al hecho del nacimiento (considerando 70), de suerte que este hito tiene una relevancia constitucional y no sólo civil, según lo confirman varias disposiciones del texto constitucional (v.gr. el art. 10, a propósito del establecimiento de la nacionalidad, y el art. 25 en relación al cómputo de la edad para ser presidente). Descarta, por otra parte, que, bajo el texto constitucional vigente, la idea de *persona* sea equivalente a la expresión *naturaleza humana* que ocupa el inciso 2° del art. 5 de la Constitución. Al respecto, enfatiza que la *naturaleza humana* a la que se refiere esta última disposición es aquella protegida por los derechos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales (considerando 74); imprimiendo con ello, un giro positivista a la interpretación de la antedicha expresión.

Es importante precisar que el cambio de aproximación del TC, no implica afirmar que la vida prenatal sea irrelevante desde el punto de vista jurídico-constitucional. Al contrario, el TC sostiene que el *no nato* es un bien jurídico de mucha relevancia para la Constitución y, como tal, requiere protección especial (considerando 78). Sin embargo, advierte que la protección del *no*

nato encuentra su límite en la protección de los derechos de la mujer, los que deben primar (considerando 79).

En síntesis, el TC descarta la tesis de protección absoluta de la vida prenatal que había elaborado en la STC 740-2007 y sostiene, en su reemplazo, que, lo mismo que cualquier otro interés o derecho protegido constitucionalmente, la tutela de la vida prenatal debe armonizarse con la protección de otros bienes jurídicos o derechos. En otras palabras, afirma ahora que la protección de la vida prenatal admite limitaciones provenientes de la protección de otros intereses/derechos contingentemente en conflicto y, en particular, en relación con la tutela de los derechos de la mujer gestante.

Conviene detenerse en la manera que elige el TC para justificar este nuevo de enfoque. Durante la tramitación del proyecto de ley impugnado, así como en las audiencias públicas decretadas por el TC para conocer de los requerimientos presentados, algunos de los intervinientes en uno y en otro proceso ofrecieron al TC una vía para enmendar su posición. Esta vía implicaba recurrir a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo*⁴. Esta última sentencia, de 2012, interpretó el sentido y alcance del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y rechazó que el *nasciturus* fuera persona en el marco del sistema interamericano; en abierto contraste con lo sostenido por la STC 740-2007 sobre *píldora del día después*, que fundó su tesis, parcialmente, sobre el mismo artículo 4.1.

No obstante, el TC optó por no seguir este camino. Descartó de plano pronunciarse sobre la forma en la que las sentencias de tribunales internacionales o las declaraciones (observaciones o recomendaciones), emanadas de los órganos de control de tratados internacionales, repercuten en el sistema constitucional chileno (considerando 10°), sin perjuicio de mencionar la sentencia *Artavia Murillo* dentro de la revisión de jurisprudencia comparada e internacional que realiza en el considerando 19 del fallo.

En lugar de lo anterior, la vía que elige para resolver el problema originado por su cambio de posición interpretativa sobre el estatuto constitucional del *no nato* implica asumir una posición favorable respecto de la existencia de precedentes constitucionales interpretativos. En efecto, entre los considerandos 20 y 24, el TC razona como si, a propósito de los requerimientos formulados contra el proyecto de despenalización de la IVE en tres causales, se hubiera visto confrontado a la necesidad de unificar su jurisprudencia previa.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo* y otros (“Fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

En particular, los criterios establecidos en la STC 740-2007 sobre *píldora del día después* y en la STC 220-1995 sobre *muerte encefálica*. Habría –arguye– “dos doctrinas que no dialogan entre sí” cuyas discrepancias interpretativas deben resolverse a efectos de pronunciarse sobre las objeciones de constitucionalidad planteadas respecto del proyecto de despenalización de la IVE en tres causales (considerandos 24 y 25). Estas diferencias interpretativas son reconstruidas por el TC de la siguiente forma: en el fallo *sobre muerte encefálica*, se sostiene que le corresponde al legislador normar las situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas, mientras que en la STC sobre *píldora del día después*, se argumenta que la Constitución tomó una opción radical respecto de la protección de la vida prenatal, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir. En el fallo *sobre muerte encefálica* se sostiene que, de acuerdo a la Constitución, la vida comienza desde el nacimiento y termina con su muerte; en la STC sobre *la píldora del día después* se postula, en cambio, que la vida comienza con la concepción (considerando 23).

Esta manera de proceder, le permite zanjar la objeción de constitucionalidad referida al espectro competencial que el legislador puede recorrer a efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional de protección de la vida, sin entrar en el espinoso problema de las relaciones entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad.

Vale la pena recordar, brevemente, los términos precisos en que se planteó la objeción de constitucionalidad relativa al ámbito competencial del legislador para regular el aborto. Los dos requerimientos de inconstitucionalidad sostenían que el legislador había excedido su competencia al decidir despenalizar parcialmente la IVE y establecer, correlativamente, prestaciones sanitarias en favor de las mujeres que deciden abortar. Según los requirentes, el art. 19 N° 1 inc. 2° no tiene la estructura de un principio o mandato de optimización, es, en cambio, una regla. En otras palabras, dicha disposición debe interpretarse rígidamente, esto es, exigiendo únicamente acciones que maximicen la tutela de la vida prenatal. Sobre esta base, los recurrentes argumentan que el legislador solamente puede mandar, prohibir o permitir acciones que protejan la existencia vital del no nacido hasta su nacimiento, no estando habilitado para despenalizar. En términos todavía más simples, para los senadores y los diputados requirentes, *proteger* es equivalente a *penalizar*; y *despenalizar* viene a ser lo mismo que *desproteger*.

Esta argumentación es, en estricto rigor, una variante de la tesis de la protección absoluta del *no nato* que acogió el TC en su sentencia *sobre píldora del*

día después. La sola novedad de su formulación en los requerimientos relativos al proyecto de ley sobre despenalización de la IVE en tres causales radica en que en ambos escritos se sostiene que las prestaciones de salud garantizadas por el proyecto impugnado agregan un plus de lesividad, en relación con la mera despenalización.

Vale la pena detenerse en este asunto. Ninguno de los requerimientos aclara en qué consistiría el *plus* de lesividad que invocan. En otras palabras, ¿por qué sería menos lesivo para el feto que una mujer aborte fuera de un hospital en lugar de que lo haga dentro de un establecimiento de salud, con condiciones sanitarias garantizadas? ¿en qué sentido, la vida prenatal resultaría menos afectada en el primer caso que en el segundo supuesto? Resulta evidente que en ambos casos la mujer podría legítimamente consentir en interrumpir su embarazo y tal decisión afectaría irremediablemente la vida gestacional, destruyéndola. Desde la perspectiva del feto, entonces, la distinción entre despenalizar y legalizar no es relevante en el plano material⁵.

Así lo estimó el TC, que consideró expresamente que la distinción entre despenalizar y legalizar no es relevante respecto del feto (considerando 10°). En cambio, sostuvo que el establecimiento de prestaciones sanitarias es un imperativo constitucional respecto de las mujeres gestantes. Este se depende de las obligaciones estatales de protección de los derechos a la vida, a la integridad físico- psíquica y a la salud (considerando 103).

Al interpretar el mandato contenido en el art. 19 N° 1 inciso 2 de la Constitución, el TC se aparta nuevamente de la STC *sobre píldora del día después*. En la STC sobre IVE en tres causales, estima que dicha norma no contiene un mandato de radicalización de la protección de la vida prenatal, ni mucho menos un mandato constitucional de criminalización del aborto. El TC sostiene esta vez que el legislador no tiene una reserva limitada o dirigida únicamente a prohibir el aborto, sino solamente un mandato habilitante para regular la protección de la vida prenatal (considerandos 32 y 92). El ámbito

5 La distinción entre legalizar y penalizar a la que aluden los requirentes parece relacionarse más con el plano simbólico que con el plano material. Es decir, concierne a la mantención o desestabilización del orden social de género y no necesariamente al impacto efectivo de la protección de la vida intrauterina. En el plano simbólico el plus de disvalor consiste en la relativización de la normatividad social de la maternidad. Al trastocar la representación social de la buena madre como aquella que depona sus intereses personales para proteger los intereses de la prole, la autorización de la IVE, como un derecho, trastoca uno de los pilares del sistema sexo-género. En efecto, no es lo mismo simbolizar la IVE como una excepción a la punición del aborto –desdibujada, además, por el manto de la clandestinidad– que representarla jurídicamente como un derecho garantizado de las gestantes.

de discrecionalidad del legislador se extiende tanto a la decisión de legislar como a la apreciación de los medios idóneos para instrumentar la protección de la vida prenatal. En consecuencia, la decisión de regular la IVE por razones terapéuticas en nuevos términos, o la determinación de los requisitos procedimentales que deben concurrir para configurar cada una de las causales, son cuestiones de mérito. Como tales, estas cuestiones no están sujetas al control de constitucionalidad (en este sentido, los considerandos 10, 88, 89 y 103).

En tercer lugar, en la STC sobre IVE en tres causales, el TC se compromete explícitamente con un modelo de deferencia respecto del legislador⁶. Afirma que, al definir los medios, la forma y alcance de la protección del *no nato*, el legislador goza de una presunción de constitucionalidad que se traduce en una inversión de la carga de justificación y prueba. Es decir, salvo que exista una duda *más que razonable*⁷ los proyectos aprobados por el Congreso son constitucionales, de suerte que corresponde a quien los impugna demostrar, clara e inequívocamente, su falta de conformidad con la Constitución. (considerando 27).

Para terminar de dar un giro completo respecto de la STC *sobre píldora del día después*, el TC postula ahora que no existen derechos absolutos en el sistema constitucional chileno. Afirma que todos los derechos constitucionales –incluyendo el derecho a la vida– encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y cortapisas en las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos (considerando 33).

Es importante destacar que el cambio de interpretación que se observa en el voto de mayoría de la sentencia sobre *la IVE en tres causales*, en relación con la STC 740-2007 sobre *píldora del día después*, es coincidente con buena parte de la tradición comparada constitucional reciente en materia de debates constitucionales en torno a la protección de la vida prenatal y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En todo el mundo, los tribunales constitucionales se vienen inclinando por respuestas que asumen la constitucionalidad de los modelos de permisos de la IVE y de los modelos de plazo, también llamados de “*aborto libre*”. Esas respuestas descansan habitualmente sobre la base de que el *no nato* es un objeto de protección constitucional y no un sujeto

6 Este modelo no se aprecia, sin embargo, en la controvertida STC 4012-201, sobre las modificaciones a la ley de protección de los derechos de los consumidores, dictada el 18 de enero de 2018.

7 Conviene notar el matiz que introduce esta expresión respecto de los términos utilizados en la STC sobre píldora del día después. Aquí se hablaba simplemente de “duda razonable”.

titular de derechos. Con todo, las respuestas que consideran al *nasciturus* una persona desde un punto de vista constitucional –más escasas en el panorama comparado– tampoco han impedido que los regímenes de permisos de la IVE se consoliden. En efecto, con independencia de si se adopta o no la tesis de la personalidad del *nasciturus*, los tribunales constitucionales vienen ponderado la protección de la vida prenatal con la tutela de los derechos de las mujeres gestantes, tanto en el caso de los regímenes de permisos como respecto de legislaciones de plazo.

Por lo mismo, reviste interés analizar cómo abordó esta segunda cuestión –los derechos reproductivos de las mujeres– la sentencia comentada. En la sección siguiente, me propongo examinar esto.

Los derechos constitucionales de las mujeres.

Como vimos, la STC *sobre IVE en tres causales*, dio un vuelco en la comprensión del estatuto jurídico-constitucional del pre-embrión/embrión/feto, establecida en la STC *sobre píldora del día después*. También se puede observar un giro, tan o más importante, en lo relativo al reconocimiento de los derechos de las mujeres.

En la sección VII de la sentencia, el TC identifica un grupo de coordenadas que guiarán el fallo: sociedad pluralista, derechos de la mujer, el que está por nacer, el derecho penal como última ratio, y los derechos de los pacientes. Conviene reproducir el considerando 35 que forma parte del segundo eje relativo a los derechos de la mujer, debido a su particular elocuencia. Aquí se sostiene

[...] la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1 inciso 1° y 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho (artículo 1) N° 9), a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°). La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana;”

No deja de sorprender que el TC dedique un párrafo completo a justificar la afirmación de que la mujer es persona y, por tanto, sujeto de derechos. Dicho esfuerzo sería completamente trivial si no fuera porque en la STC *sobre*

píldora después, tal premisa parece no estar presente. Recordemos que el único párrafo en el que a propósito de la controversia sobre anticoncepción de emergencia, el TC parece hacerse cargo de los derechos de las mujeres, es para degradarlos a “*connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables*” (considerando 70, STC 740-2007)

La orientación de las afirmaciones que realiza en torno al estatuto de protección de las mujeres en la STC *sobre IVE en tres causales* es, claramente, de un tenor opuesto. Aquí sostiene que la gestante no puede ser instrumentalizada, que la maternidad es un acto voluntario, no una imposición del Estado a cualquier costo (considerando 47). Reivindica la autonomía moral femenina para tomar decisiones durante el embarazo (considerando 99) e insiste que solo un acompañamiento no coactivo puede ser compatible con los derechos de las mujeres (considerando 111). Destaca, a propósito de la tercera causal del proyecto (violación), que la mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos de delito y que las convenciones internacionales establecen el deber del Estado de evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer (considerando 109). Afirma, también, que la protección de la vida prenatal tiene sus límites en la protección de los derechos de la mujer, los que deben primar (considerando 79). Este último argumento ofrece elementos para sostener la constitucionalidad de una despenalización de la IVE más amplia que la que contempla la actual ley N° 21.030.

Las variadas declaraciones que contiene esta sentencia reivindicando la autonomía de las mujeres, merecen ser destacadas por su contribución material y simbólica en la construcción de las mujeres como plenos sujetos de derechos. Sin embargo, la STC sobre *IVE en tres causales* desaprovecha la oportunidad de afinar el estándar de protección de los derechos de las mujeres, en general, y, en especial, el contenido, justificación y alcance de los derechos sexuales y reproductivos, en el régimen constitucional chileno. A los efectos, es importante recordar que estos derechos no tienen consagración expresa en nuestra carta fundamental.

La sentencia reconoce los avances normativos, nacionales e internacionales, respecto del estatuto de protección de los derechos de las mujeres, los vincula con el mandato de igualdad, y también avizora que la maternidad pone a las mujeres en una situación única respecto de las consecuencias fácticas y normativas que se producen sobre sus cuerpos (considerando 39). Pese a ello, omite desarrollar las consecuencias jurídicas que se derivan del mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres. El TC se refiere a la ley

N° 19.611 (D.O. 16 de junio de 1999) que reformó la Constitución, reemplazando la voz “hombres” del art. 1, por personas, y agregando al final del párrafo primero del número 2 del artículo 19, la oración “hombres y mujeres son iguales ante la ley”, únicamente como dato de contexto, y para descartar que, en el marco de la discusión de dicha reforma, se haya alterado el estatuto del *no nato* en relación con el texto original de la Constitución. Como la gran mayoría de los comentaristas de la Constitución chilena, el TC no parece no advertir que la cláusula constitucional de igualdad entre hombres y mujeres tiene un especial rendimiento analítico para abordar los conflictos constitucionales que se refieren a los derechos de las mujeres, y para cimentar una aproximación constitucional sobre los derechos reproductivos.

La objeción de conciencia.

Por lejos, el aspecto más débil de la *STC sobre IVE en tres causales* es su razonamiento en torno a la objeción de conciencia. Paradójicamente, de toda la sentencia, es este razonamiento el que concitó mayor adhesión de parte de los ministros y ministras del TC.

Recordemos que, de todas las impugnaciones formuladas en los requerimientos, solo las relativas a la regulación de la objeción de conciencia fueron retenidas por el TC para dar forma a una declaratoria parcial de inconstitucional del proyecto de ley, en el capítulo segundo de la sentencia. Así, el TC declaró inconstitucional las disposiciones que radicaban la posibilidad de invocar objeción de conciencia solamente en las personas naturales, y, dentro de ellas, únicamente en los miembros del personal de salud que interviene en pabellón. También declaró inconstitucional la norma que impedía formular objeción de conciencia ante la inminencia del vencimiento del plazo establecido para la tercera causal, y mantuvo, en cambio, su improcedencia en caso de riesgo vital de la gestante.

Para fundamentar esta declaratoria parcial de inconstitucionalidad, el TC parte de la premisa de que la objeción de conciencia está amparada por la dignidad de las personas que, individualmente o en asociación con otros, se niegan a participar en cierto tipo de actuaciones, por razones éticas, morales, religiosas, profesionales” (considerando 131). Es decir, la trata como un derecho implícito, como ocurre habitualmente en la práctica constitucional comparada.

Sin embargo, se aparta notablemente de la tradición comparada en lo concerniente a su caracterización. La caracterización de la objeción de conciencia que ofrece el TC borra completamente las fronteras entre la objeción de conciencia

y la libertad ideológica. La primera – también llamada libertad de conciencia – es una libertad negativa o derecho de no interferencia; mientras que la segunda, consiste en una inmunidad, es de carácter excepcional y de aplicación estricta.

La inflación de la objeción de conciencia que se observa en el fallo es directa consecuencia de esta confusión. La identidad entre objeción de conciencia y libertad de conciencia facilita la expansión desbocada, particularmente de la primera. Dadas las características materiales de la conciencia en los individuos, esta no es susceptible, en la práctica, de ser afectada por limitaciones. En efecto, ¿cómo podría un particular, una sociedad o un Estado, forzar a una persona a pensar distinto, o disciplinar su mente para que éste adoptara tal o cual creencia en su fuero interno? En términos prácticos, entrometerse en la conciencia de otro, parece un escenario más propio de la ciencia ficción que del Derecho. Pero, negarse a realizar una conducta que la ley declara legítima, porque dicha conducta no sintoniza con las creencias propias (en esto consiste, en realidad, la objeción de conciencia), tiene, en cambio, profundas repercusiones jurídicas y materiales. Sin ir más lejos, tolerada de manera amplísima – como sugiere el TC – la objeción de conciencia podría hacer colapsar un ordenamiento jurídico. Además, como veremos más adelante, la inflación de la objeción de conciencia tiene consecuencias muy dañosas para los derechos de las mujeres.

En segundo lugar, puestos a imaginar una objeción de conciencia de carácter institucional, es posible detectar serios problemas en la tesis del TC. Este arguye que “no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia a las personas naturales que revistan la calidad de profesionales. Cuando aquellas que no lo son también podrían tener reparos en conciencia” (considerando 135). De entrada, cuesta cómo la noción de conciencia, que remite a procesos individuales e íntimos, podría aplicarse a organizaciones colectivas, de carácter asociativo, cuyos procesos de toma de decisiones no son introspectivos, sino deliberativos. Por otro lado, teniendo en cuenta que las deliberaciones colectivas descansan habitualmente sobre decisiones mayoritarias – no necesariamente consensuadas ni, tampoco, unánimes – surge la pregunta en torno a cómo debieran resolverse los conflictos valóricos entre los integrantes de una asociación o colectivo. Esta pregunta general puede descomponerse en preguntas específicas. ¿Qué posición valórica, dentro de una determinada persona jurídica, puede reflejar, de manera más fiel, la conciencia de la institución? Si en un establecimiento de salud hay médicos objetores y médicos no objetores, ¿cuál de esas conciencias debe

privilegiarse? ¿Qué actos/documentos son formalmente aptos para dar cuenta de la conciencia de una persona jurídica? Nada de lo que dice en el segundo capítulo de la sentencia sirve para responder a estas preguntas.

Desde el punto de vista metodológico, llama la atención que la manera elegida por el TC para configurar la noción constitucional de objeción de conciencia omita, por completo, examinar la variada sistematización existente en la doctrina comparada sobre los distintos tipos de disensos (meras discrepancias, desobediencia civil, insurrección, objeción de conciencia), sus diversas manifestaciones, propósitos y grados de legitimidad que estos pueden traer aparejados en una sociedad democrática. Tampoco se considera útil consultar jurisprudencia comparada sobre este asunto, en contraste con la extensa revisión comparada que se realiza en el primer capítulo de la sentencia, a propósito de las tres causales. Desde luego, es probable que el “método” elegido por el TC respecto de la objeción de conciencia no sea el resultado de un descuido, sino de una decisión deliberada, teniendo en cuenta las evidentes dificultades para armonizar el instrumental teórico-conceptual comparado con la postura que suscribe el TC en esta parte de la sentencia.

Como sea, la completa ausencia de criterios para identificar qué creencias pueden justificar una objeción de conciencia y cuáles no; o, en otras palabras, qué convicciones deben ser protegidas sobre la base de la cláusula general de libertad de conciencia, y qué otras son merecedoras de la protección reforzada y excepcional que provee la objeción de conciencia, es muy perturbadora. Dados los términos amplísimos que utiliza el TC para definir y justificar la objeción de conciencia, y la identidad entre libertad de conciencia y objeción que recorre el fallo, puede sostenerse que para fundamentar un rechazo a realizar cualquier conducta ordenada por la ley (por ejemplo, respetar las prohibiciones penales, pagar impuestos o participar en una IVE) podría invocarse no solo una convicción religiosa o ideológica de carácter estructurante, sino también cualquier preferencia individual o institucional, el deseo, el capricho e, inclusive, el propósito discriminatorio. Las necesidades de otras personas – incluidas las que dan origen a derechos- devendrían, en contraste, secundarias o irrelevantes. Así se sigue de la siguiente afirmación de la sentencia: “ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que las define como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencias, o necesidades de otros” (considerando 132).

Esta última consecuencia jurídica es claramente perturbadora, particularmente, respecto del régimen de protección de los derechos de las mujeres. La desbocada inflación de la objeción de conciencia que esta sentencia legítima podría transformarse, fácilmente, en el vehículo ideal para transportar la minusvaloración social de lo femenino, expresada en prejuicios, visiones estereotipadas y concepciones culturales hegemónicas sobre la maternidad. La tesis del TC sobre la objeción de conciencia permite reescribir la primera parte de la sentencia, relativa a las tres causales. La primacía de los derechos de las mujeres respecto de la protección de la vida prenatal –afirmada, categóricamente, en el primer capítulo– se troca, en el segundo capítulo, por la preeminencia absoluta de cualquier convicción, personal o institucional, estructurante, trivial, prejuiciosa o perversa, relativa a la vida prenatal o a otras materias, respecto de cualquier necesidad o derecho.

Conclusiones.

La STC sobre IVE en tres causales implica un avance en la determinación del estatuto constitucional del *no nato* y del régimen de protección de los derechos de las mujeres, en concordancia con la práctica comparada y los estándares internacionales. Con todo, la sentencia exhibe un escaso examen del mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, y una, apenas incipiente, conceptualización de los derechos reproductivos femeninos.

En la otra vereda, la manera de resolver los conflictos constitucionales relacionados con la objeción de conciencia es extremadamente deficiente. La escasa densidad teórica en la que se apoya la tesis que desarrolla el TC, la pérdida de coherencia interna de la propia sentencia, y los efectos desestabilizadores que una configuración expansiva y absolutamente liberal de la objeción de conciencia conllevan, ponen de relieve los serios problemas de esta parte de la sentencia.

En lo referente a los derechos de las mujeres, las consecuencias de la tesis sobre la objeción de conciencia son visiblemente dañosas. En la práctica, la autonomía procreativa de las mujeres que gestan en circunstancias trágicas puede quedar subordinada a las decisiones corporativas de hospitales, clínicas, universidades y personal de salud, sin importar si se trata o no de conflictos de conciencia relevantes. Más que fortalecer las decisiones personales de las mujeres, todo ello plantea desafíos importantes para la protección de la autonomía individual, de la igualdad de género y para el afianzamiento del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos que, en ciernes, la primera parte del fallo contiene.

¿TITULARIDAD CONDICIONADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? UN COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TC ROL 3729, SOBRE LEY DE ABORTO.

Luis Alejandro Silva Irrázaval¹

Introducción

Hasta que se dictó la sentencia rol 3729, en Chile podía afirmarse con seguridad que los derechos fundamentales tenían su origen en la misma naturaleza humana. Su titularidad no estaba sujeta a condición alguna: se predicaban del ser humano por el mero hecho de serlo. Ni la raza, ni la edad, ni la ciudadanía, ni la nacionalidad, ni el sexo, ni la religión, ni la personalidad eran criterios admisibles para negar a unos individuos de la especie humana los derechos que tiene por naturaleza. El 28 de agosto de 2017 esto cambió.

La sentencia rol 3729 reconoció la existencia de un grupo de seres humanos que no son titulares del derecho a la vida, porque incumplen una condición: carecen de personalidad. El Tribunal Constitucional declaró que el derecho a la vida tiene su origen en la personalidad: solo las personas –que en nuestro derecho serían aquellos que han nacido– pueden gozar de la protección constitucional de sus derechos fundamentales.

El paso dado por el Tribunal Constitucional con esta sentencia es grave, porque introduce un criterio de discriminación entre unos seres humanos y otros, nada menos que respecto de la titularidad de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Aunque la brecha no se agrande en el futuro próximo y sus efectos queden restringidos al *nasciturus*, el precedente que sienta este fallo altera las bases teóricas del discurso de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional pudo haber dicho algo así como: “El *nasciturus* es un ser humano y, en cuanto tal, titular del derecho a la vida; pero, por

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Email: lsilva@uandes.cl

circunstancias ponderadas por el legislador como excepcionalmente graves, se exculpa a quienes lo aborten. Al fin y al cabo, el legislador tiene competencia para hacerlo. ¿Qué me dice, si no, de la pena de muerte, la legítima defensa y el estado de necesidad?” Desde nuestro punto de vista, habría sido una atrocidad comparar al nasciturus con el delincuente condenado a muerte o con el agresor injusto que resulta muerto, pero al menos habría sido coherente con las premisas que sostienen desde la base el edificio doctrinal de los derechos humanos.

No obstante lo anterior, la argumentación desarrollada en la sentencia es desconcertante, porque al mismo tiempo que niega al nasciturus la titularidad del derecho a la vida, supone que el nasciturus es titular del derecho a la vida. ¿Cómo explicar esta contradicción? Y al margen de su explicación, ¿qué hacer con ella? Porque, en definitiva, es necesario entender qué es lo que esta sentencia establece, para saber a qué atenerse. La conclusión de este comentario es que, lamentablemente, no es posible saber a qué estar, porque lo ecléctico de la argumentación permite sostener cualquiera de las dos posiciones.

Además de la Introducción y la Conclusión, este comentario se divide en cuatro partes. En la primera (sección II) se esboza el problema que el Tribunal Constitucional debe resolver. En la segunda (secciones III y IV) se analiza la ratio decidendi de la sentencia y el argumento que la sostiene. En la tercera (sección V) se contesta a cada una de las premisas del principal argumento de la sentencia en favor del aborto. La última (sección VI) presenta la contradicción en que incurre la sentencia respecto del nasciturus como titular del derecho a la vida y ofrece una breve explicación.

El problema que debe resolver el TC

El planteamiento de esta cuestión admite distintas versiones. Una, la más amplia quizá, dirá que el TC debe resolver el problema de si puede haber aborto en Chile o no. Otra versión explicará que el problema a dilucidar es si la despenalización de la interrupción del embarazo en tres supuestos especificados en un nuevo artículo 119 N° 1 del Código Sanitario es compatible con el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Simplificando, podría decirse que la primera es la versión política del problema y la segunda su versión técnica.

Podría añadirse que el problema, en realidad, es demarcar el ámbito de autonomía del poder legislativo y la competencia del TC; o si la despenalización de una conducta es equivalente a su legalización; o si la vida es un derecho

absoluto; o cuál es la carga máxima tolerable que el derecho puede imponer sobre los hombros de alguien; o si el feto es persona...

En el fondo, el problema que el TC tiene entre manos no es constitucional. En la superficie sí que lo es: responder si el artículo 1 N°1 del proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales es compatible con el derecho a la vida garantizado por la Constitución en el artículo 19 N° 1. Pero esta cuestión está completamente condicionada a la respuesta del problema de fondo. Y este problema puede formularse en la pregunta siguiente: ¿cuál es la causa de la titularidad de los derechos fundamentales?

No es un problema constitucional, sino pre-constitucional; la titularidad de los derechos fundamentales es una condición que posibilita la discusión constitucional. Esto vale no solo en el marco histórico del constitucionalismo como fenómeno reconocible a partir del S. XVIII, sino en general, para el problema perenne de justificar el lugar del ser humano frente al ejercicio del poder (político). En consecuencia, la sentencia no debe entenderse como un ejercicio de hermenéutica constitucional; su objeto último no es la determinación del sentido y alcance del artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución.

El núcleo del debate es acerca de la razón (o las razones) por las que un ser humano es titular de unos atributos conocidos como derechos fundamentales. Al plantearlo de este modo, no estoy modificando los términos en que lo entendió el TC. De hecho, en la sentencia se reconoce que el nonato es un ser humano (me cuesta el pleonasma: quisiera decir “el nonato es humano”): “el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana (...) es alto y puede ser doloroso” (cons. 40°).² La cuestión que se discute es si el (ser) humano que no ha nacido tiene derecho a la vida. Luego, es obvio que se trata de aclarar por qué un ser humano es/puede ser/llega a ser titular de un derecho fundamental, a la vida en este caso.

La solución del TC al problema

El TC resuelve el problema declarando que el nasciturus es un ser humano sin derechos fundamentales. Esta es la ratio decidendi de la sentencia. Por supuesto que reconoce motivos importantes para protegerlo jurídicamente, pero el derecho a la vida no es uno de ellos. Esto le permite justificar constitucionalmente la acción directa de interrumpir el embarazo con la consecuencia intencionalmente buscada de matar al nonato.

² Si la vida es el ser de los vivientes (Aristóteles, *Acerca del alma*, II, 4, 415 b 13), reconocer que la vida del embrión es humana implica reconocer que el embrión es un ser humano.

Es importante reconocer el lugar capital de este punto en la sentencia, porque es fácil verse confundido por el conjunto de argumentos secundarios en ella desarrollados (los obiter dicta), que parecieran estar aportando soluciones distintas y convergentes. Para esto es preciso no perder de vista la esencia del problema enfrentado por el TC, tal y como se expuso en la sección anterior.

Dice la sentencia: “el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución” (cons. 78°), pero carece “de las condiciones habilitantes para que se reconozca su condición de persona y titular de derecho” (cons. 77°). Ciertamente es que “la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer (...) [pero] no habla de proteger el derecho a la vida. [Y] el derecho a la vida es distinto de la vida” (cons. 48°). Luego, la Constitución no protege el derecho a la vida del que está por nacer, porque ese derecho no existe para él.³

Como se deduce del párrafo anterior, la cuestión que importa establecer en la sentencia no es el alcance restringido del derecho a la vida del nasciturus, sino la imposibilidad de predicar ese derecho de él: sencillamente, el nasciturus no es sujeto de derechos. El debate sobre las restricciones o privación del derecho es subsecuente a la afirmación de su titularidad, porque el ejercicio de un derecho depende de la existencia del mismo. En consecuencia, toda la discusión acerca de si el derecho a la vida es absoluto o relativo sería inconducente en esta sentencia.⁴

Si nos atenemos a los términos de la sentencia, no debería ser posible extraer enseñanza alguna acerca de la coordinación o articulación de derechos fundamentales en tensión, porque la solución del TC no es resultado de una ponderación entre derechos en conflicto, sino entre “un derecho fundamental y un interés protegido legalmente” (cons. 40°). Esto debe advertirse para disipar la idea de que estamos frente a una interpretación constitucional del derecho a la vida. En la lógica de la sentencia, aquello cuyo alcance debe determinarse no es un derecho, sino un interés jurídico o un bien legalmente protegido.⁵

3 Es de notar que en la calificación del nasciturus como bien jurídico puede estarse colando sutilmente la instrumentalización del ser humano, en la medida en que la categoría bien jurídico implica un juicio de utilidad: se protege porque es útil al hombre, como cabría afirmarlo de los animales o los monumentos (Dabin, 2006, p. 139).

4 Sin embargo, como se verá en la sección VI, la sentencia postula –en abierta contradicción con lo que sostiene aquí– que el aborto es un supuesto de restricción del derecho a la vida. Sobre el sentido en que debe entenderse el carácter relativo del derecho a la vida, ver sección VI último párrafo.

5 Otra vez hacemos la salvedad: como la sentencia se contradice, cabe sostener justo lo contrario a lo que se afirma en este punto.

La razón de la solución del TC al problema

¿Por qué se le niega al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida? Evidentemente, esta pregunta queda sin respuesta si se la contesta diciendo que la vida del que está por nacer es un bien jurídico o un interés digno de protección legal. Sólo se estarían modificando los términos del problema, obligando a reformular la pregunta: ¿por qué el *nasciturus* es un bien jurídico y no un sujeto jurídico?

Tres son las premisas que estructuran el razonamiento para sostener la *ratio decidendi* de la sentencia. La primera es que el *nasciturus* no es persona. La segunda es que sólo las personas tienen derechos. La tercera es que la vida es un derecho. Conclusión: el *nasciturus* no tiene derecho a la vida.

a- El *nasciturus* no es persona

A primera vista, podría pensarse que negar al *nasciturus* la calidad de persona para concluir que carece del derecho a la vida, es una petición de principio. Algo equivalente a sostener que no es titular de derechos porque es un bien jurídico. Sin embargo, no es así. No necesariamente, al menos. Sólo quien afirme la identidad entre ser humano y persona (o la coextensión de los conceptos) tendría razón para pensar aquello, porque entonces sí negarle al *nasciturus* el carácter de persona equivaldría a suprimir su titularidad al derecho a la vida.⁶ Pero, como se verá más adelante (sección V.a), ocurre que esta identificación entre persona y ser humano puede ser entendida como algo conceptualmente contingente.

La sentencia distingue expresamente la condición de ser humano y la condición de persona. Ambos conceptos pueden predicarse con independencia recíproca, porque difieren en la extensión y en la intensidad: hay (seres) humanos que no son personas y hay personas que no son (seres) humanos. Pero también tienen un campo de intersección: seres humanos que son personas. El *nasciturus* es en la sentencia un (ser) humano que no es persona.

Para el TC, algunos (seres) humanos son personas y algunos no lo son. La razón que explica esta diferencia es el nacimiento: sólo son personas los (seres) humanos que han nacido. Dice el TC: “la Constitución (...) construye su concepto de persona a partir del nacimiento” (cons. 68°). Por definición, el que está por nacer no ha cumplido esta condición; luego, no es persona.

⁶ En otras palabras, la identidad entre persona y ser humano se entiende como algo conceptualmente necesario. Por ejemplo, Corral (2007), p. 35: “Todo hombre es por sí persona, por poseer las cualidades naturales de racionalidad y libertad”.

b- Sólo las personas tienen derechos

La división del conjunto de los seres humanos entre personas y no-personas está cargada de consecuencias jurídicas: “uno de los efectos más importante de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que solo estas tienen derecho” (cons. 66°). La fuente de todas ellas es la definición de persona como sujeto de derecho. Es decir, solo las personas son titulares de derechos: “el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona” (cons. 104°).

El reconocimiento de las personas como titulares de derechos estaría confirmado por la Constitución, por ejemplo en el artículo 1 inciso primero: “Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Como se infiere del texto de la disposición, los derechos se predicán de las personas, no de los seres humanos; el constituyente pudo haber dicho “Los seres humanos nacen libres...”, pero no lo hizo.

El TC admite una posible objeción en este punto: si el que está por nacer no es persona, entonces es una cosa; si no es sujeto de derecho, entonces es objeto de derecho. Es la objeción contenida en el considerando 73°: “Existe una naturaleza humana que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida”. En otras palabras, la naturaleza del nasciturus, un ser humano, impide que sea tratado como un objeto, por muy valioso que se lo considere.

La sentencia contesta la objeción por la vía de estrechar el rango de protección constitucional de los derechos. Reconoce que la Constitución protege “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5°), pero no todos: solo aquellos garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados y vigentes. Y los derechos que la Constitución garantiza son aquellos de las personas, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 19 inciso primero y 39 de la Constitución. Con esto el TC no está desconociendo que haya derechos inherentes a la naturaleza humana, sino simplemente afirmando que su competencia está acotada a los derechos protegidos por la Constitución: “puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana. Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura” (cons. 74°).⁷

⁷ Este criterio del TC parece difícil de compatibilizar con la categoría de derechos fundamentales implícitos, que la jurisprudencia del mismo tribunal ha reconocido abiertamente: “el denominado dogmáticamente *derecho a la identidad* ni siquiera es un derecho explícitamente asegurado en la Constitución,

La premisa de que sólo las personas tienen derechos garantizados por la Constitución, significa una doble restricción del alcance de la protección constitucional. En primer lugar, restringe al universo de beneficiarios al excluir el conjunto de los seres humanos no nacidos. En segundo lugar, restringe el universo de derechos garantizados, al confinarse exclusivamente a los positivizados en su texto: “no es (...) cualquier tipo de derechos [el que este tribunal puede proteger] sino los que la Carta Suprema crea y configura” (cons. 74°).

c- ¿La vida por el derecho o el derecho por la vida?

Como ha quedado claro, para el TC el nasciturus no es persona. Sólo la persona tiene derechos. Luego el nasciturus no tiene derechos... Para completar el razonamiento que permita rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad contra la ley de aborto, el TC debe establecer que la vida es un derecho.

Definir la vida como un derecho es una tarea que presenta cierta dificultad desde el momento en que se trata de justificar constitucionalmente la muerte de un ser humano provocada de manera intencional. Para hacerlo, el TC opta por distinguir entre la vida y el derecho a la vida: “el derecho a la vida es distinto de la vida. Esta es la plataforma biológica y química de sustentación. No cabe confundir ambos conceptos” (cons. 48°).

En la lógica de la sentencia, la Constitución no protege la vida, sino el derecho a la vida. Esta definición es importante, porque transforma el sentido del sintagma “derecho a la vida” por la vía de alterar su contenido. Si antes podía entenderse que la vida era el objeto de protección constitucional bajo la forma de un derecho, ahora debemos entender que el objeto de protección constitucional es algo distinto: el “derecho a la vida”. Ya no es la cualidad de estar vivo per se lo que se entiende comprendido en la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución, sino “dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella” (cons. 49°).

En este contexto, prosigue la sentencia, es incorrecto afirmar sin más que la vida es un derecho constitucional, porque el plano fáctico –el estar vivo– y el plano jurídico –el derecho a vivir– son diferentes, no sólo desde una perspectiva

sino que se trata de un derecho implícito que se ha elucidado como asegurado a toda persona humana, incluso antes de nacer (puesto que las prácticas eventualmente abortivas ciertamente suprimen también la filiación), según esta Magistratura Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia (véanse, por todos, a partir de los roles N° 1340 y 740, además los roles N° 834, 1563, 1656, 2035, 2081, 2105, 2192, 2215, 2333, 2408, inter alia)” (sentencia rol 2690-14-INA cons. 22°). Lo que aquí se afirma del derecho a la identidad cabe también afirmarlo, por lo menos, del derecho de acceso a la información pública (por todas, sentencia rol 226-95 cons. 19°).

epistemológica, sino también ontológica: la vida y el derecho a la vida no son conceptos coextensivos. Y esto puede demostrarse.

El TC demuestra que la vida y su protección difieren, porque hay supuestos en que la vida no está protegida. La demostración descansa en el carácter relativo del derecho a la vida (y de todo derecho, en definitiva), que es precisamente lo que explica la existencia de supuestos como la legítima defensa y la pena de muerte.⁸ Matar a alguien no es necesariamente inconstitucional, porque lo que la Constitución protege no es la vida, sino el derecho a la vida. Y un ser humano puede verse privado de su derecho a la vida, de modo que quitarle la vida deja de ser antijurídico o inconstitucional.⁹

Las objeciones al argumento de la sentencia

Cada una de las premisas que estructuran el argumento principal de la sentencia, revisadas en la sección anterior, merece una objeción. Estas objeciones, más que negar la validez de la premisa objetada, buscan empatarla con una premisa de valor simétrico. En el primer punto se trata de relevar el alcance de negarle a un ser humano la calidad de persona. En el segundo, se intenta mostrar que las personas tienen derechos porque son seres humanos, y no al revés. En el tercer punto se quiere destacar lo problemático que resulta concebir la vida como un derecho.

a- El problema de negarle el carácter de persona a un ser humano

Distinguir entre persona y ser humano no es necesariamente abrir una puerta a la legalización del aborto. Ciertas circunstancias pueden justificar la restricción de la titularidad de derechos a algunos seres humanos (personas) y no a otros, como cuando la cualidad de persona se reserva al individuo de la especie humana que ha nacido para determinar los efectos de un acto testamentario.

Es normal que el Derecho asocie a una determinada cualidad la titularidad de ciertos derechos. Un ejemplo fácil es la ciudadanía. La cualidad de ciudadano condiciona la titularidad de algunos derechos políticos. Hay ciudadanos que son personas y hay personas que no son ciudadanos. Sin embargo, se acepta que el haz de derechos exclusivos de los ciudadanos es limitado: sería inconcebible, por ejemplo, condicionar la libertad personal a la cualidad de

⁸ Ver cons. 32°, 47°, 49° y 79°. De nuevo remitimos al último párrafo de la sección VI para una correcta comprensión del carácter relativo del derecho a la vida.

⁹ Volvemos sobre este punto en la sección VI.

ciudadano, porque significaría justificar la legitimidad de la esclavitud sobre la base de que una persona no es ciudadano.

La tristemente famosa sentencia *Dred Scott v. Sandford* (1857), de la Corte Suprema de los EE.UU. definió que “A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a “citizen” within the meaning of the Constitution of the United States”.¹⁰ En consecuencia, el esclavo que reclama judicialmente por su libertad carece de legitimidad para presentarse ante el sistema judicial federal. Por supuesto, nadie hoy defiende esta sentencia: la esclavitud es una injusticia que no admite ser ignorada bajo el velo de la ciudadanía.

Algo semejante al problema de *Dred Scott* podría encontrarse en la sentencia del TC: ¿no se habrá llevado demasiado lejos la consecuencia de ser persona? Porque aquí está fuera de discusión que el aborto consiste en privar de la vida a un ser humano, pero se admite su constitucionalidad porque ese (ser) humano no es persona. La cuestión se agudiza cuando se reflexiona sobre el estatus del ser humano no-persona. Si la misma vida es un bien que se le niega a quien no es persona, ¿quedará algún derecho sobre el que un ser humano no-persona pueda reclamar titularidad?

En la práctica, los seres humanos no-persona quedan comprendidos en la categoría de las cosas, que son objetos de derecho. Esta conclusión es incómoda, porque suena demasiado cerca de la premisa jurídica de la esclavitud. Por supuesto, no se está aquí sugiriendo que quienes defienden el aborto sobre la base de negar el estatus de persona al nonato sean partidarios de la esclavitud. Sino simplemente llamando la atención sobre las potenciales consecuencias que pueden tener su origen en la concepción de un ser humano como cosa.

b- Los seres humanos no tienen derechos porque sean personas

El TC definió la titularidad de los derechos constitucionales como un atributo exclusivo de las personas, porque las personas son sujetos de derecho. En consecuencia, sólo de una persona es posible predicar derechos; las personas son el sujeto gramatical y jurídico de los derechos. Esto vale respecto de cualquier derecho. En el caso que estamos comentando, sólo las personas son titulares del derecho a la vida, según el TC.

Tratándose del derecho de propiedad, por ejemplo, uno podría llegar a entender que se pasara por alto la pregunta de por qué sólo las personas pueden

¹⁰ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

ser sus titulares. Pero cuando se trata del derecho a la vida, la pregunta debe ser respondida. La historia de la primera mitad del Siglo XX exige que sea respondida. La cuestión puede plantearse así: ¿los seres humanos tienen derecho a la vida porque son personas, o las personas tienen derecho a la vida porque son (seres) humanos?

Para responder esta pregunta conviene recordar que la noción de persona como sujeto de derecho tiene una finalidad técnica y, así como la conocemos hoy, es de aparición relativamente reciente en la historia del Derecho.¹¹ La necesidad de explicar que el ser humano fuera titular de derechos subjetivos condujo a esta definición (persona = sujeto de derechos), que por analogía se extiende a otros entes. Pero la razón por la que un (ser) humano es titular de derechos es, en último término, su condición humana.

La personalidad, como cualidad que define a un sujeto de derecho, es una creación del Derecho que se fundamenta en la naturaleza del ser humano: porque el ser humano es naturalmente idóneo para ejercer poderes o facultades que llamamos derechos, se explica que a la abstracción de esa capacidad se le llame personalidad. Nadie piensa que los seres humanos deban su idoneidad natural para ejercer derechos al hecho de ser calificados como personas. Pero esto es precisamente lo que hace la sentencia del TC.

Las conquistas obtenidas bajo la bandera de los derechos humanos se han alcanzado derribando aquellas condicionantes que excluían a un grupo de seres humanos de la titularidad de ciertos bienes básicos (vida, libertad, propiedad, culto, etc.). La raza, el sexo, la religión, la nacionalidad, por nombrar algunos, son criterios que no deben invocarse para definir quiénes gozan de derechos fundamentales y quiénes no. En la misma línea, tampoco cabría invocar la ciudadanía o la personalidad.¹²

El camino que toma el TC para eludir la objeción anterior –que reconoce en el cons. 74º– es de un positivismo difícil de conciliar con la jurisdicción constitucional. Dice la sentencia que los derechos constitucionales se aseguran a los individuos de la especie humana que han nacido, porque el texto constitucional habla de personas. Esto es semejante a decir que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) está limitada a individuos humanos de sexo masculino: una interpretación del texto completamente ajena a su espíritu.

11 Guzmán (2012), pp. 119-136, lo cifra en la pandectística decimonónica, aunque sus orígenes mediatos puedan encontrarse siglos antes, en la escolástica

12 En este orden de cosas, es significativo el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

c- Derecho porque hay vida

De todos los bienes básicos del ser humano, el que más se resiste a ser concebido como un derecho es la vida. No es casualidad que los primeros catálogos modernos de derechos fundamentales (v.gr. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Carta de Derechos de la Constitución de los EE.UU.) omitieran incluirla entre sus numerales.¹³ Fue la experiencia sufrida por la Humanidad durante la primera mitad del Siglo XX lo que cambió el paradigma: la minusvaloración de la vida humana traspasó las fronteras de lo imaginable y hubo que positivizarla como un derecho al lado de los demás para recordar la existencia de un límite.

El hecho de que la vida haya entrado en constituciones y documentos internacionales como un derecho, como el primer derecho o el más básico de todos y condición de los demás, no debe hacernos perder de vista el orden de los factores. Remedando una fórmula usada más arriba, podríamos preguntar: ¿la vida se protege porque es un derecho o es un derecho porque merece protección? El hecho de que la vida se haya positivizado como un derecho en constituciones y demás, responde afirmativamente a la segunda opción de esta pregunta: nunca se entendió que la vida mereciera la protección propia de un derecho fundamental sólo y precisamente desde el momento de su positivización. Todo lo contrario, se positivizó porque se entendió que era una exigencia básica de justicia. En este sentido es que se dice que el derecho a la vida es anterior al Estado y la Constitución.

El discurso que subyace a la sentencia que estamos comentando se aparta del marco en que apareció el derecho a la vida en las constituciones modernas. El Tribunal Constitucional entiende que su competencia está limitada a la protección de los derechos constitucionales, y entiende estos derechos como creaciones convencionales cuyo número, titularidad y alcance es definido por el constituyente, que es una expresión del poder político al fin y al cabo. Esta lectura no deja de ser inquietante, cuando se repara en que los derechos fundamentales/constitucionales se presentan justamente como un límite al poder estatal.¹⁴

Por supuesto que no desconocemos el ámbito legítimo de autonomía del poder para determinar/configurar los derechos respecto de su alcance, número y titularidad. Esto corre incluso para el derecho a la vida: el legislador puede

¹³ Hay una referencia a la vida en la Quinta Enmienda de la Carta de Derechos, pero es para delimitar el derecho al debido proceso. El Preámbulo de la Declaración de Independencia de los EE.UU. (1776) contiene una referencia al derecho a la vida, junto al derecho a la libertad y a la búsqueda de la felicidad.

¹⁴ Es lo que quiere decir el texto del artículo 5 de la Constitución: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

decidir que la pena para ciertos delitos sea la muerte; o decidir la exculpación de quien mata a otro en determinadas circunstancias. La gran diferencia entre estos casos y el aborto es que al nonato se le niega la titularidad, mientras que en los demás casos se les priva de ella.¹⁵

El *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pero sí lo es

En este apartado queremos poner al descubierto un error lógico de la sentencia: la contradicción en la que incurre respecto del *nasciturus* como titular del derecho a la vida.

El silogismo que sirve de piedra angular de la *ratio decidendi* de la sentencia, es negada por la propia sentencia, dejando en evidencia la utilización de premisas contradictorias por parte de los ministros sentenciadores. Estas premisas que se contradicen son, por una parte, el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida y, por otra, el *nasciturus* sí es titular del derecho a la vida. De la primera premisa se ha dicho ya bastante. Centremos nuestra atención en la segunda.

Al momento de justificar la competencia del legislador para legalizar el aborto, el TC invoca otros ejemplos en que la ley autoriza a matar a otro (pena de muerte) o exculpa a quien lo haga (legítima defensa o estado de necesidad).

Dice la sentencia en el considerando 49°:

“Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo”.

Por esta vía, la sentencia nos invita a concluir que el aborto sería un supuesto equivalente a los aludidos. Y aquí es donde incurre en contradicción con la premisa que niega al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida, afirmando en cambio, que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida.

En efecto, así como el ejecutado a muerte o el agresor legítimamente repelido con resultado de muerte son titulares del derecho a la vida, debemos entender –para que el argumento de la sentencia funcione– que también el *nasciturus* es titular del derecho a la vida.

¹⁵ Negar y privar son diferentes aquí: privar supone la existencia previa de lo que se priva; negar es no existir: no es ni potencialmente objeto de privación.

La única manera de que los ejemplos utilizados por el Tribunal Constitucional sirvan para justificar una ley de aborto –o la competencia del legislador para despenalizarlo–, es que se acepte que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida. El aborto sería un ejemplo más de que el derecho a la vida no es absoluto, como en los casos de legítima defensa o pena de muerte. De acuerdo: pero nadie podrá negar que esto significa reconocer entonces que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida.

Dado lo anterior, el carácter absoluto o relativo del derecho a la vida es una distinción que debe manejarse con cautela. Porque, a diferencia de lo que ocurre con los demás derechos, en el caso de la vida titularidad y ejercicio se identifican. En este sentido, el derecho a la vida no admite restricciones o limitaciones, sino únicamente privación.¹⁶ Luego, si por absoluto vamos a entender un derecho cuya protección rechaza cualquier compromiso con la protección de otros bienes, entonces estaremos de acuerdo en que la vida es un derecho relativo. Sin embargo, si por relativo vamos a entender una propiedad de los derechos que habilita para verse restringidos en su ejercicio conservando intacta la titularidad, entonces estaremos de acuerdo en que la vida es un derecho absoluto.

Conclusión

En definitiva, ¿qué es el aborto: la modificación del estatuto legal de un bien jurídico o un supuesto más de privación legal del derecho a la vida de alguien? La pregunta es importante, porque en ella se juega el fundamento de la titularidad de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de la peor manera posible, dijo que era ambas cosas a la vez.

Bibliografía

- Aristóteles, *Acerca del alma, Introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 1999;*
- Dabin, Jean, *El derecho subjetivo, traducción de Francisco Javier Osset, Comares, Granada, 2006;*
- Corral, Hernán, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas, Lexis-Nexis, Santiago, 2007;*
- Guzmán, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012;*

¹⁶ Ver más arriba nota 2.

LA COMPATIBILIDAD DE LA RETENCIÓN GENERAL DE METADATOS Y EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO DEL DECRETO ESPÍA

María Paz Canales¹ y Pablo Viollier²

Abstract

La revelación de distintos programas de vigilancia estatal a nivel mundial ha puesto en el ojo público las políticas públicas de retención de metadatos. Durante el 2017, el gobierno de Michelle Bachelet se propuso extender el período de retención de los mismos, a través del apodado “Decreto Espía” que modificaba el reglamento de interceptación de comunicaciones. La declaración de ilegalidad de este Decreto por parte de la Contraloría se presenta como una oportunidad para discutir cómo compatibilizar la retención de metadatos, como forma de generar evidencia criminal, con el derecho fundamental a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Palabras clave: Metadatos, retención de datos, privacidad, derechos fundamentales

Introducción

El pasado 24 de noviembre, la Contraloría General de la República, a través de un escueto, pero contundente oficio, representó la ilegalidad del Decreto N°866 de 2017 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública³ por no ajustarse a derecho. Al abstenerse de dar curso al proceso de toma de razón, el órgano contralor puso fin a la pretensión del Poder Ejecutivo de aumentar de forma desproporcionada e ilegal la capacidad de vigilancia del Estado por vía

¹ Directora ejecutiva Derechos Digitales

² Analista de políticas públicas Derechos Digitales

³ ICDT.cl, Contraloría representa la ilegalidad del Decreto Espía del Gobierno, 28 de noviembre de 2017: <http://www.icdt.cl/wp-content/uploads/2017/11/CGR-representa-decreto-espia.pdf>

reglamentaria, sentando un importante precedente para futuras iniciativas que busquen modificar la regulación de interceptación de comunicaciones y de retención de datos comunicacionales.

El Decreto, apodado “Decreto Espía” por distintas organizaciones de la sociedad civil, tenía como objetivo establecer el “Reglamento Sobre Interceptación de Comunicaciones Telefónicas y de Otras Formas de Telecomunicación, y de Conversación de Datos Comunicacionales”⁴. De esta forma, se presentaba como una modernización del procedimiento de interceptación de comunicaciones contenido en el Decreto Supremo n°142 del año 2015. La finalidad declarada del cuerpo legal era la de entregar mayor especificación, detalle y celeridad en las interceptaciones telefónicas y otras formas de comunicación. Sin embargo, en realidad el texto se proponía ampliar más allá de la habilitación legal el deber de retención de información que recae sobre proveedores de servicio de telecomunicaciones, de forma incompatible con los derechos fundamentales de las personas.

La ilegalidad del Decreto identificada por la Contraloría era de una doble naturaleza. Por una parte, el cuerpo legal buscaba regular materias propias de ley, vulnerando el principio de reserva legal, y por otra, el contenido del Decreto vulneraba el derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones.

En el presente artículo pretendemos ahondar en aquellos elementos, tanto formales como sustantivos, que justificaron el rechazo de la normativa. Para ello, analizaremos cómo el contenido del Decreto amenazaba con vulnerar aspectos tan variados de nuestro ordenamiento jurídico como el derecho constitucional a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, el debido proceso, el principio de reserva legal, la protección de datos personales y el derecho a utilizar tecnología de cifrado.

Por último, y a modo de cierre, damos cuenta cómo esta decisión se presenta como una oportunidad para discutir la legitimidad de las políticas de retención general de metadatos y su compatibilidad con el ejercicio de derechos fundamentales. Para ello, será de particular utilidad el análisis de la decisión de la Corte Europea de Justicia (CEJ) que invalidó la Directiva 2016/24, por considerar que sus normas de recolección masiva de datos eran incompatibles con la Carta de Derechos Fundamentales Europea.

4 El contenido del Decreto fue obtenido a través de una solicitud de transparencia, y se encuentra disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/decreto-866-2017.pdf>

La regulación en torno a los metadatos

A partir de la revelación de Edward Snowden sobre el programa PRISM y otras iniciativas de vigilancia en Estado Unidos ocurridas en junio de 2013, términos que antes estaban reservados a los expertos técnicos en internet –como “metadatos”, “retención de datos” y “perfilamiento algorítmico”– han entrado de lleno a la discusión de políticas públicas sobre privacidad, interceptación de comunicaciones, y vigilancia.

Como su nombre lo sugiere, los metadatos⁵ se refieren a “datos sobre los datos”. De esta forma, al utilizar algún servicio de telecomunicaciones, la información que viaja por la red de ese servicio no es exclusivamente aquella relativa al contenido de la comunicación misma, sino también detalles sobre el emisor y receptor de la comunicación (número de teléfono de ambos, dirección IP, datos sobre el terminal, etc), fecha, hora y tipo de comunicación, así como información sobre la localización de los intervinientes. A medida que los nuevos medios de comunicación involucran un uso cada vez más masivo de tecnologías de cifrado, y el volumen del contenido de las comunicaciones se vuelve demasiado elevado para ser almacenado y analizado, el interés de las agencias de inteligencia y las policías se ha enfocado cada vez más en la retención y análisis de los metadatos⁶.

Si bien el contenido de la comunicación es privado, y se encuentra amparado por el derecho a la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrados en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución, cabe señalar que no existe el mismo consenso en cuanto a que estas garantías constitucionales deban aplicarse a la recolección, almacenamiento y procesamiento de metadatos⁷.

Bajo la justificación de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, distintos países han promulgado legislación que obliga a los proveedores de servicios de internet a almacenar los metadatos de las comunicaciones de sus clientes por un período determinado, y ponerlos a disposición de la autoridad. De esta forma, se lograría producir evidencia de la ubicación,

5 Cabe mencionar que no ha existido un término inequívoco por parte de distintos cuerpo jurídicos al momento de referirse a los metadatos. De esta forma, el Decreto 866 se refiere a ellos como “datos comunicacionales”, mientras la ePrivacy Directive europea se refiere a datos de tráfico (traffic data).

6 Fura, Elisabet y Klamberg, Mark “The Chilling Effect of Counter-Terrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA” en *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza – President of the European Court of Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, pp. 463-481. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2169894>

7 Carrera, Sergio y Guild, Elspeth “The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive”. CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 65, Mayo 2014.

conexiones, llamadas y otros indicios respecto de la conducta de los eventuales sospechosos de delitos graves.

En derecho comparado, es posible identificar la *Storage Communication Act*⁸ estadounidense, la cual establece que siempre será necesaria una orden judicial para acceder a información de comunicaciones almacenada por un período inferior a 180 días. Para aquella información almacenada voluntariamente por un período superior a 180 días, se deberá notificar al usuario de la diligencia, y acompañar una autorización administrativa⁹. Australia, por su parte, requiere a sus proveedores de internet almacenar los metadatos de las comunicaciones de sus clientes por un período de dos años, y sólo exige una orden para acceder a los datos comunicacionales de periodistas profesionales¹⁰. En Europa, la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo establecía el marco general para que los distintos países de la Unión legislaran a nivel nacional sobre la retención de metadatos, señalando que el período de retención no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años, y que los datos sólo pudiesen ser solicitados por la autoridad en caso de “delitos graves”. Sin embargo, esta directiva fue declarada inválida en abril de 2014 por la Corte Europea de Justicia (CEJ), por resultar incompatible con la Carta de Derechos Fundamentales Europea.

En nuestro país, la obligación de los proveedores de internet de retener los metadatos producidos por las comunicaciones de sus clientes se encuentra regulada en el artículo 222 inciso quinto del Código Procesal Penal. La norma se limita a establecer que los proveedores deberán mantener, de forma reservada y a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus clientes.

8 Stored Communications Act (18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701–2712). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-1/chapter-121>

9 Vale la pena mencionar que no existe una regulación a nivel federal que obligue a los ISP a retener la información de las comunicaciones de sus clientes por un período determinado, y aquellos proyectos que han propuesto un período determinado han sido rechazados en su tramitación legislativa.

10 Greenleaf, Graham “Going Against the Flow: Australia Enacts a Data Retention Law” (2015) 134 *Privacy Laws & Business International Report*, 26-28; UNSW Law Research Paper No. 2015-45. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2649560>

Una amenaza a la privacidad de todos los habitantes del país

La figura de la retención general de metadatos evoca lo que el sociólogo estadounidense Gary Marx denomina una “sociedad de la seguridad máxima”¹¹. En ella, se concreta el modelo de prisión diseñado por el filósofo Jeremy Bentham, en donde el guardia puede observar (-opticon) a todos (pan-) los prisioneros, sin la posibilidad de que estos sepan en qué momento están bajo vigilancia, lo que produce el sentimiento colectivo de que el guardián cuenta con un conocimiento infinito de la situación (omnisciencia)¹². De esta forma, se genera en la población un “chilling effect” o efecto inhibitorio, en donde los individuos tienden a autocensurarse o a abstenerse de realizar actividades, tanto lícitas como ilícitas, por miedo a ser vigilados por la autoridad¹³. En esta sociedad de la vigilancia máxima, las normas sobre retención de metadatos no sólo cumplen una función de investigación de delitos, sino una función disuasiva y preventiva de su comisión.

Los defensores de estas políticas intrusivas, entre ellos el ex subsecretario Mahmud Aleuy¹⁴, argumentan para justificarlas que en las políticas de retención de metadatos “no se trata del contenido mismo de la comunicación, sino que datos de registro sobre las comunicaciones”, y por tanto tendrían un nivel menor de intrusividad, justificándose un nivel desmejorado de protección jurídica de esta información frente al contenido de la comunicación.

Sin embargo, cómo Vidaschi y Lubell (2015) han señalado, la recolección y almacenamiento de estos datos requieren tecnología capaz de recolectar automáticamente cantidades enormes de datos, y de almacenarla por períodos prolongados de tiempo. Esta información, en principio de carácter neutral, puede ser objeto de tratamiento algorítmico, y a través de procesos de referencia cruzada, pueden generar información personal y sensible sobre el comportamiento y vida personal de los usuarios. De esta forma, al ser

11 Marx, Gary “La société de sécurité maximale”. *Déviance et société*, vol 12, 2, 1998, pp. 147-166. Cita en Fura, Elisabet and Klamberg, Mark (2012). Disponible en: https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_2_1535

12 Fura, Elisabet and Klamberg, Mark “The Chilling Effect of Counter-Terrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA” (2012). Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, pp. 463-481. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2169894>

13 Stoycheff, Elizabeth “Under Surveillance: Examining Facebook’s Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring” (2016). *Journalism & Mass Communication Quarterly* Vol 93, Issue 2, pp. 296 - 311. Disponible en: <http://journals.sagepub.com/stoken/rbtf/1jxrYu4cQPtA6/full#articleCitationDownloadContainer>

14 Mediatelecom “Aleuy defiende norma para guardar datos de clientes de firmas de telecomunicaciones” (2017). Disponible en: <https://www.mediatelecom.com.mx/2017/06/30/aleuy-defiende-norma-para-guardar-datos-de-clientes-de-firmas-de-telecomunicaciones/>

analizados de forma agregada, combinada y contextualizada, los metadatos tienen un enorme potencial para el perfilamiento¹⁵.

La CEJ reflexiona sobre el potencial intrusivo del análisis de metadatos, en su decisión de abril de 2014, que declaró inválida la Directiva 2006/24, al señalar que

“[e]stos datos, considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales, y los medios sociales que frecuentan” y, por tanto “afecta de manera directa y específica a la vida privada”.¹⁶

Si bien la obligación para los proveedores de retener ciertos metadatos de la comunicación de sus clientes se encuentra vigente desde la promulgación del Código Procesal Penal, el Decreto pretendía aumentar la intrusividad de esta retención en dos sentidos: aumentando el período de retención y aumentando los datos a ser conservados.

El artículo 222 establece que los datos de los usuarios deben ser almacenados por los proveedores por un período “no inferior a un año”¹⁷. Amparándose en la interpretación de que el artículo establece un período mínimo, el Decreto pretendía aumentar por vía reglamentaria a un período no inferior a dos años.

Por otro lado, el artículo 10 del Decreto propuesto exigía la conservación por parte de los proveedores de datos no establecidos en el Artículo 222 del Código Procesal Penal, entre ellos:

- a- Los antecedentes del suscriptor y/o usuarios que permitan conocer los datos administrativos y financieros de los mismos.
- b- Los antecedentes necesarios para identificar el origen de la comunicación,

¹⁵ Vedaschi, Arianna y Lubello, Valerio “Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy” (2015). *Tilburg Law Review* 20 (2015) 14-34, página 20. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2589524>

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12. Considerandos 26 y 27. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054en.pdf>

¹⁷ Cabe señalar que la redacción actual de la disposición no entrega certeza de cómo deberían reaccionar los proveedores cuando no han eliminado la información transcurrido el período de un año, y esta es requerida en el contexto de una investigación penal.

tales como número de teléfono, nombre y datos del suscriptor, direcciones IP, entre otros.

c- Los antecedentes necesarios para identificar el destino de la comunicación.

d- Los antecedentes para determinar la fecha, hora y duración de la comunicación.

e- Los antecedentes para terminar la clase o tipo de comunicación.

f- Los antecedentes para determinar los equipos terminales intervinientes en la comunicación y su ubicación geográfica, con las indicaciones y requisitos que exija la norma técnica respectiva.

g- Cualquier otra información requerida por la Norma Técnica respectiva y que sirva para complementar los antecedentes enumerados anteriormente.

Si bien la Contraloría no se pronunció sobre este punto, es posible afirmar que la extensión del plazo y los tipos de datos a almacenar que se proponían eran incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Un aumento en la capacidad de vigilancia del Estado ignora completamente los criterios de proporcionalidad y necesidad, los que constituyen elementos necesarios al momento de implementar regulación que potencialmente restrinja el ejercicio de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad requiere que *“la limitación de que se trata guarde una relación razonable o proporcionada con el fin que se persigue obtener (...) [tratándose de] un proceso de ponderación de las ventajas y las desventajas de la medida”*¹⁸.

La desproporción del aumento en el plazo de retención y los tipos de datos a almacenar por parte de los proveedores queda en evidencia al considerar que estamos ante una medida que no sólo afecta a aquellas personas que son sospechosas de la comisión de un delito o que son objeto de una investigación penal, sino que a todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones. De esta forma, se genera una especie de inversión del principio de inocencia, en donde se almacenan los datos de las comunicaciones de todos los habitantes del país, ante la eventualidad de que alguno sea objeto de una investigación penal.

Esta aproximación maximalista contrasta fuertemente con la historia legislativa de las distintas modificaciones al Código Procesal Penal, que dan cuenta cómo el legislador siempre ha precavido que las medidas intrusivas a la privacidad sean de carácter excepcional, dirigidas a personas determinadas,

¹⁸ Sentencia Rol N° 1710-2010 del Tribunal Constitucional, de 6 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1479>

justificadas sólo para ilícitos graves, y siempre bajo la tutela del Juez de Garantía correspondiente.

Durante la tramitación del proyecto de ley que promulgó el Código Procesal Penal, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados estimó que no se justificaba la inclusión de normas de interceptación en el Código, argumentando que *“la interceptación sólo debe ser una medida muy excepcional, que debe otorgarse para la investigación de ciertos delitos específicos, como los de terrorismo, de narcotráfico o en contra de la seguridad del Estado, en las respectivas leyes que los consagren”*¹⁹. Si bien las normas fueron reincorporadas al proyecto en el segundo trámite constitucional, se estimó *“excesivo permitir la interceptación en cualquier delito que mereciere pena aflictiva, según lo disponía el Mensaje, por lo que elevó la exigencia a que el delito investigado mereciere pena de crimen, con lo cual se asegura la procedencia sólo respecto de los delitos de mayor gravedad”*²⁰.

De esta forma, se da la paradoja de que la interceptación del contenido de la comunicación está sometida a reglas sumamente estrictas y su aplicación es carácter excepcional, mientras que la retención de los metadatos de toda la población (que pueden decir lo mismo, o incluso más de una persona que el contenido de su comunicación) se realiza de forma masiva e indiscriminada. El estatus de protección reducida que el gobierno asigna a los metadatos queda reforzado por el hecho que su regulación se pretendía modificar a través de un simple decreto.

En cuanto al principio de necesidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que su aplicación requiere que *“entre las diversas alternativas de regulación o de limitación se ha de escoger la que resulte menos lesiva para el derecho”*²¹. De esta forma, debe existir una ponderación respecto a la efectividad de las políticas de retención de metadatos en relación con la finalidad buscada, que permita justificar por qué esta medida es preferible a una menos lesiva.

Sin embargo, no existe un cuerpo de evidencia que demuestre la efectividad de la recolección, retención y acceso a metadatos como herramienta para el combate del delito²². Esta falta de evidencia fue abordada por el Parlamento

19 Historia de la Ley N°19.696, Primer Informe de la Comisión de Constitución. Cámara de Diputados, páginas 351 y siguientes. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>

20 Ibid, páginas 1408-1409.

21 Op. cit

22 Para un resumen accesible del debate en esta materia, ver Peña, Paz “No les creas: la retención masiva de metadatos no sirve para combatir el crimen” (2017). Disponible en: <https://medium.com/pazpena/no-les-creas-la-retenci%C3%B3n-masiva-de-metadatos-no-sirve-para-combatir-el-crimen-board-be0c84d6>

Europeo en una sesión realizada el 16 de abril de 2014, en donde se discutió la efectividad de la Directiva de Retención de Datos europea en la lucha contra el crimen y el terrorismo²³. Del mismo modo, el Privacy and Civil Liberties Oversight Board del gobierno estadounidense publicó un informe en 2014, en donde también se recalcó la dificultad para cuantificar la efectividad de la retención de metadatos en la lucha contra el crimen y el terrorismo²⁴.

En efecto, parece no haber justificación para extender la retención de metadatos a un período superior a tres meses, toda vez que existe evidencia que, al menos en Europa, es en ese lapso de tiempo que las agencias policiales solicitan acceso a ellos²⁵.

Por último, la falta de consideración del Decreto hacia el respeto al derecho a la vida privada de la población se ve reforzado por el hecho de que este no invoca dentro de sus fundamentos la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N°4 de la Constitución, que consagra “*El respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”, ni tampoco hace referencia alguna a la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada.

Infracciones a la garantía del debido proceso

La Constitución consagra, en su artículo 19 N°3 inciso sexto, que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Por su parte, el Código Procesal Penal establece, en su artículo 9, que toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de una autorización judicial previa. De esta forma, el legislador establece la orden judicial previa como método de control y resguardo de los derechos del imputado ante diligencias investigativas que puedan vulnerar alguno de sus derechos fundamentales.

La necesidad de contar con una orden judicial previa para solicitar la interceptación de comunicaciones telefónicas se encuentra explícitamente establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal. Sin embargo, su inciso quinto no hace referencia directa a este requisito respecto del acceso a los metadatos que la ley obliga a los proveedores de internet a retener.

23 Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20140416+ITEM-017+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

24 Disponible en: <https://s3.amazonaws.com/s3.documentcloud.org/documents/1008957/final-report.pdf>

25 Carrera, Sergio y Guild, Elspeth (2014), página 14.

Una interpretación armónica de las disposiciones del mismo Código, y en particular la aplicación de lo dispuesto en su artículo 9, indica que el acceso a esta información también requiere de una orden judicial previa. Sin embargo, una investigación realizada por un conjunto de organizaciones de la sociedad civil latinoamericana el año 2016, dio cuenta de que algunas empresas proveedoras de internet chilenas interpretaban que el acceso a metadatos no requería de una orden judicial previa. A juicio de estas empresas, basta que el acceso fuese requerido por el Ministerio Público, personalmente por el Fiscal, o a través de la policía teniendo como requisito que la solicitud se enmarque en la investigación de un crimen o delito²⁶.

Una investigación de Derechos Digitales dio cuenta que al año 2017 ninguna empresa proveedora de internet en Chile transparentaba sus criterios para la entrega de metadatos a la autoridad²⁷. No fue hasta la segunda versión del informe, en el año 2018, que dos empresas chilenas publicaron sus requisitos para la entrega de metadatos, ambas estableciendo que exigen una orden judicial previa a la autoridad²⁸. Por otro lado, no existe claridad respecto del criterio de los Juzgados de Garantía en esta materia. Esto por falta de información estadística, y porque la solicitud de acceso a metadatos suele pedirse en el mismo escrito en que se solicita la interceptación de comunicaciones.

El Decreto buscaba remediar esta falta de certeza jurídica, con la intención de convertirse en una fuente autoritativa para prescindir de esta tutela de garantías, al no exigir explícitamente la obtención de una orden judicial previa. En este sentido, un personero del Ministerio del Interior señaló con fecha 25 de agosto de 2017 que “*El Código Procesal Penal establece que la Fiscalía puede requerir a sus organismos auxiliares la obtención de los registros en el marco de un proceso, sus organismos auxiliares son Carabineros y la PDI*”²⁹.

Además, el Decreto buscaba crear una especie de habilitación legal implícita para que autoridades distintas del Ministerio Público pudiesen acceder a los metadatos de los usuarios. En este sentido, el artículo 1 del Decreto en

²⁶ ADC “Políticas de Protección de Datos Personales en las empresas de telecomunicaciones: Estudio de casos de Argentina, Brasil, Chile y México”. 2017, página 47. Disponible en: <https://adcdigital.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Políticas-proteccion-datos-personales-telcos.pdf>

²⁷ Derechos Digitales. “Quién defiende tus datos?”. 2017. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/qdtd-2017.pdf>

²⁸ Derechos Digitales. “Quién defiende tus datos?”. 2018. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/qdtd-2018.pdf>

²⁹ Declaraciones disponibles en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/08/25/gobierno-firma-decreto-para-guardar-datos-de-tus-llamadas-internet-y-mensajes-por-2-anos.shtml>

cuestión señalaba que los datos *comunicacionales relevantes para el cumplimiento de los cometidos de los órganos del Estado deberán conservarse (...) a disposición del Ministerio Público y de toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlos*. Dicha redacción operaba bajo un supuesto no contenido en nuestra legislación, esto es, que existen otras instituciones distintas al Ministerio Público que se encuentran facultadas por ley para requerir los datos conservados en función del artículo 222 del Código Procesal por parte de las empresas proveedoras de internet.

Este punto es la única materia de carácter sustantiva que la Contraloría aborda en su pronunciamiento. Al momento de representar la legalidad del Decreto, el órgano contralor señaló que *“teniendo presente la especialidad de la materia, corresponde observar que se efectúen referencias a “órganos del estado”, “toda otra institución”, “intervinientes”, “autoridad competente” y “autoridad”, expresiones que no se ajustan estrictamente a los referidos preceptos legales”*.

De esta forma, el pronunciamiento de Contraloría confirmó que no corresponde ampliar por vía reglamentaria las autoridades que pueden tener acceso a la información almacenada por los proveedores de internet, y que sólo los órganos facultados por la ley, y exclusivamente para los fines establecidos por ésta pueden estar autorizados para realizar interceptaciones de comunicaciones o acceder a los datos retenidos por las empresas de telecomunicaciones.

Inconstitucionalidad del decreto: el principio de reserva legal

Más allá de la vulneración a la privacidad y el debido proceso que la implementación de las disposiciones del Decreto hubiese significado, el proceso también adoleció de inconstitucionalidad debido a la forma en que el gobierno se propuso realizar el cambio regulatorio.

Cómo hemos señalado, el Decreto buscaba regular materias propias de ley. Iba más allá, e incluso contradecía la regulación de distintas materias establecidas a nivel legal. Entre ellas, el período de retención de metadatos, las autoridades que pueden acceder a ellos, y los tipos de datos sujetos a retención. Esta extralimitación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República configura una vulneración del principio de reserva legal, y a su vez, del principio de separación de poderes.

Más allá del análisis estrictamente jurídico, es importante recordar que ambos principios se encuentran establecidos como forma de control al ejercicio del poder político por parte de los órganos estatales. Esto es particularmente relevante al momento de discutir materias que, como la vigilancia,

entregan un poder excesivo del Estado sobre sus ciudadanos, el cual requiere de importantes controles y contrapesos para no ser abusado.

La doctrina ha señalado que “[h]ay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento”³⁰.

De esta manera, la Constitución reservó tres materias exclusivamente a la ley: (i) aquellas establecidas taxativamente en el artículo 63, (ii) las que la misma Constitución encomienda a la ley en normas especiales y (iii) aquellas regulaciones que son esenciales del ordenamiento jurídico, de acuerdo al N° del artículo 63.

Así las cosas, la Constitución establece un sistema de dominio legal máximo³¹, en donde queda entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República toda materia que no se encuentre bajo reserva de ley. Ya que la ley sólo se encuentra llamada a establecer las normas básicas o las que fijen “bases esenciales” del ordenamiento jurídico, es necesario concluir que el reglamento se encuentra limitado a colaborar con la ejecución de la ley, limitándose a aspectos técnicos o de detalle que no son posibles abordar por la ley. Dado que sólo la ley se encuentra autorizada para regular o restringir el ejercicio de derechos fundamentales, el artículo 19 N°26 califica esa autorización al señalar que los preceptos legales que limiten las garantías que la Constitución establece, no podrán afectar los derechos en su esencia.

El oficio antes citado de la Contraloría identifica de forma correcta las múltiples disposiciones del Decreto que vulneran el principio de reserva legal, señalando que “*debe objetarse que diversas disposiciones del señalado reglamento regulan materias propias de ley, como los son las relativas a la conservación de datos comunicacionales por parte de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, y a las atribuciones de los jueces de garantía y del Ministerio Público, excediendo las normas del Código Procesal Penal que se invocan como fundamento o resultan aplicables*”³².

En otras palabras, el Decreto resultaba inconstitucional tanto en la forma como en el fondo. Sólo el ejercicio democrático al interior del proceso

30 De Otto, Ignacio (1987) Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona: Ariel, p.151.

31 Carmona, Carlos. “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”. Revista de derecho. Año I N°3, 2001, pp. 29-62.

32 El énfasis es nuestro.

legislativo puede establecer límites a los derechos garantizados por la Constitución. En este sentido, sólo la ley goza del rango normativo para regular el ejercicio del derecho a la protección a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, y en ningún caso puede afectarlos en su esencia.

Otras normas del Decreto

La iniciativa de modificación de reglamento no sólo contenía normas que iban allá de la regulación legal o la contradecían, sino que también buscó innovar, creando obligaciones jurídicas inéditas, sin la habilitación legal para regular dichas materias a través de un reglamento.

De esta forma, el artículo 12 del Decreto pretendió extender la obligación establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal sobre los proveedores de servicio de telecomunicaciones a cualquier persona individualizada o individualizable. Más aún, el artículo pretendía que cualquier persona, natural o jurídica, que otorgara algún tipo de acceso a internet (como en redes de wi fi, ciber cafés, etc.) pudiese ser obligada a conservar y mantener a disposición de cualquier institución que se encuentre facultada para requerirlos todo tipo de datos comunicacionales que se encuentre bajo su control.

Como ya hemos señalado, el Código Procesal Penal establece la obligación de retener, por un período no menor a un año, los números de las conexiones IP de sus abonados. Sin embargo, esta obligación está establecida específicamente respecto de las empresas proveedoras de servicio de internet, y no respecto de otros individuos o instituciones. Esta regulación se realizó a nivel legal, puesto que constituye una obligación que limita y restringe el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y la protección de la vida privada.

Por otro lado, resultaba insostenible la pretensión del artículo 12 del Decreto en cuanto a imponer una carga jurídica y pecuniaria considerable a cualquier persona identificable. A diferencia de las empresas de telecomunicaciones, las personas naturales o instituciones de menor tamaño no necesariamente se encuentran capacitadas técnicamente para cumplir con dicha carga, o pueden no contar con los recursos económicos para implementar estas medidas costosas y complejas.

Esta obligación, por su carácter desproporcionado y arbitrario, no se encuentra presente en la regulación comparada. Su aplicación tiene el potencial de transformar a cualquier administrador de una red en el responsable de recolectar y almacenar la información de las comunicaciones de sus

usuarios. Esto puede dar pie a situaciones éticas complejas, tales como la eventual obligación para que una Universidad retenga y ponga a disposición de la autoridad los datos comunicacionales de sus estudiantes; de un sindicato respecto de sus miembros o de un movimiento político respecto de sus adherentes.

Por último, el artículo 3 letra i propuesto establecía que “[las empresas de telecomunicaciones n]o podrán, bajo ningún respecto, mantener o incorporar en sus redes tecnología ni equipamiento que dificulte o impida, de manera alguna, el cumplimiento de las órdenes emanadas de autoridad competente que tengan por objeto la interceptación y la grabación de las comunicaciones, conforme a los procedimientos legalmente establecidos”.

*Esta obligación resulta incompatible con lo establecido por el artículo 24 H letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, que obliga a los proveedores de servicios adoptar medidas para proteger la seguridad de la red y la privacidad de las comunicaciones*³³.

Vale la pena mencionar que el artículo 3 del Decreto reproduce textualmente lo establecido en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 142, que hoy se encuentra vigente y que el Decreto buscaba actualizar. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la modificación al artículo 24 h) de la Ley General de Telecomunicaciones fue incorporada a propósito de la ley que consagró el principio de neutralidad de la red el año 2010. Ya que el Decreto Supremo N° 142 fue promulgado el año 2005, debe entenderse tácitamente derogado por la modificación del 2010, tanto por un criterio temporal como de rango legal.

En este sentido, la publicación de la Política Nacional de Ciberseguridad en abril de 2017 vino a confirmar la importancia de fomentar las tecnologías de cifrado como política de Estado³⁴.

33 Artículo 24 H. a) “(...) Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en Internet.”

34 “Las medidas basadas en esta política deberán promover la adopción de cifrado punto a punto para los usuarios, en línea con los estándares internacionales; y en ningún caso se promoverá el uso intencional de tecnologías poco seguras, ni la obligación a ninguna persona u organización que provea servicios digitales, de implementar mecanismos de “puerta trasera” que comprometan o eleven los riesgos asociados a las tecnologías de seguridad empleadas”. Política Nacional de Ciberseguridad, página 18. Disponible en: <http://ciberseguridad.interior.gob.cl/media/2017/05/PNCS-CHILE-FEA.pdf>

Más allá del Decreto Espía ¿Es posible compatibilizar la retención de metadatos con el respeto a los derechos fundamentales?

En retrospectiva, resulta evidente que el Decreto adolecía de múltiples vicios de constitucionalidad que justificaban que la Contraloría representara su legalidad, y en definitiva, no diera curso al proceso de toma de razón. Estos iban desde regular por decreto materias propias de ley, vulnerando el principio de reserva legal, a pretender hacer más estrictas las condiciones de retención de metadatos, aumentando innecesariamente la capacidad de vigilancia del Estado, sin la debida consideración del derecho a la vida privada de las personas.

Sin embargo, desde una perspectiva de defensa de los derechos fundamentales, más allá de haberse detenido la aprobación de una norma abusiva e inconstitucional, el proceso de impugnación del decreto ante la Contraloría permitió la apertura de una discusión más amplia: hasta qué punto resulta legítimo, pertinente y constitucional que el Estado obligue a las empresas de telecomunicaciones a retener los metadatos de las comunicaciones de todos los chilenos. Este ejercicio cobra aún mayor sentido hoy, si se tiene en consideración que con posterioridad a la decisión de Contraloría se aprobó una reforma que consagra el derecho a la protección de datos a nivel constitucional³⁵.

Debido a que esta obligación fue incorporada al Código Procesal Penal desde su promulgación, nunca existió una discusión pública respecto al efecto de esta figura en la privacidad de las personas. Sin embargo, el debate generado por el intento de adopción del Decreto Espía congregó a organismos internacionales³⁶, asociaciones gremiales³⁷, organizaciones de la sociedad civil³⁸, académicos³⁹ y a representantes políticos pertenecientes a todo el espectro político.

De ahí que resulte provechoso utilizar la ocasión para abrir un debate en torno a la legitimidad de la obligación de retención general de metadatos y la constitucionalidad del inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal

35 Ley N° 21096 Que consagra el derecho a la protección de datos personales (2018). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1119730>

36 Human Rights Watch. Informe Mundial 2018, capítulo chileno, 2018. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2018/country-chapters/313304>

37 Instituto Chileno de Derecho y Tecnología. "Orwell en Chile". 2017. Disponible en: <http://www.icdt.cl/orwell-en-chile/>

38 Fundación Datos Protegidos. "Decreto espía: Datos y metadatos que importan". 2017. Disponible en: <https://datosprotegidos.org/decreto-espia-los-metadatos-si-importan/>

39 Luis Cordero. "Privacidad cero". 2017. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/privacidad-cero-2/amp>

Penal. Para ello, el fallo de la CEJ que invalidó la Directiva de Retención de Datos europea resulta particularmente útil.

En el centro de la decisión de la CEJ se encuentra el rechazo a la vigilancia masiva, y en particular del monitoreo indiscriminado de las comunicaciones de todos los ciudadanos europeos, por resultar ésta incompatible con el derecho a la privacidad y la protección de datos personales⁴⁰. Sin embargo, a nivel nacional las cortes parecen aceptar la figura de la retención de metadatos, en la medida que respondan de manera más estricta a criterios de proporcionalidad. De esta forma, el Tribunal Constitucional de Rumania señaló que “*existe una necesidad urgente de asegurar herramientas legales eficientes y adecuadas para combatir el crimen. Sin embargo, también puso énfasis en que la recolección de datos relativos a todos los ciudadanos de un país, independiente del nivel de involucramiento en una investigación criminal es “probable que signifique una inversión de la presunción de inocencia”*”⁴¹.

La decisión de la CEJ de 2014 realiza una advertencia similar, al señalar que [la Directiva] *no exige ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública, y en particular, la conversación no se limita a datos referentes a un período temporal o zona geográfica determinados o un círculo de personas concretas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave*”⁴². Ya que la directiva invalidada no ha sido reemplazada por una nueva, se abre la interrogante de cómo construir un modelo de política de retención de metadatos que cumpla con los criterios de proporcionalidad, necesidad y especificidad establecidos por la CEJ.

Para ello, resulta útil echar mano a la distinción utilizada por Carrera y Guild (2015) entre “preservación de datos” (quick freeze) y “retención de datos”. El primero ocurre cuando un tribunal ordena al proveedor de servicio retener la información de las comunicaciones de un individuo específico, quien es sospechoso de una actividad criminal. Retención de datos, por el otro lado, es la recolección masiva e indiscriminada de metadatos de toda la población⁴³.

40 Vedaschi, Arianna y Lubello, Valerio “Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy” (2015). *Tilburg Law Review* 20 (2015) 14-34, página 27. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2589524>

41 Tribunal Constitucional de Rumania, N°1258, dictada el 8 de octubre de 2009. La traducción es nuestra. Disponible en: http://www.legi-internet.ro/fileadmin/editor_folder/pdf/decision-constitutional-court-romania-data-retention.pdf (citado en Vedaschi y Lubello, 2015, página 25)

42 Op. cit, considerando 59.

43 Carrera, Sergio y Guild, Elspeth (2014), página 14.

En este sentido, resultaría correcto que la intromisión que significa la retención de metadatos de un individuo fuese justificado caso a caso. Esta justificación requeriría de un test de legalidad doble. En primer lugar, establecer si existen antecedentes suficientes para justificar la retención. Luego, determinar si la retención resulta proporcionada a la luz de su objetivo y la severidad de la intrusión en relación con el derecho fundamental a la privacidad⁴⁴.

De esta forma, para poder cumplir con los principios de necesidad, proporcionalidad y especificidad, sería necesario modificar el artículo 222 inciso quinto del Código Procesal Penal, de forma tal de pasar de un sistema de retención de datos a un sistema de preservación de datos. En este esquema, las empresas no almacenarían los metadatos de todos sus clientes, sino solo de aquellos que la autoridad ha justificado mediante los requisitos establecidos en la ley que son sospechosos y que dicha diligencia se justifica en función del delito que se investiga. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, y a fin de mantener la coherencia regulatoria, resultaría adecuado que dicha diligencia sólo se pueda solicitar respecto de los delitos que merezcan pena de crimen, requisito establecido para la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas.

Por último, el periodo de retención debe modificarse a fin de entregar mayor certeza jurídica de su recolección, conservación y eventual entrega. De esta forma, de un sistema de plazo mínimo de retención, el artículo 222 debería pasar a un sistema de período máximo de retención, luego del cual se garantice que la eliminación de la información se realizará de forma obligatoria, y por los medios técnicos idóneos. Un régimen como el aquí propuesto sería uno concordante con el balance en el respeto de los diferentes derechos constitucionales en juego, y con la vigencia plena del principio de presunción de inocencia en el que descansa el Estado de Derecho.

⁴⁴ Ibid, página 6.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

COMENTARIOS A LA OPINIÓN CONSULTIVA 24/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IDENTIDAD DE GÉNERO¹

Ximena Andrea Gauché Marchetti²

Síntesis

Este trabajo comenta sobre la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre.

Ello se hace contextualizando este pronunciamiento, de 24 de noviembre de 2017 pero conocido a inicios de 2018, con lo que han sido decisiones anteriores en torno a temas relacionados y de cara a la proyección de los estándares de derechos humanos creados para la actuación política y normativa de los países de nuestro continente, especialmente aquellos que aún no adoptan legislación en tal materia, como es el caso de Chile.

- ¹ Este comentario se enmarca en la investigación realizada por la autora como Directora para el Proyecto de Investigación Aplicada “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, Proyecto FONDEF adjudicado por la Universidad de Concepción cuya entidad colaboradora es la Excelentísima Corte Suprema, CONICYT. Código ID17110111.
- ² Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica). Master Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales, por la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Universidad Complutense de Madrid (España). Sus principales líneas de investigación son la igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. Se desempeña como profesora de Derecho Internacional y Derechos Fundamentales y como Subdirectora de Equidad de Género y Diversidad de la Universidad de Concepción (Chile). Es autora de capítulos de libros y artículos en revistas de especialidad, en Chile y el extranjero, en temas de igualdad, discriminación, infancia, educación en derechos humanos y diversidad sexual. Ha sido convocada como relatora o ponente en congresos científicos nacionales y extranjeros y ha participado en proyectos de financiamiento interno y externo relacionados a sus líneas de investigación. En la actualidad es Directora del Proyecto de Investigación aplicada FONDEF ID17110111 “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”. Fue electa como integrante del Primer Consejo Consultivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos (Chile) para el período 2012-2015. Desde 2012 es relatora para la Academia Judicial de Chile y en 2017 fue electa como integrante del Directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional para el período 2017-2019. Elegida como Mujer Destacada 2016 por el Servicio Nacional de la Mujer Bío Bío y el Gobierno Regional, en la categoría “Academia y Ciencia”, en el marco de la conmemoración del Día Internacional de la Mujer. Correo electrónico: xgauche@udec.cl

Este comentario persigue como propósito justificar la necesidad ineludible de diálogos transversales entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho nacional, como forma de favorecer un espacio de mayor respeto a los derechos de todas las personas, tal como se explicitará en su desarrollo, y para los cuales el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vía consultiva resulta especialmente relevante.

Introducción

Desde 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha aprobado regularmente alguna resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, no sin debates y tensiones políticas internas, proyectadas hacia el sistema internacional³. En general, a través de estas resoluciones los estados del sistema han ido manifestando su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas contra individuos a causa de su orientación sexual⁴ e identidad de género⁵ y encargando a los órganos respectivos de la OEA incluir el tema en su agenda. Se han condenado los actos de violencia perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y se ha instado a los estados a tomar medidas al respeto y asegurar acceso a la justicia para las víctimas, así como para los defensores de los derechos humanos.

3 OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18), Promoción y protección de derechos humanos, 5 de junio de 2018; AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

4 “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2006)

5 “Identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2006)

Con ese contexto y en el marco a su vez del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los derechos humanos, desde 2012 a la fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) ha tenido oportunidad de pronunciarse por vía contenciosa en tres casos vinculados a demandas de personas en que el tema que motiva las vulneraciones que les han afectado ha sido la orientación sexual. Se trata de los casos Atala Riffo y niñas contra Chile, de 22 de febrero de 2012, Duque contra Colombia, de 26 de febrero de 2016 y Homero Flor Freire contra Ecuador, del 31 de agosto de 2016, vinculados en lo general a temas de familia los dos primeros y a sanciones en el ámbito de la actividad militar el tercero.

A fines del 2017, la Corte tuvo la ocasión de emitir su pronunciamiento ahora sobre dos temas concretos por vía consultiva: sobre el cambio de nombre de las personas trans y sobre los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Todo ello a petición de Costa Rica, país que en su elección presidencial de 2018 ha sido un claro exponente de la relación que hoy se puede evidenciar entre política interna y derecho internacional⁶.

Las preguntas sometidas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el contexto para motivar la actuación por vía consultiva.

Conforme indica el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (en adelante, la Convención Americana) los Estados Miembros de la Organización pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, la Corte puede darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica, con fundamento en tal normativa de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24

⁶ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43582350>, Elecciones en Costa Rica: “Elegidos por Dios”, la intensa influencia de las Iglesias evangélicas en los comicios de ese país. 1 de abril 2018.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17 del mismo instrumento⁷.

En relación a tales derechos garantizados, Costa Rica presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el Tribunal americano se pronunciara sobre:

a. La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

b. La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica de 1887 a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención.

c. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Ello lo hizo Costa Rica a través de la presentación a la Corte de las siguientes preguntas específicas:

1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la Convención Americana que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?;

2. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la Convención Americana que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?;

3. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la Convención Americana, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?;

⁷ El artículo 11.2 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. El artículo 18 en tanto consagra el derecho al nombre propio de cada persona y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos, estableciendo que las leyes internas de los estados deben reglamentar la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. Finalmente, el artículo 24 consagra que todas las personas son iguales ante la ley y que, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

4. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la misma Convención ¿contempla esa protección y la Convención que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?, y

5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

*En su presentación Costa Rica expuso como las consideraciones que originaron la consulta, el reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género, caracterizándolo como un proceso disímil en los diferentes estados integrantes del sistema interamericano, cuestión que fue ratificada por la propia Corte*⁸. Señaló que es posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex, hasta aquellos Estados miembros que mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones. Asimismo, Costa Rica reconoce en su presentación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Atala Riffo y Niñas contra Chile y Duque contra Colombia, determinó como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual.

No obstante lo anterior, Costa Rica expresó sus dudas con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, expuso que persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación. En este sentido, afirmó que *“una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría*

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 44 - 46.

*fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos*⁹.

De esta forma, Costa Rica consideró necesario de que la Corte emitiera su opinión con respecto a la convencionalidad de la práctica nacional de tal país consistente en exigir a las personas que desean cambiar su nombre por motivos de identidad de género, seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 54 de su Código Civil, dado que ese proceso conlleva gastos para la persona solicitante e implica una larga espera, lo que podría ser contrario a los derechos de las personas.

Como puede desprenderse de este relato, la consulta y preocupación costarricense se enmarca en el contexto interamericano de preocupación general que la causa del respeto de los derechos de personas gays, lesbianas, bisexuales, trans e intersex (LGTBI) ha tenido en los últimos años en nuestro continente.

Ello es relevado también como importante por la Corte Interamericana, indicando que estas personas han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales¹⁰.

Ahora bien, este contexto continental ha sido impulsado a su vez, a mi modo de ver, por dos circunstancias: una jurídica y la otra factual.

La primera es el impacto simbólico y el efecto normativo que supuso para el sistema interamericano de protección de derechos humanos y los estados que lo integran la condena a Chile en el caso Atala Riffo y niñas. Este fallo condenó al Estado de Chile por la decisión de la Corte Suprema, mediante la cual se quitó el cuidado y la custodia de sus tres hijas a Karen Atala en razón de su orientación sexual. En su sentencia final, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por medio del artículo 1.1 de la Convención Americana. En este sentido, toda discriminación basada en ellas constituye una vulneración del derecho internacional, sentando un tremendo precedente en materia de los derechos de las personas LGBT¹¹.

9 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 2.

10 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 33.

11 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.

La segunda circunstancia, de carácter fáctica, se refiere a las graves situaciones de violencia, discriminación y asesinatos de personas por su orientación sexual o identidad de género, alcanzando incluso a menores de edad. En 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) evidenció estas diversas situaciones en su documentado informe de 12 de noviembre “Violencia contra personas LGTBI”. Respecto de las personas menores señaló: *“Los Niños, las niñas y las/los adolescentes que son lesbianas, gay, bisexuales, trans o intersex, o que son percibidos como tales enfrentan estigmatización, discriminación y violencia por su orientación sexual o identidad de género, reales o percibidas, o porque sus cuerpos difieren de las definiciones típicas de cuerpos femeninos y masculinos. De acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (“UNICEF” por sus siglas en inglés), el alcance de esta discriminación y violencia incluye: aislamiento por parte de compañeros y compañeras en la escuela, en la casa o en la comunidad; marginalización y exclusión de servicios esenciales como educación y asistencia médica; abandono por parte de la familia y la comunidad; acoso y matoneo escolar (bullying) e intimidación y, violencia física y sexual, incluyendo violaciones sexuales “correctivas.” Asimismo, la Comisión se refirió en el capítulo anterior a la situación de violencia que enfrentan niños, niñas y adolescentes en el contexto de centros en los que se intenta “modificar” su orientación sexual y/o identidad de género. En este sentido, la CIDH ha afirmado que niños, niñas y adolescentes a menudo se encuentran indefensos ante las injusticias cometidas contra ellos, y la Corte Interamericana ha indicado que las violaciones de derechos humanos de las que son víctimas niños, niñas y adolescentes son particularmente graves”¹².*

Resulta así que esta Opinión Consultiva llega en un momento en que la identidad de género y la orientación sexual gozan de protección internacional en el marco de derechos expresamente reconocidos en la Convención Americana y en otros tratados, especialmente entendiendo que se encuentra prohibido discriminar por tales condiciones, debiendo garantizarse la igualdad entre todos los seres humanos, cualquiera sea además su edad. Es a partir de allí donde se sitúa la Corte para avanzar en la protección debida, generando nuevos estándares.

¹² Documento OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36. 12 noviembre 2015, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo 5. Violencia e intersección con otros grupos. D. Niños, niñas y adolescentes, párrafos 301-330.

Las respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las preguntas formuladas: nuevos estándares internacionales sobre el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre.

El 9 de enero de 2018 la Corte hizo conocida su Opinión Consultiva. Del análisis de ella es posible encontrar dos ámbitos principales en los cuales emite su pronunciamiento y que son lógica consecuencia de las preguntas formuladas¹³.

En lo general, en relación a las consultas sobre identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre indicó que se reconoce a esta (la identidad de género) como un derecho autónomo. Además, que se reconoce el derecho de las personas trans a cambiar su nombre y a rectificar sus documentos de identidad, cualquiera sea su edad.

De forma previa, se refiere al derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, dando cuenta de la importancia del derecho a la igualdad y no discriminación reiterando que ha entrado al dominio del *ius cogens* y remarcando también que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, son categorías protegidas por el artículo I.I. del Pacto de San José de Costa Rica. Sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias estima que *“cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de esas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso”*¹⁴.

Ahora bien, específicamente cada uno de estos pronunciamientos ha sido dotado de contenido y precisión por la Corte. En este comentario se asume que de esta forma se han generado verdaderos “estándares internacionales” que deberán seguir los estados parte del sistema en lo que toca a las materias contenidas en esta Opinión Consultiva.

Si bien reconozco que la expresión “estándares internacionales” es una que puede abarcar diferentes significados en el derecho internacional, con distintas consecuencias según cual sea ese significado atribuido e incluso pudiendo ser

13 En cuanto a la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo estableció que el sistema interamericano protege convencionalmente a las parejas del mismo sexo en diversas figuras, más allá del matrimonio. Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafos 172-228.

14 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 81.

acusada de vaga e imprecisa y en tal sentido, como perjudicial para la seguridad jurídica, propongo la aceptación de su uso desde un sentido específico dado en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello por las manifestaciones que existen en ese ámbito del uso de esta categoría jurídica.

Así, pudiendo una discusión conceptual o gramatical sobre el término “estándares internacionales” ser de gran riqueza para la academia, no será abordada en este comentario por el propósito que persigue, entendiendo de esta forma que tal debate no debe nublar la mirada en relación al uso y consecuencias que la expresión tiene en la práctica internacional jurisdiccional y en la de los estados, tanto en los planos normativo como de políticas públicas¹⁵.

Por cierto, no se pretende acá que todo lo que emane de la sociedad internacional y sus actores pueda ser ligeramente calificado de “estándar internacional”. La expresión se usa en este comentario como aquello a lo que la práctica internacional le ha dado un sentido que se puede entender aceptado por los estados, aunque no por ello el único posible. Para ese fin, puede ser citada como punto de partida la comprensión que han hecho los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos define como estándares jurídicos *“al conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término “estándares jurídicos” asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*¹⁶.

15 En el caso de Chile pongo algunos ejemplos que justifican esta última afirmación en cuanto al uso y aceptación del término y del sistema internacional de derechos humanos como orientaciones de política pública. Tal es el caso del Primer Plan nacional de derechos humanos 2018-2021, elaborado por la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos humanos en cumplimiento de la Ley N° 20.885 y en colaboración con ministerios, servicios y órganos autónomos del estado, presentado en diciembre de 2017. Este Plan nacional recoge las recomendaciones hechas por los Comités (órganos de vigilancia de los tratados) para las más de 600 acciones que establece. Por ejemplo, en el área de “prevención de la tortura”, la meta 1 es “realizar las reformas institucionales y normativas necesarias para cumplir los **estándares internacionales de derechos humanos en materia de prevención de la tortura**”. Por otra parte, la Política de Igualdad de género y no discriminación del Poder judicial chileno, aprobada por el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema el 2 de febrero de 2018 contempla como su marco normativo internacional una serie de tratados internacionales de derechos humanos (CEDAW y Belém do Pará, entre otros) y refiere también otros instrumentos internacionales, tales como la Plataforma de Acción de Beijing. Señala expresamente en su página 6: “La forma en que el Sistema Internacional de Derechos Humanos reconoce los principios de igualdad y no discriminación, determina su consideración como el fundamento y guía hermenéutica de todas las normas de los sistemas nacionales e internacionales” (el destacado es propio)

16 Comisión IDH, Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, 2015.

Resulta así que la expresión se puede entender como referida a la comprensión del alcance y contenido mínimo exigible o recomendable en relación a determinadas normas u obligaciones internacionales, realizado por quien tiene autoridad por razón de la confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional, derivada a su vez de un mandato convencional entregado para ese fin por los estados a quienes obligan tales normas.

De esta manera, el “estándar jurídico” puede estar dado por la misma norma cuando ella es clara en su sentido y alcance, o dado por la norma y la interpretación de su sentido y alcance que realicen los órganos a quienes esta determinación se ha comisionado. Esta comprensión sería una forma de operativizar su uso. Además, por los principios universalmente aceptados del pro persona y de la progresividad, así como por la fuerza expansiva de los derechos humanos, debe entenderse que una vez desarrollado un cierto estándar como exigible o recomendable no se podrá sino avanzar en un sentido garantista, y nunca pretender un sentido que los limite o restrinja¹⁷.

Así las cosas, son tres como las cuestiones de especial relevancia que aparecen como estándares internacionales determinados en esta Opinión Consultiva. Ello, pensando particularmente para el caso chileno y su situación interna en esta materia al primer semestre del año 2018.

En primer lugar, el reconocimiento del derecho a la identidad de género como uno protegido por el sistema interamericano; en segundo término, la caracterización de cómo deben ser los procedimientos estatales de tramitación de la solicitud de adecuación de los datos identitarios con la identidad de género auto-percibida y, como tercer aspecto, la determinación de la aplicabilidad de las consideraciones sobre esta materia a los niños, niñas y adolescentes.

3.1. El reconocimiento del derecho a la identidad de género como protegido en el sistema interamericano de derechos humanos y los procedimientos de cambio de nombre.

Junto con reconocer el derecho a la identidad y a la identidad sexual y de género como derechos autónomos¹⁸, establece el deber del Estado de respetar y

¹⁷ Pese a la opción tomada en este comentario y su justificación, resulta interesante explorar la problematización en torno al concepto “estándares jurídicos”. Un aporte en ese sentido se encuentra en Molina, Marcela “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 25, N° 1, 2018, pp. 233-256.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 92 y 101 b).

garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, es decir, indica la garantía que debe darse a tales derechos por los estados del sistema¹⁹.

Por cierto, hay en este reconocimiento en relación a la identidad sexual y de género una manifestación jurisprudencial de los llamados “derechos implícitos”, que podríamos caracterizar como aquellos derechos que, sin estar reconocidos expresamente en el texto positivo de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento jurídico cierto pueden ser desprendidos a través de un ejercicio de interpretación conforme al artículo 29 letra c) de la misma convención y los derechos que ella establece.

No siendo nueva la construcción de los derechos implícitos (ni totalmente pacífica²⁰) encuentra desarrollo y justificación no sólo en el ámbito internacional de derechos humanos, sino también en el derecho constitucional, nacional y comparado, desde hace ya varias décadas²¹.

19 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafos 100, 115 y 116.

20 En el medio chileno, una posición crítica ha sido expuesta por Gonzalo Candia. Candia, Gonzalo “Analizando la tesis de los derechos implícitos: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Comentarios de Jurisprudencia, Año 21, N° 1, 2014, pp. 497-521. Reconociendo los posibles puntos fuertes de su posición, creo que los procesos de “interpretar” y “crear” derechos sí se encuentran diferenciados. Además, no comparto la pretensión de asimilar el concepto de “estado de derecho” a lo que se persigue en el sistema internacional. En relación a este punto, se olvida que la noción de “estado de derecho” debe ser vista en el plano internacional a partir de reconocer que la sociedad internacional es una diferente a las internas: heterogénea en sus sujetos y con una falta de centralización en el ejercicio del poder por lo que no pueden beneficiarse de todos los elementos propios del “estado de derecho” de los sistemas jurídicos nacionales.

21 En el ámbito local chileno también ha sido aceptada a nivel constitucional y como creación jurisprudencial, tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional ha mostrado una posición favorable respecto al reconocimiento del derecho a la identidad bajo esta línea argumental ligada a los tratados internacionales y basado en su vinculación con la dignidad humana. En sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha dicho que *“debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”* (Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-9) En un pronunciamiento anterior se recoge la misma línea argumental positiva y su relación con la dignidad humana. *“El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad*

Específicamente en el ámbito internacional, ha sido una práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya en 1975, en el caso *Golder con Reino Unido*, este órgano jurisdiccional europeo entendió que el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, referido al derecho a un proceso equitativo, incluía de manera implícita el derecho de acceder a los tribunales. Luego, también por esta vía va a decir que dentro del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8° del citado tratado europeo queda también incorporado el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, entre otros²².

Por su parte, en el ámbito interamericano, justamente a través de este medio se ha dado reconocimiento al derecho a la identidad. En efecto, si bien no se contempla expresamente el derecho a la identidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la relación interpretativa de sus normas que se puede hacer con fundamento en su artículo 29, es posible entender el derecho a la identidad como parte del *corpus iuris* de derechos que protege ese instrumento, encontrando que ha habido un desarrollo notable que apunta en ese claro sentido progresivo y en vinculación con otros derechos. Así, la jurisprudencia del sistema interamericano cuenta casos significativos por el aporte que han dejado a la conceptualización y descripción de este derecho.

humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad” (Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 834) A nivel de jurisprudencia de los tribunales superiores en tanto, también se observa como el derecho a la identidad encuentra reconocimiento. En sentencia de 2005 ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago que “...el derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades tanto biológicas como de aquellas referidas a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” (Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 8438-2005, considerando 12) El mismo tribunal unos años más tarde reforzó el planteamiento al señalar que resulta evidente que el nombre, como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, determina su relación con la sociedad y lo distingue frente a los demás (Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2541-2009, considerando 4°). De absoluta actualidad, en sentencia de 30 de julio de 2018 pronunciada por la Tercera Sala de E. Corte Suprema en apelación de un recurso de protección se hace un reconocimiento claro de la teoría de los “derechos implícitos” en relación ahora a la imagen. Este caso tuvo que ver con la denuncia como acto ilegal y arbitrario una publicación realizada en la red social “Facebook”, por parte del recurrido, de una fotografía de la actora, tomada desde su perfil en la misma red social, acompañada de la atribución de la comisión del delito de estafa y de un llamado a “funarla”, expresión que se entiende en el uso común como denostarla públicamente. Específicamente señala: “*Que en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el artículo 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar, pero, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 n° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar (C.S., Rol 9970-2015)*”. (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 14.998-2018, considerando 7°)

22 Un estudio sobre los alcances de esta disposición europea véase en Santolaya, P., *Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad*, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Serie Estudios Constitucionales, N° 316), García Roca, J. y Santolaya, P. (Coordinadores), Madrid, 2005.

Entre tales, Gelman con Uruguay (2011)²³; Contreras y otros con El Salvador (2011)²⁴; Fornerón con Argentina (2012)²⁵, Atala Riffo y Niñas con Chile (2012)²⁶; y Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012)²⁷.

De ellos, la sentencia del caso Artavia Murillo aporta, especialmente, un antecedente. En ella se une identidad con derechos como la vida privada, la libertad, el desarrollo personal y la autonomía. Dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior²⁸. Asimismo, que la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Esta jurisprudencia es emblemática por el avance sustancial que supuso en estas comprensiones y debe ser tenida en cuenta por el compromiso del sistema interamericano por ir creando un *corpus iuris communne* a los diferentes estados partes.

Con este contexto, lo que se encuentra en esta Opinión Consultiva es el reconocimiento ahora de forma específica de la identidad de género auto-percibida como un derecho. El derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o

23 Corte IDH, Sentencia Gelman vs. Uruguay, Serie C No. 221.

24 Corte IDH, Sentencia Contreras y otros vs. El salvador, Serie C No. 232.

25 Corte IDH, Sentencia Fornerón vs. Argentina, Serie C No.242.

26 Corte IDH, Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Serie C No. 239.

27 Corte IDH, Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Serie C No.257.

28 Corte IDH, Sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, Serie C No.257, párrafo 143.

correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18)²⁹.

De ello infiere la Corte los deberes que tienen los Estados: respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. Ello implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional³⁰.

En cuanto al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, la Corte es categórica en señalar que deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas, u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; que tanto los cambios, procedimientos como las adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género. Especialmente relevante es que aclara que tales procedimientos deben ser expeditos y tender a la gratuidad, estableciendo que en ese sentido el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en su opinión consultiva es el de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa

29 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 115.

30 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 115.

naturaleza³¹. Es decir, si bien no se prohíbe que se pueda establecer un procedimiento jurisdiccional, el Estado que lo decida debe dar garantías de que dicho procedimiento satisfaga los estándares establecidos.

3.2. Niños, niñas y adolescentes y derecho a la identidad de género.

En relación a esto, la Corte ha entendido que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Por supuesto, agrega que este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno, de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Además, resalta que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada³².

En coherencia con todo el sistema internacional de derechos humanos y la práctica aceptada por los estados, refiere al sentido dado por el Comité sobre Derechos del Niño en relación a la identidad por cuanto ha expresado que todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente.

En efecto, se entiende que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que consagra la Convención de Derechos del Niño en su artículo 8, no solo importa una protección que va más allá del nombre, nacionalidad y origen familiar, sino que se extiende también a su historia personal desde el nacimiento, su raza, su cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual. Así, a propósito de

31 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 159.

32 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 154.

la evaluación y determinación del interés superior, el Comité de Derechos del Niño ha dicho que esta es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general y que esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. Es decir, la determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, agrega el Comité, la evaluación del interés superior por cualquier responsable de tomas de decisiones abarca los mismos elementos. Entre estos y en una lista no exhaustiva ni jerárquica, con el fin último de garantizar al niño su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico, se encuentra la identidad del niño, junto con su opinión, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, y su derecho a la salud y la educación³³.

Precisando sobre la identidad de los niños, el Comité remarca que no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad, todo lo cual queda protegido por el artículo 8° de la Convención. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. Agrega que si bien deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como

³³ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párrafos 48-84.

parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención³⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana viene con su Opinión Consultiva 24 a reforzar una concepción amplia de la identidad en la niñez que había dado a propósito del caso Fornerón con Argentina (2012)³⁵, señalando que si bien no es exclusivo de los niños, el derecho a la identidad tiene una importancia especial durante la niñez, recordando que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso y que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

Queda de manifiesto entonces que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es fundamental para su desarrollo integral como sujetos e incide directamente en el ejercicio pleno de sus otros derechos. De ahí que su reconocimiento y su ejercicio pleno, desde la conciliación con el pleno respeto a su autonomía progresiva para ir moldeando su propia y personal identidad, de acuerdo con los principios rectores de la infancia, resulta un tema de especial relevancia con particularidades propias de las que la familia, la sociedad y el estado deben hacerse cargo³⁶.

34 Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párrafos 55-57.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Fornerón vs. Argentina, Serie C No.242, párrafo 123.

36 Más sobre el tema de la identidad de niños, niñas y adolescentes en Gauché, X. "El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia", en el Libro "Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile", Coordinador y Editor Académico Anuar Quesille, UNICEF, Santiago, diciembre 2017, pp. 187-216.

Efectos para los estados de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del impacto político y jurídico de las obligaciones desarrolladas por la Corte en la Opinión Consultiva 24/17 en la normatividad internacional y el control de convencionalidad.

Los pronunciamientos efectuados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vía consultiva permiten traer a debate variados temas relevantes hoy en el derecho internacional de los derechos humanos.

Entre estos temas está la formación y expresión de este ordenamiento jurídico a través de diversas manifestaciones más allá de los tratados internacionales y las sentencias dictadas por tribunales internacionales, usualmente llamado “hard law”, y la relevancia jurídica que tienen (o pueden tener) las nuevas expresiones normativas internacionales, conocidas muchas como “soft law” para la configuración de estándares internacionales.

Por otra parte, la Opinión Consultiva 24/17 introduce a la teoría de los derechos implícitos elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como forma de revelar derechos que estarían consagrados implícitamente en el texto convencional y que la Corte simplemente desvela públicamente³⁷, cuestión referida en el apartado anterior e, incluso, lleva a teorizar sobre los alcances del control de convencionalidad promovido por este tribunal internacional, cuestión a la que se irá luego.

Todos estos temas son relevantes. Ello por estimar que con este pronunciamiento consultivo del tribunal continental de derechos humanos se han creado estándares sobre identidad de género que los estados partes del sistema deben mirar y procurar cumplir o, al menos, no contradecir. Además, por cuanto es reconocido que la Corte utiliza en el cumplimiento de su función interpretativa lo que se ha dado en llamar las tendencias vigentes en materia de derechos humanos³⁸, teniendo entonces una importancia clara el uso de otras manifestaciones normativas y su posible exigibilidad.

En relación a las formas actuales de expresión de la normatividad internacional, la práctica de los últimos años muestra que ésta es muy amplia. Tanto, que conduce a la pregunta que de alguna manera permea un reciente

37 Burgorgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca Año 12, N° 1, 2014, p.125.

38 Corte IDH, Opinión Consultiva 4/84, sobre propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de fecha 19 de enero de 1984. Voto razonado concurrente del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.

trabajo del profesor Manuel Becerra ¿qué es lo que le da obligatoriedad a esas nuevas formas de práctica internacional?³⁹.

La española Rosa Riquelme parece que ya ponía este tema en movimiento hace una década en un estudio sobre los nuevos rasgos del Derecho Internacional⁴⁰. Ella planteaba que en el contexto de un mundo que sigue siendo básicamente una sociedad de estados y el Derecho internacional el marco en que regulan sus relaciones y solucionan sus controversias, estaría consolidada la “arquitectura básica del derecho internacional”. Argumentaba así que estarían claros y definidos los principios fundamentales que lo presiden, la identificación de los actores que participan como sujetos, las reglas básicas sobre producción normativa, cómo se aplican y las consecuencias de su violación (responsabilidad internacional y aplicación coactiva). Sin embargo, acusaba que esta situación se contrasta con el creciente recurso a categorías no normativas, a instrumentos que tratan de eludir el compromiso en obligarse internacionalmente, “...*prodigando, en suma, la imagen de un Derecho de textura flexible, blanda e informatizado tan del gusto de los últimos tiempos*”⁴¹. Ella identificó tres problemas derivados: los desafíos para la unidad y coherencia del derecho internacional por la proliferación de regímenes internacionales materiales; la mayor complejidad actual de las estructuras de creación y aplicación del derecho internacional (identificando por un lado los problemas que en sí mismos presentan los tratados en cuanto principal instrumento normativo y por otro lado el frecuente recurso al *soft law*), y la proliferación de tribunales internacionales (con los problemas del riesgo de caer en el llamado *forum shopping* y en eventuales decisiones contradictorias conspirando así contra un sistema organizado de la función jurisdiccional internacional)⁴².

Dando a la autora española una vigencia actual en estas tres ideas generales, centraré algunas líneas en la cuestión de la complejidad normativa del ordenamiento internacional.

Sobre la base de que el Derecho Internacional aspira a ser no formalista y situada especialmente en el marco de los tratados, hay que recordar que es la voluntad de los estados la que determina el grado de juridicidad de

39 Becerra, M., *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, N° 316), Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

40 Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado*, Editorial Biblioteca Nueva, Fundación José Ortega y Gasset, Colección El Arquero, Madrid, 2005.

41 Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado (cit.)* p. 303.

42 Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado (cit.)* pp. 303-304.

los acuerdos que celebren. Ello más allá de asumir y compartir que en el estado actual existen ciertos principios que están por sobre la voluntad de los estados, lo que es especialmente aplicable al ámbito de los derechos humanos⁴³. Esta sola constatación ya debe llevar a relativizar su carácter de “hard law”, tomando esa distinción antes anunciada. Al respecto Boyle se pronuncia en el sentido que esta división suele ser errada ya que no todo lo que es tratado es en verdad un derecho “duro” y que no todo lo que es “blando” es un “no derecho”⁴⁴. A ello agregaría que esta conclusión es lógica si se consideran los enormes mecanismos de flexibilidad de los tratados, tales como las reservas o las declaraciones interpretativas. Además, esta división olvida la infinita variedad del Derecho Internacional como plantea Baxter⁴⁵. Este autor indica en apoyo a su argumento que existen tres tipos de normas en los tratados internacionales que tienen la común característica de no crear una obligación legal con carácter de aplicación forzada: el pacto de contrahendo, las normas *non self executing* y las exhortaciones o recomendaciones que se contienen en muchos tratados. A todas ellas las denomina “soft law” pero moviéndose siempre en el marco de los tratados⁴⁶.

Aunque el nombre genera diferencias entre quienes lo usan defendiendo así su existencia y alguna utilidad⁴⁷ hasta quienes lo rechazan por existir ya otros nombres en la práctica internacional que bien pueden usarse como *lex in statu nascendi* o *derecho en agraz*, distinguiendo además el *soft law* formal del material⁴⁸, en general se puede decir que la expresión alude a una gama

43 En ese grupo se encuentran en general el respeto de las normas que se han calificado como de *ius cogens* y respecto de las cuales existe un reconocimiento aceptado a nivel de la sociedad internacional.

44 Boyle, A.E., “Some reflections on the relationship of treaties and soft law” en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 901-913, 1999, p.901.

45 Baxter, R.R., “International Law in “her infinite variety”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 1980, pp. 549-566

46 Baxter, R.R. International Law in “her infinitive variety” (cit.) p. 554.

47 Boyle, A.E., “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), octubre 1999, pp. 901-913. Fernández de Casadevante, C., *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, Madrid, 2003, pp. 151-153. Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 12ffi edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 153-154.

48 Mazzuelos, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004)

variada de instrumentos que reciben nombres diversos⁴⁹. Pese a la variedad⁵⁰, siguiendo una opinión académica⁵¹ aparecen como principales manifestaciones de *soft law* las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente. A ellos hay que agregar otro tipo de manifestaciones o instrumentos de derecho internacional entre las que cabe hablar, por ejemplo, de los comentarios u observaciones generales de los comités de expertos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos del Niño; o de las opiniones consultivas de tribunales internacionales.

Podría entenderse entonces que el “*soft law*” está compuesto por un conjunto de decisiones de los estados o de organizaciones internacionales cuyo carácter no es jurídicamente vinculante respecto de los estados. Ellas están representadas, en términos generales, por todo documento que no genere una obligación estrictamente jurídica, pero que tiene algún grado de autoridad política dentro de la comunidad internacional. Y el tema no es menor pues como dice el autor nacional que entrega esta conceptualización, la utilidad del *soft law* es aceptada por la mayoría de la academia de derechos humanos pues se considera que permitiría avanzar en el sistema de protección de derechos humanos a través de la determinación progresiva de estándares más avanzados⁵² (el destacado es propio)

Así, es reconocido que los enunciados que surgen de este tipo de instrumentos tienen hoy una importancia determinante en la construcción de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, una notable incidencia en los derechos internos y la aplicación por tribunales domésticos.

Para fundamentar esta afirmación hay argumentos del derecho y la práctica internacional, como también de la práctica interna chilena.

Desde la mirada internacional, el carácter que se puede predicar de tales instrumentos, con todo y sus particularidades, se da además porque en

49 Códigos de conducta, consensos, memorándum de entendimiento, actas, directrices, planes de implementación, programas, principios, reglas modelo o reglas mínimas, declaraciones adoptadas en el seno de una conferencia intergubernamental, resoluciones de organizaciones internacionales y varios más

50 También se usan las expresiones *droit mou*, *derecho blando* y *derecho verde*.

51 Sigo en esto la tipificación que hace Mazzuelos, sin bien al final la autora manifiesta su rechazo a la expresión. Mazzuelos, A. “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?; en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004)

52 Candia, G, *Introducción al Derecho Internacional de los derechos humanos. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, (cit), p. 39.

muchos casos los estándares por ellos fijados se convierten en “hard law”, cuando son incorporados en resoluciones o sentencias de los órganos con facultades para emitir estos últimos. Así lo entiende, con fundamento normativo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primera Opinión Consultiva, solicitada por el Perú y emitida en 1982⁵³. Recientemente ha reforzado esa línea al señalar en 2016 que las opiniones consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo⁵⁴.

Por otra parte, es la práctica contenciosa del tribunal interamericano la que ha ido abonando esta comprensión. Como se cita en doctrina, el hecho de que existan sentencias dictadas en ejercicio de su función contenciosa en que aplica criterios que emanan de diversas opiniones consultivas, daría razón a que la fuerza vinculante de sus opiniones consultivas es absoluta para la propia Corte⁵⁵. También hay que mencionar la forma en que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se refiere al carácter de los pronunciamientos de la Corte. En junio de 2018 ha dicho en efecto que reconoce que siendo el único tribunal regional en materia de derechos humanos “...

53 Corte IDH, Opinión Consultiva 1/82, sobre “otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte y el artículo 64 de la Convención Americana sobre derechos humanos, de fecha 24 de septiembre de 1982, párrafos 23, 25 y 27. 23. *La eventual oposición entre los fines de la competencia consultiva y los de la competencia contenciosa de los tribunales internacionales ha sido objeto de frecuente polémica. En el ámbito del derecho internacional general, han sido normalmente los Estados los que han manifestado sus reservas, y hasta su oposición, frente al ejercicio de la función consultiva en ciertos casos concretos, por ver en ella una fórmula para evadir el principio según el cual todo procedimiento judicial, referente a una cuestión jurídica pendiente entre Estados, exige el consentimiento de éstos. En las últimas situaciones en que se ha producido la referida oposición a la emisión de la opinión consultiva solicitada conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, con distintos razonamientos, ha decidido absolver, pese a todo, la consulta requerida. (Cf. Interpretation of Peace Treaties, 1950 I.C.J. 65; South-West Africa, International Status of, 1950 I.C.J. 128; Certain Expenses of the United Nations, 1962 I.C.J. 151; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971 I.C.J. 16).* 25. *La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.* 27. *En la concepción del artículo 64 del Pacto de San José, en cambio, no se considera excluida expresamente ninguna materia concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, de manera que esos límites generales están llamados a adquirir su dimensión precisa en cada caso concreto que la Corte haya de considerar. Es este el sistema reconocido por la jurisprudencia internacional y por el derecho internacional general.*

54 Corte IDH, Opinión Consultiva 22/16, sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2 en relación a los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador), de fecha 26 de febrero de 2016, párrafos 26.

55 Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Instituto de Estudios Constitucionales, Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de Derecho Público N° 94), 2015, p. 107.

sus sentencias y decisiones son de obligatorio cumplimiento para aquellos Estados que reconocen su jurisdicción...” y que se destaca la efectiva promoción y protección de derechos humanos “...a través del desarrollo de sus funciones contenciosa y consultiva...”. A partir de estos reconocimientos resolvió reconocer el aporte de la jurisprudencia de la Corte tanto por vía contenciosa como consultiva, para la efectiva vigencia y respeto de los derechos y del estado de derecho⁵⁶.

Mirado ahora desde el ángulo doméstico y pensando en el caso chileno, debe mirarse la práctica jurisprudencial reciente en torno a los estándares que fijen instrumentos como una opinión consultiva u otros que podrían clasificarse de “soft law”. Ello porque si bien es nada discutible (o casi nada discutible) la obligatoriedad que existe para el poder judicial con el tenor de las disposiciones de un tratado internacional de derechos humanos firmado y ratificado por su estado, sería al menos discutible si por vía del control de convencionalidad que debe ejercer el poder judicial sobre sus leyes (como material controlado, en un amplio sentido)⁵⁷, Chile resulta obligado a tener como obligaciones aquellos pronunciamientos que surgen de instrumentos no estricta ni directamente vinculantes como es el caso de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que sí se pueden considerar como estándares internacionales en una materia determinada.

Toman posición a favor de la obligatoriedad de las opiniones consultivas en el control de convencionalidad los profesores Néstor Sagües y Pedro Nikken. El primero con el argumento de que la autoridad de la Corte como intérprete final y suprema de la Convención Americana hace que no importe la vía por la que interpreta sino el producto interpretativo al que arriba⁵⁸. Nikken por su parte también hace lo propio aunque sin distinguir entre “interpretación auténtica” e “interpretación de autoridad”⁵⁹. Sobre el punto, debería precisarse

56 OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18), Promoción y protección de derechos humanos, 5 de junio de 2018.

57 La Corte IDH afirmó que “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, Sentencia Arellano Almonacid contra Chile, Serie C No.154, párrafo 124. Luego iría ampliando sus alcances. En ese sentido, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, párrafo 128; Caso Radilla Pacheco v/ México, párrafo 339; Caso Fernández Ortega y otros v/ México, párrafo 236; Caso Gelman v/ Uruguay, párrafo 183 y sgtes. especialmente 193; Caso Atala Riffo y Niñas v/ Chile, párrafos 279 al 284, especialmente 282 y 283.

58 Sagües, N., “Las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad” en *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 2015, pp. 281.

59 Nikken, P., “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 17.

que las opiniones consultivas forman parte de la interpretación que debe seguirse por los estados porque emana del órgano facultado por los estados para ello y en tal carácter es interpretación de autoridad.

Así las cosas y en relación al punto anunciado, este comentario toma posición en un sentido argumental “pro persona”: el control de convencionalidad debe ejercerse también respecto de lo que establezca la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vía consultiva cuando sea más favorable a los derechos y de ello se desprenda un estándar determinado. Por lo demás, en el caso Almonacid Arellano contra Chile dejó establecido que es la intérprete última de la Convención Americana y, como es conforme a derecho internacional, su interpretación existe en las sentencias de todo tipo (por ejemplo, en una de interpretación o de supervisión de cumplimiento) así como en sus opiniones consultivas.

La práctica jurisprudencial chilena reciente del máximo tribunal, dando una interpretación extensiva del artículo 5° inciso 2° de la actual Constitución Política de la República, refuerza esta comprensión de obligatoriedad de instrumentos estrictamente no vinculantes, más allá incluso de las opiniones consultivas.

En 2016, a propósito del interés superior del niño en causa sobre autorización para salida del país de hijos, la Excelentísima Corte Suprema consideró como el estándar a aplicar la Observación General N°14, de Naciones Unidas, observación que tuvo como finalidad interpretar el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entendiendo que ese documento enuncia los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño⁶⁰.

Específicamente respecto de la Opinión Consultiva 24/17, en sentencia de mayo de 2018 recaída en un recursos de casación en el fondo para anular y reemplazar una sentencia de Corte de Apelaciones que confirmó la

60 Corte Suprema. 18 de mayo de 2016, considerando 4°, a propósito del interés superior del niño en causa sobre autorización para salida del país de hijos Rol No. 35522-2015. Pronunciamiento de la Segunda Sala de Febrero integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sras. María Eugenia Sandoval G., Gloria Ana Chevesich R., y Andrea Muñoz S. 4°) *Que, en lo que respecta a xxxxx, encontrándose acreditado en la causa que mantiene una relación directa y regular con su padre, como asimismo que éste se ha negado a que se otorgue la autorización para que el niño salga del país, cabe señalar que en este escenario las normas atinentes para decidir la suerte de la solicitud son el artículo 49 de Ley de Menores, además, de aquellas disposiciones que establecen que en la resolución de estas materias la premisa principal para tomar una determinación respecto al caso concreto, como ya se ha señalado, es el interés superior del niño. Conforme a lo anterior, entonces, es necesario analizar el interés superior en concreto para xxxxx y zzzzz, para entender cuál es el beneficio que eventualmente podrán obtener al radicarse en los Estados Unidos de Norteamérica; para tal efecto, habrá de ser tenido en consideración el sexagésimo segundo período de sesiones, del Comité de los Derechos del Niño que aprobó la Observación General N°14, de Naciones Unidas (CGR/C/CG/14), observación que tuvo como finalidad interpretar el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que enuncia los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño....”.*

sentencia de primera instancia que rechazó una solicitud de nombre y sexo conforme a la ley 17.344, reconoce en este pronunciamiento interamericano los estándares en virtud de los cuales el estado de Chile debe facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o a un tratamiento hormonal. Agrega además que en cuanto a la vigencia de la interpretación que la Corte hace para el estado de Chile, “*cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional de a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención, decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos*”⁶¹.

Esta jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional chileno además podría ser enmarcada en la naturaleza diferente que tienen los tratados de derechos humanos, cuestión que tiene como se aprecia una clara incidencia en su interpretación.

En doctrina, Cancado Trindade lo indica categórica y fundamentadamente: los tratados de derechos humanos son distintos pues establecen obligaciones de carácter esencialmente objetivo, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes, derivando de esa especial naturaleza un determinado proceso de interpretación⁶². Los tribunales regionales de derechos humanos por su parte también han establecido esta diferencia que existe en relación a otros tratados, siendo los de derechos humanos considerados “instrumentos vivos” y, por tanto, quedando además sometidos a la regla de la interpretación evolutiva⁶³.

Esta posición, por cierto, no olvida que la teoría del control de convencionalidad no es pacífica ni está exenta de tensiones, justamente por causa del

61 Corte Suprema, Sentencia de 29 de mayo de 2018 (se desconoce Rol), considerando 8.

62 Cancado Trindade, A., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 17-56.

63 Corte IDH, Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Serie C No. 239 p. 83.

actuar de la Corte, especialmente en el punto de “qué se controla”. Así lo evidencia doctrina especializada en el sistema⁶⁴.

A modo de breve conclusión: la relevancia de esta Opinión Consultiva para el caso chileno y el momento 2018.

El 7 de mayo de 2013 ingresó al Congreso Nacional como moción parlamentaria un proyecto de ley que reconoce y da protección a la identidad de género. A la fecha de cierre de este trabajo (primeros días de agosto de 2018) se puede dar cuenta de más de 200 indicaciones sólo en el último tiempo y de un complejo paso por Comisión Mixta en que uno de los puntos más complejos ha sido la pretensión de exigir antecedentes que patologizan a las personas trans y la posible inclusión de solicitudes de niños, niñas y adolescentes⁶⁵.

Desde aquel día del año 2013 a hoy, muchos avances se han dado en el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia y, en consecuencia, es legítimo esperar coherencia de los legisladores chilenos en orden a aprobar un texto legal con enfoque de derechos y no patologizante, e incluir las solicitudes de menores de 18 años, siempre bajo el respeto de los principios rectores de la infancia y adolescencia, especialmente el interés superior, la autonomía progresiva y la participación en los procesos a que de lugar tal solicitud.

Para este proceso, es trascendente lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17.

Por ello, aparece como un imperativo remarcar que la Corte, al amparo del mandato convencional de las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados celebrados entre estados, ha utilizado diversos elementos de interpretación de las normas convencionales que sí puede aplicar en virtud del consentimiento de los estados a esos dos textos que deben ser respetados por los principios de buena fe y el *pacta sunt servanda*. Con ello está trazando avances para la garantía del derecho a la

64 Sagües, N., “Las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad” en *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 2015, pp. 275-283. En el caso chileno, también se han preocupado de los posibles puntos complejos del control de convencionalidad. Entre otros se pueden citar: Henríquez, M. y Nuñez, J.I., “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?” en *Revista Bolivariana de Derecho*, N° 21, 2016, pp. 324-339; Contreras, P., “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, pp. 235-274; Fuenzalida, S., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de Derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”” en *Revista de Derecho*, Vol XXVIII, N° 1, junio 2015, pp. 171-192.

65 Boletín N° 8924-07.

identidad de género y remarca que los tratados internacionales de derechos humanos están sujetos a una interpretación propia.

La protección que le es debida a cada persona, sin discriminación, con base en su dignidad obliga a mirar hacia adelante y aceptar la búsqueda que hace el Derecho internacional de los derechos humanos de avanzar en reconocimiento y garantía, sentido pro persona en que se enmarca la Opinión Consultiva 24/17.

Es un deber reconocer que las opiniones consultivas crean estándares a partir de procesos abiertos a la amplia participación de los estados del sistema por medio de *amicus curiae* e incluso audiencias orales. Además, a través de ellas no surge cualquier interpretación, sino la interpretación que hace el órgano creado convencionalmente para ese fin y al que los estados partes le han reconocido tal competencia.

En último término, la práctica estatal chilena viene mostrando que, en general, no hay cuestionamientos al sistema interamericano. Las nueve condenas a Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las varias denuncias ante la Comisión y las soluciones amistosas así lo avalan, como la del caso Peralta y otros, promovida por el Movilh por razón del matrimonio entre personas del mismo sexo y que alcanzó a la necesidad de legislar sobre identidad de género. Se hace acá necesario recordar que la Contraloría General de la República determinó la legalidad del Acuerdo de Solución Amistosa celebrado por Chile en el citado caso Peralta y otros. En el Dictamen N° 6863, de marzo de 2018, descartó la ilegalidad que alegaron en su recurso los diputados José Antonio Kast, Arturo Squella y Juan Antonio Coloma. En lo que interesa, el ente contralor que expresó “los tratados internacionales forman parte de la preceptiva que en el desempeño de sus funciones los entes públicos deben observar”. Hizo referencia a que los acuerdos como este constituyen la aplicación de un medio de solución de controversias implantado bajo la jurisdicción de un organismo internacional, cuyas normas son parte del ordenamiento jurídico nacional, al tratarse de un tratado internacional suscrito, ratificado y promulgado por Chile. Por cierto, no es posible negar que el impacto político y la legitimidad que supone cumplir el derecho internacional se levantan como razón de porqué los estados tratan de “portarse bien” para garantizar su imagen en un contexto de democracia internacional formal y Chile no es la excepción.

Finalmente, otra manera de entender la labor de la Corte Interamericana podría llevar a dejar sin aplicación coherente a la norma constitucional del artículo 5 inciso 2° de la Constitución chilena y la retroalimentación recíproca

entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Hay una necesidad ineludible de diálogos jurídicos transversales para favorecer un espacio de mayor respeto a los derechos de todas las personas. Por otra parte y abonando a los argumentos normativos, parece interesante tener en vista que el 22 de octubre de 2015 Chile firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁶⁶, que en el capítulo III, “Deberes del Estado”, establece en el artículo 4 que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: *viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación*. Si bien la firma no produce per se la entrada en vigor de este tratado para Chile, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena en la materia, si un Estado ha firmado un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del acuerdo.

Una legislación sobre reconocimiento del derecho a la identidad de género que no reconozca el paradigma de la autopercepción, ni incluya a niños, niñas y adolescentes con pleno respeto a sus derechos y no condicionado a la voluntad de sus padres, claramente frustraría el objeto y fin de ese tratado.

66 OEA/Ser.PAG/RES. 2804 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013.

CUATRO EXTENDIDOS DESACIERTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA QUE SE OBSERVAN EN SU OPINIÓN CONSULTIVA N° 24

Álvaro Paúl¹

Resumen

La Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana afirma que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) exige a los Estados contar con procedimientos expeditos para que las personas que se consideren transgénero puedan cambiar su nombre y sexo o género registral, bastando para ello la sola voluntad de éstas. La Corte también dispone que los Estados deben permitir que las parejas del mismo sexo accedan a todas las figuras jurídicas a las que pueden acceder las parejas heterosexuales, incluido el matrimonio. Este comentario relata, a grandes rasgos, el resultado de la opinión de la Corte, para luego referirse a cuatro problemas que afectan a esta opinión consultiva, así como al proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana en general. Tales son: tratar de imponer una visión única en materia de derechos humanos; conceder a sus propias interpretaciones mayor valor del que tienen; despreciar su jurisprudencia procesal previa, y citar innumerables instrumentos que no constituyen Derecho aplicable al asunto en particular.

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dio varias pistas para anticipar el activismo de su opinión consultiva 24, sobre identidad de

¹ Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por *Trinity College Dublin*, Master en Derecho (Mjur) por la Universidad de Oxford, y Graduado de la Universidad de los Andes (Chile). El autor ha sido pasante o visitante de estudios en la Corte Interamericana de DD.HH., la Comisión Interamericana de DD.HH. y el Tribunal Europeo de DD.HH. Agradezco los comentarios de Ligia Castaldi.

género y parejas del mismo sexo (OC24)². Entre tales indicios, puede notarse que el plazo para presentar observaciones venció el día de los enamorados³, que las audiencias públicas del caso culminaron el día internacional contra la homofobia y la transfobia⁴, y que al finalizar las audiencias sobre el caso, el entonces Presidente de la Corte⁵ pronunció un discurso –cuestión probablemente inédita–, que junto con recordar el día que se celebraba, hizo un enérgico llamado a un “nunca más” de ciertas acciones contra la población LGTBI⁶.

El activismo de la OC24, así como la complejidad de la materia tratada, hacen difícil comentar dicha opinión desde un punto de vista meramente jurídico. En efecto, el fondo de la OC24 podría ser mejor analizado en un foro filosófico, antropológico, médico o alguno similar. Sin embargo, el autor de este comentario y el Anuario donde se publica se especializan en Derecho, por lo que corresponde que el asunto se presente desde una perspectiva netamente jurídica.

La OC24 tiene muchas facetas que pueden ser comentadas. Sin embargo, atendido que ella exhibe desaciertos conceptuales que se observan en muchos fallos y opiniones de la Corte IDH, consideramos más conveniente describir tales errores, prescindiendo de los detalles menores de la OC24. Por esto, a pesar de que la OC24 y sus votos separados son muy interesantes⁷, a nosotros nos bastará con describir *grosso modo* esa opinión, y referirnos a ella sólo cuando sea necesario para ilustrar de mejor modo los desaciertos comunes de la Corte IDH. Antes de proceder con este comentario, debemos hacer presente que, si bien en este trabajo planteamos varias críticas al proceso de toma de decisiones de la Corte IDH, no lo hacemos con un afán de desacreditar el sistema. Por el contrario, nuestra finalidad es la de contribuir a una reforma

2 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo. Obligaciones Estatales en Relación con el Cambio de Nombre, la Identidad de Género, y los Derechos Derivados de un Vínculo entre Parejas del Mismo Sexo (Interpretación y Alcance de los Artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en Relación con el Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión de fecha 24 de noviembre de 2017 (en adelante OC24).

3 OC24, párrafo 5.

4 El día 17 de mayo. Véase <https://www.indh.cl/el-mundo-conmemora-el-dia-internacional-contra-la-homofobia-transfobia-y-bifobia/>, Instituto Nacional de DD.HH.: El mundo conmemora el Día Internacional contra la homofobia, transfobia y bifobia, 17 de mayo de 2018.

5 El juez Roberto F. Caldas.

6 Véase <https://vimeo.com/album/4592103/video/219002648>, Audiencia Pública de Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica Parte 3. La frase referida puede verse a partir del momento 3:24:20.

7 V.gr., lo que dice la conclusión del voto separado del juez Sierra Porto sobre el aborto en tres causales y la eutanasia. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto a la OC24, párrafo 36.

en las prácticas de la Corte, que permitan que el Sistema Interamericano se transforme en un actor respetado transversalmente en el Continente.

1. Aspectos Relevantes de la Opinión Consultiva 24

Respondiendo a ciertas preguntas del Estado de Costa Rica, la Corte IDH emitió la OC24, donde afirma que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) exigiría que las personas que se consideren transgénero puedan cambiar su nombre y sexo o género registral mediante un procedimiento expedito –ordinariamente administrativo o notarial–, sin que se exijan requisitos que vayan más allá de la voluntad del peticionario⁸. Además, la OC24 dispone que los registros públicos no debieran revelar que se ha hecho un cambio de sexo⁹. La Corte también reitera que la CADH “protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo”¹⁰. Por último, ella considera

“necesario que los Estados garanticen [a las parejas homosexuales] el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”¹¹

No obstante esta afirmación, la Corte considera que los Estados podrían demorarse en modificar la institución matrimonial, siempre y cuando sus demoras sean de buena fe, y que en el intertanto, concedan igualdad de derechos a las parejas homosexuales¹². Esto es interesante, pues plantea una

8 OC24, párrafos 229.2 y 229.3. Véanse también los párrafos 129 a 133. Requerir la sola autodefinición para hacer la modificación del nombre y del sexo facilita el fraude a la ley. Se alega que esto habría ocurrido en materia de pensiones en Argentina, donde se exige sólo la autodefinición (https://elpais.com/internacional/2018/03/22/solo_en_argentina/1521724377_896247.html, ¿Un argentino cambió de género para jubilarse cinco años antes?, 23 de marzo de 2018). Esto también podría ocurrir en materia de cárceles y en materia deportiva. En efecto, es posible que deportistas biológicamente varones representen a sus Estados en selecciones femeninas (aunque en el caso que se cita a continuación parece no haber intención de realizar un fraude, véase <https://eldiariomy.com/2017/12/10/tiffany-abreula-primera-transsexual-que-podria-jugar-un-mundial-por-brasil/>, Tiffany Abreu, la primera transsexual que podría jugar un Mundial por Brasil, 10 de diciembre de 2017).

9 OC24, párrafo 229.3.c.

10 OC24, párrafo 229.6.

11 OC24, párrafo 229.8.

12 OC24, párrafo 226 y 227.

cierta moderación de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual la Corte IDH había afirmado que las normas contrarias a la CADH o a su jurisprudencia carecían de efectos jurídicos “desde un inicio”¹³, y que, “independientemente de las reformas legales que el Estado de[biera] adoptar”, las autoridades debían disponer inmediatamente el cambio ordenado por la Corte¹⁴. En cambio, la OC24 reconoce que los cambios no son automáticos, y que requieren de modificaciones legislativas.

Para arribar a sus conclusiones, la Corte afirmó que su objeto era “interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana.”¹⁵ Un problema de fondo, y que constituye una deficiencia importante en la argumentación de la Corte IDH, es que ella cita muchísimas normas e instrumentos donde se prohíbe la discriminación¹⁶, pero no explica por qué sería discriminatorio que las personas transgénero deban acudir a tribunales para cambiar su nombre –al igual como ocurre con toda persona que quiera hacerlo–, en lugar de contar con un mecanismo administrativo especial¹⁷. Quizá por esto la Corte comienza después a desarrollar el derecho a la identidad. Sin embargo, ella no logra explicar por qué el derecho a la identidad exigiría que las personas transgénero cuenten con un derecho especial a cambiar su nombre fácilmente, por sobre personas no transgénero (*cisgénero*) que también consideran que sus nombres y apellidos no las representan íntimamente, afectando su identidad. La Corte trata de fundamentar esta supuesta discriminación, pero lo hace inidóneamente, al comparar a los transgénero con las personas que no tienen problemas con la identidad y nombre que se les dio al nacer¹⁸, en lugar de compararlas con las personas no transgénero (*cisgénero*) que tampoco se identifican con el nombre que se les dio y que, por eso, quieren cambiarlo.

13 Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, párrafo 339.

14 Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010, párrafo 234.

15 OC24, párrafo 59.

16 OC24, párrafos 68-80.

17 En esta materia, ni siquiera se puede aplicar el “escrutinio estricto” al momento de ver si una diferencia es adecuada (cfr. OC24, párrafo 81), puesto que no se hace diferencia entre quienes cambian su nombre por razones de género o quienes lo hacen por alguna otra razón, ya que todos deben seguir los mismos procedimientos.

18 V.gr., OC24, párrafos 131 y 144.

En relación con el segundo tema, el de las uniones homosexuales, la Corte no desarrolla en profundidad las diferencias que hay entre las distintas uniones que existen en el ámbito civil¹⁹. Ella no profundiza en el concepto del matrimonio, más allá de definir voluntariosamente que la procreación no es una característica inherente a las relaciones conyugales²⁰, lo que contraría normas como las de los códigos civiles de Chile y Ecuador, que definen que la procreación es uno de los fines del matrimonio²¹. La Corte termina reduciendo el matrimonio a una simple unión sentimental, olvidando que el sentimiento no es la principal característica del matrimonio (ni siquiera es un requisito legal para contraerlo). Con esta nueva definición de la Corte, pierde sentido prohibir el matrimonio incestuoso, exigir la capacidad sexual, prohibir la bigamia o exigir la monogamia (de hecho, la Corte afirma que el concepto de familia que protege la CADH incluiría a las familias “poligámicas”²²).

La Corte no dio mayor importancia a que la misma CADH reconozca la realidad heterosexual del matrimonio²³ –como ocurre también con otros instrumentos de derechos humanos²⁴–. Por el contrario, la Corte exigió que fueran los defensores de la cualidad heterosexual del matrimonio quienes justificaran dicha realidad superando un “test estricto de igualdad”²⁵. Lo irónico es que la consulta de Costa Rica no se refería al matrimonio, sino que al establecimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Por ello, los defensores de la esencia heterosexual del matrimonio no sospechaban que fuera necesario exponer sus

19 V.gr., la Corte da la impresión de que la única diferencia existente entre una unión de hecho y un matrimonio es la solemnidad. OC24, párrafo 225.

20 OC24, párrafo 221.

21 Art. 102 del Código Civil de Chile y Art. 81 del Código Civil de Ecuador.

22 OC24, párrafo 190.

23 Art. 17.2 de la CADH. Frente a este texto expreso, la Corte considera que dicho artículo está sólo “estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio”. OC24, párrafo 182.

24 V.gr., Art. 16.1 de la Declaración Universal de los DD.HH., y Art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

25 OC24, párrafo 220. Este test parece inspirarse en el “*strict scrutiny*” test, un estándar usado en EE.UU. para determinar si la acción estatal que establece diferencias es permisible. Dicho test es superior a los tests “*intermediate scrutiny*” y “*rational basis*”, y se usa cuando se hacen diferencias basadas en características inmutables, como raza, origen nacional y sexo. Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, (Wolters Kluwer Law & Business), 2013, pp. 712-714.

razones²⁶. En otras palabras, la Corte dio un golpe sorpresa al definir el matrimonio como una unión basada exclusivamente en los afectos, sin dar la posibilidad de que quienes se oponen a ello dieran sus razones.

Dentro de los otros muchos puntos interesantes de este fallo, se observa que la Corte adopta todos los conceptos y definiciones de la teoría de género²⁷, olvidando que ésta es solamente eso, una teoría, propuesta por un sector reducido de la sociedad. También llama la atención que la Corte señale que el Estado tiene la “obligación” de concientizar a las personas en “un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona”, invitándolo a reevaluar el contenido educativo y de libros de texto²⁸. Esto es interesante porque la Corte no dice de dónde nacería esa “obligación”, y porque entregarle al Estado la labor de concientizar en verdades oficiales es algo que espantaría a muchos que creen que el Estado debe ser neutral en cuestiones filosóficas o antropológicas.

Una última nota interesante de resaltar es la afirmación que

*“en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.”*²⁹

Esta afirmación es interesante y positiva, pues recalca lo inadecuado de normativas como las del artículo 84 del Código Civil de Uruguay, que condena a prisión de entre seis meses y un año a los ministros de un culto que hayan bendecido un matrimonio que no haya sido celebrado previamente ante el oficial del Estado Civil.

Ahora, habiendo descrito algunos puntos interesantes de la OC24, nos referiremos a ciertos errores de concepto en los que suele incurrir la Corte.

²⁶ Sobre la pertinencia de la distinción entre las uniones heterosexuales y las homosexuales en relación con el matrimonio, véase Girgis, Sherif; Anderson, Ryan T., y George, Robert P., *What is Marriage? Man and Woman: A Defense*, (Encounter Books), 2012. Para la posición contraria, véase Corte Suprema de los EE.UU., 576 U.S. — (2015), *Obergefell v. Hodges*, sentencia de 26 de junio de 2015.

²⁷ OC24, párrafo 32.

²⁸ OC24, párrafo 40.

²⁹ OC24, párrafo 223.

2. Imponer una visión única de los derechos humanos

El desacierto más sustantivo de la OC24 es basarse en la idea de que existe una sola visión de los derechos humanos. Ello parece desconocer que el proyecto de los derechos humanos³⁰ se ha ido formando a través de un constante tira y afloja de personas que creen en los derechos humanos, pero que tienen diversas concepciones de su fundamento y contenido. El resultado de este enfrentamiento de ideas es la coincidencia en ciertos mínimos básicos que deben ser respetados por los Estados. Este proceso se puede observar en el trabajo de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Como nos cuenta Jacques Maritain, puede decirse que los paladines de ideologías violentamente opuestas pudieron coincidir en una lista de derechos humanos sólo bajo la condición de que nadie preguntara el porqué de dicha lista.³¹ En efecto, los redactores de la Declaración Universal tenían diversos conceptos del fundamento y contenido de los derechos humanos, pero lograron coincidir en un mínimo común denominador.

Diversas corrientes de pensamiento plantean sendos fundamentos de los derechos humanos. La fundamentación a la que se adscriba será clave al discernir qué debe ser considerado un derecho humano, cómo debe interpretarse y cómo deben resolverse aparentes colisiones de derechos³². Es por ello que se ha afirmado que es ridículo pretender alcanzar una unanimidad en los derechos humanos si no hay unanimidad en el concepto de hombre³³. A lo anterior, hay que agregar las diferencias culturales que existen entre los distintos pueblos, lo que ha hecho que se afirme que “los derechos son universales en abstracción, pero nacionales en su aplicación”³⁴.

30 Este concepto se puede observar en Glendon, Mary Ann, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, (Random House), 2002, p. 241. Por su parte, se habla también del concepto “proyecto del derecho internacional de los derechos humanos” en Henríquez, Tomás, “La Política y Politización de los Derechos Humanos”, en Schalper, Diego (ed.), *Desarrollo Humano y Solidario. Nuevas Ideas para Chile*, (Ideapais - Fundación Hanns Seidel), 2017, p. 378.

31 United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Human Rights. Comments and Interpretations. A Symposium Edited by Unesco*, (Unesco), 1948, p. I.

32 García-Huidobro, Joaquín; Martínez, José Ignacio, y Núñez, Manuel Antonio, *Lecciones de Derechos Humanos*, (Edeval), 1997, p. 18.

33 Lira, Osvaldo, *Derechos Humanos. Mito y Realidad*, (Nuevo Extremo), 1993, p. 56.

34 Hoffmann, Lord Leonard, “The Universality of Human Rights”, en *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, p. 422.

Muchos coinciden en que la dignidad intrínseca del ser humano sería el fundamento de los derechos. Sin embargo, también hay diferencias sobre qué consideran que es la dignidad humana, o cuál sería su base³⁵. Para efectos de este trabajo, nos interesan dos posiciones sobre el fundamento de los derechos humanos. La primera considera que ellos se basan en la compleja naturaleza humana, que requiere de diversos bienes para el cumplimiento de los fines de la persona en los distintos planos en que se desenvuelve (en el orden físico y biológico, en el orden de su vida psíquica y en el orden de su vida de relación³⁶). A esta primera posición la llamaremos *iusnaturalista*. Una segunda posición que nos interesa se basa también en la naturaleza humana (pues considera que los derechos humanos no son concedidos por decreto), pero se enfoca en uno de los aspectos del ser humano: la autonomía de la voluntad. A esta posición la llamaremos *autonomista*, y es la que la Corte adopta en la OC24³⁷.

Los autonomistas no tendrán problemas de fondo con la OC24. En efecto, ellos podrían quejarse de la OC24 alegando cuestiones prácticas, por ejemplo, que no corresponde que el registro de un dato objetivo sea modificado en razón de creencias personales, o que el Estado puede regular las uniones civiles o el matrimonio con la finalidad de favorecer situaciones que tengan mayores externalidades positivas (una especie de incentivo de política pública). No obstante, atendido el valor que le dan a la autonomía personal, ellos tenderán a estar más de acuerdo con las afirmaciones de la OC24.

En cambio, los iusnaturalistas se verán violentados por la OC24. En primer lugar, en relación con la identidad de género, ellos tendrán serios inconvenientes con la idea de que las personas puedan definir su propio sexo. En efecto, los iusnaturalistas consideran que hay muchos elementos que vienen dados por la naturaleza, y que al ser humano sólo le corresponde descubrirlos. Posiblemente los iusnaturalistas considerarán que, en virtud de la libertad humana, algunas personas pueden adoptar actitudes, vestimentas y características asociadas al otro sexo. Sin embargo, no estarán de acuerdo con que el sexo *deba* ser percibido “como parte de una construcción identitaria que es

35 Véanse Carozza, Paolo G., “Human Dignity”, en Shelton, Dinah (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (Oxford University Press), 2013, y McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, en *The European Journal of International Law*, vol. 19, N° 4, 2008.

36 Hübner Gallo, Jorge Iván, *Los Derechos Humanos*, (Editorial Jurídica de Chile), 1994, p. 84.

37 V.gr., OC24 párrafos 86, 88 y 93.

resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”³⁸. Tampoco estarán de acuerdo con que se obligue a los miembros de la sociedad a renunciar a la verdad y sostener que una persona es de un sexo que no concuerda con su realidad biológica³⁹ (pues el sexo, a diferencia del actual concepto género, es una realidad biológica).

En relación con el reconocimiento jurídico de ciertas relaciones de personas del mismo sexo, los iusnaturalistas también tendrán diferencias importantes con la OC24. Para explicar esto, hay que referirse a una cuestión más básica: los iusnaturalistas pueden considerar que las personas, en virtud de su libertad natural, pueden decidir cómo y con quién realizar actos sexuales, pero ello no significa que piensen que todos los modos de ejercer la sexualidad sean igualmente adecuados. Esto es algo similar a lo que ocurre con la libertad de expresión: defender la libertad de expresión no significa estar de acuerdo con todo lo que se expresa. Esta distinción es relevante, porque los iusnaturalistas pueden extraer consecuencias jurídicas sobre la base de la finalidad y el modo de ejercer los actos sexuales. En efecto, el que las personas puedan vivir su sexualidad del modo que crean bueno, no implica desconocer que los distintos modos de ejercitar la sexualidad pueden tener diferencias inherentes, y que tales diferencias pueden ser reconocidas por el Derecho al momento de regular diversas instituciones.

La CADH no optó por ningún modo particular de fundamentar los derechos humanos. Sólo dispuso en su preámbulo que los derechos humanos “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. En otras palabras, sólo nos dice que los derechos humanos derivan de la naturaleza del hombre, no de la ley positiva ni de la utilidad ni de ninguna otra fundamentación similar. Por eso, habiendo distintas formas en que se puede interpretar legítimamente la CADH, dependiendo de la doctrina que se tenga sobre el fundamento de los derechos humanos, es inadecuado que la Corte opte por una de estas visiones y trate de imponerla al Continente. Esto sólo sería entendible en casos en que la misma CADH optara por una visión particular, como ocurre cuando se refiere a que el derecho a la vida comienza desde el momento de la concepción⁴⁰. En cambio, cuando la CADH permite diversas interpretaciones legítimas, los

³⁸ OC24, párrafo 94. Véase también el párrafo 95.

³⁹ Esto es lo que se les termina exigiendo al disponer el cambio del sexo en los registros públicos.

⁴⁰ Ello, aunque vislumbra la posibilidad de que dicho derecho no sea protegido en toda circunstancia. En esta materia, véase Paúl Díaz, Álvaro, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, en *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 1, 2012.

Estados deben poder elegir democráticamente entre ellas; la Corte no debiera imponerles la opinión personal de sus jueces, y menos aún menospreciar a los que opinan distinto (como se observa en algunas de sus afirmaciones⁴¹).

3. Conceder a sus propias interpretaciones mayor valor del que tienen

3.1. Control de convencionalidad e interpretación en casos contenciosos

En la OC24, la Corte vuelve a referirse a su doctrina del control de convencionalidad⁴². De hecho, la utiliza para dar una orden al Estado de Costa Rica⁴³, a pesar de que ella solo puede dar órdenes en casos contenciosos. A juicio de la Corte, la doctrina del control de convencionalidad exigiría que los órganos de los Estados apliquen directamente a nivel nacional, tanto la CADH como las interpretaciones que de ella ha hecho la Corte IDH, con independencia de si tales interpretaciones han sido realizadas en casos contenciosos contra el Estado que se pretende que la aplique, o contra otro Estado, o en alguna opinión consultiva. La doctrina del control de convencionalidad es bastante compleja, y requeriría de varios artículos para poder referirse a sus falencias⁴⁴. Ahora solo comentaremos uno de sus elementos, que es la equiparación que hace la Corte entre su jurisprudencia y el texto mismo de la CADH. De dicha igualación se desprende que la Corte se considera, de algún modo, intérprete auténtica de la CADH, pues solo la interpretación auténtica tiene el mismo valor que la norma interpretada.

En muchas de sus decisiones, incluida la OC24, la Corte afirma ser la “intérprete última de la Convención Americana”⁴⁵. Esta afirmación es efectiva, pero sólo en cuanto a lo dispuesto en los artículos 62 y 67 de la CADH, es decir, a que la Corte IDH tiene la última palabra al fallar los casos que se le presenten,

41 Vgr., en la OC24 se menosprecian las visiones contrarias cuando la Corte señala que quienes no consideran que el sexo y la identidad sexual sean “rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien las detenta”, estarían basados en “miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables”. OC24, párrafo 95.

42 OC24, párrafos 26, 171, 226 y 229.4.

43 OC24, párrafo 229.4. Allí la Corte dispone que el artículo 54 del Código Civil costarricense debe ser interpretado en conformidad con los estándares desarrollados por ella en la OC24.

44 Algunas de ellas se pueden observar en Castilla Juárez, Karlos A., “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013; Dulitzky, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, y Silva Abbot, Max, “Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 2, 2016.

45 OC24, párrafo 16.

interpretando o aplicando la CADH. Ello, por cuanto los Estados se comprometieron “a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”⁴⁶. Sin embargo, esto no significa que las interpretaciones de la Corte sean auténticas. Para entender esto mejor, haremos una breve referencia al derecho interno. A nivel nacional, “[s]ólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”⁴⁷. En otras palabras, sólo el legislador es el intérprete auténtico de la ley. En cambio, “[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”⁴⁸, vale decir, si bien los tribunales interpretan la ley, lo hacen sólo para el caso concreto (sin perjuicio de que éstos traten, en lo posible, de tener una jurisprudencia uniforme). Esta distinción entre la interpretación auténtica y la simple interpretación judicial también se puede observar a nivel internacional.

La interpretación auténtica tiene dos características: emana de la entidad que creó la norma que se interpreta, y tiene el mismo valor que la norma interpretada⁴⁹. Ella se rige por el principio *eius est legem interpretare, cuius est condere*, es decir, que “[c]orresponde interpretar la ley a quien la establece”⁵⁰. Según hemos afirmado en algún otro lugar, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció este principio en el *asunto Jaworzina*, donde resolvió que solo corresponde interpretar autorizadamente una norma al órgano que tiene el poder de modificarla o suprimirla⁵¹. Por otro lado, la interpretación auténtica puede apartarse del texto que está interpretando, mientras que la interpretación realizada por otros órganos debe ceñirse al documento que se interpreta⁵². Por ello, la interpretación no auténtica puede ser correcta o incorrecta⁵³.

46 Art. 68.I, CADH.

47 Art. 3, Código Civil de Chile.

48 Art. 3, Código Civil de Chile.

49 Berner, Katharina, “Authentic Interpretation in Public International Law”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, 2016, pp. 846-847.

50 Domingo, Rafael y Rodríguez-Antolín, Beatriz, *Reglas Jurídicas y Aforismos (con Jurisprudencia Actualizada y Remisiones a la Legislación Vigente)*, (Aranzadi), 2000, pp. 47-48.

51 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Asunto Jaworzina (Frontera Polaco-Cecoslovaca)*, Opinión Consultiva N° 8 de fecha 6 de diciembre de 1923, p. 37. El texto original afirma: “it is an established principle that the right of giving an authoritative interpretation of a legal rule belongs solely to the person or body who has the power to modify or suppress it.”

52 Berner, Katharina, “Authentic Interpretation in Public International Law”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, 2016, p. 852.

53 Berner, Katharina, “Authentic Interpretation in Public International Law”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, 2016, p. 852.

Lo anterior explica que las interpretaciones de la Corte IDH no tengan el carácter de definitivas. Ellas pueden ser modificadas en casos posteriores, y pueden ser también discutidas por quienes participan en el sistema (sin perjuicio de que los Estados estén igualmente obligados a cumplir toda sentencia que la Corte dicte dentro de sus competencias). Por esto, no es adecuado que la Corte IDH, en su desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, ponga en el mismo nivel a la CADH y a su propia jurisprudencia⁵⁴.

3.2. Interpretación y carácter no vinculante de las opiniones consultivas

En su discurso al cierre de las audiencias públicas de la OC24, el entonces Presidente de la Corte, el juez Caldas, señaló que los Estados solicitan opiniones consultivas para obtener “criterios interpretativos generales y *vinculantes*”⁵⁵. Esta afirmación no tiene mayor valor jurídico, atendido que es una opinión aislada, planteada incidentalmente en un momento procesal inidóneo. En ese sentido, más atención habría que prestarle a la opinión del vicepresidente de la Corte, que en su voto parcialmente disidente a la OC24 recordó que “la opinión consultiva no es vinculante”⁵⁶. No obstante la falta de valor jurídico de la afirmación del entonces juez Caldas, es pertinente referirse al carácter no vinculante de las opiniones consultivas, atendido que la figura del control de convencionalidad creada por la Corte IDH podría nublar esta realidad.

Desde los comienzos de la Corte se ha entendido que sus opiniones consultivas sólo expresan un parecer, nada más. En efecto, ya desde su primera opinión consultiva, la Corte afirmó expresamente que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la

54 Esto no desmerece que, en principio –según ha dicho la Corte Internacional de Justicia en el *caso Diallo*–, sea recomendable dar un gran peso a las interpretaciones realizadas por órganos independientes creados para supervisar la aplicación de un tratado, en aras de lograr coherencia y certeza jurídica en el derecho internacional. Corte Internacional de Justicia, caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática del Congo), Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2010, párrafos 66-68.

55 Véase <https://vimeo.com/album/4592103/video/219002648>, Audiencia Pública de Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica Parte 3. La frase referida puede verse a partir del momento 3:19:40 (el énfasis es nuestro).

56 Dicho juez recordó que “por esencia, la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Partes de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta.” Voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi a la OC24, párrafo 10.

Convención”⁵⁷. En una opinión consultiva posterior, la Corte reiteró dicha apreciación, agregando que en el ámbito consultivo, ella sólo “cumple una función asesora”⁵⁸.

Existe un argumento de texto para negar el valor vinculante de la OC24. En efecto, el único artículo de la CADH que establece el valor vinculante de las decisiones de la Corte IDH, dispone que los Estados deben cumplir tales decisiones “en todo caso en que sean partes”⁵⁹, y “no existen ‘partes’ involucradas en el procedimiento consultivo”⁶⁰. Además, el mismo nombre de las opiniones consultivas nos indica que ellas son solo eso, opiniones de la Corte, no dictámenes ni interpretaciones auténticas.

También existe un argumento competencial para afirmar que las opiniones consultivas no son vinculantes. La CADH dispone que la Corte puede ejercer su competencia consultiva respecto de tratados referentes a la protección de los derechos humanos, si es que tales tratados son aplicables en los Estados americanos.⁶¹ La CADH no excluye de la competencia de la Corte los casos en que tales tratados tengan un órgano especializado que los aplique. De ese modo, ella podría ejercer su opinión consultiva incluso cuando un tratado contemple un organismo especializado para su interpretación. En dicho caso, sería ilógico considerar que los Estados miembros de ese otro tratado estarían obligados por lo que dijera la Corte IDH, más que por lo que afirmara el órgano creado específicamente para su interpretación. Una cuestión similar a ésta fue reconocida por la misma Corte IDH, la que

57 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión de fecha 24 de septiembre de 1982, párrafo 51.

58 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión de fecha 8 de septiembre de 1983, párrafo 32. Esta concepción de la Corte sobre el efecto no vinculante de sus opiniones consultivas es pertinente. Ello es así, a la luz de una norma de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación [de un] tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación [de un] tratado”, es un elemento que debe tenerse en cuenta para interpretarlo, junto al contexto del mismo. Art. 31.3.b. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, la interpretación de la Corte podría ser considerada una práctica ulterior. Podría alegarse que las opiniones de la Corte no expresan necesariamente un “acuerdo de las partes” de la CADH, pero su cercanía con la fecha de firma y entrada en vigencia del tratado hace probable que su interpretación refleje dicho acuerdo de las partes.

59 Art. 68, párrafo 1, CADH.

60 OC24, párrafo 54.

61 OC24, párrafo 17. Por ejemplo, en la OC24 la Corte interpretó el concepto de familia, afirmando que dicha interpretación era aplicable a todos los tratados de derechos humanos que contengan cláusulas de protección de la familia. OC24, párrafo 194.

se puso en el supuesto de que un mismo tratado fuera interpretado por una opinión consultiva suya y por otra de la Corte Internacional de Justicia⁶².

Es posible dar un ejemplo para entender mejor este argumento competencial. El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos⁶³ contempla varias normas relativas a los derechos humanos, la democracia y el medio ambiente. También dispone la existencia de la Corte Centroamericana de Justicia⁶⁴. Si un Estado le solicitara a la Corte IDH interpretar el Protocolo de Tegucigalpa en un punto sobre derechos humanos, su interpretación podría contrariar la de la Corte Centroamericana de Justicia. En dicho caso, la interpretación más pertinente sería la de esta última, no la de la primera. Por eso, la Corte IDH no puede pretender que sus interpretaciones de otros tratados sean vinculantes. De lo contrario, podría estarse imponiendo a las interpretaciones de otros órganos que tienen la función oficial de interpretarlos.

Al afirmar que las opiniones consultivas de la Corte no son vinculantes, no estamos negando que ellas sean relevantes y que puedan tener bastante autoridad (dependiendo de los razonamientos presentados en la opinión⁶⁵). Es por esto que el procedimiento de las opiniones consultivas contempla la posibilidad de que todos los Estados miembros de la OEA puedan presentar sus observaciones escritas⁶⁶. Las opiniones son aún más importantes cuando la Corte decide someterse a sus interpretaciones previas en casos posteriores. Sin embargo, es inadecuado considerar que los Estados partes deban hacer un control de convencionalidad respecto de lo que se afirme en una opinión consultiva. Esto es lo que la Corte afirmó en una opinión consultiva previa, donde expresó que ella realiza un *control de convencionalidad preventivo* en sus opiniones consultivas⁶⁷, asimilándolo, de algún modo, con

62 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión de fecha 24 de septiembre de 1982, párrafos 50 y 51.

63 Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos.

64 Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, Art. 12.

65 Candia Falcón, Gonzalo, “Causales de Inadmisibilidad de Opiniones Consultivas: Reforzando el Carácter Subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 45, N° 1, 2018, pp. 66-67.

66 Art. 73, Reglamento de la Corte IDH.

67 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-22/16, Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en Relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), opinión de fecha 26 de febrero de 2016, párrafo 26.

el control de constitucionalidad preventivo de las leyes. Esta afirmación es inadecuada, porque daría, subrepticamente, un valor vinculante a las opiniones consultivas.

4. Despreciar su propia jurisprudencia en casos difíciles

La CADH no establece expresamente el efecto relativo de las sentencias de la Corte IDH, como sí hace el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸. Sin embargo, existen varios elementos que muestran que las sentencias de la Corte IDH tienen efecto solo para el caso concreto que ellas deciden⁶⁹. Esto también ha sido reconocido por algún juez de la Corte⁷⁰. No obstante lo anterior, por cuestiones de certeza jurídica, conviene que los tribunales se ajusten a su jurisprudencia, a menos que existan razones de peso para apartarse de ella, y que sean debidamente explicadas. Esto es particularmente relevante en

68 Art. 59.

69 Este comentario no puede referirse a este tema en detalle, pero daremos un par de argumentos que fundamentan esta afirmación: a) El artículo 68 de la CADH muestra en forma implícita que las sentencias de la Corte IDH tienen un efecto *inter partes*; b) Ni en Derecho internacional ni en los sistemas jurídicos de la mayoría de los Estados que redactaron la CADH existe una tradición del sistema de precedentes, por lo que un apartamiento de esta regla general debiera haberse establecido expresamente en la CADH; c) el sistema interamericano de DD.HH. se basó en el sistema europeo, cuyo tribunal ha afirmado no estar formalmente obligado a seguir sus sentencias previas, aunque la certeza jurídica y la previsibilidad le impiden apartarse de sus propios fallos sin una buena razón para hacerlo (véase: Tribunal Europeo de DD.HH., caso Mamatkulov and Askarov v. Turkey, sentencia de 4 de febrero de 2015, párrafo 121), y d) la Corte IDH no se considera obligada por su jurisprudencia, como se observa en cambios jurisprudenciales que ha realizado sin prestar atención a sus sentencias previas. Esto ocurre, v.gr., en materia del derecho a la verdad (Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights*, (Oxford University Press), 2013, p. 707); en materia de la autoejecutabilidad de la CADH (Fuentes Torrijo, Ximena, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 77, 2008, pp. 485-487.); en materia del control de convencionalidad (Castilla Juárez, Karlos A., “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, pp. 56–68); en relación con la imprescriptibilidad de ciertos delitos (Malarino, Ezequiel, “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, Gisela (ed.) *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. I, (Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.), 2010, p. 41, nota al pie N° 38); en materia del derecho a la vida (El juez Vio Grossi sostiene que el caso *Artavia* no es coherente con la interpretación previa de la Corte en materia del derecho a la vida, en su voto disidente de Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, Fondo, sentencia de 28 de noviembre de 2012); en materia de recurso de revisión (Paúl Díaz, Álvaro, “Giro en Materia de Recurso de Revisión ante la Corte Interamericana”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, vol. 4, N° 2, 2013.). En relación con otros cambios que podrían no ser considerados un pasar por alto sus precedentes, sino que un desarrollo de la jurisprudencia, véase Paúl, Álvaro, “Decision-Making Process of the Inter-American Court: An Analysis Prompted by the ‘In Vitro Fertilization’ Case”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 21, N° 1, 2014, p. nota al pie 28 *in fine*.

70 Véase el voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi, que señala que el fallo de la Corte es “obligatorio únicamente para el Estado Parte del caso en el que se pronuncia”, y que, en atención a que es sólo una fuente auxiliar del Derecho internacional, “puede en el futuro variar al sentenciarse otro caso”. Voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi en *Lagos del Campo vs Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 31 de agosto de 2017.

materia procesal, puesto que contravenir reglas que se han establecido previamente podría implicar la aplicación retroactiva de nuevos requisitos que dificulten o impidan el acceso a la justicia⁷¹.

A la Corte no le costará ser constante en la aplicación de sus reglas procesales cuando éstas produzcan resultados con los que sus jueces puedan fácilmente coincidir. En cambio, la Corte necesita ser rigurosa y seria para someterse a sus propias reglas cuando su aplicación genere resultados contrarios al querer de sus jueces. En el caso de la OC24, algunos jueces tenían convicciones profundas⁷², lo que debe haber incidido en que la Corte desconociera abiertamente su jurisprudencia en materia de inadmisibilidad de las opiniones consultivas.

En efecto, un año antes de conocer de la OC24, la Corte enumeró los criterios jurisprudenciales usados para considerar inadmisibile una opinión consultiva⁷³. Dentro de estos criterios, hay tres que se aplicaban al presente asunto. El primero dice que es inadmisibile la solicitud que busque utilizar la opinión consultiva como un instrumento en un debate político interno. Por eso, en términos empleados por la Corte, cuando a ella le corresponda analizar la admisibilidad de opiniones consultivas sobre proyectos de ley, debe: “actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva [...] no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna”⁷⁴.

71 Sobre este tema, a nivel interno de un Estado, puede verse: Comisión Interamericana de DD.HH., caso 10.194 Narciso Palacios – Argentina, informe de fecha 29 de septiembre de 1999, párrafos 65 y 66.

72 La profundidad de sus convicciones sobre el tema debe haber motivado también a la jueza Odio a votar en esta opinión consultiva, a pesar de haber afirmado previamente que ella se abstendría en “todo lo que [tuviera] que ver con Costa Rica”. *La Nación*, Elizabeth Odio, Jueza Electa en Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘El Aborto No Tiene Por Qué Ser un Crimen’, 20 de junio de 2015, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/elizabeth-odio-jueza-electa-en-corte-interamericana-de-derechos-humanos-el-aborto-no-tiene-por-que-ser-un-crimen/PDZ2GIMXWRBDHLL2MHZ-BGBH3OY/story/>.

73 Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, resolución de fecha 23 de junio de 2016, considerando N° 6. Para un estudio detallado sobre los rechazos que había hecho la Corte por inadmisibilidad de las opiniones consultivas, véase Paúl, Álvaro, “Rechazo de Solicitudes de Opinión Consultiva por Parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 8, N° 1, 2017.

74 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. San José de Costa Rica, opinión de fecha 19 de enero de 1984, párrafo 30.

En relación con este criterio, al momento de conocer de la OC24 se estaban discutiendo en Costa Rica proyectos de ley sobre los dos temas tratados en la solicitud de opinión consultiva⁷⁵. Por lo tanto, la opinión que emitiera la Corte tendría una influencia en los legisladores al momento de votar estas leyes. Incluso más, en su presentación oral ante la Corte IDH, el Estado de Costa Rica dejó en claro que su Poder Ejecutivo no presentó la OC24 para resolver dudas que orientaran su actuar, pues éste tenía clara su posición. En efecto, la solicitud de Costa Rica buscaba que la Corte resolviera sobre un tema políticamente sensible, para así presionar al legislador democrático, lo que constituye un uso de mala fe de la herramienta de las opiniones consultivas. Por esto, la Corte IDH debiera haber declarado inadmisibles estas solicitudes.

El segundo criterio relevante establecido por la Corte es el de la inadmisibilidad de la solicitud que pretenda obtener un pronunciamiento prematuro sobre un tema que pueda ser sometido a la Corte mediante un procedimiento contencioso. El estándar que establece la Corte en este punto no es que actualmente *exista* un caso contencioso, sino sólo que un caso *pueda* presentarse ante el Sistema⁷⁶. Al momento de presentarse la consulta, existían varios casos ante el Sistema que se vinculaban, en mayor o menor medida, con las dos preguntas promovidas por Costa Rica. Por una parte, estaba el caso de *Luiza Melinho v. Brasil*⁷⁷, sobre transexualismo, y un caso de Chile sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁸. La misma Comisión reconoció que una petición relacionada con la OC24 se encontraba en la etapa de admisibilidad⁷⁹. Más aún, una persona que tenía una petición sobre este asunto pidió que se declarara inadmisibles estas solicitudes de opinión consultiva, pues ella resolvería de manera encubierta algunos asuntos contenciosos que se encontraban en tramitación⁸⁰.

75 El primero era el proyecto de ley N° 19.841, de “Ley de Reconocimiento de los Derechos a la Identidad de Género e Igualdad ante la Ley”, y el segundo era el proyecto de ley N° 16.390, “de Uniones Civiles en Costa Rica”.

76 Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la República de Costa Rica, Resolución de fecha 10 de mayo de 2005, considerando párrafo 13; Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de DD.HH., Resolución de fecha 27 de enero de 2009, considerando párrafo 7, y Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución de 23 de junio de 2016, considerando N° 6.

77 Comisión Interamericana de DD.HH., Informe de admisibilidad N° 11/16 (petición 362-09) de fecha 14 de abril de 2016.

78 Corresponde al caso P-946-12, de los peticionarios Movimiento de Integración y Liberación Homosexual y otros contra Chile.

79 OC24, párrafo. 23.

80 OC24, párrafo. 23.

Un tercer criterio relevante nos dice que son inadmisibles las solicitudes que busquen que la Corte resuelva una cuestión de hecho. Este criterio era aplicable en este caso, porque la primera pregunta exigía resolver un asunto que no ha sido respondido a nivel científico, antropológico o filosófico. Tal cuestión es si existe un género disociado totalmente de la realidad biológica de las personas⁸¹.

En virtud de estas razones, la Corte debería haber declarado inadmisibile la solicitud de la OC24. Así, habría sido fiel a su jurisprudencia y habría impedido que su competencia consultiva fuera usada de mala fe. Sin embargo, la Corte no analizó los requisitos que ella misma había establecido, sino que le bastó con afirmar, basándose también en otra jurisprudencia previa, que “el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión relacionadas con el tema de la consulta no resulta suficiente para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta”⁸². La Corte omitió referirse a la causal de inadmisibilidad basada en el uso político de la función consultiva. Ella sólo se refirió a la gran importancia que tendría esta opinión consultiva para los países de la Región⁸³. Este desprecio por los requisitos procesales establecidos en su jurisprudencia previa fue particularmente desconcertante, atendido lo reciente de la enumeración de las causales de inadmisibilidad. Además, fue una muestra de que la Corte no limita su propio ejercicio del poder, cuestión que es fundamental en un Estado de Derecho.

5. Citar una mirada de instrumentos inaplicables

5.1. Problemas derivados de citar instrumentos inaplicables

La Corte IDH suele transformar sus fallos en una colección de instrumentos jurídicos de distinta naturaleza. Estos instrumentos, en su gran mayoría, no son aplicables al asunto en concreto, puesto que no le conceden competencia a la Corte, y muchas veces no son, ni siquiera, vinculantes. Esta práctica muestra que la Corte pretende, veladamente, tener jurisdicción para aplicar

⁸¹ En todo caso, la Corte ya había considerado a la biología como parte constitutiva de la identidad, al afirmar que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica”. Corte IDH, caso Contreras y Otros vs El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 31 de agosto de 2011, párrafo 113.

⁸² OC24, párrafo 24.

⁸³ OC24, párrafo 21.

instrumentos diversos de la CADH. Esto fue tratado en otro artículo⁸⁴, pero es necesario volver a referirse al punto, tomando como base lo escrito previamente.

La práctica de la Corte IDH de citar todo tipo de instrumentos ajenos a la CADH, con independencia de que ellos sean vinculantes no aplicables, o no vinculantes, o incluso derecho comparado, *soft law* e instrumentos privados, da la impresión de que ella desconoce que citar mucho no crea una regla de Derecho. También pareciera que, a falta de fuente vinculante, la Corte pretende inundar al lector con instrumentos que le impidan notar esta falta. Éste es un problema fundamental, del cual se siguen otros despropósitos, por ejemplo, poner al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes; favorecer la consideración fuera de contexto de los instrumentos ajenos al sistema interamericano (pues el lector probablemente desconoce las circunstancias de su dictación); soslayar las diferencias entre los textos legales que aplican los tribunales internacionales de otras regiones⁸⁵; olvidar que los autores de la CADH quisieron imprimirle un sello particular, distinto de los de otras convenciones regionales, e interpretable según consensos americanos⁸⁶, y, por último, en muchas ocasiones, carecer de criterios claros para seleccionar los documentos y decisiones judiciales que ella cita, lo que permite cuestionar su imparcialidad⁸⁷.

5.2. Jurisdicción extra-Convención

La Corte se considera capacitada para ejercer su jurisdicción más allá de la CADH. Esto es adecuado respecto de ciertos tratados interamericanos, como el Protocolo de San Salvador, que otorgan explícitamente jurisdicción a la Corte respecto de ciertos derechos⁸⁸. La Corte también ejerce su jurisdicción allende la CADH de un modo indirecto. Lo hace incorporando en la CADH

84 Paúl Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, en *Derecho Público Iberoamericano*, vol. 2, 2013, pp. 310-320.

85 Para un claro ejemplo en otro caso, véase *Ibid.*, p. 318.

86 *Ibid.*, p. 318 y 319.

87 *Ibid.*, p. 319 y 320. Algunos han afirmado que la tendencia política de los jueces tiene un rol fundamental en su nombramiento. Verdugo R., Sergio y García G., José Francisco, “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 25, 2012, pp. 190-193.

88 V.gr. La Corte aplicó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en Corte IDH, caso Gómez Palomino vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005, párrafo 162.5. La Corte ha explicado en detalle cuál es su competencia sobre los distintos tratados del sistema interamericano. Corte IDH, caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafos 45-48.

las definiciones de otros tratados. Esto podría ser adecuado cuando lo dispuesto en tales instrumentos sea indispensable para interpretar ciertas obligaciones internacionales, y dichos tratados han sido ampliamente ratificados en la Región⁸⁹, o han sido ratificados por el Estado respecto del cual se aplica⁹⁰ (no obstante, su uso debiera hacerse con cautela, ya que la Corte ha incorporado estas interpretaciones a su jurisprudencia, y después las ha aplicado a otros países que no han ratificado los tratados relevantes⁹¹).

La Corte IDH suele usar tratados ajenos a la CADH alegando que ellos habrían ingresado a formar parte del *corpus juris* de los derechos humanos⁹². Sin embargo, es inadecuado que la Corte utilice en su interpretación “otros tratados sin mayor cuestionamiento, como si fueran de poca relevancia las diferencias de texto, la existencia de organismos especializados para controlar tales otras convenciones, o la falta *ex profeso* de los mismos”⁹³. La OC24 manifiesta esta forma inadecuada de *jurisdicción extra-Convención*, entre otros momentos, al afirmar que para interpretar sistemáticamente la CADH “debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGTBI”⁹⁴, cuando tales instrumentos no son relevantes, ni siquiera en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Lo más interesante actualmente, es que la jurisprudencia reciente de la Corte muestra que ésta se considera liberada de cualquier atadura normativa.

89 La Corte ha citado tratados que se encuentran en diversos niveles de ratificación. *V.gr.*, ella se ha referido en varias ocasiones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada en forma generalizada por las naciones del continente. Corte IDH, caso Vélez Loor vs Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010, párrafo 158.

90 *V.gr.*, En el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*, la Corte usó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales –ratificado por Paraguay– para fijar el alcance del artículo 21 de la CADH (sobre el derecho de propiedad). Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 17 de junio de 2005, párrafos 127-130.

91 Así, *v.gr.*, con el caso citado en la nota al pie anterior, la Corte, después de interpretar la CADH a la luz del Convenio 169 contra Paraguay, aplicó la misma interpretación a Surinam, que no es parte del Convenio 169. Así, extendió las obligaciones emanadas de otros instrumentos internacionales. Corte IDH, caso del Pueblo Indígena Saramaka vs Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, párrafos 92 y 93.

92 En ocasiones, cuando la Corte se refiere a estos otros tratados, parece darles el mismo nivel que le da a la misma CADH, según afirma el juez Vio Grossi en un voto parcialmente disidente (alega que el artículo 26 es tratado, en una ocasión, “al mismo nivel que la Carta Democrática Interamericana y el Convenio sobre los representantes de los trabajadores de la OIT”). Voto parcialmente disidente en Corte IDH, caso Lagos del Campo vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 31 de agosto de 2017.

93 Paúl Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, en *Derecho Público Iberoamericano*, vol. 2, 2013, p. 311.

94 OC24, párrafo 59.

En efecto, en la actualidad ella no solo interpreta la CADH usando fuentes del Derecho internacional, sino que también jurisprudencia, resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema⁹⁵, es decir, todo el *soft law* que puede encontrar sobre la materia. En la OC24 la Corte afirmó que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos incluía al *soft law* como una guía de interpretación de las fuentes del Derecho internacional, que dotaría “de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente”⁹⁶. Más aún, la Corte hace constante referencia a los Principios de Yogyakarta⁹⁷, e incluso a los Principios de Yogyakarta plus 10⁹⁸, que ni siquiera son *soft law*, sino que simples instrumentos privados firmados por personalidades relevantes.

Lo anterior ha tenido como efecto que la Corte declare como derechos una infinidad de cuestiones⁹⁹, un par de ellas sin un carácter jurídico. Para hacerlo, a la Corte le basta con relacionar vagamente las normas de la CADH con el contenido de instrumentos de derecho internacional no aplicables al caso concreto. Así, por ejemplo, en la OC24 se refiere al “derecho a la identidad”¹⁰⁰, al “derecho a la identidad sexual y de género”¹⁰¹, al “derecho a vivir sin humillaciones”¹⁰², al derecho “a definir de manera autónoma [la] identidad sexual y de género”¹⁰³, al derecho “a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que [los individuos] tienen de sí mismos”¹⁰⁴, a “la adecuación de la

95 OC24, párrafo 59.

96 OC24, párrafo 60. Neuman afirma que esta noción de un *corpus juris* en constante expansión de normas vinculantes y no vinculantes subyace gran parte de la práctica interpretativa de la Corte. Neuman, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *The European Journal of International Law*, vol. 19, p. 114. Este autor también observa con preocupación la utilización de instrumentos no vinculantes por parte de la Corte. Neuman, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *The European Journal of International Law*, vol. 19, pp. 114–116.

97 OC24, párrafos 112, 129, 138, 148, 155, 196, y en varias notas al pie.

98 OC24, nota al pie 49.

99 Para una muestra de las interpretaciones de la Corte IDH hasta 2016, véase Paúl, Álvaro, “The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court”, en *Juris Dictio*, vol. 20, 2017.

100 OC24, párrafo 90.

101 OC24, párrafo 92.

102 OC24, párrafo 113.

103 OC24, párrafo 115.

104 OC24, párrafo 115.

imagen” de los registros de identidad con la identidad de género¹⁰⁵ y al “derecho a la propia imagen”¹⁰⁶. Dentro de los derechos enunciados por la Corte, quizá el más llamativo es el “derecho a vivir como uno quiera”¹⁰⁷.

La Corte también se refiere al “derecho a la salud”¹⁰⁸, lo que debe sumarse a una tendencia que ella venía exhibiendo respecto de los derechos económicos y sociales. En efecto, la Corte ha utilizado últimamente el artículo 26 de la CADH, una norma programática, para transformar un tratado de protección de derechos civiles y políticos, en un tratado que incluye también derechos socioeconómicos y ambientales¹⁰⁹. De más está decir que dicho uso es inadecuado, pero por motivos de extensión de este comentario, no podemos desarrollar este asunto, sino sólo remitirnos al certero voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi en el caso que dio inicio a esta tendencia¹¹⁰.

En parte, la Corte basa su aplicación de otros instrumentos en el artículo 29 de la CADH. Según la Corte, este artículo consagra el principio *pro homine*, y le concede la posibilidad de aplicar otras normas al momento de interpretar la CADH. Sin embargo, dicho artículo no otorga competencia a la Corte para aplicar instrumentos más favorables, sino que establece el principio de prohibición del abuso del derecho, o uso de la CADH para efectos contrarios a sus propios fines¹¹¹. Si el artículo 29 se interpretara en el sentido de otorgar mayores fuentes de competencia, podría también decirse que la Corte podría juzgar sobre “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno” (también referidos en el mismo artículo 29)¹¹², lo que daría a la Corte un poder legislativo prácticamente absoluto en materia de derechos humanos. Esto tornaría

105 OC24, párrafo 116.

106 OC24, párrafo 122.

107 OC24, párrafo 113.

108 OC24, párrafo 132.

109 V.gr., Corte IDH, caso Lagos del Campo vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 31 de agosto de 2017, y Corte IDH, caso Poblete Vilches y Otros vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 8 de marzo de 2018.

110 Corte IDH, caso Lagos del Campo vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 31 de agosto de 2017.

111 Véase Paúl, Álvaro, “Elementos para Reinterpretar el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Paola Andrea Acosta Alvarado, Cristián Delpiano Lira (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*, (Universidad Externado de Colombia - Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional), 2017, p. 29.

112 Cfr. Art. 29.c. CADH.

inútiles las largas discusiones que se dieron al fijar el texto específico de los derechos consagrados en la CADH. Además, ello estaría en directa contradicción con lo establecido en el artículo 31, que dispone que otros derechos y libertades pueden ser incluidos en el régimen de protección de la CADH, pero de acuerdo con los procedimientos de reforma de dicho tratado.

Conclusiones

Vale la pena leer la OC24 y sus votos separados, en atención a la actualidad del tema del que tratan. Además, esta opinión consultiva tiene muchas aristas que podrían ser comentadas. Desafortunadamente, este trabajo no puede discutir sobre todas ellas. Por eso, en lugar de comentar toda la OC24, procuró relatar a grandes rasgos el resultado de la opinión de la Corte, y analizar posteriormente algunos problemas que se observan recurrentemente en la jurisprudencia interamericana. Éstos desaciertos son: tratar de imponer una visión única en materia de derechos humanos, conceder a sus interpretaciones mayor valor del que tienen, no ajustarse a su jurisprudencia procesal previa y citar innumerables instrumentos que no son aplicables al asunto en particular.

En relación con el primer problema, la Corte olvida que los instrumentos de derechos humanos se alcanzaron mediante acuerdos prácticos entre Estados con visiones diversas del fundamento y contenido de los derechos humanos. Por ello, los Estados debieran contar con un margen para interpretarlos cuando la CADH deja abierto su contenido. En relación con el segundo problema comentado en este trabajo, la Corte parece desconocer que sus interpretaciones no están en el mismo nivel normativo que el texto de la CADH, por lo que ella no puede pretender que los Estados las apliquen ejerciendo el control de convencionalidad. Esto es aún más cierto respecto de las interpretaciones emitidas en opiniones consultivas, las que, por su naturaleza, no son vinculantes. En relación con el tercer problema, el que la Corte no se ciña a su jurisprudencia en materia procesal, hace que ella proyecte la imagen de un tribunal que ajusta sus reglas según el parecer de sus jueces, vulnerando el principio de la seguridad jurídica y manifestando una aproximación activista al enfrentar la labor judicial.

Por último, en relación con el cuarto problema descrito en este comentario –la copiosa cita de instrumentos inaplicables–, es pertinente citar la misma OC24, recordándole a la Corte que, al momento de fallar, “debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales

contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.”¹¹³ Si la Corte no lo hace, y va más allá de sus competencias, como se observa en la OC24, estará olvidando que su legitimación y poder emanan del mandato que le entregaron los Estados para interpretar unos instrumentos específicos. Este modo de proceder no es adecuado, pues si se adopta, la Corte se estará alejando de su fuente de poder, con lo que disminuirá su legitimidad. Ello puede tener consecuencias serias, pues la Corte estará incitando a los Estados a que intervengan el Sistema, a que modifiquen la normativa sustantiva y procesal aplicable, o a que denuncien la CADH, lo que puede debilitar gravemente el Sistema Interamericano.

¹¹³ OC24, párrafo 83.

CRISIS DE LEGITIMIDAD EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO: ¿APARIENCIA O REALIDAD? ACHMEA, CNUDMI Y UNASUR COMO DISTINTOS CAMINOS CON RUMBO COMÚN

Pablo Nilo Donoso¹

Resumen

En marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió que las cláusulas arbitrales para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, establecidas en acuerdos bilaterales de inversión suscritos entre países miembros, eran contrarias al derecho comunitario¹.

En forma paralela a esta decisión, se marcaban hitos en dos procesos que venían gestándose hace casi una década: por un lado, las negociaciones al alero de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para la creación de un centro regional que resolviera las controversias entre inversionistas y Estados se acercaban a su conclusión; y por otro, se materializó recientemente el mandato al Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), a cargo de la reforma al actual sistema de solución de controversias en la misma materia.

El propósito de este trabajo es examinar cómo estas tendencias paralelas, aun teniendo orígenes políticos y económicos opuestos, responden a objetivos similares, y se basan en principios jurídicos comunes, en ocasiones alejados del derecho de las inversiones.

¹ Ayudante Senior. Derecho Internacional Público. Universidad Diego Portales. Caso 284/16 República Eslovaca v. Achmea EU:C:2018:158. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TXT&ancre>. El caso fue decidido por la Gran Sala el 6 de marzo de 2018.

I. Introducción:

Tanto a nivel político² como académico³, se han levantado críticas contra el actual sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se ha llegado a afirmar que el sistema de solución de controversias como se lo conoce hoy en día, está en crisis y requiere una reforma sustantiva que le devuelva especialmente su legitimidad⁴.

Las dos posiciones enfrentadas en este debate han desarrollado argumentos relativos a costos, eficiencia, consistencia y seguridad jurídica en apoyo de sus tesis, lo que lleva a plantearnos la siguiente interrogante: ¿se encuentra realmente en crisis el actual sistema de solución de controversias inversionista-Estado?, de esta pregunta se deriva una segunda cuestión: ¿es necesario someter el sistema del año 65⁵, que da efectividad al marco jurídico establecido

- 2 Al respecto, ver: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret (2015). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*. Hotei Publishing. Sobre la tendencia de ciertos Estados de retirarse del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, ver especialmente páginas 254-262.
- 3 Para un análisis completo, ver: Steffen Hindelang y Markus Krajewski (Eds) (2016). *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*. Oxford University Press.
En el mismo sentido ver: C. L. Lim. (2015) *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.
Una síntesis de las críticas puede apreciarse en el siguiente extracto de una cátedra dictada por George Cahale: “*the way tribunals are formed, the lack of meaningful arbitrator qualifications or serious standards for arbitrator disqualification, the inherent bias in the system against states, the absurd legal interpretations given by some tribunals to basic international law principles – interpretations that wouldn’t pass muster in International Law 101 – and the relatively unchecked powers of arbitral tribunals due to the lack of a reliable post-award review mechanism*”. Clase dictada por George Kahale, denominada “ISDS: the wild, wild west of international practice” en la Brooklyn Law School el 3 de abril de 2018. Para el texto completo, visitar: <http://www.curtis.com/siteFiles/AttorneyFiles/ISDS%20-%20The%20Wild,%20Wild%20West%20of%20International%20Law%20and%20Arbitration.pdf> [última visita: 12.07.2018]
- 4 Ver entre otros: Jane Kelsey (2017). *The Crisis of Legitimacy in International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement*. ISBN: 978-1-910812-37-2, pp. 97-105. En *Judicial Power and the Left, Notes on a sceptical tradition*. Richard Ekins and Graham Gee (eds.); Julius Cosmas (2014). *Legitimacy Crisis in Investor – State International Arbitration System: A Critique on the Suggested Solutions & the Proposal on the Way Forward* *International Journal of Scientific and Research Publications*, 4 (11), ISSN 2250-315; Collins. C. Ajibo (2013). *Legitimacy Challenges in Investor-State Arbitration Interpretive Principles: Reflecting on a Balancing Tool*. 10 *Manchester J. Int’l Econ. L.* 382; Susan D. Franck. (2005). *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions*. *Fordham Law Review*, 73, 1521-2897. AGREGAR VAN HARTEN 2007.
- 5 La mayor parte de las críticas reacciona más precisamente contra el contenido de los APPIs (en este trabajo se entienden en un sentido amplio, englobando los Tratados Bilaterales de Inversiones en general), que contra el procedimiento establecido en el CIADI. Los acuerdos internacionales son el mecanismo que permite dar efectividad a un sistema defectuoso (en la opinión de los críticos), pero este no es en sí mismo la fuente de los problemas. Adicionalmente, el año 65’ cuando se creó el CIADI, no se previó la idea de que los APPIs fueran una fuente de jurisdicción recurrente, sino que más bien se aspiró a que los contratos internacionales fueran aquellos que, mediante cláusulas arbitrales, le otorgaran jurisdicción al Centro. Esta cuestión en la práctica fue claramente muy distinta. Para una mirada general del sistema CIADI ver: Frutos-Peterson, C. (2016). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 31(3), 740-755, en referencia al libro citado.

en los Acuerdos para la Protección y Promoción de las Inversiones (APPIs), a una actualización que implique revisar sus bases fundacionales?

El apelativo de ‘crisis’ que ha impregnado el debate se asocia implícitamente a un elemento de tragedia que busca influir en quienes no han tomado una posición clara en la discusión. Este elemento pretende motivar el sentir de la opinión pública respecto del arbitraje de inversiones, a fin de que el componente político permee los foros internacionales que examinan la materia, impactando el sistema vigente.

Para responder a esta pregunta, en primer lugar, se estudiará la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Achmea contra Eslovaquia*, de 6 de marzo de este año⁶. A continuación, se revisarán los elementos de las potenciales reformas al sistema de arbitraje inversionista-Estado que actualmente se discuten en la CNUDMI⁷. Luego se analizarán los aspectos que presenta la discusión impulsada por algunos países sudamericanos en UNASUR (negociación actualmente suspendida⁸) evidenciando la perspectiva crítica que éstos tienen respecto del sistema establecido por los APPIs, manifestado a través de la aplicación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI o Convenio)⁹. Durante la discusión de estas tendencias, se hará un examen de los aspectos técnicos y políticos que contienen estas discusiones, a fin de evaluar con fundamentos, las preocupaciones y propuestas tanto de los “abolicionistas” del sistema actual, como sus defensores. La primera postura es suscrita por quienes apoyan una reforma exhaustiva del sistema. Por otro lado, se presentarán a grandes rasgos, los argumentos de los defensores del sistema actual, quienes ven estas pretensiones de reforma como un ejercicio innecesario y en ocasiones populista. Finalmente, se expondrán aspectos relacionados con la convergencia de estos asuntos y se cerrará el debate con conclusiones e interrogantes derivadas de los procesos examinados.

6 Caso 284/16 República Eslovaca v. Achmea. op. cit. p.1.

7 Para un mayor detalle, revisar: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html [última visita: 11.07.2018]

8 Ver: <http://www.latercera.com/politica/noticia/chile-otros-cinco-paises-suspenden-participacion-unasur/139783/> [última visita: 12.07.2018]

9 Ver, entre otros: Echaide, Javier (2017). Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la UNASUR y propuestas alternativas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (17), pp. 369-403.

II. Caso Achmea

a. Hechos esenciales del caso

El año 2004, Eslovaquia abrió su mercado nacional a operadores privados de seguros de salud, lo que atrajo a Achmea¹⁰, una compañía de seguros holandesa, a establecer filiales en ese país. Entre 2006 y 2007 el gobierno eslovaco retrocedió parcialmente en la liberalización de su mercado de seguros, prohibiendo la distribución de dividendos a aseguradoras privadas. Esta prohibición fue revertida por el Tribunal Constitucional Eslovaco en 2011 y se promulgó una ley permitiendo nuevamente la distribución de utilidades a esas entidades.

Utilizando como marco jurídico el Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones entre Países Bajos y Checoslovaquia de 1992¹¹ (celebrado antes de la división entre Eslovaquia y República Checa, después de la cual, por sucesión de Estados, Eslovaquia pasaría a ser parte del acuerdo), Achmea demandó a Eslovaquia el año 2008. Este país invocó el artículo 8¹² del APPI, que establece que corresponde al tribunal determinar la ley de fondo

10 En ese entonces, Eureko, pero para una mejor comprensión, se identificará al inversionista como Achmea.

11 Para revisar el texto del acuerdo, ver: https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/netherlands-slovakia.pdf [última visita: 12.07.2018]

12 Traducción del Artículo 8 del APPI Eslovaquia-Países Bajos:

- 1) *Toda controversia entre una de las Partes contratantes y un inversor de la otra Parte contratante en relación con una inversión de este último debe dirimirse por acuerdo amistoso, siempre que sea posible.*
- 2) *Cada una de las Partes contratantes acepta, mediante el presente Tratado, que las controversias a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se sometan a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por acuerdo amistoso en el plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes de la controversia haya solicitado un acuerdo amistoso al respecto.*
- 3) *El tribunal arbitral a que se refiere el apartado 2 del presente artículo se constituirá en cada caso del siguiente modo: cada una de las partes de la controversia designará un árbitro y los dos árbitros así designados elegirán conjuntamente como tercer árbitro a un nacional de un tercer Estado, que será el presidente. Cada una de las partes de la controversia designará a su árbitro en el plazo de dos meses contado desde la fecha en la que el inversor notifique a la otra Parte contratante su intención de someter la controversia a un tribunal arbitral, y el presidente será designado en el plazo de tres meses contado desde la misma fecha.*
- 4) *Si en los plazos arriba mencionados no se produjeran las designaciones, cada una de las partes de la controversia podrá solicitar al Presidente del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que proceda a las designaciones necesarias. Si el presidente fuera nacional de una de las Partes contratantes o si se viera impedido de ejercer dicha función por cualquier otro motivo, se solicitará al vicepresidente que proceda a las designaciones necesarias. Si el vicepresidente fuera nacional de una de las Partes contratantes o si también se viera impedido de ejercer dicha función, se solicitará al miembro de más edad del Instituto de Arbitraje que no tenga la nacionalidad de ninguna de las Partes contratantes que proceda a las designaciones necesarias.*
- 5) *El tribunal arbitral determinará su propio procedimiento aplicando el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).*
- 6) *El tribunal arbitral resolverá con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta, en particular, pero no exclusivamente: – el Derecho en vigor de la Parte contratante afectada; – las disposiciones del presente Tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes; – las disposiciones de tratados especiales relativos a la inversión; – los principios generales del Derecho internacional.*
- 7) *El tribunal resolverá por mayoría de votos; su decisión será definitiva y obligatoria para las partes de la controversia. Enfasis del autor.*

para su propio procedimiento, aplicando las reglas de la CNUDMI como ley arbitral. El tribunal eligió Frankfurt como sede, quedando el arbitraje sujeto a la ley alemana. En un primer momento¹³, Eslovaquia objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, basándose en que tras su ingreso a la UE, el artículo 8 del APPI, que permitía recurrir a arbitraje, sería incompatible con el derecho de la Unión. Por medio de un laudo interlocutorio de octubre de 2010¹⁴, el tribunal arbitral rechazó estos argumentos y en diciembre de 2012, el laudo definitivo condenó a Eslovaquia a indemnizar a Achmea por la suma de 22.1 millones de euros más costas y gastos de representación legal¹⁵. Debe tenerse presente que en dicho laudo no se hizo referencia al derecho de la UE.

Tras esta decisión, Eslovaquia intentó sin éxito anular el laudo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1059 del Código de Procedimiento Civil alemán¹⁶. Como último recurso, apeló ante el *Bundesgerichtshof* alemán (equivalente a la Corte Suprema en Chile), quien no se mostró proclive a aceptar el argumento de la incompatibilidad de las disposiciones del APPI, relativas a la posibilidad de recurrir a arbitraje, con el derecho de la UE. Sin embargo, en vista de las potenciales consecuencias de su decisión, el *Bundesgerichtshof* alemán dirigió una consulta preliminar al Tribunal de Justicia de la UE sobre la interpretación de los artículos 18¹⁷,

13 Estas objeciones se presentaron el 30 de octubre de 2009. Ver párrafo 19 del Caso ante la CPA No. 2008-13. *Eureka B.V contra la República Eslovaca*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf> [última visita: 13.07.2018]

14 Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf> [última visita: 12.07.2018]

15 Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf> [última visita: 12.07.2018]

16 Versión original: <https://dejure.org/gesetze/ZPO/1059.html> [última visita: 12.07.2018]

17 Artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.

267¹⁸ y 344¹⁹ de su Tratado de Funcionamiento (TFUE), con el fin de determinar si la disposición del APPI que permite a un inversionista de una parte contratante recurrir a un tribunal arbitral, era incompatible con esas disposiciones.

b. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia

Consciente de las implicancias políticas de esta consulta preliminar, el tribunal decidió someter la decisión a la Gran Sala²⁰. Tras escuchar la opinión del Abogado General²¹, quien se pronunció en favor de la legalidad del arbitraje de inversiones, no vislumbrando incompatibilidad entre el recurso a arbitraje y las disposiciones señaladas, el TJUE pronunció su sentencia²².

18 Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

Énfasis del autor.

19 Artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

20 El inciso final del Artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que: [...]

Asimismo, cuando considere que un asunto del que conoce reviste una importancia excepcional, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, su atribución al Pleno.

21 El Abogado General es un actor determinante para el desarrollo del Derecho europeo. Integrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un miembro más entre los magistrados, sus conclusiones no son vinculantes, pero ejercen influencia sobre la comunidad jurídica de la Unión. Es obligatorio que se pronuncie. El artículo 252 del TFUE señala que: *El Tribunal de Justicia estará asistido por ocho abogados generales. Si el Tribunal de Justicia lo solicitare, el Consejo, por unanimidad, podrá aumentar el número de abogados generales. La función del abogado general consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención.*

22 Conclusión del Abogado General: *Los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no obstan a la aplicación de un mecanismo de resolución de controversias entre un inversor y un Estado establecido en un acuerdo bilateral de inversión celebrado antes de la adhesión a la Unión Europea de uno de los Estados contratantes y que prevé que un inversor de un Estado contratante pueda, en caso de litigio sobre inversiones en el otro Estado contratante, entablar un procedimiento contra este último Estado ante un tribunal arbitral.* (párrafo 273 de las conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 19 de septiembre de 2017 (1) en el Asunto C-284/16 *República Eslovaca contra Achmea BV*).

Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dafc2b8ef47c7e42c5a71c825cfe2dc46f.e34KaxiLc3eQc4oLaxqMbN4Pb3qKeo?text=&docid=194583&pageIndex=o&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=752071> [última visita: 13.07.2018]

Esta propuesta implica que el derecho de la UE no impide la aplicación de un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en un acuerdo bilateral de inversiones entre dos Estados miembros.

A diferencia de la opinión del Abogado General, la Gran Sala decidió que la cláusula arbitral del APPI entre Eslovaquia y los Países Bajos era incompatible con los artículos 344 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, siendo el “acuerdo arbitral” bajo el artículo 8 del APPI contrario al derecho de la UE. En otras palabras, el tribunal decidió que el arbitraje de inversiones amparado en los Acuerdos Bilaterales de Inversiones intra-europeos no era compatible con el derecho de la UE; esto sería así, por las siguientes razones:

- 1) Por la primacía del derecho de la UE en el orden europeo;
- 2) Por la posibilidad de que el tribunal arbitral sea llamado a interpretar o aplicar el derecho de la UE;
- 3) Porque el tribunal arbitral no constituye un tribunal o un órgano jurisdiccional de un estado miembro, por lo que no puede solicitar una decisión preliminar del Tribunal Europeo de Justicia y, finalmente
- 4) Porque el laudo arbitral no es susceptible de revisión por una corte de un Estado miembro para asegurar su compatibilidad con el derecho de la UE.

Esta sentencia se basa en gran medida en el dictamen 2/13 sobre la adhesión de la UE a la Convención Europea de DDHH, para afirmar la primacía del Derecho de la Unión. Así, en el párrafo 32 de la sentencia estableció que,

“[...] un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos [Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 182 y 183].”

En el mismo sentido, y para referirse a la primacía, autonomía y naturaleza del derecho de la UE, el tribunal sostuvo en su párrafo 33 que,

“[...] la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la Unión y de su Derecho relativas, en particular, a la estructura constitucional

de la Unión y a la propia naturaleza de este Derecho. El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí [véase, en ese sentido, el Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 165 a 167 y jurisprudencia citada].”

De esta forma, lo que hace el Tribunal es trasladar consideraciones provenientes del dictamen 2/13 sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos²³, para concluir que, con el objeto de establecer la primacía del derecho de la UE, que obliga a los Estados miembros a asegurar en sus respectivos territorios, aplicación uniforme y consistente del derecho de la UE, el artículo 267, que establece la solicitud de una decisión preliminar por parte del tribunal a fin de interpretar disposiciones del derecho de la UE, es una piedra angular del sistema, por cuanto permite asegurar la consistencia y uniformidad del mismo. Este procedimiento de remisión prejudicial viene a establecer un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los estados miembros, con el fin de garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión.²⁴

A mayor abundamiento, la sentencia extrapola distintas consideraciones del dictamen 2/13, tales como el *principio de confianza mutua* y el *principio de cooperación leal*, para concluir que estos aseguran la aplicación y el respeto del derecho de la UE y permiten adoptar “[...] *todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.*” y es precisamente en base a estos principios que “[...] *le incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia*

²³ Opinión 2/13 del TJE, para una versión completa, visitar: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=683568> [última visita: 12.07.2018]

²⁴ Ver en este sentido, párrafo 37 de la sentencia en el caso *Achmea contra la República Eslovaca*.

*garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros [...]*²⁵

Es importante resaltar que esta sentencia no sólo se pronuncia sobre arbitraje de inversiones, sino que también sobre regímenes futuros de solución de controversias en derecho internacional público y su relación con la función adjudicativa del Tribunal Europeo de Justicia²⁶.

c. Análisis e implicancias del caso Achmea

El caso se refiere esencialmente a la autonomía del derecho de la Unión Europea, y en base a ésta el tribunal establece que las cláusulas arbitrales entre Estados miembros vulnerarían dicho principio. De esta forma, el tribunal cierra toda posibilidad a la continuidad de la vigencia de los APPIs celebrados entre Estados intra-europeos, cuya terminación había sido solicitada anteriormente por la Comisión Europea a los Estados miembros en junio de 2015²⁷. Así, la decisión debe ser entendida en el contexto comunitario en el que se emite, considerando los esfuerzos que ha desplegado la Comisión Europea para que los Estados miembros pongan término a sus APPIs²⁸.

La sentencia del caso Achmea implica, por tanto, un respaldo a la solicitud de la Comisión Europea de poner término a los APPIs intra-europeos, y marca la pauta para futuros casos en que se produzca ese conflicto normativo. Una de las posibles formas de terminar con estos acuerdos sería a través de un tratado internacional en el que los Estados miembros de la UE acuerden tal objeto para todos los APPIs vigentes entre ellos sin la aplicación de una cláusula de supervivencia.

Excede este trabajo el abordar las consecuencias que esta decisión pueda tener para acuerdos que no se refieren al derecho de la UE como derecho aplicable, o para el futuro de los acuerdos de inversiones celebrados con países extra-UE. Sin embargo, podemos señalar que la posibilidad de interpretación del derecho de la Unión por tribunales arbitrales extraeuropeos, también puede plantear una potencial incompatibilidad con la legislación comunitaria.

25 Ibid. párrafo 34.

26 Ver en este sentido, Ibid. párrafo 58.

27 Para acceder al comunicado de prensa, visitar: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.pdf [última visita: 12.07.2018]

28 Para mayor información ver: Marc Bungenberg, Markus Krajewski, Christian Tams, Jörg Philipp Terhechte, Andreas R. Ziegler. (2017). *European Yearbook of International Economic Law*, Springer. p. 179.

Adicionalmente, queda en suspenso qué ocurrirá con los arbitrajes pendientes de resolución respecto a su reconocimiento y posible ejecución²⁹, los que podrán verse afectados en este nuevo escenario. Si bien el Tribunal Europeo de Justicia no tiene competencia para invalidar el APPI entre Eslovaquia y los Países Bajos, el derecho de la UE exige a los tribunales nacionales que anulen y excluyan la aplicación de legislación nacional e internacional que sea incompatible con el derecho europeo, elevada al nivel de “supranacional”. Esto significa que la ejecución de laudos derivados de tribunales arbitrales constituidos conforme a APPIs celebrados entre miembros de la UE se ha vuelto legalmente casi imposible. En este sentido, es interesante el caso de España, que a raíz de los recortes a las ayudas a las energías renovables, enfrenta casi 30 arbitrajes con montos demandados superiores a los 7.500 millones de euros³⁰. La decisión en *Achmea* ha permitido hasta ahora, en al menos un caso³¹, suspender provisionalmente la ejecución del laudo que condenaba a España al pago de indemnizaciones por daños a inversionistas europeos.

La sentencia *Achmea* marca también un paso obligatorio hacia la reforma de los acuerdos bilaterales de inversión que proliferaron tras la caída del muro de Berlín³² y que impusieron obligaciones (que algunos análisis estimaron inequitativas³³)

29 Ver análisis en relación con laudos que no podrían ejecutarse como consecuencia de la sentencia del caso *Achmea*. Implications of *Achmea* How the *Achmea* Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries. CIEL, ClientEarth. Disponible en: <http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/04/Implications-of-Achmea.pdf> [última visita: 12.07.2018] p. 5.

30 Ver: https://www.eldiario.es/economia/Gobierno-millones-arbitrajes-recortes-renovables_0_705880371.html [última visita: 12.07.2018]

31 Ver: <http://www.europapress.es/economia/energia-00341/noticia-tribunal-suecia-suspende-ejecucion-laudo-novenergia-contra-espana-recorte-renovables-20180517195808.html> [última visita: 12.07.2018]

32 Ver entre otros: Alschner, Wolfgang (2013). Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law. *Goettingen Journal of International Law* 5 (2), p. 475; Hallward-Driemeier, Mary (2003). Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite. The World Bank Development Research Group Investment Climate. Policy Research Working Paper 3121, p. 9.

33 Ver comentarios en relación con los casos *Micula v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20; *Eastern Sugar Netherlands v Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004; y *Eureko Netherlands v Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, en <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/08/> [última visita: 12.07.2018] Recientemente se ha indagado en relación al objetivo de los APPIs y si este era realmente la promoción de las inversiones. Al respecto, ver el comentario de Taylor St. John en relación a su libro: *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences* (publicado el 8 de mayo de 2018) en <https://blog.oup.com/2018/05/investment-law-investor-state-arbitration/> [última visita: 12.07.2018]. En sentido contrario, se ha argumentado que estos acuerdos sí incrementarían los flujos de inversión: ver Arlan Lejour y María Salfi (2015). *The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*. CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis. Disponible en: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-discussion-paper-298-regional-impact-bilateral-investment-treaties-foreign-direct-investment.pdf> [última visita: 12.07.2018]

a los Estados receptores de inversión (principalmente del este), y que hoy en día son miembros de la UE³⁴.

III. Discusión en la CNUDMI

a) Contexto de la discusión y relación con el caso Achmea

Como consecuencia del fallo del TJE discutido en la sección II, la comunidad del arbitraje de inversiones se encuentra expectante respecto a cuál será la fórmula que derivará de esta sentencia. Algunas opiniones consideran que es un buen momento para que la UE termine con sus tratados bilaterales de inversión vigentes entre países miembros, y adopte una regulación común sobre la protección de las inversiones, incorporando estándares sustantivos, tales como disciplinas de trato justo y equitativo, nivel mínimo de trato, nación más favorecida y trato nacional.

En este sentido, es importante resaltar que el 20 de marzo de este año, el Consejo de la Unión Europea autorizó a la Comisión a negociar una convención que establezca un tribunal multilateral para la solución de controversias relativas a inversiones³⁵, a ser negociada en el marco de la CNUDMI. De este modo, el mandato de la Comisión establece que la UE favorecerá un sistema donde el Tribunal sea una institución internacional permanente, con jueces titulares, calificados y que reciban una remuneración permanente. Asimismo, su imparcialidad e independencia deberá ser garantizada y los procedimientos que conozcan deberán ser llevados de forma transparente³⁶, con la posibilidad de apelar sus decisiones. Finalmente, se postula que la ejecución efectiva de las decisiones del tribunal deberá ser considerada como un asunto fundamental³⁷.

34 Para conocer los elementos de este debate, revisar <https://www.tni.org/es/node/1567> [última visita: 12.07.2018] y descargar: Olivet, Cecilia (2013). A test for European solidarity The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties. Transnational Institute.

En el mismo sentido, para una breve apreciación de las consecuencias en relación con los APPIs celebrados con Estados que posteriormente fueron parte de la Unión Europea, ver: Hobér, Kaj (2015). Investment Treaty Arbitration and Its Future -- If Any. *Arbitration Law Review. Yearbook on Arbitration and Mediation* 7 (8), p. 3.

35 Ver: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> [última visita: 12.07.2018]

36 En este sentido, las reglas de transparencia de la CNUDMI han significado un importante avance hacia la transparencia del arbitraje entre inversionistas y Estados. Ver: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf> [última visita: 12.07.2018]

37 Ver párrafo 14 del documento desclasificado en marzo de 2018 por la UE: Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes. Disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> [última visita: 12.07.2018]

La reforma en que se embarcó la CNUDMI pretende responder a las críticas respecto del arbitraje de inversiones, donde suele señalarse que los árbitros toman un rol de legislador, inhibiendo a los reguladores de tomar decisiones de política pública conforme al interés general³⁸. Lo anterior, sumado a argumentos que denuncian conflictos de intereses, en que miembros de algunos estudios jurídicos actúan como árbitros y como abogados de parte en otros casos, así como las críticas que sostienen que el sistema actual resulta en decisiones inconsistentes y en ocasiones incoherentes, al no haber una interpretación definitiva para cada estándar de protección, profundizan los cuestionamientos al sistema.

Producto de este debate, y el acento puesto en la supuesta falta de legitimidad del sistema de arbitraje inversionista-Estado, unido a la presión de ciertos actores internacionales, se ha otorgado al grupo de trabajo III de CNUDMI un amplio mandato para estudiar posibles reformas al sistema³⁹. El grupo deberá proceder de acuerdo a las siguientes directrices: primero, identificando y considerando las preocupaciones existentes relacionadas con la solución de controversias entre inversionistas y Estados; segundo, considerando si una reforma al sistema es deseable en consideración a las preocupaciones identificadas; y finalmente, en caso que el grupo de trabajo concluyese que la reforma es deseable, desarrollando las soluciones a ser recomendadas a la Comisión de las Naciones Unidas correspondiente. Actualmente no existe consenso respecto a si la reforma es necesaria, pero la presión que la UE, Canadá, el G-77⁴⁰ y varios otros actores ejercen en la CNUDMI, sumado al contexto de la decisión Achmea, parece indicar que las fuerzas que abogan por reformar el sistema, prevalecerán.

Asimismo, es interesante tomar nota de la creación de un tribunal de inversiones provisto de un mecanismo de apelación en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá⁴¹ (CETA por sus siglas

38 Para un análisis económico del denominado “*regulatory chill*” ver: Janeba, Eckhard. (2016). *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements* (Vol. 6188, CESifo Working Paper Series). CESifo Group Munich.

39 Ver: <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2017/unisl250.html> [última visita: 13.07.2018]

40 Declaración disponible en: http://www.g77.org/statement/getstatement.php?id=180423&utm_source=Economic+Law+and+Policy+Newsletter&utm_campaign=8c1e82f7bd-ELP-march-2018-newsletter_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_8b6aa56b9f-8c1e82f7bd-225689565 [última visita: 13.07.2018]

41 Disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=eng> [última visita: 12.07.2018]

en inglés), en el TLC de la UE con Vietnam⁴² y con Singapur,⁴³ cuya compatibilidad con el derecho europeo deberá ser analizada a la luz de esta sentencia para responder a los argumentos sobre conflictos con el orden de competencias del derecho de la Unión. Esta cuestión fue consultada por Bélgica al Tribunal Europeo de Justicia y se espera una decisión para enero del próximo año.

b) Argumentos a favor de la creación de un Tribunal Permanente⁴⁴

A favor de la creación de un tribunal permanente se ha señalado que, puesto que los acuerdos base que establecen las normas sustantivas y procedimentales entre Estados son instrumentos de derecho internacional público⁴⁵ que se enmarcan en principios y conceptos constitucionales amplios, tales como no discriminación y aspectos relacionados con la nacionalidad, las disputas donde se aplican dichas reglas también debiesen pertenecer al derecho internacional público. En el mismo sentido, los acuerdos de segunda y tercera generación que buscan proteger el espacio regulatorio de los Estados, resaltan el elemento público que domina la materia. De esta forma, quienes impulsan la creación de una institución permanente que dirima las controversias de inversiones, señalan que este tipo de conflictos no debiese sustraerse de la esfera pública y por lo mismo, la privatización de la solución de controversias a

42 Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-184_en.pdf [última visita: 12.07.2018]

43 Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> [última visita: 12.07.2018]
Respecto al acuerdo con Singapur, el pleno del TJUE pronunció el dictamen 2/15 de 2017, en virtud del cual se presentaron importantes conclusiones en relación con las competencias negociadoras de la Comisión: *El Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur está incluido en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión, con excepción de las disposiciones siguientes, que corresponden a una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros:*
– las disposiciones de la sección A (Protección de las inversiones) del capítulo 9 (Inversiones) del Acuerdo, en la medida en que se refieran a las inversiones entre la Unión y la República de Singapur distintas de las directas;
– las disposiciones de la sección B (Solución de diferencias entre un inversor y un Estado) de ese capítulo 9, y
– las disposiciones de los capítulos 1 (Objetivos y definiciones generales), 14 (Transparencia), 15 (Solución de diferencias entre las Partes), 16 (Mecanismo de mediación) y 17 (Disposiciones institucionales, generales y finales) del Acuerdo, en la medida en que se refieran a las disposiciones del mencionado capítulo 9 y en tanto en cuanto estas últimas se incluyan en el ámbito de una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.
Para mayor información, revisar el dictamen completo en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=493578> [última visita: 12.07.2018]

44 Para obtener una versión resumida de las propuestas de la UE sobre establecer una corte multilateral de inversiones, ver: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf [última visita: 12.07.2018]

45 Para mayor profundidad en la discusión, ver: Álvarez, José E. Is Investor-State Arbitration 'Public'? *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 7, Issue 3, 1 November 2016, pp. 534–576, disponible en <https://doi-org.uchile.idm.oclc.org/10.1093/jnlids/idw019> [última visita: 12.07.2018]

través de la contratación de jueces “privados” ad hoc (árbitros) para cada caso, es contraria a la naturaleza misma de las bases del sistema.

En segundo lugar, se apela a la predictibilidad y estabilidad en la solución de controversias, argumentando que esta sólo puede ser asegurada a través de un órgano permanente. Asimismo, los impulsores de esta reforma sostienen que los estándares sustantivos sólo pueden ser interpretados uniformemente por un órgano de apelación que unifique los criterios, dotando de predictibilidad al sistema.

Como tercer argumento, se suele hacer referencia a la expresión que señala que “la justicia no sólo tiene que hacerse, sino que tiene que parecer que se hace”⁴⁶. Así, el hecho de que las partes paguen a los jueces es entendida por los defensores de la reforma como una piedra de tope a la imparcialidad que, sumada a la posibilidad de actuar como árbitro y abogado de parte en distintos casos, genera consecuencias negativas respecto a la percepción pública del sistema.

De igual forma, el elemento económico adquiere relevancia en la discusión, ya que quienes abogan por la creación de un órgano permanente sostienen que se abarataría sustancialmente el procedimiento, al prescindirse de la contratación de árbitros y al eliminar el costo que implica la búsqueda del árbitro idóneo para cada controversia.

Finalmente, se señala que esto tendría un efecto positivo en la designación de los jueces de este posible tribunal permanente, ya que la necesidad de contar con miembros cualificados que tengan permanencia en su cargo incentivará a los Estados a hacer los nombramientos respectivos, no sólo considerando su posición de demandados (como en el sistema actual), sino que es esperable que velen por mantener el balance, teniendo en consideración los intereses que sus inversionistas puedan tener en el extranjero, y la perspectiva que las decisiones de sus miembros tendrán implicancias para la negociación de acuerdos de inversión⁴⁷. Por lo tanto, existiría interés en designar a miembros que cumplan con las características necesarias para resguardar estos tres aspectos, lo que redundaría en nombramientos equilibrados que garanticen estabilidad a largo plazo.

46 En este sentido, ver: Michael Douglas (2015). The importance of transparency for legitimising investor-state dispute settlement: an australian perspective en: Joyce Williams, Muruga Perumal Ramaswamy & Joao Ribeiro (2015). Trade Development Through Harmonization of Commercial Law, pp. 111-121. Disponible en: <https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/special-issues/hors-serie-volume-xvi,-2013/Douglas.pdf> [última visita: 12.07.2018]

47 Sobre una concepción innovadora del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, ver: Dupont, C., & Schultz, T. (2016). Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System. *Journal of International Dispute Settlement*, 7(1), 3-30.

c) Argumentos en oposición a la creación de un Tribunal Permanente

Aquellos que sostienen que la postura de la Unión Europea se basa en premisas artificiosas, afirman que estas reivindicaciones no tienen fundamentos fácticos, por lo que las motivaciones de crear un tribunal permanente o modificar las bases del sistema del 65' atenderían a presiones políticas basadas en una falsa y discutible preocupación ciudadana por una falta de legitimidad. Se sostiene en esta línea, que la contraposición entre el arbitraje comercial y el arbitraje inversionista-Estado –planteada por los adeptos a reformar el sistema– sería una construcción artificiosa. Ello, por cuanto aun en causas que involucren al Estado y tratándose de asuntos públicos, las contravenciones serían equivalentes a violaciones de obligaciones contractuales que implican transgresiones de derecho internacional (aun prescindiendo de las llamadas cláusulas paraguas⁴⁸).

Se argumenta que la creación de una institución permanente se opondría directamente a uno de los objetivos centrales del sistema del Banco Mundial, el cual avanzó en sustraer al inversionista de las vicisitudes políticas propias de los Estados, evitando que su protección dependiera de la voluntad de estos últimos⁴⁹. Optar por una organización de Estados para la solución de controversias de inversiones tornaría imposible su despolitización, lo que consecuentemente impediría garantizar una solución objetiva por parte de los jueces designados. De esta forma, una decisión contraria al inversionista de un Estado tendría implicancias políticas y posiblemente daría paso a la aplicación del principio de reciprocidad, propio del derecho internacional público, como represalia a laudos dictados en contra de inversionistas extranjeros.

Del mismo modo, quienes buscan mantener el *status quo* sostienen que es errado afirmar que las decisiones de los tribunales arbitrales generen obstáculos en la adopción de políticas públicas como consecuencia de la disminución del espacio regulatorio de los Estados. La razón apunta a que no se ha podido demostrar que exista una relación directa entre los laudos y las posibles inhibiciones por parte de los reguladores. Además, se esgrime que los tribunales arbitrales nunca han condenado a Estados por haber adoptado

48 Para una aproximación a la interpretación de estas cláusulas, ver: Jarrod Wong. (2006). Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. *George Mason Law Review*, 14, 135-1071.

49 Ver Christoph Schreuer (2009). *The ICSID Convention, a commentary*. Cambridge University Press, 2^{da} edición. Especialmente: Comentarios al preámbulo para. 21 p. 6 y comentarios al artículo 27 convenio CIADI, comentario pp. 414-430.

medidas de protección a la salud pública⁵⁰. Lo anterior resulta a mi juicio inexacto, ya que sin perjuicio que la afirmación no es errónea, presenta una realidad parcial, pues ha habido decisiones contradictorias originadas desde supuestos fácticos similares, respecto a la adopción de medidas de protección del medio ambiente, las que en determinados casos han sido contrarias a los Estados, por ejemplo en el caso *Bilcon contra Canadá* en que utilizándose un umbral inapropiadamente bajo para sostener la violación del Nivel Mínimo de Trato⁵¹, se condenó al Estado por vulnerar las legítimas expectativas de los demandantes, entre otras razones, por haber utilizado el concepto de “valores centrales de la comunidad” en apoyo a una decisión de evaluación de impacto ambiental (inédito en este tipo de decisiones y que de acuerdo al tribunal hizo imposible para el inversionista conocer el estándar al que debía someterse)⁵².

A grandes rasgos, los opositores a la reforma buscan desmitificar las críticas de sus contrapartes, indicando que sus premisas serían erradas. Así, por ejemplo, respecto a uno de los argumentos más recurrentes de quienes apoyan una reforma, referido a que las disposiciones sustantivas de los acuerdos suelen ser interpretadas a favor de los inversionistas es respondido trayendo a la vista evidencia estadística⁵³ que demostraría que los Estados consistentemente ganan más casos que los inversionistas que presentan demandas contra estos⁵⁴.

La supuesta inconsistencia y falta de predictibilidad de las decisiones arbitrales se fundamentaría en que, por su propia naturaleza, la especificidad de

50 Ver por ejemplo Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. la República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7. Para la noticia del resultado ver: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/08/10/philip-morris-brands-sarl-philip-morris-products-s-a-and-abal-hermanos-s-a-v-oriental-republic-of-uruguay-icsid-case-no-arb-10-7/> [última visita: 12.07.2018]

51 Ver Michael Carfagnini (2016). Too Low a Threshold: Bilcon v Canada and the International Minimum Standard of Treatment. *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien De Droit International*, 53, 244-277.

52 Esta decisión se aparta considerablemente de lo resuelto por otro tribunal CIADI en relación con el nivel mínimo de trato, bajo presupuestos similares. Ver *Bilcon v. Canada* (Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04) y *Mesa v. Canada* (Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17). Para un resumen de la decisión en el caso Mesa ver: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/08/10/mesa-power-group-llc-v-government-of-canada-uncitral-pca-case-no-2012-17/> [última visita: 12.07.2018]; para un comentario sobre la decisión en *Bilcon v. Canadá*, ver: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/09/11/broken-promises-and-legitimate-expectations-bilcon-of-delaware-inc-et-al-v-canada/> [última visita: 12.07.2018]

53 Si bien la posición que sostiene que los árbitros tendrían en general un sesgo pro inversionista es errada, la proporción se modifica respecto a países menos desarrollados. Ver en este sentido: Nunnenkamp, Peter. (2017). Investor-state dispute settlement: Are arbitrators biased in favor of claimants? (Vol. 105, Kiel Policy Brief). Kiel Institute for the World Economy (IfW).

54 Del total de casos concluidos, un 36,5% fue decidido a favor del Estado y un 27,9% a favor del inversionista. Para más detalle ver: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> [visitado por última vez: 11.07.2018]

las controversias de inversiones presenta distintos supuestos de hecho que varían caso a caso, por lo que no se podría garantizar su uniformidad⁵⁵.

En relación con la falta de transparencia de las decisiones, se argumenta que este supuesto carecería de fundamento, puesto que los laudos han sido publicados por años en los portales del CIADI. Asimismo, con la creciente aplicación de las reglas de transparencia de la CNUDMI⁵⁶, esta alegación no tendría sustento.

La crítica respecto a la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros se encontraría salvada por las normas existentes que establecen mecanismos efectivos de control⁵⁷. Asimismo, la idea de que el arbitraje estaría manejado por un reducido grupo de personas, no tendría en consideración que los Estados son libres de elegir a los árbitros de su preferencia, por lo que podrían optar por personas ajenas a esa “elite”.

IV. Discusión en el contexto regional

a. Antecedentes de la discusión en el marco de UNASUR

Desde la perspectiva latinoamericana, las propuestas planteadas por quienes apoyan la reforma al sistema no son nuevas. El eventual establecimiento de un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR fue encomendado a un Grupo de Trabajo creado por una resolución del Consejo de Ministros de UNASUR (no adoptada aun formalmente), en Cartagena de Indias el 27 y 28 de enero de 2008⁵⁸.

55 Ver: European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA). A response to the criticism against ISDS (2015). Disponible en: https://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf [última visita: 12.07.2018]

56 En relación con el contenido de las reglas. Ver: Lise Johnson et al (2013). New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps. http://www.iisd.org/pdf/2013/uncitral_rules_on_transparency_commentary.pdf. En el mismo sentido, ver el apoyo de la Unión Europea a las nuevas reglas: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=868> [última visita: 12.07.2018]. En este sentido, es ejemplificador ver la utilización de los artículos 6 y 7 de Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, en el arbitraje ante el CIADI llevado por Carlos y Francisco Javier Ríos Velilla contra Chile. Ver Orden Procesal N° 2, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9504.pdf> [última visita: 13.07.2018]

57 Para una mirada general de las normas de recusación de árbitros en el Convenio CIADI, ver: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Disqualification-of-Arbitrators.aspx> [última visita: 12.07.2018]. Asimismo, pese a no ser vinculantes, las Directrices de la International Bar Association sobre conflictos de interés sirven de referencia para recusaciones en procedimientos CIADI. Ver: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx [última visita: 12.07.2018]

58 Disponible en: https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/LOS_MINISTROS_DE_RELACIONES_EXTERIORES_DE_AMERICA_DEL_SUR_RESUELVEN_CREAR_UN_GRUPO_DE_TRABAJO_CON_MIRAS_A_LA_CONSTITUCION_DE_UN_MECANISMO_PARA_SOLUCION_DE_CONTROVERSIAS_EN_MATERIA_DE_INVERSIONES_EN_EL_MARCO_DE_UNASUR.pdf?noderef=55ad4a66-069a-4da6-9dc3-db570c58ddcd [última visita: 13.07.2018]

Al tiempo que el Acuerdo Constitutivo de UNASUR era firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008, la determinación de crear un mecanismo regional para la resolución de disputas en materia de inversiones, de naturaleza voluntaria y complementando aquellos ya instaurados, era adoptada por los jefes de Estado como parte de una decisión relacionada con las directrices del Plan de Acción para UNASUR para el período 2008-2009⁵⁹.

En junio de 2009, Ecuador presentó una propuesta formal respecto a la creación de un centro regional y promovió la creación de un centro de arbitraje en UNASUR como una alternativa al CIADI en la 39° Sesión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Esta idea fue analizada durante una reunión extraordinaria de trabajo en Buenos Aires el 4 de mayo de 2010. En ésta, los Jefes de Estado reiteraron la importancia de que el Grupo de Trabajo ejecutara el mandato de la Decisión del Consejo de Jefes de Estado de 23 de mayo de 2008. Durante la Quinta Cumbre de Poderes Judiciales de UNASUR, entre el 23 y el 25 de junio de 2010, los presidentes y representantes recomendaron la inclusión de la propuesta de estudiar la creación del Consejo Consultivo de Justicia de UNASUR y un Centro Internacional para la Conciliación, Mediación y Arbitraje para la región.

A fines de 2010, luego de la Declaración del Consejo de Jefes de Estado y Gobierno de UNASUR, en su cuarta reunión (Georgetown, Guyana 26 de noviembre de 2010)⁶⁰, los Estados miembros instaron a la presidencia pro t mpore a convocar a un grupo de trabajo de alto nivel para considerar la propuesta de Ecuador en relación con el establecimiento de un centro de solución de controversias, un centro de servicios de asesoría legal en inversiones y un código de conducta para los miembros de tribunales arbitrales. Luego de la reunión de ministros de relaciones exteriores de UNASUR en Guyana, en diciembre de 2010, se estableció un Grupo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones. En esta cumbre, se decidió unánimemente que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo destinado a elaborar un sistema para la solución de disputas, que comprendiese un posible centro de arbitraje. En la misma reunión, Ecuador presentó una propuesta de trabajo.

59 Disponible en https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/LINEAMIENTOS_PARA_EL_PLAN_DE_ACCION_2008_2009_DE_UNASUR.pdf?noderef=d5e518b8-fabe-4a75-9fa5-e32a66eab53f [última visita: 13.07.2013]

60 Disponible en: https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/DECISION_PARA_ANALIZAR_UN_SISTEMA_DE_SOLUCION_DE_CONTROVERSIAS_EN_MATERIA_DE_INVERSIONES_DE_UNASUR.pdf?noderef=efd5cca6-5475-4da2-8434-afb441e6639f [última visita: 13.07.2018]

Siete Estados miembros de UNASUR son parte del Convenio CIADI (Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú y Uruguay), mientras que los cinco restantes no son parte. Brasil y Surinam nunca han sido signatarios del Convenio y Bolivia, Ecuador y Venezuela lo denunciaron en 2007, 2009 y 2012, respectivamente.

Además de incluir a los tres Estados denunciadores del Convenio CIADI, el proyecto de un centro regional para la solución de disputas en materia de inversiones también involucraría a Brasil, históricamente un *outsider* del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, al no haberse hecho parte del Convenio ni haber ratificado ninguno de los APPIS negociados⁶¹.

Nueve de los doce miembros de UNASUR han sido demandados ante el Sistema del Convenio CIADI, siendo en 2013 los Estados de la región de Latinoamérica y el Caribe los más demandados con el 29% de los casos registrados ante el Centro⁶².

Con la excepción de Brasil, todos los miembros de UNASUR tienen al menos un Acuerdo Internacional de Inversiones en vigor que incluye disposiciones sobre solución de controversias mediante el arbitraje inversionista-Estado⁶³.

De esta forma, la idea de crear un centro de carácter regional respondía principalmente a un enfoque político y práctico que los ministros de Relaciones Exteriores de UNASUR reunidos en Cartagena de Indias, consensuaron con el fin de constituir un mecanismo regional para la solución de controversias en materia de inversiones.

La creación de un Centro de carácter regional respondía también a la estrategia liderada por Ecuador para impedir que tribunales arbitrales internacionales

61 En este sentido, ver: Daniela Campello & Leany Lemos (2015): The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation, Review of International Political Economy. Disponible en: <http://www.fgv.br/professor/daniela.campello/files/CampelloLemos-RIPE.pdf> [última visita: 13.07.2018]. En relación con la no ratificación de APPIS negociados, revisar la postura de Yoram Z. Hafel y Alexander Thompson (2013). Delayed Ratification: The Domestic Fate of Bilateral Investment Treaties. International Organization, Cambridge University Press. 67 (2), pp. 355-387.

62 UNCTAD World Investment Report 2014, p. 125. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf [última visita: 13.07.2018]. Entre los 15 Estados con más demandas presentadas en su contra a través del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado entre 1987 y 2017 figuran: Argentina en primer lugar con 60 arbitrajes, la República Bolivariana de Venezuela en segundo lugar con 44, México, en séptimo lugar con 27 y Ecuador en el decimoprimer lugar con 23 casos. Ver: UNCTAD World Investment Report 2018, p. 92, disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf [última visita: 13.07.2018]. Cabe notar que España, luego de los arbitrajes derivados de los recortes a las energías renovables, ocupa la tercera posición entre los Estados con más demandas a través del mecanismo señalado.

63 Ecuador ha denunciado diez Acuerdos bilaterales de inversión y continúa teniendo dieciséis en vigor; Bolivia ha denunciado nueve y tiene doce en vigor; y Venezuela ha denunciado sólo un acuerdo (con Holanda) y mantiene veintisiete en vigor.

ejercieran jurisdicción sobre controversias relacionadas con inversionistas extranjeros en su territorio. La postura de Ecuador se fundamentaba en los resultados adversos que había obtenido en algunos arbitrajes internacionales con empresas extranjeras dedicadas a la extracción de petróleo, principalmente la saga *Chevron* y *Occidental*, así como también por la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones de su Constitución, que prohíben el otorgamiento de jurisdicción a tribunales arbitrales extra regionales, para conocer de controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. La disposición pertinente dice así:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

En el mismo sentido, Bolivia constitucionalizó la prohibición del arbitraje internacional a través del artículo 366, de su Constitución del año 2009, que prescribe lo siguiente:

Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.

Estos antecedentes, sumados a la experiencia de Venezuela en materia de arbitraje CIADI, sirvieron para justificar la búsqueda de un nuevo sistema

que sirviese para re-balancear la tendencia de laudos en contra de los Estados impulsada por ciertos países latinoamericanos, en respuesta a fallos de tribunales constituidos conforme al sistema del Convenio CIADI, que consideraron contrarios a su soberanía. Doctrinariamente, se ha planteado que estas tendencias se sustentarían en una suerte de resurgimiento de los postulados de la doctrina Calvo, en búsqueda de mayor autonomía latinoamericana en la sociedad internacional⁶⁴.

Tras las denuncias del Convenio CIADI por los países mencionados, y considerando que en el caso de Bolivia y Ecuador someter las controversias de inversiones a un ente internacional se ha convertido en inconstitucional, se planteó la necesidad de crear una alternativa al sistema del Convenio CIADI que contara con criterios diferentes sobre selección de árbitros y la posibilidad de apelar los laudos arbitrales para asegurar la consistencia en la interpretación de los acuerdos, entre otras finalidades. La propuesta del Ecuador fue presentada con componentes ideológicos y no sólo sustantivos, y acentuó la búsqueda por remover el núcleo físico de la solución de controversias desde Washington a otro lugar en Sudamérica, libre de lo que se consideraba eran influencias de multinacionales e instituciones tales como el Banco Mundial.

b. Argumentos respecto de los elementos más controvertidos del Centro UNASUR

En un principio, los aspectos que suscitaron mayor debate entre los miembros de UNASUR fueron la propuesta de crear un tribunal permanente, que el mecanismo comprendiera la solución de controversias entre Estados y la posibilidad de contar con un recurso de apelación contra los laudos.

Respecto del primer aspecto, la mesa de negociaciones de UNASUR se encontraba dividida entre aquellos países que apoyaban un tribunal permanente (principalmente Argentina, Ecuador, Paraguay y Venezuela) y aquellos más proclives a que las controversias que llegaran al Centro fueran dirimidas por tribunales arbitrales constituidos en base a listas de árbitros (principalmente Chile, Colombia y Perú).

⁶⁴ Ver por ejemplo: Wenhua Shan. From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law (2006-2007), 27 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 631. En el mismo sentido: Bernardo Cremades (2006). Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America. 7 *Bus. L. Int'l* 53. Asimismo, Martín Lorences (2016). El retorno de la doctrina Calvo en las nuevas alternativas de regulación a la inversión extranjera directa. *Revista da UIIPS*, 4(4). Disponible en: <http://revistas.rcaap.pt/uiips/article/viewFile/14446/10833> [última visita: 13.07.2018]

Si bien los argumentos a favor de contar con un tribunal permanente eran similares a los que posteriormente serían planteados en el seno de la CNUDMI, es conveniente hacer referencia a lo discutido en el foro sudamericano. Así, se indicó por ciertas delegaciones que una institución de esa naturaleza otorgaría consistencia y predictibilidad a sus laudos, puesto que las decisiones serían dictadas por los mismos integrantes, unificando criterios y asentando jurisprudencia. Asimismo, se señaló a favor de esta iniciativa que un tribunal permanente otorgaría mayor legitimidad al sistema, ya que no existiría la percepción que los jueces actúan influenciados por su interés en ser contratados en otros casos, según el contenido de sus decisiones. En el mismo sentido, se eliminaría la “doble militancia” de los árbitros que actúan como asesores de inversionistas o Estados, y se terminarían los posibles conflictos de interés que dicha práctica conlleva.

En contra de la propuesta de un tribunal permanente se mencionó la existencia de riesgos inherentes. Estos se relacionarían, en primer lugar, con las influencias políticas que podrían presentarse en la nominación de sus miembros, y el riesgo de sobre-ponderación de dichos factores en desmedro de sus capacidades técnicas. A diferencia de lo planteado por la UE, el argumento económico se utiliza en sentido contrario para señalar que, desde un punto de vista práctico, los costos asociados al financiamiento de un centro permanente no pueden ser obviados. Si se considera que la región presenta una baja carga de casos entre sus miembros, mantener una institución con funcionarios, infraestructura, remuneraciones y todas las variables asociadas a una institución permanente, podría devenir en un gasto desproporcionado e inequitativo para aquellos países que no presenten casos y no se vean beneficiados de sus aportes monetarios al centro.

En cuanto al segundo aspecto, referido a la creación de un mecanismo para la solución de controversias entre Estados, se planteó el peligro que significaría elevar a nivel político controversias de inversionistas privados para que sean los propios Estados quienes los representen. Actuar en este sentido implicaría volver a la protección diplomática, que es justamente una de las instituciones de las que el arbitraje inversionista-Estado buscó desvincularse, con el objeto de despolitizar la solución de controversias en esta materia.

Este aspecto en particular fue apoyado por Brasil, y fue planteado como condición para su participación del Centro. Como se señaló anteriormente, por varios años Brasil mantuvo la política de no negociar acuerdos bilaterales

de inversión (o no ratificar los ya negociados)⁶⁵. Esta política fue revertida hace pocos años, tras la creación del modelo brasileiro denominado “*Acuerdo para la Cooperación y Facilitación de las Inversiones*” (ACFI)⁶⁶ que establece como pilares de su estrategia de solución de controversias el diálogo y las negociaciones amistosas por sobre el arbitraje institucional. De esta forma e inspirado en el modelo coreano⁶⁷, el ACFI crea un ombudsman, responsable de gestionar consultas de inversionistas y prevenir controversias en colaboración con las autoridades gubernamentales y entidades privadas, así como de mantener un diálogo con las autoridades competentes respecto a cuestiones que permitan mejorar el ambiente para la inversión⁶⁸. En un principio, Brasil negoció el acuerdo con tres países africanos⁶⁹ y posteriormente con otros países latinoamericanos⁷⁰.

La necesidad de Brasil de contar con arbitraje entre Estados en el acuerdo constitutivo del Centro UNASUR, se vincula con la ausencia del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado en su modelo de acuerdo de inversiones. En caso de no contar con una disposición que permitiese el arbitraje Estado-Estado, su participación en el Centro UNASUR hubiese perdido toda consecuencia práctica, ya que no existiría la posibilidad de que el Centro conociera de las controversias que en virtud de su modelo son susceptibles de arbitraje.

El tercer aspecto, dice relación con el recurso de apelación. En un principio, esta propuesta fue planteada por Argentina, y luego que la idea de un tribunal no prosperara, se planteó la necesidad que el recurso de apelación se presente a instancia de listas cerradas de árbitros, con el fin de contar con mayor consistencia y uniformidad, que se traduzcan en mayor previsibilidad jurídica.

En contra de la apelación se argumentó la excesiva extensión del procedimiento, con su consecuente encarecimiento. De este modo, volver a conocer

65 Ver supra nota 61.

66 Para una breve revisión de los orígenes del ACFI ver: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15554-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos> [última visita: 13.07.2018]

67 Para una descripción de sus funciones, ver: Nicolas, F., S. Thomsen and M. Bang (2013). *Lessons from Investment Policy Reform in Korea*. OECD Working Papers on International Investment, 2013/02, OECD Publishing, p. 23.

68 Ver artículo 19 ACFI. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12526-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015#esp> [última visita: 13.07.2018]

69 Angola, Malawi y Mozambique.

70 Chile, Colombia, México y Perú.

los hechos y el derecho, encarecería y restaría eficiencia al sistema e iría en desmedro del interés de los inversionistas y de los Estados por una solución rápida a sus controversias. Asimismo, esta instancia podría generar en la práctica que todos los Estados apelarían a los laudos que les resultasen desfavorables, por una cuestión de *accountability* vinculada al deber de agotar todos los recursos para atenuar las repercusiones de una decisión desfavorable en el erario público.

Las dudas que un recurso de esta naturaleza generaba a países miembros de UNASUR llevó a que se consensuara que la apelación fuera de carácter optativo, debiendo las partes indicar el consentimiento a su aplicación expresamente, por medio del instrumento en virtud del cual se prestase el consentimiento a la jurisdicción del Centro o en otro que se notificase al Secretario. El consentimiento para optar por el recurso de apelación, podría otorgarse antes, durante el acto o con posterioridad al registro de la controversia, siempre que fuese dentro de los 60 días siguientes a la notificación del laudo.

De esta forma, un Centro regional permitiría contar con un foro para la solución de controversias que se suscitasen entre Estados que hayan denunciado el Convenio CIADI con posterioridad al período de latencia establecido en sus acuerdos bilaterales de inversiones.

Un acuerdo en la materia con disposiciones sustantivas comunes entre los Estados sudamericanos podría también haber sido una alternativa para inversionistas ajenos a la región, cuestión que hubiese contribuido a una potencial elección de foro para la solución de sus controversias, incluso con Estados foráneos a la región. Ciertamente, la eventual competencia que los Estados sudamericanos otorgarían a un Centro de esta naturaleza hubiese respondido más a una cuestión política, considerando que los flujos de inversión extranjera directa entre los miembros de UNASUR son bajos, lo que se condice con el número relativamente menor de acuerdos de inversión entre sus miembros, y la reducida cantidad de casos entre los Estados de la Unión⁷¹.

V. Convergencia entre las tendencias descritas

En consideración del análisis anterior, es posible advertir vínculos conceptuales entre la decisión en Achmea y las aspiraciones reformistas que se discuten

⁷¹ Estos tres aspectos son presentados elocuentemente por Daniel García (2017). *Dark clouds over the Andes: How the UNASUR Investment Arbitration Center has a rough ride ahead of it*. Georgetown University Law Center. Trabajo presentado como requisito para la cátedra “International Courts and Tribunals: An Introduction Course”.

en la CNUDMI y en UNASUR a través de principios comunes de derecho constitucional⁷² e internacional público. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea utilizó en el caso analizado argumentos de jerarquía legal en defensa de la autonomía del sistema jurídico de la UE, señalando que “*un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión que garantiza el tribunal de justicia*”⁷³. Estos argumentos son parcialmente similares a los que inspiran las disposiciones constitucionales de Bolivia y Ecuador para evitar sustraer del derecho nacional (en caso el boliviano) o regional (en el caso ecuatoriano) las posibles controversias que se susciten en materia de inversiones.

El contar con un órgano jurisdiccional provisto de un procedimiento de revisión prejudicial como el contemplado en el Artículo 267 del TFUE, que permite un diálogo de juez a juez entre el Tribunal Europeo de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados parte para garantizar la interpretación uniforme del derecho de la Unión, pretende reducir los riesgos de decisiones contrarias a la legislación comunitaria. Si bien la propuesta de establecer un Centro para la solución de controversias de inversiones entre países sudamericanos surgió a partir del interés ecuatoriano en una alternativa al CIADI, en definitiva se buscó evitar que entes foráneos conocieran de controversias de carácter local, cuestión homologable a los principios que inspiran al TJEU en el caso Achmea.

En este sentido y para no vulnerar este orden de competencias, la CNUDMI deberá ser cautelosa en la manera en que desarrollará reglas para reformar el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. La sentencia en Achmea se perfila como un avance respecto de las bases de las reformas mandadas al Grupo III, pretendiendo eliminar la incertidumbre que los APPIs generan al sustraerse las decisiones de los tribunales arbitrales del control de los órganos jurisdiccionales de la UE. Sin embargo, es indiscutible que dicha sentencia se opone directamente al arbitraje inversionista-Estado, al considerarlo como una amenaza a la autonomía y al orden de competencias del derecho de la UE.

72 Para un análisis de un posible marco normativo estructurado en principios constitucionales como base para reformar el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, especialmente en relación con la creación de instituciones y resguardando el principio democrático y de estado de derecho, ver: Stephan W. Schill (2017) Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework, *Journal of International Economic Law*, 20 (3), Pages 649–672.

73 Párrafo 32, Sentencia del TJUE en el asunto C-284/16, entre la República Eslovaca y Achmea BV, op. cit. p. 6.

Es interesante la atención que este caso suscitó entre los miembros de la UE y la división entre ellos de acuerdo a la posición que tomaron según su apoyo o rechazo a la compatibilidad de los APPIs intra-europeos con el derecho de la UE.

Por un lado, Alemania, Austria, Finlandia, Francia y los Países Bajos se mostraron de acuerdo con las conclusiones del Abogado General y manifestaron su posición a favor de la compatibilidad; mientras que Chipre, España, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, República Checa y Rumania estuvieron de acuerdo con Eslovaquia y coincidieron en que estos acuerdos serían incompatibles con el derecho de la UE, postura finalmente adoptada por el TJE.

Esta división agrupa por un lado a los países de Europa Occidental (principales proponentes de APPIs a inicios de los 90' y exportadores de inversión extranjera directa) y por el otro a los de Europa del Este, además de aquellos países que actualmente se encuentran bajo una alta carga de demandas arbitrales como consecuencia de cambios regulatorios en su legislación⁷⁴. Esta realidad es extrapolable al contexto sudamericano, donde los países de esta región que pertenecen a la Alianza del Pacífico son más cautelosos a la hora de proponer reformas radicales al actual sistema, mientras que los países sudamericanos miembros del ALBA son los principales impulsores de una modificación sistémica.

VI. Análisis

La sentencia en *Achmea* confirma la tendencia política que –con características propias– inspiró la negociación de un acuerdo constitutivo de un Centro para la Solución de Controversias entre inversionistas y Estados al alero de UNASUR. Asimismo, aquella da cuenta de los problemas que los llamados a interpretar el derecho de la Unión Europea perciben del arbitraje derivado de los acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre Estados de la Unión, en línea con la política de la Comisión Europea de poner término a los APPIs intra-europeos.

En cuanto al primer aspecto, es preciso recordar que la negociación en UNASUR buscó crear una alternativa al CIADI para aquellos países que

⁷⁴ Para comprender a grandes rasgos los cambios regulatorios que se produjeron en España el 2010 y entre 2013 y 2014, ver: Enrique Fernández (2017). España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora. Cuadernos de Derecho Transnacional, 9 (2), p. 667, especialmente, párrafos 4, 5 y 6. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/3895/2451> [última visita: 13.07.2018]

habían optado por no someterse a decisiones de organismos extra-regionales. Al analizar las reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia, en virtud de las cuales el recurso a arbitraje solamente podría ser conocido por un ente regional o local, se reafirma por analogía el principio de primacía de un orden jurídico nacional. Esta posición es más restrictiva que la postulada por el TJUE al resolver el caso *Achmea* que niega la posibilidad que un ente ajeno al derecho de la Unión aplique o interprete sus disposiciones eludiendo el examen de consistencia que prevé el artículo 267 del TFUE.

En relación con el segundo punto, la sentencia en *Achmea* refuerza la solicitud de la Comisión Europea, respecto a la necesidad de poner fin a los acuerdos bilaterales de inversión. Esta tendencia es un primer paso hacia la reforma que la UE, Canadá y otros países han impulsado en la CNUDMI. La necesidad que esta transformación se vaya perfilando de manera que el mecanismo de solución de controversias que se establezca no altere el orden de competencias de la UE, es una tarea que el Grupo de Trabajo III deberá tener en consideración, habida cuenta de la decisión en *Achmea*. La sentencia que el TJUE dicte el próximo año en relación a la solicitud presentada por Bélgica sobre la compatibilidad del CETA con el derecho de la UE será esclarecedora para determinar la suficiencia del resguardo que los negociadores tuvieron respecto a limitar la competencia del tribunal de inversiones creado en dicho acuerdo para dirimir las controversias entre inversionistas y Estados, a fin de evitar que dicho tribunal interprete o aplique el derecho de la Unión.

Los tres hitos discutidos arriba reafirman el ánimo reformista que existe en el debate. Los matices de las propuestas que buscan devolver legitimidad al sistema van desde una actualización del sistema hasta una completa reforma de sus bases fundacionales. En este sentido, la UNCTAD ha identificado cuatro vías de reforma: promover los medios alternativos de solución de controversias, acomodar el sistema actual a través de acuerdos internacionales de inversión, introducir un mecanismo de apelación y crear una corte permanente de inversiones⁷⁵.

La manera en que las corrientes de reforma han expresado sus pretensiones se afirma en principios comunes que buscan una mayor transparencia y democratización en la solución de controversias inversionista-Estado.

⁷⁵ UNCTAD, Junta de Comercio y Desarrollo. Documento TD/B/C.II/EM.4/2, 17 de diciembre de 2004, p. 6. Disponible en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciiem4d2_es.pdf [última visita: 13.07.2018]

Transparencia, tanto en el sentido de otorgar acceso a las distintas fases de la disputa para que esta sea identificada por la ciudadanía, como en el acceso público a las audiencias arbitrales y a las decisiones de los tribunales. Estos tres aspectos de la transparencia son abordados amplia y adecuadamente por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Precisamente, el mecanismo de adhesión a esta convención ha sido analizado como un modelo a seguir para la adopción (vía opt-in) de una eventual reforma al sistema de solución de controversias en materia de inversiones⁷⁶.

Democratización en el sentido que quienes decidan las controversias en materia de inversiones aseguren que los Estados no vean coartado el espacio regulatorio que les permita legislar en beneficio del bien común. Asimismo, la democratización se relaciona con la participación de terceros en los procedimientos, por ejemplo, a través de *amicus curiae*.

A su vez, quienes se oponen a la reforma del sistema aluden a una falsa representación de la realidad por parte de los actores interesados en modificar las reglas del juego. Los llamados de la sociedad civil relevando supuestas faltas de legitimidad en un sistema, mientras sus partidarios aseguran probada su eficiencia, agudizan el debate que la Unión Europea decidió llevar a la CNUDMI para asegurar la representatividad y resguardar la legitimidad del proceso.

Las partes en el debate deberán determinar si esta percepción de crisis de legitimidad se sostiene en los hechos. De esta forma, tendrán que examinar los motivos de la supuesta incoherencia en las decisiones y evaluar si con las nuevas disposiciones de los tratados de tercera generación con normas sustantivas más precisas y delimitadas, sumadas a mecanismos de interpretación conjunta entre Estados, procedimientos que establezcan *cooling off periods* para promover soluciones amistosas, además de la desestimación de demandas frívolas, y mayor transparencia respecto de terceros financistas, será suficiente para aminorar la falta de legitimidad de la que se acusa al sistema.

En caso que la reforma prospere, la decisión que se deberá tomar en el Grupo de Trabajo III, respecto a la intensidad de las modificaciones deberá elucidar si resulta necesaria una modificación institucional (básicamente, la creación un tribunal permanente y/o un órgano de apelación con miembros

⁷⁶ Ver: Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà (2016). Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap. CIDS Geneva Center for International Dispute Settlement. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf [última visita: 13.07.2018]

nominados por los Estados), o si a través de la modificación de normas puede llegarse a un objetivo sistémico similar sin remover las bases del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

En este marco, el proceso llevado ante la CNUDMI está lejos de ser holístico y las discusiones se han inclinado más hacia aspectos procesales que sustantivos. Por otro lado, se ha privilegiado el arbitraje por sobre métodos alternativos de solución de controversias. De esta forma, la ansiada consistencia se ve difuminada dando lugar a nuevas interrogantes: ¿Es la consistencia un fin en sí mismo? y en caso afirmativo, ¿es la consistencia suficiente para iniciar una modificación al sistema de arbitraje inversionista-Estado?

En este orden de ideas, resulta claro que, en los últimos diez años, la opinión pública, así como diversos grupos de interés han logrado permear la arena política para hacer valer aspiraciones de reforma, tanto a este como al otro lado del Atlántico. La idea de sustituir los sistemas existentes de solución de controversias relativas a inversiones que surgió en Sudamérica, invocando una supuesta incerteza jurídica que prevalecería en el sistema del Banco Mundial, ha coincidido con posiciones de los Estados menos abiertos a someter sus diferencias con inversionistas extranjeros a instancias internacionales.

La retirada del CIADI por parte de los países sudamericanos del ALBA reviste una fuerte carga política e ideológica que en ocasiones se ha interpretado como un resurgimiento de la doctrina Calvo. El buscar cierta autonomía latinoamericana respecto del sistema del Banco Mundial mediante la creación del Centro UNASUR es un ejercicio interesante, que vuelve a generar divisiones dentro del continente. Por otro lado, el origen de las reformas en la CNUDMI, si bien parece obedecer a un deseo europeo de uniformar su derecho como mecanismo de integración, pareciera sentar sus bases en un interés de modificar el sistema, proveniente principalmente de la sociedad civil, la que a través de una presión constante, ha llegado a convencer a los Estados que este sistema podía tornárseles en contra.

Este fenómeno explica en parte el hecho de que la UE haya comenzado a justificar la creación de una corte permanente. Al menos en la forma, se acerca esta postura a la búsqueda de certeza jurídica que el presidente Correa proclamó al proponer el estudio del tema en el seno de UNASUR.

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: ALCANCES Y DESAFÍOS

*Zoe Cometti*¹

Síntesis:

Tomando en cuenta que no existe un tratado multilateral del derecho internacional de las inversiones, la cláusula de la nación más favorecida puede asumir distintos alcances según lo que los Estados contratantes han negociado en cada uno de los miles tratados bilaterales de inversión que están actualmente en vigor. Dicha cláusula fue interpretada y aplicada por los tribunales de arbitraje internacional en su alcance más amplio tanto en las garantías sustantivas y en las disposiciones de resolución de controversias, llegando a ser un elemento instrumental para lograr una multilateralización de esta rama tan fragmentada del derecho internacional. Sin embargo, esta aplicación liberal de la cláusula de nación más favorecida no parece haber sido esperada por los Estados al momento de su negociación, llevando a que durante la actual reforma del derecho internacional de las inversiones dicha cláusula se haya vuelto más restrictiva, dando a indicar una cautela de parte de los Estados de consolidar un derecho de las inversiones regulado bajo un tratado multilateral.

Introducción

La cláusula de nación más favorecida (CNMF) junto con el trato nacional forma parte de las disposiciones de no-discriminación tanto en tratados comerciales como en tratados de inversiones. En el derecho internacional de las inversiones la CNMF obliga al Estado receptor a proporcionar a los

¹ Después de obtener el Master of Law (MLaw) por la Universidad de Friburgo en Suiza, la autora se ha desempeñado por cuatro años ante el Tribunal Administrativo Federal de Suiza. Luego obtuvo el LL.M. int. por la Universidad de Heidelberg, Alemania, y el Magister en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio por la Universidad de Chile.

inversionistas extranjeros un trato no menos favorable del trato brindado a otros inversionistas que proceden de otros países. Si un inversionista es protegido por un tratado bilateral de inversión (TBI) que prevé una CNMF de gran alcance, este último puede activar dicha cláusula y recibir un mejor estándar de protección bajo otro tratado de inversión que brinda mejores estándares de protección a los inversionistas del TBI entre el país del inversionista y el Estado receptor. El alcance de la CNMF puede identificarse en estándares de protección sustantivos o materiales y en disposiciones sobre resolución de controversias. Su aplicación en disputas internacionales ha planteado problemas de interpretación debido a la ausencia de un tratado multilateral de inversión. Por consiguiente, el objetivo del presente artículo es de presentar el alcance de la CNMF tanto en estándares sustantivos en cuanto disposiciones de resolución de controversias, analizando dos laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del 2017: uno relativo al análisis de aplicación de estándares sustantivos de otro TBI a través de la CNMF (*Teinver y Argentina*), y el otro relativo al análisis de la aplicación de la disposición de resolución de controversias de otro TBI a través de la CNMF (*Beijing Urban Construction y Yemen*). Luego, estos dos laudos serán confrontados con la idea de “multilateralización” planteada por Schill, el cual identifica la CNMF como un medio que podría lograr armonizar el derecho internacional de las inversiones. Finalmente, el concepto de “multilateralización” será comparado con la reciente tendencia de negociar TBI de nueva generación que limitan el alcance de la CNMF (como por ejemplo el Art. 8.7 [4] del Acuerdo Comercial y Global entre la Unión Europea [UE] y Canadá [AECG o CETA en su acrónimo en inglés]). El artículo tiene entonces el objetivo de aclarar el alcance de la CNMF y de prever si su aplicación, tal como es conocida y aplicada hasta ahora en tribunales arbitrales de inversiones, tendrá un futuro distinto debido al cambio de su formulación en los tratados de nueva generación, lo que podría significar un paso atrás en la “multilateralización” sugerida por Schill.

2. Alcances de la cláusula de nación más favorecida

La CNMF junto a las disposiciones de trato justo y equitativo (TJE), de protección y seguridad plena y de la prohibición de expropiación sin indemnización son los estándares típicamente garantizados bajo un TBI. Sin embargo, actualmente hay alrededor de 3000 TBI o capítulos de inversiones en Tratados

de Libre Comercio (TLC)², lo cual implica que cada una de estas disposiciones pueda tener alcances distintos, de acuerdo a la forma en que se ha tipificado el artículo. Por ello, a pesar que en su sentido general el concepto de la CNMF conlleva que las partes contratantes se obligan a garantizar a las inversiones o a los inversionistas originarios del otro país un trato no menos favorable que el trato garantizado a inversiones o a inversionistas originarios de terceros países, este principio de no-discriminación ha tenido distintos tipos de alcance tanto en su aplicación sustantiva, como en su sentido formal.

2.1. Importación de estándares sustantivos

En los arbitrajes de inversión entre Estado e inversionista hay numerosos casos en que el inversionista activa la CNMF presente en el tratado base (ósea el TBI entre su país de origen y el país donde ha establecido su inversión, llamado país receptor) para tratar de importar en el tratado base, por un lado, un derecho material de mejor alcance garantizado bajo un TBI entre el país receptor de la inversión y un tercer estado y, por otro lado, importar un estándar ausente en el tratado base, pero garantizado por el país receptor en TBI con terceros países. Por ejemplo, si el Estado A recibe una inversión originaria del Estado B y en este TBI A-B llamado tratado base, el Estado A se obliga a garantizar al inversionista del Estado B el estándar mínimo de TJE o una justa indemnización por expropiación, el inversionista del Estado B puede activar la CNMF presente en el tratado base e importar estándares de mejor alcance que el Estado A garantiza a inversionistas de países terceros en sus relativos TBI. Por ello, el inversionista del Estado B puede activar la CNMF e importar el estándar de TJE más amplio o la indemnización a valor de mercado por expropiación que el estado A se obliga a garantizar bajo el TBI con el país C. En principio, según el alcance de la CNMF del tratado base, el inversionista del país B podría tratar de importar la disposición de protección y seguridad plena del TBI A-C no garantizada explícitamente en el tratado base. Esta importación de estándares de otros tratados, puede crear un problema en la previsibilidad del derecho internacional de las inversiones, ya que los Estados receptores se sorprenden al tener que garantizar obligaciones que no estaban prevista explícitamente en el tratado base. La importación de estándares de mejor alcance es bastante aceptada en el derecho internacional de las inversiones y los

² Unctad.org, Informe de las Inversiones en el Mundo – La Inversión y la Economía Digital (Mensajes Clave y Panorama General), 2017 (UNCTAD/WIR/2017), p. 24.

tribunales arbitrales admiten, en principio, dicha importación³. Sin embargo, por lo que concierne a la importación de estándares ausentes en el tratado base es digna de mención la interpretación del tribunal arbitral del CIADI de la CNMF en el caso *Teinver y Argentina*⁴. En 2008, Argentina expropia formalmente las acciones de las empresas españolas en Aerolíneas Argentinas. Antes de la expropiación formal, las partes habrían llegado a un acuerdo que según las demandantes no fue respetado. Por lo tanto, a pesar de aplicarse como tratado base el TBI Argentina-España el cual no prevé una cláusula paraguas (estándar sustantivo que permite elevar a violación de derecho internacional una violación de un contrato de derecho nacional), las demandantes gracias a la CNMF del tratado base (Art. IV [2] TBI Argentina-España⁵) pidieron la aplicación del TBI Argentina-EEUU el cual cuenta efectivamente con la cláusula paraguas. No obstante, el tribunal rechaza la importación de la cláusula paraguas puesto que interpretando la CNMF concluye a que la misma no permite la importación de estándares ausentes en el tratado base⁶. La interpretación restrictiva de la CNMF es distinta de la que otro tribunal arbitral del CIADI aplicó en el caso *MTD y Chile*, el cual permitió al inversionista importar una cláusula paraguas ausente en el tratado base entre Chile y Malasia, tomándola en cambio del TBI Chile-Dinamarca, gracias a la amplia noción de la CNMF del tratado base. En este último caso, la CNMF fue interpretada como amplia porque no se limitaba a las materias regidas por el tratado (como en el caso de *Teinver y Argentina*) y tenía excepciones explícitas de la CNMF relativas a cuestiones ajenas al TBI, es decir, en materia tributaria y de cooperación y, por lo tanto, la CNMF permitiría importar estándares ausentes en el tratado base⁷.

3 Por ejemplo, *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. y República de Kazakstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29.07.2008, párrafo 575.

4 *Teinver S.A., Transporte de Cercanías S.A. y Autobuses Urbano del Sur S.A. y La República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21.07.2017.

5 Art IV (2) del Acuerdo para la promoción y la protección de inversiones entre el Reino de España y la República de Argentina del TBI Argentina-España entrado en vigor el 28 septiembre del 1992: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento [T]E no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

6 Nota 3, párrafos 884-886.

7 *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. y República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25.05.2004, párrafo 187.

2.2. Importación de disposiciones sobre resolución de controversias

Contrario a la importación de estándares sustantivos gracias a la CNMF, que resulta ser bastante aceptado en derecho internacional de las inversiones, la importación de disposiciones de resolución de controversias es un asunto controvertido, ya que permite agotar los periodos de espera antes de someter la controversia a arbitraje u obviar las vías de recurso internas antes de someter a arbitraje una disputa o importar en el tratado base el consentimiento del Estado a someter una controversia a arbitraje internacional⁸. El caso emblemático en apoyo a la importación de otras disposiciones de resolución de controversias para agotar los tiempos procesales es el caso *Maffezini y España*⁹, en donde, luego de interpretar la CNMF, los árbitros identifican que dicha disposición abarcaba tanto los estándares sustantivos, así como tales estándares procesales. La sección de resolución de controversias del TBI Argentina-España prevé que antes de someter una controversia a arbitraje internacional, se debe otorgar a los tribunales internos la posibilidad de considerar la controversia por un tiempo de 18 meses. Sin embargo, la demandante española pide la aplicación de las disposiciones de resolución de controversias del TBI Argentina-Chile debido a que el tratado prevé un periodo de seis meses de consultas amistosas antes de someter la controversia a arbitraje internacional. Luego de interpretar la CNMF los árbitros concluyen que la misma es de gran alcance y abarca también las disposiciones de resoluciones de controversias, ya que las mismas están intrínsecamente vinculadas con la protección de los inversionistas¹⁰. Esta interpretación fue reconocida por la academia como una interpretación liberal de la CNMF. A partir de este fallo, se dieron distintos laudos inspirados por la interpretación de *Maffezini*, sobre todo en la aplicación de tratados base que incluyen una CNMF de gran alcance. Sin embargo, hubo laudos que no incorporaron la interpretación liberal de la CNMF. El laudo más representativo es *Daimler y Argentina*¹¹ cuyo tratado base era el TBI Alemania-Argentina y donde el demandante pidió importación de las disposiciones de resolución de controversias del TBI Argentina-Chile vía CNMF.

8 Por este último caso ver *Garanti Koza LLP y Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB 11/20, Decisión sobre jurisdicción, 03.07.2013, en donde en el tratado base, Turkmenistán solo daba consentimiento a arbitraje según las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI y UNCITRAL en su acrónimo en inglés), sin embargo, se admitió, por mayoría, importar por CNMF su consentimiento de someter arbitraje adelante del CIADI.

9 Emilio Agustín Maffezini y Reino de España, Caso CIADI No ARB/97/7, Laudo 13.11.2000.

10 Ibid., párrafo 54.

11 *Daimler Financial Services AG y República de Argentina*, Caso CIADI No ARB/05/1, Laudo 22.09.2012.

Después de interpretar la CNFM del tratado base, el tribunal arbitral decide por mayoría de aceptar la objeción de la demandada puesto que la CNFM por sus letras se refería solo a un trato más favorable limitado a los estándares sustantivos y no se extendía a “todas las materias que abarca el tratado” como en el caso de Maffezini¹². El laudo *Daimler y Argentina* es interesante debido a que conlleva el cambio de opinión de un árbitro sobre la interpretación de la misma CNMF del laudo *Siemens y Argentina*¹³. Por ello, el árbitro escribió una opinión concurrente para explicar su cambio de opinión, indicando que desde el 2007 hubo una evolución en los laudos en la interpretación de la CNFM y que en el laudo *Daimler* el análisis se efectuó más en profundidad, lo cual ha permitido analizar el importante tema del consentimiento de un estado para poder acudir al arbitraje internacional, y que por el hecho de importar disposiciones de resolución de controversias de otros tratados, a veces este consentimiento puede ser pasado a llevar.

La evolución de la interpretación de la importación de disposición de resolución de controversias mediante la CNMF es bastante discutida y sigue siendo apoyada por los inversionistas en casos que les pueden favorecer. Uno de los últimos intentos de aplicar la CNMF para importar mejores disposiciones de resolución de controversias es el fallo *Beijing Urban Construction y Yemen*¹⁴. El caso se refiere a una empresa estatal china que gana una licitación en Yemen para construir un terminal de aeropuerto. Sin embargo, la demandante encuentra dificultad en operar con su inversión puesto que militares yemenitas le obstruyen avanzar con la construcción. Debido al incumplimiento de la construcción, la autoridad de aviación termina el contrato con la empresa estatal china. La demandante entonces acude al tribunal arbitral internacional importando la disposición de resolución de controversias contenida en el TBI Reino Unido-Yemen, puesto que el tratado excluía acudir al arbitraje internacional por violaciones de garantías sobre la expropiación, mientras el TBI Reino Unido-Yemen es más amplio, debido a que permite acudir al arbitraje internacional por todas las controversias relacionada al tratado. El tribunal arbitral reconoce el carácter controvertido de la aplicación de la CNMF asimismo reconoce que según su interpretación podría dar la posibilidad de importar estándares sustantivos y disposiciones sobre resolución de

¹² Ibid., párrafos 234-236.

¹³ Siemens AG y República de Argentina, Caso CIADI No ARB/02/8, Laudo 06.07.2007.

¹⁴ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. y República de Yemen, Caso CIADI No ARB/14/30, Decisión sobre la Jurisdicción 31.05.2017.

controversias. Sin embargo, luego de analizar la CNMF que incluye “un trato no menos favorable en el territorio” se concluye que la cláusula se refiere únicamente a los estándares sustantivos, excluyendo su aplicación a las disposiciones de resolución de controversias. Esta interpretación va a sustentar el análisis de *ICS y Argentina*¹⁵, pero se aleja diametralmente de los laudos de *Impregilo y Argentina*¹⁶ y *Hochtief y Argentina*¹⁷. Los casos de importación de disposiciones de resoluciones de controversias son los que han generado más opiniones disidentes y desacuerdos entre los árbitros de tribunales internacionales.

3. “Multilateralización” del derecho internacional de las inversiones

Al contrario que el derecho internacional comercial sustentado por los instrumentos multilaterales como el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (en su acrónimo inglés: GATT) y los demás acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el derecho internacional de las inversiones es constituido por los miles de TBI y capítulos de inversión en los TLC¹⁸, por lo cual puede haber estándares de protección similares, pero de distintos alcances como mencionado anteriormente. Al final de los años noventa, hubo dos intentos de negociar un instrumento multilateral por el derecho internacional de las inversiones, el primero se desarrolló bajo la iniciativa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y el otro empujado por miembros de la OMC¹⁹. Ambos intentos fracasaron debido a la significativa oposición de los países en vías de desarrollo, derivada por el miedo de perder su soberanía reglamentaria²⁰. En aquellos años la inversión

15 *ICS Inspection and Control Services Limited y República de Argentina*, Corte Permanente de Arbitraje (PCA) No 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción 10.02.2012. El tribunal arbitral indica que la CNMF limitada a un trato no menos favorable en el territorio no implica su aplicación a disposiciones de resoluciones de controversias (párrafo 309).

16 *Impregilo S.p.A. y República de Argentina*, Caso CIADI No ARB/07/17, Laudo 21.06.2011. El tribunal arbitral por mayoría admite la importación de disposiciones de resolución de controversias. La opinión disidente explica en manera detallada el tema controvertidos de la aplicación de la CNMF.

17 *Hochtief AG y República de Argentina*, CIADI No ARB/07/31, Decisión sobre la Jurisdicción 24.10.11. El tribunal arbitral por mayoría admite la importación de disposiciones de resolución de controversias. La opinión disidente también es relativa a la interpretación del alcance de la CNMF relativa a cuestiones procesales.

18 Weiss, Friedl, “Trade and Investment”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press), 2008, pp. 182-223, p. 187.

19 Read, Pippa, “International Investment in the WTO: Prospects and Challenges in the Shadow of the MAI”, en *Bond Law Review* (Bond University), 1999, pp. 360-400, p. 360.

20 Nota 17, 188-190.

extranjera directa era caracterizada por proceder en el eje norte-sur. Por ellos, las iniciativas de los países desarrollados anhelaban obtener una mayor protección para sus inversionistas, mientras los países en vías de desarrollo o menos desarrollados aspiraban a un mayor control de las inversiones extranjeras. Desde ese entonces se despliega un asunto que aún no se ha resuelto, de lograr un equilibrio entre garantizar una protección de las inversiones extranjeras sin menoscabar la soberanía regulatoria de los países receptores. Es en esta instancia que se empieza a desarrollar una interesante idea, de que, a pesar de la falta de un instrumento internacional único, el rol de la CNFM puede lograr lo que las negociaciones internacionales no pudieron conseguir, es decir multilateralizar el derecho internacional de las inversiones.

Desde su aplicación en *Maffezini*, se empezó a asignar a la CNMF un valor que iba más allá del garantizar un trato no menos favorable a inversionistas extranjeros en situación similar. La CNMF en su concepción más amplia tiene la facultad de multilateralizar el derecho internacional de la inversión, por la posibilidad de importar estándares de otro TBI de mejor alcance. El concepto de multilateralización fue desarrollado por Schill, sobre todo después del mencionado caso de *Maffezini v España* con la importación de disposiciones de resolución de controversias. Según su planteamiento, la CNMF en su redacción amplia logra multilateralizar el derecho internacional de las inversiones a pesar de su reconocida fragmentación²¹. Por ello, el objetivo de la CNMF implica asegurar un mismo estándar de trato a las inversiones o a los inversionistas que provienen de distintos países, con el fin de garantizar la misma competencia en un mercado específico. El autor, sin embargo, ya indicaba que cualquier excepción prevista en la cláusula ya no lograba permitir dicha multilateralización. En su artículo del 2009, Schill indicaba que la mayoría de las CNMF estaban redactadas de manera abierta y por ello no incluyen o excluyen su aplicación a estándares sustantivos o a las disposiciones de resolución de controversias²². Si la disposición es clara no se necesita hacer una interpretación profunda y entender cuál era la intención de las partes. El autor indica entonces que las CNMF abiertas que incluyen “trato” o “todas las materias que abarca el tratado”, son indicaciones suficientes para entender su aplicación por los estándares sustantivos, las disposiciones de resolución de controversias y el consentimiento de un Estado a resolver

21 Schill, Stephan, “Multilateralizing Investments Treaties through Most Favored-Nation Clauses”, en *Berkeley Journal of International Law*, 27:2 (2009), p. 566.

22 *Ibid.*, p. 549.

un litigio por arbitraje internacional²³. La idea de esta multilateralización de los estándares sustantivos y de disposiciones de resolución de controversias, se entiende con el objeto de la cláusula misma y el objeto de los TBI, es decir que el no dar las mismas vías procesales o de garantías sustantivas, crea una discriminación en la protección de la inversión entre inversionistas de distintos países en el mismo territorio. Eso, por lo tanto, crearía una desventaja y podría llevar a la idea absurda de que un Estado prefiera violar una garantía otorgada a un inversionista si el inversionista es menos amparado por su TBI²⁴. El rol de la CNMF en los TBI de primera generación tuvo entonces la importancia de llevar adelante una multilateralización del derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, y como se señaló en la primera parte del artículo, este concepto en su aplicación en el arbitraje internacional se está volviendo controvertido y hoy en día importantes y novedosas modificaciones están cambiando el derecho internacional de las inversiones, así como fue concebido en los tratados de primera generación.

4. Reforma de los tratados de inversión

Actualmente en el derecho internacional de las inversiones se están conociendo múltiples negociaciones de TBI o de capítulos de inversión en los TLC que conllevan distintos cambios del mismo derecho y de lo que contemplaba el mismo en los tratados de primera generación negociados y ratificados durante el 1980 y el 2000. Por lo que concierne a la CNMF en su formulación amplia o abierta ya no es negociada en su sentido liberal en los tratados de segunda generación. Muchos Estados y académicos son de la opinión que, en verdad, nunca fue intención de los Estados contratantes a un TBI de conferir a la CNMF la función tan poderosa de poder importar disposiciones de otros TBI. Los TBI de segunda generación se caracterizan por su nuevo objeto y fin. En los tratados de primera generación, el objeto era la pura promoción y protección de las inversiones extranjeras en un país, mientras hoy en día el objeto es una protección de las inversiones extranjeras conforme al desarrollo sustentable. Por ejemplo, en el CETA la UE y Canadá adoptaron una CNMF muy restrictiva tanto por la importación de los estándares sustantivos como por la importación de disposición de resolución de controversia. El Art. 8.7 (1 y 4) CETA indica lo siguiente:

²³ Ibid., p. 550.

²⁴ Ibid., pp. 555 y 556.

1. Cada Parte concederá, en su territorio, a los inversores de la otra Parte y a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que concede, en situaciones similares, a los inversores de un tercer país y sus inversiones con respecto al establecimiento, la adquisición, la ampliación, la realización, la explotación, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta u otro tipo de enajenación de sus inversiones.

4. Para mayor seguridad, el «trato» mencionado en los apartados 1 y 2 no incluye los procedimientos para la solución de diferencias en materia de inversión entre inversores y Estados que se establecen en otros tratados internacionales sobre inversiones y en otros acuerdos comerciales. Las obligaciones sustantivas que figuran en otros tratados internacionales y en otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismas un «trato», por lo que no pueden dar lugar a una infracción del presente artículo, a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en virtud de dichas obligaciones.

La particularidad de esta disposición por una parte se justifica por el hecho que como mecanismo de resolución de controversias en CETA se implementa un tribunal amparado por el mismo acuerdo, el cual tendrá competencia exclusiva para resolver las controversias entre inversionista y Estado. Por otra parte, lo que concierne a la importación de obligación sustantiva de otros tratados se indica explícitamente que ellos no pueden asimilarse a un trato y por lo tanto no se aplican. Con esta cláusula se puede notar entonces que se entiende que el rol de la CNMF se está volviendo un poco más similar a los que se garantiza en el derecho internacional comercial, o sea que la CNMF significa simplemente garantizar a inversionistas un trato no menos favorable que el concedido a los inversionistas de un país tercero en situaciones similares. Es interesante subrayar que, en el caso específico, tanto la UE como Canadá son en su relación comerciales tanto receptores de inversiones como exportadores de la misma. Por ello, esta nueva CNMF se puede definir como restrictiva pero equilibrada, puesto que fue concebida por las dos partes contratantes para proteger sus propios inversionistas, sin menoscabar el margen de maniobra de las partes contratantes.

Otro ejemplo interesante sobre la evolución de la CNMF en los tratados de nueva generación es de reconducir a la praxis del Reino Unido. El mismo, durante los años noventa, negociaba TBI con CNMF, la cual incluía

explícitamente la importación de disposiciones de resolución de controversias, indicando que el trato no menos favorable garantizado al inversionista abarcaba todos los artículos del Tratado, incluyendo los artículos de resolución de controversias. Dicha redacción se puede ver, entre otros, en el Art. 3(4) del TBI Chile-Reino Unido en vigor desde 1997, en el Art. 3(3) del TBI Cuba-Reino Unido en vigor desde 1995 y en el Art. 3(3) del TBI El Salvador-Reino Unido en vigor desde el 2000. Sin embargo, los últimos tratados negociados por Reino Unido ya no cuentan con tal amplia cláusula. Por ejemplo, el TBI Colombia-Reino Unido de 1994 en su Art. 4(3) prevé que el trato no menos favorable se aplica desde el Art. 3 al 12 del Tratado, incluyendo entonces los artículos relativos a las disposiciones de resolución de controversias. Tal TBI ya terminó su vigencia y los dos Estados negociaron un nuevo TBI. El nuevo TBI, en vigor desde 2014, en su Art. III(2) indica explícitamente que el trato no menos favorable garantizado al inversionista extranjero no abarca los mecanismos de resolución de controversias. En el caso del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el recién adoptado Protocolo de Cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR del 7 de abril 2017, aún no en vigor, también conlleva una CNMF muy restrictiva que prohíbe la importación de estándares sustantivos y de disposiciones de resolución de controversias. El Art. 5(7) indica lo siguiente: “*Para mayor certeza, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán para incorporar disposiciones sustantivas ni de resolución de controversias no contenida en el presente Protocolo*”. En estos últimos años la UE está negociando la modernización de los TLC con terceros países. Debido a la nueva competencia otorgada por los Estados miembros de la UE, actualmente la misma puede negociar los capítulos de inversión en los TLC: El 21 abril de 2018 la Comisión Europea en su sitio web institucional publicó la versión del nuevo acuerdo con México (aún en fase de negociaciones). En el capítulo de inversiones (actualmente capítulo 17) se puede destacar que también, estas dos partes contratantes han preferido incluir una CNMF restrictiva. En efecto, en el actual Art. 8 en su párrafo 4 se indica que por mayor certeza la CNMF no se aplica a disposiciones de resolución de controversia de otros tratados y que los estándares sustantivos de otros TBI no se entienden como “trato” y por ello no pueden ser incorporados usando la misma CNMF. Es interesante acentuar que, a pesar de no permitir la importación de estándares sustantivos, se indica que las medidas aplicadas por las partes en aplicación de dichos estándares pueden constituir un “trato” según la CNMF. Añadir esta frase significa avanzar hacia una concepción de la CNMF de cómo es entendida y

aplicada en el derecho internacional comercial. Todos estos ejemplos son testigos del gran cambio de concepción de la CNMF y que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD en su acrónimo en inglés) está incentivando ya hace algunos años. La UNCTAD en su informe anual del 2017 indica que la mayoría de los TBI vigentes fueron adoptados entre 1980 y 1990, por lo que es necesario impulsar una reforma de los tratados que pueda re-equilibrar la protección del inversionista y garantizar el derecho de los Estados a regular para lograr un desarrollo sustentable. Entre las distintas modificaciones que se sugiere negociar en los nuevos tratados, se aconseja negociar una CNMF restrictiva para evitar la improvisada importación de estándares sustantivos que no son previstos en el tratado base. Asimismo, se añade que en el caso que fuese complicado renegociar un TBI, se sugiere que las partes contratantes realicen una declaración conjunta sobre el sentido de la CNMF o derechamente enmendarla²⁵.

Conclusión

Mediante la presente investigación sobre los alcances y desafíos de la CNMF en el derecho internacional de las inversiones se pudo comprobar que los tratados de primera generación fueron interpretados en su mayoría hacia una aplicación amplia de la CNMF, otorgándole la función de multilateralización del fragmentado derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, actualmente en la era de cambio sustanciales de este derecho, en el cual se negocian tratados de nueva generación, las partes contratantes, es decir los Estados, están poniendo un freno a esta interpretación y aplicación, negociando cláusulas más restrictivas. Analizando las CNMF negociadas en los tratados de última generación, se destaca que las mismas pasan de haber sido un medio para multilateralizar el derecho internacional de las inversiones, a ser un medio para armonizar este derecho de manera restrictiva. Según la redacción de las nuevas CNMF presentadas en la sección anterior, es de esperarse que su aplicación será muy similar a la prevista por las mismas cláusulas en el derecho internacional comercial, debido a que las nuevas cláusulas hacen referencia a un “trato no menos favorable en situación similar”. Esto implicaría un análisis similar al habitual análisis de los paneles de la OMC en donde se tiene que averiguar el cumplimiento de las tres condiciones cumulativas: primero, se tiene que verificar si el inversionista es efectivamente

25 Nota 1, pp. 28-31.

un inversionista extranjero: segundo, el inversionista debe estar en la misma o similar situación del sector económico para pretender el mismo tratamiento que obtuvo el inversionista extranjero en el mismo o similar sector económico; tercero, deber haber una medida del Estado receptor que crea una diferencia de trato entre inversionistas en situaciones similares. Al ser necesaria una medida del Estado para poder aplicar la CNMF ya no será suficiente que el Estado receptor otorgue un mejor trato a otros inversionistas en otros TBI, sino que se necesita una medida en la aplicación del estándar sustantivo que crea un mejor trato para el inversionista extranjero. Al mismo tiempo, lo que concierne a la aplicación de la CNMF por la disposición de resolución de controversias, la CNMF de nueva generación ya no permitirá la importación de otras disposiciones de resolución de controversias, entendiendo que las controversias se solucionarán únicamente por las disposiciones que están previstas en el tratado base. Por ello, la predictibilidad del derecho internacional de las inversiones puede ser lograda si esta reforma actual se emprende de manera coordinada e independientemente de las fuerzas de negociación de cada Estado contratante. En los próximos años tendremos los primeros laudos de arbitraje internacional de las inversiones basados en estos nuevos tratados de inversiones y será posible evaluar como los árbitros aplicarán esta nueva CNMF más restrictiva.

LA SITUACIÓN DE LAS MIGRACIONES Y EL PACTO GLOBAL DE NACIONES UNIDAS

Felipe González Morales¹

Introducción

Durante los últimos años han venido desarrollándose varias iniciativas de relevancia sobre la situación de los migrantes en el marco de Naciones Unidas. La Declaración de Nueva York, del año 2016, constituyó un hito en este sentido. En la misma dirección, durante 2017 (en la fase de consultas) y 2018 (en la fase de negociaciones) se ha trabajado en la adopción de un Pacto Global sobre una Migración Segura, Ordenada y Regular, el que está previsto que sea acordado en el curso del presente año.

A diferencia de la mayoría de los colectivos cuyos integrantes se hallan habitualmente en una situación de vulnerabilidad, el de los migrantes carece de un marco normativo internacional de amplia aceptación por los Estados. Si bien hace ya cerca de 30 años, en 1990, se adoptó la Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias –que entró en vigor en 2003-, apenas poco más de un cuarto de los Estados Miembros de la ONU lo han ratificado y se trata casi en su totalidad de Estados principalmente de origen de migrantes y no de Estados principalmente receptores de ellos. La Convención creó un mecanismo de supervisión, el Comité en la materia, cuya competencia, claro, se limita a los Estados que han ratificado aquella.

En 1999, la entonces Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció, en el marco de sus procedimientos especiales, la Relatoría

¹ El autor es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Director del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en dicha Universidad y Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas. Salvo cuando se indica otra cosa, este trabajo analiza el Borrador 2 del Pacto Global –dado a conocer el 28 de mayo de 2018. Además, cuando resulta pertinente se lo compara con los borradores anteriores (Borrador Cero, Borrador Cero Plus y Borrador 1).

Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, cuyo mandato ha sido posteriormente extendido por el Consejo de Derechos Humanos (que reemplazó a la antigua Comisión). La Relatoría, a diferencia del Comité, posee, como todos los procedimientos especiales de derechos humanos de la ONU, competencia respecto de todos los Estados. No obstante, al tratarse de un mecanismo extraconvencional, carece de apoyo en un tratado específico. Ello es sin perjuicio de que la Relatoría, al dirigirse a los Estados, invoque tratados internacionales de derechos humanos que estos Estados sí han ratificado, como, por ejemplo, y según la situación de que se trate, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, la Convención Internacionales contra la Discriminación Racial u otros, deduciendo de ellos normas aplicables a los migrantes. Esta práctica, desde luego, favorece la protección de los derechos humanos de este colectivo, pero no es asimilable a la existencia de un tratado de amplia ratificación en la materia.

En rigor, no es que el proceso de adopción de un Pacto Global sobre Migración venga a llenar este vacío, aunque sí contribuye a mejorar la situación. No lo viene a llenar, ya que no se trata de un tratado internacional ni tampoco de un instrumento de derechos humanos. Durante la discusión sobre el Pacto, los Estados han insistido reiteradamente en su carácter no vinculante, y así se refleja en forma explícita en los borradores producidos en el marco de este proceso hasta la fecha. Esto último es sin perjuicio de algunas observaciones que hago al respecto más adelante.

Contexto en que se inserta el Pacto Global sobre Migración

Si bien la migración no es en absoluto un fenómeno nuevo y ha acompañado a la Humanidad desde sus albores –como lo señalan los propios borradores del Pacto Global-, históricamente ha vivido períodos de mayor o menor intensidad. En los últimos años la intensidad de la migración se ha incrementado. A ello hay que agregar como otro aspecto relevante de la situación actual, el que los procesos migratorios han alcanzado escala global, desarrollándose de manera simultánea en los cinco Continentes. El Pacto Global se propone, al respecto, realizar un abordaje comprehensivo de las migraciones, resaltando sus aspectos positivos pero al mismo tiempo tomando en consideración los distintos impactos que ellas tienen para las sociedades.

En este sentido, a los flujos migratorios tradicionales en dirección Norte- Sur, es decir, de países subdesarrollados a desarrollados, se han añadido

procesos de migración significativos Sur-Sur en todos los Continentes. La migración además se ha diversificado, en términos de que el porcentaje representado por las mujeres migrantes ha aumentado en forma muy importante. Lo mismo ocurre con la niñez migrante. También se ha producido una diversificación de la situación de las personas en situación de movilidad, volviéndose más fluidas la situación de migrantes, solicitantes de refugio, apátridas, desplazados, víctimas de trata, víctimas de tráfico y otros colectivos.

Junto con la migración regular coexiste en volúmenes muy importantes de personas la migración irregular. Aunque las violaciones a sus derechos humanos afectan tanto a migrantes regulares como irregulares, los órganos internacionales de derechos humanos suelen poner énfasis en la situación de estos últimos, que son con mayor frecuencia las víctimas de las violaciones más graves, debido a su mayor vulnerabilidad y a su invisibilidad. Además, debido al temor a represalias, las violaciones de que son objeto los migrantes irregulares tienen mayores probabilidades de quedar en la impunidad, tanto por la dificultad para denunciarlas como por la inacción o negligencia de las instituciones estatales encargadas de su investigación y sanción.

Cabe añadir que en lo que se refiere al diseño institucional de Naciones Unidas, a diferencia de lo que ocurre en materia de refugiados, en que se creó a poco andar del establecimiento de la ONU y en el contexto post Segunda Guerra Mundial en Europa, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la ONU ha carecido de una institucionalidad en materia de migraciones.

La complejidad de la situación actual, sin embargo, ha llevado a adoptar pasos hacia la creación de una institucionalidad, siendo uno relevante al respecto la incorporación de la Organización Internacional sobre Migraciones (OIM) a Naciones Unidas. Bajo qué modalidades se producirá esta incorporación está todavía por determinarse.

También es relevante constatar el fortalecimiento del trabajo de la sociedad civil en la materia, lo cual se ha reflejado durante las discusiones acerca del Pacto Global. Por una parte, en diversos países –aunque se esté lejos todavía de haberse convertido en una práctica generalizada– los migrantes han podido crear sus propias organizaciones. Por otra, muchas ONGs de derechos humanos han incorporado en su mandato la protección de los derechos de los migrantes, materia que hasta hace un tiempo aquellas escasamente trataban o solo lo hacían en un lugar secundario de su agenda.

La cuestión de la soberanía y el Pacto Global

Una de las cuestiones generales más recurrentes en la discusión del Pacto Global sobre Migración ha sido el asunto de la soberanía. En este sentido, han sido reiteradas las invocaciones de los Estados a su soberanía respecto de estas materias. Según se puede apreciar en la labor de los organismos internacionales de derechos humanos, la invocación de la soberanía se ha vuelto mucho menos frecuente que en el pasado con el pasar de las décadas para referirse a la situación de los Estados en materia de derechos humanos. Sin embargo, en lo que se refiere a los derechos humanos de los migrantes la situación es distinta y en no pocos Estados esas alegaciones no solo no disminuyen sino que aumentan.

Todo el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha sido construido sobre la base de una paulatina reducción de la soberanía de los Estados, a la cual estos se han comprometido voluntariamente. La adopción de tratados internacionales en la materia, así como el establecimiento de mecanismos e instituciones internacionales en el marco de la ONU y de los sistemas regionales para la supervisión de las condiciones de derechos humanos en los países así lo revelan.

No obstante, en el tema de migraciones esta alegación subsiste con un peso significativo. Es cierto que por la vía de una serie de estándares ya adoptados sobre diversas materias, comenzando por el principio de no discriminación y siguiendo por normas relativas a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la prohibición del racismo y a otras disposiciones, la soberanía de los Estados respecto de los migrantes ya posee limitaciones, pero el desafío continua siendo de envergadura al no existir un instrumento específico de derechos humanos de los migrantes de amplia adopción por los Estados, así como por los brotes de xenofobia en una cantidad de países.

En los borradores circulados hasta la fecha se aprecia una evolución en lo referido al tratamiento de la soberanía nacional. En particular, mientras en el Borrador Cero y en el Borrador Cero Plus no se incorporaba la distinción entre migrantes regulares e irregulares, ya se lo hace en el Borrador 1 y se mantiene en el Borrador 2, explicitándose que, basados en dicha distinción, los Estados pueden establecer requisitos diferenciados de entrada, residencia y trabajo. En el Borrador 1 se indicaba que los Estados debían ejercer responsablemente su soberanía en materia de migraciones, mención que es eliminada en el Borrador más reciente. En todo caso, se señala que tales distinciones deben ser hechas ateniéndose al Derecho Internacional.

Enfoque de seguridad y enfoque de derechos humanos

La discusión sobre el Pacto Global ha puesto de manifiesto desde un principio y en forma explícita los diferentes enfoques sobre el tema de migraciones, con distintos énfasis según los Estados de que se trate y las aportaciones de la sociedad civil. Como antes señalamos, el Pacto Global sobre Migración no será, una vez adoptado, un instrumento de derechos humanos propiamente tal. Sin embargo, son evidentes las implicaciones que tendrá en materia de tales derechos. En este sentido, el Pacto Global podría llegar a asemejarse, con las diferencias del caso, a acuerdos internacionales en materia de democracia, de corrupción y de otras materias. La diferencia central con acuerdos como los recién mencionados, claro está, es que en el caso del Pacto Global sobre Migración este afectará de manera directa a un colectivo: el de los migrantes.

Algunos Estados ponen el acento en un enfoque de seguridad, mientras que otros Estados y la sociedad civil lo ponen en un enfoque de derechos humanos. La pregunta central al respecto es cuál será el enfoque predominante en el Pacto Global. Este dilema refleja la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo de migrantes. Respecto de ningún otro colectivo resultaría admisible en el contexto internacional actual un enfoque que privilegiara consideraciones de seguridad por sobre un enfoque de derechos humanos.

Si se analizan estos dos enfoques desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos (no solo en materia de migrantes, sino los de carácter general), una cuestión general que se refleja en los tratados internacionales de derechos humanos, en las declaraciones y resoluciones sobre la materia y en los informes y la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de su aplicación es que dichos derechos deben ocupar un lugar central. A ello es lo que se refiere el enfoque de derechos humanos, en este caso aplicado a la situación de las personas migrantes. Con frecuencia, en el debate político internacional y en las políticas migratorias dicho enfoque queda subordinado a consideraciones en materia de seguridad u otras análogas. En una versión más benigna, se señala a veces que seguridad y derechos humanos tendrían que ser ponderados, como si se tratara de realizar una especie de balanceamiento entre dos aspectos que en principio “pesaran” lo mismo. Sin embargo, estas posiciones son inconsistentes con la normativa internacional.

Si bien la seguridad interior o exterior puede constituir una limitación legítima a los derechos humanos en ciertas circunstancias, ello no la coloca, conforme a los instrumentos internacionales, en el mismo plano que los

derechos humanos. De acuerdo a tales instrumentos, los derechos humanos constituyen la regla y las limitaciones (como la seguridad interior o exterior) la excepción, por lo cual estas deben ser construidas de manera acotada y su interpretación debe ser igualmente restrictiva (mientras que en el caso de los derechos humanos su interpretación debe ser extensiva).

En los borradores de Pacto Global que se han difundido hasta mayo de 2018, se indica en el Preámbulo que el Pacto Global se basa en los objetivos y principios de la Carta de Naciones Unidas, así como de los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos, con mención expresa en el cuerpo del borrador de la Declaración Universal en la materia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En una nota explicativa, el borrador más reciente explicita que los demás instrumentos básicos son las convenciones en materia de discriminación racial, discriminación contra la mujer, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, niñez, trabajadores migratorios, desapariciones forzadas y discapacidad.

Esta referencia, además de tener valor por sí misma al hallarse explícita en el texto del Pacto Global, puede contribuir en el futuro para una interpretación sistemática del mismo en relación con los mencionados instrumentos.

Los migrantes y en general las personas en situación de movilidad se ven especialmente afectadas en sus derechos por el enfoque en que la seguridad es predominante. Por lo menos en los Estados democráticos, se trata del único colectivo en que dicho argumento es empleado de manera transversal para limitar sus derechos humanos. Ello ocurre de manera especialmente gravosa cuando se trata de personas en situación migratoria irregular.

Sin embargo, el punto es que el Pacto Global no será un instrumento internacional de derechos humanos propiamente tal. Siendo ello cierto, es fundamental que las disposiciones del futuro Pacto Global no transgredan los estándares ya adoptados en la materia. Cuando se trata de tratados adoptados de manera sucesiva, son los órganos internacionales de derechos humanos los encargados de armonizarlos. El asunto es más complejo respecto del Pacto Global, ya que no parece claro que dichos órganos vayan a desempeñar un papel relevante en su seguimiento e implementación oficiales. Digo oficiales, ya que es evidente que los órganos internacionales de derechos muy probablemente integren el Pacto Global en el *Corpus Iuris* al que recurren en su trabajo. Si bien la seguridad interior o exterior puede constituir una limitación legítima a los derechos humanos en ciertas circunstancias, ello no la coloca,

conforme a los instrumentos internacionales, en el mismo plano que los derechos humanos. De acuerdo a tales instrumentos, los derechos humanos constituyen la regla y las limitaciones (como la seguridad interior o exterior) la excepción, por lo cual estas deben ser construidas de manera acotada y su interpretación debe ser igualmente restrictiva (mientras que en el caso de los derechos humanos su interpretación debe ser extensiva).

En teoría, si se hubiera mirado el asunto en abstracto, los organismos de la sociedad civil que trabajan en el tema de migraciones desde un enfoque de derechos humanos podrían haber preferido no tener un acuerdo como el Pacto Global, por los eventuales retrocesos que pudiera acarrear en materia de tales derechos. En la práctica, sin embargo, ello ha estado lejos de ocurrir y es así como las organizaciones de la sociedad civil han participado activamente en este proceso, considerando la falta de eficacia de muchos de los estándares normativos internacionales existentes en la materia. A pesar de la reiterada mención del carácter no vinculante del Pacto Global, en los hechos este podría resultar eventualmente de más amplia aplicación y ser más eficaz que instrumentos cuyos estándares sí son inequívocamente vinculantes.

La cuestión de la criminalización y sus dimensiones: alcances del enfoque de seguridad

Un fenómeno grave que se aprecia en las distintas regiones del mundo es el de la criminalización de los migrantes, que se produce en distintos niveles. A un nivel general, él tiene lugar mediante la asimilación de la migración con la delincuencia en el imaginario social y el discurso de las autoridades. Es importante a este respecto que los Estados contrarresten las percepciones de la migración que sustentan debates públicos y políticas de seguridad contraproducentes e ineficaces, que se traducen innecesariamente en la estigmatización, la marginación y la criminalización de los migrantes y alientan la xenofobia, impulsando un discurso público en favor de la migración, la movilidad y la diversidad, así como planes y políticas públicas en la misma dirección.

A nivel específico, aunque en diversas regiones del mundo se observan progresos en materia de despenalización de la migración irregular, eliminándose dicha conducta del catálogo de figuras sancionadas penalmente, ello no siempre trae consigo un decrecimiento de la detención migratoria. Al contrario, ella se ha incrementado en una cantidad importante de Estados predominantemente receptores. Más aún, cuando no hay persecución penal se produce una disminución de las garantías procesales de los migrantes.

Ello nos conduce de manera más general a la cuestión del acceso a la justicia y a la relevancia de que los Estados eliminen los obstáculos a dicho acceso, garantizando que los migrantes puedan acceder a los recursos judiciales y administrativos para el ejercicio de sus derechos humanos de forma efectiva y disponer de representación legal cuando resulte necesario.

En el caso de los migrantes indocumentados, a los aspectos mencionados se añade el temor de denunciar delitos y abusos por el peligro de ser detenidos y expulsados. En este sentido, son de suma importancia las “barreras cortafuegos” (firewalls) entre las autoridades de control de la inmigración y los servicios públicos, de modo de permitir el acceso a la justicia, la vivienda, la atención sanitaria, la educación y los servicios sociales y laborales para los migrantes, cualquiera sea su situación migratoria, sin temor a la detección, la detención y la deportación.

Objetivos y compromisos accionables del Pacto Global sobre una Migración Ordenada, Segura y Regular

Como lo dice su nombre, el Pacto Global persigue alcanzar procesos migratorios seguros, ordenados y regulares. En otras palabras, se acepta a las migraciones como un fenómeno positivo que debe asumirse y encauzarse adecuadamente. Desde luego, salvo una posición que sea abiertamente antimigración, todos estarán de acuerdo con las características anotadas para la migración. Sin embargo, como resulta obvio, a partir de allí hay diversas formas de abordar el asunto. Ya las observaciones que hacíamos sobre los enfoques con predominio de la seguridad y los enfoques con énfasis en la protección de los derechos humanos nos remitían a puntos –o grados- de discrepancia en el debate actual sobre el Pacto Global. Tal como se ha explicitado en los borradores hechos públicos hasta la fecha, hay elementos de ambos enfoques recogidos en ellos. La cuestión es en qué grado y por medio de qué acciones se recogerá uno y otro enfoque.

Respecto del objetivo general del Pacto Global de que se alcance una migración regular, los enfoques no son menos discrepantes. En efecto, la aspiración de que los procesos migratorios sean regulares es ampliamente compartida por Estados, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales. La cuestión es cómo se entiende esto y cuáles son sus alcances y las obligaciones que implica para los Estados.

Lo anterior porque un conjunto de actores sostiene en el debate sobre el Pacto Global que, dado el contexto de fuertes movimientos migratorios

existente en la actualidad, resulta indispensable que los Estados no se cierren a la inmigración a sus respectivos territorios y que faciliten la inmigración regular. Esto implica establecer canales para este segundo tipo de migración previo a que esta ocurra, por ejemplo, cuando resulte adecuado a la situación, mediante la concesión de visas humanitarias, o a través de otras vías. Pero también puede implicar –como lo han señalado reiteradamente los organismos internacionales de derechos humanos, en la ONU y a nivel regional– la necesidad de emprender procesos de regularización masivos respecto de aquellos que hayan migrado irregularmente y ya se encuentren en el territorio del Estado. Además, una serie de estándares ya incluidos en tratados internacionales ampliamente ratificados establecen de manera explícita o implícita limitaciones al poder de los Estados de efectuar deportaciones, tales como el principio de *non-refoulement* –no devolución a un Estado donde la persona corra riesgo–, consideraciones humanitarias, de interés superior del niño –en su caso–, de unidad familiar, de arraigo y otras.

Otros Estados, en su participación en el debate, en cambio, ponen énfasis en los aspectos de seguridad, asumiendo que estos justifican las políticas públicas destinadas a reducir significativamente la migración, incluyendo medidas de fuerza para impedir el ingreso de migrantes irregulares a sus territorios. Asimismo, desde esos Estados se suele justificar la deportación de enormes cantidades de migrantes irregulares, ocupando los procesos de regularización migratoria un lugar secundario –o subsidiario– en sus políticas en la materia.

No está enteramente claro de la discusión del Pacto Global hasta que fecha va a establecer este al respecto y si en su texto definitivo vaya a reflejar en mayor medida uno u otro enfoque. Es posible que no contenga un lenguaje preciso, justamente debido a la diversidad de puntos de vista –a pesar de que la mención a la migración regular aparezca en el nombre mismo del Pacto.

Objetivos y acciones del Pacto Global

El Pacto Global explicitará una serie de objetivos, así como las acciones conducentes a ellos. En los borradores –y presumiblemente en el documento que se adopte en definitiva– ni unos ni otros están formulados como estándares; sin embargo, una serie de ellos implícitamente asumen ciertos estándares.

En el estado actual de las negociaciones, el Borrador 2 del Pacto Global lista un total de 23 objetivos. El desglose de cada objetivo incluye un conjunto

de acciones. Los objetivos aparecen formulados en los siguientes términos²:

1. Recopilar y utilizar datos precisos y desglosados como base para políticas públicas basadas en evidencia;
2. Minimizar los impulsores adversos y los factores estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen;
3. Proporcionar información adecuada y oportuna en todas las etapas de la migración;
4. Proporcionar a todos los migrantes una prueba de identidad legal, identificación adecuada y documentación;
5. Mejorar la disponibilidad y la flexibilidad de las vías para la migración regular;
6. Facilitar condiciones justas y éticas de contratación y salvaguardas que aseguren el trabajo decente;
7. Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración;
8. Salvar vidas y establecer esfuerzos internacionales coordinados sobre migrantes desaparecidos;
9. Fortalecer la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes;
10. Prevenir y combatir la trata de personas en el contexto de la migración internacional;
11. Controlar las fronteras de una manera integrada, segura y coordinada;
12. Fortalecer la certeza y predictibilidad en los procedimientos migratorios para una apropiada determinación y remisión;
13. Uso de la detención migratoria solo como medida de último recurso y trabajo en busca de alternativas;
14. Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares durante todo el ciclo de migración;
15. Proporcionar acceso a servicios básicos a los migrantes;
16. Empoderar a los migrantes y a las sociedades para lograr la plena inclusión y cohesión social;
17. Eliminar todas las formas de discriminación y promover el discurso público basado en hechos para dar forma a las percepciones sobre la migración;
18. Invertir en el desarrollo de habilidades y facilitar el reconocimiento de habilidades, calificaciones y competencias;

² Los borradores del Pacto Global han sido publicados solo en inglés y no existen traducciones oficiales al castellano. La traducción que aquí se presenta se basa, con algunos ajustes, en una hecha circular por algunas delegaciones estatales. Además, se la actualiza, ya que la traducción no oficial estaba hecha respecto de un borrador previo.

19. Crear condiciones para que los migrantes y las diásporas contribuyan plenamente al desarrollo sostenible en todos los países;

20. Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y baratas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes;

21. Cooperar para facilitar un retorno y readmisión seguros y dignos, así como una reintegración sustentable;

22. Establecer mecanismos para la portabilidad de los derechos de seguridad social y los beneficios obtenidos.

23. Fortalecer la cooperación internacional y la asociación global para una migración segura, ordenada y regular.”

Como se aprecia, los objetivos abarcan una amplia gama de aspectos de las migraciones. Algunos de ellos, en el caso de permanecer con su lenguaje actual o con uno más o menos similar, constituirían un reconocimiento importante de los derechos humanos de los migrantes a nivel internacional. Otros aspectos, en cambio, requieren modificaciones para proteger adecuadamente tales derechos. A continuación analizaré algunos de los objetivos y sus acciones correlativas.

Uno de los más relevantes, por su centralidad y alcance, es la necesidad de proporcionar una prueba de identidad legal, identificación adecuada y documentación a todos los migrantes, es decir, regulares e irregulares. Este es un aspecto en el que diversos mecanismos internacionales de derechos humanos, tales como la Relatoría Especial de la ONU en la materia, el Comité sobre Trabajadores Migratorios y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, han puesto mucho énfasis desde hace años. La carencia de documentación afecta el ejercicio de derechos básicos, como el derecho a la salud, a la educación, al acceso a la justicia y, como se ha venido incrementando en muchos países en contextos de altos niveles de violencia, su derecho a la seguridad e integridad personales e incluso su derecho a la vida –por el nivel de riesgo a que la persona se ve expuesta. Independientemente de que un Estado en definitiva regularice o no a un migrante en situación irregular, mientras este se encuentre indocumentado se halla en posición de especial vulnerabilidad. A menudo los Estados se muestran renuentes a la concesión de documento alguno, bajo la lógica de que ello podría ser asumido como una forma de regularización de facto que el Estado no está dispuesto a otorgar. Que el Pacto Global llegase a incluir este objetivo en los términos en que aparece actualmente formulado representaría un paso importante, ya que constituiría un acuerdo explícito en la materia, reflejando un avance positivo en la posición de muchos Estados.

Otro objetivo que quisiera resaltar es el referido a la detención migratoria. Según señalara antes, como parte de la tendencia a criminalizar a los migrantes, se ha venido expandiendo en una cantidad de Estados el uso de dicho tipo de detención. Ello es sin perjuicio de notar que en otra cantidad importante de Estados de la detención migratoria se ha reducido significativamente o se ha eliminado por completo. Tal como en el tema recién tratado, en este las organizaciones internacionales de derechos humanos han señalado consistentemente la necesidad de reducir la detención migratoria y emplearla de manera excepcional. Esto se recoge en los borradores hechos públicos hasta la fecha, que establecen como uno de sus objetivos el “uso de la detención migratoria como medida de último recurso y trabajo en busca de alternativas”.

En relación con este mismo tema, un aspecto relevante, que ha sido planteado por diversos actores durante la discusión del Pacto Global, es el de la detención migratoria infantil. Como han señalado diversos mecanismos de derechos humanos de la ONU y del sistema interamericano, la detención de niños o niñas basada en su status migratorio es incompatible con el Derecho Internacional. No obstante, entre muchos Estados predominantemente receptores de migrantes esta práctica continúa siendo extendida e incluso se ha acentuado. Los primeros borradores del Pacto Global registraban un avance crucial a este respecto, al señalar como una de las acciones del objetivo 13 el “[d]efender la protección de los derechos y el mejor interés del niño en todo momento, independientemente de su estatus migratorio, finalizando la práctica [“by ending”] de la detención infantil en el contexto de la migración internacional, y proporcionando alternativas a la detención que incluyan el acceso a la educación, el cuidado de la salud y el permitir a los niños permanecer con miembros de sus familias o tutores en contextos no privativos de libertad, incluidos los basados en arreglos comunitarios.” Sin embargo, el Borrador más reciente modifica la redacción y debilita el tratamiento de este asunto, al señalar en lo pertinente que la protección mencionada se llevará a cabo “por medio del trabajo para finalizar la práctica [“by working to end the practice”] de la detención migratoria infantil en el contexto de la migración internacional” (las negritas son del autor).

En otro objetivo (el número 5 del borrador más reciente) se aborda la cuestión más general a la que nos referíamos más arriba respecto de qué alcances podría tener el pacto Global para propender a una migración regular. En este sentido, el texto ha experimentado cambios a lo largo de los sucesivos borradores, reflejando el debate que mencionábamos. Así, el Borrador 1 señalaba el compromiso de “adaptar opciones y vías para la migración regular de una

manera que refleje las realidades demográficas y de mercado global laboral, optimice las oportunidades educativas, reúna a las familias y facilite el acceso a la protección de los derechos humanos.” En el Borrador 2, en cambio, la referencia a la protección de los derechos humanos ha sido eliminada de este Objetivo –aun cuando permanece en otras partes del documento. El texto más reciente desglosa en mayor medida este compromiso, al añadir luego de la mención a la reunificación familiar el “proporcionar seguridad a los migrantes en situación de vulnerabilidad, con miras a expandir y diversificar las vías para una migración segura, ordenada y regular.”

A pesar de que la referencia explícita a los derechos humanos fue eliminada de este Objetivo, su lenguaje, aún con su carácter genérico, refleja mayormente el punto de vista de favorecer la migración en un contexto en que esta no solo resulta crucial para el desarrollo de la vida de muchas personas sino también para la Economía de muchos países, tanto de origen como receptores. Al respecto, las acciones que se mencionan en los borradores incluyen acuerdos de movilidad laboral, facilitar la movilidad regional e interregional, desarrollar esquemas flexibles de movilidad laboral y otros.

Es importante el que se resalte la reunificación familiar, que además de ser una causa para permitir la migración por canales regulares, debiera ser un aspecto a considerar en los procesos de deportación. Entre las acciones se cuentan la eliminación de barreras en el derecho interno de los Estados para facilitar dicha reunificación, la autorización para trabajar, el acceso a la seguridad social, etc.

También es significativa la mención a las situaciones de emergencia, tales como desastres naturales, circunstancias peligrosas u otras situaciones análogas. Cabe notar, sin embargo, que mientras el primer borrador contenía dicha mención en el compromiso general del Objetivo respectivo además de hacerlo a propósito de una de las acciones, en los borradores más recientes solo se hace esto último. La relevancia de esta materia radica en que en la actualidad las situaciones de emergencia constituyen uno de los factores más importantes para que las personas dejen sus países de origen. Sin embargo, el hecho de que muchas de ellas no califiquen como refugiados, a menudo las deja en la práctica en el desamparo. Se recoge en los borradores acciones como visados humanitarios, acceso a la educación para los niños, permisos de trabajo temporal y otras medidas.

Otro aspecto central, dado su carácter transversal para la protección de los derechos humanos de los migrantes, es el acceso a la justicia. Este aparece

tratado en distintos pasajes del Pacto Global. Así, de manera general, se establece como una de las acciones a emprender el “[b]rindar a los migrantes recién llegados y a los retornados, respectivamente, (...) acceso a la justicia para presentar denuncias sobre violaciones a sus derechos (...)” (Objetivo 3 letra d).

De manera más específica, los borradores hechos circular hasta la fecha establecen como una de las acciones destinadas a abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración la asistencia y representación legal. Al respecto, el Borrador más reciente establece como una de las acciones el “[a]segurar el acceso de los migrantes a asistencia legal y representación con características de públicas o a su alcance y de carácter independiente en los procedimientos legales que los afecten, incluso durante cualquier audiencia judicial o administrativa relacionada, a fin de garantizar que todos los migrantes, en todas partes, sean reconocidos como personas ante la ley y que la entrega de justicia sea imparcial y no discriminatoria” (Objetivo 7 letra h).”

Aunque de manera implícita, otra de las menciones al acceso a la justicia se encuentra a propósito de la asistencia consular, a la cual se refiere el Objetivo 14. La referencia a la asistencia consular es relevante, ya que a pesar de que existe en vigor un tratado en la materia desde hace más de 50 años –la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares- y de que ha habido progresos en su eficacia, resta todavía mucho por hacer para hacerla eficaz.

Son muchas las situaciones en las cuales es indispensable la provisión de asistencia consular, tal como se señala en el Borrador 2. De manera genérica, se refiere a los migrantes en situación de vulnerabilidad, señalando en forma expresa a aquellos víctimas de sus derechos humanos o sus derechos laborales, víctimas de delitos en general, víctimas de tráfico y víctimas de trata, así como migrantes que sufren explotación durante su proceso de reclutamiento para trabajar en el extranjero.

Es importante recalcar que los tipos de procedimientos pueden referirse tanto a situaciones tales como aquellas en las que el migrante es objeto de la acusación penal (es decir, es contra de quien se dirige la investigación), procedimientos civiles, laborales (usualmente muy importantes para los migrantes) y otros procedimientos judiciales y administrativos. Es importante subrayar esto último, ya que para los migrantes suelen ser cruciales determinados procedimientos administrativos –en mayor medida, se diría, que para la población local. Por ejemplo, en casos para determinar la concesión de asilo o refugio, en situaciones de detención migratoria de carácter administrativo, en casos de deportación, etc.

Deportaciones y otras formas de retorno

Una de las cuestiones más polémicas en el debate internacional actual sobre migraciones es la referida a las deportaciones, que se han incrementado en gran escala en los últimos años. A este respecto, uno de los aspectos más debatidos es la diferenciación entre retornos forzados y retornos voluntarios, ya que existen cuestionamientos desde los organismos internacionales de derechos humanos acerca de lo genuino de la calificación como voluntarios de muchos retornos.

Los borradores del Pacto Global no entran en definiciones de lo que constituyan retornos forzados e involuntarios. No obstante, ellos subrayan que los retornos voluntarios deben ser priorizados por sobre los forzados.

Además, señalan los borradores que los retornos deben estar basados en los derechos humanos y ajustarse a la normativa internacional. Esto implica, entre otros aspectos, la prohibición de expulsiones colectivas (en las que no hay una determinación individual) y el respeto del principio de no devolución, cuando la persona corra riesgo en caso de ser deportada.

En especial, se advierte en el borrador más reciente un mayor énfasis en el derecho a un debido proceso en los retornos, ya que su mención ocupa ahora un lugar destacado en el Objetivo respectivo (número 21). El borrador más reciente incorpora además una referencia expresa al derecho a un recurso efectivo.

Implementación y Seguimiento del Pacto Global sobre Migración

Dado que, como hemos mencionado, el Pacto Global no constituirá un tratado, no resultaría en principio inmediatamente evidente que existirá un mecanismo a cargo de monitorear su implementación. Sin embargo, durante su discusión en la fase de consultas la gran mayoría de los actores –Estados y sociedad civil– sostuvieron que el Pacto debía incluir un mecanismo al respecto. Así se recoge en los borradores hechos circular públicamente en los primeros meses de la fase de negociaciones.

Las propuestas acerca de la composición y funciones que debiera poseer dicho mecanismo han sido muy diversas. Algunas de las cuestiones planteadas se refieren, por ejemplo, al papel que deberían desempeñar al respecto organismos internacionales de Naciones Unidas ya existentes, ya sea especializados en derechos humanos o en cuyos mandatos se aborda el tema de las migraciones desde perspectivas complementarias, como hacen las Comisiones Económicas Regionales de la ONU (CEPAL, en el caso de América Latina y el Caribe). Otro aspecto es el rol que debieran jugar los propios Estados.

También se ha mencionado el papel que le cabría al Secretario General de la ONU. Y asimismo se ha planteado el papel que las organizaciones de la sociedad civil debieran desempeñar.

Durante más de siete décadas de existencia, Naciones Unidas careció de una agencia sobre migraciones propiamente tal. Recién en 2016 la Organización Internacional de Migraciones (OIM) pasó a formar parte de la ONU, como entidad asociada a esta. Desde antiguo han existido diversos mecanismos, unos especializados en derechos humanos y otros de mandato general, que abordan el tema, pero una agencia centralizada sobre el tema como tal no existía. De allí que en el debate sobre instituciones potencialmente participantes en dar seguimiento a la implementación del Pacto Global se haya mencionado reiteradamente un rol para la OIM.

Los primeros borradores del Pacto Global sobre Migración no efectuaban mayores precisiones respecto del o los organismos que llevarían a cabo esta tarea. La mayoría de las propuestas formuladas durante la etapa de consultas del Pacto incluían la participación de una serie de los actores mencionados más arriba, operando de manera conjunta. Se trata de un aspecto crucial, de cuya dilucidación dependerá en buena medida la eficacia del Pacto Global. En el Borrador 2 sí se dan pasos en este sentido, disponiéndose el establecimiento de un mecanismo de “capacity-building” a cargo de esta tarea y acogándose la decisión del Secretario General de la ONU de establecer una Red sobre el tema en dicha organización.

Respecto del mecanismo de “capacity building”, se señala que este operará sobre la base de iniciativas ya existentes y que apoyará a los Estados en la implementación del Pacto Global. Estará comprendido por tres aspectos: una Red de conexiones, un fondo inicial (“start-up fund”) para llevar a cabo proyectos y una plataforma de conocimiento global.

En cuanto a la Red sobre Migración anunciada por el Secretario General de la ONU y acogida en el Borrador del Pacto Global, en ella la OIM hará las veces de coordinador y conducirá la Secretaría. Las entidades relevantes de la ONU proporcionarán asistencia técnica y experiencia a la Red.

Más genéricamente, el borrador más reciente anuncia que la implementación del Pacto Global se llevará a cabo en cooperación con los propios migrantes, la sociedad civil, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, la academia y otros actores.

Por último, en relación con el seguimiento del Pacto, los borradores prevén dar continuidad o crear nuevas instancias de Diálogos de Alto Nivel y de

Foros internacionales que desempeñen dicho rol, fijando un cronograma.

Conclusiones

La complejidad y diversificación de los procesos migratorios ha conducido en los últimos años a Naciones Unidas a adoptar una serie de iniciativas al respecto. Una de las más relevantes la constituye el Pacto Global sobre la materia, que quedará concluido en el curso de 2018. Ello irá acompañado de una incipiente institucionalidad de la ONU sobre el tema.

Los sucesivos borradores del Pacto Global dados a conocer públicamente hasta ahora han mantenido sin mayores cambios la gran mayoría de sus disposiciones, lo que hace prever que, salvo circunstancias imprevisibles, el texto final a ser adoptado seguirá de cerca a dichos borradores. Ello es sin perjuicio de que haya puntos específicos pero importantes que puedan experimentar modificaciones, como ya ha ocurrido entre los distintos borradores, como el ya mencionado de la detención migratoria infantil.

Desde un enfoque de derechos humanos todavía es prematuro para emitir un juicio general sobre los contenidos del Pacto Global, así como pronosticar en qué medida este dará prioridad a dicho enfoque y en qué grado recogerá de manera explícita estándares internacionales en materia de derechos humanos de los migrantes.

De cualquier modo, dado que el Pacto Global no será un tratado ni un instrumento de derechos humanos, resultará crucial la modalidad de implementación y seguimiento que se siga y la labor que al respecto puedan emprender los mecanismos internacionales encargados de la protección de tales derechos.

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

BREVE RECAPITULACIÓN DEL ESTADO DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA INVALIDACIÓN IMPROPIA EN MATERIA AMBIENTAL

*Carola Salamanca Gatica*¹

*María del Pilar Soffía Ahumada*²

Resumen

En el presente artículo se expone brevemente en qué ha consistido la discusión jurisprudencial sostenida en la Corte Suprema respecto de la invalidación impropia en materia ambiental y se desarrollan las diferencias entre esta teoría y la denominada de la invalidación propiamente tal, ambas desarrolladas principalmente en la tercera sala de dicha corte. Asimismo, se explica que si bien el debate sobre la materia pareciera estar llegando a su fin, pues la Corte Suprema se pronunciará pronto en pleno sobre la materia –en sede de casación–, y existe un reciente proyecto de ley destinado a zanjar el asunto, la verdad es que la fuerza obligatoria de la decisión del pleno de la corte dependerá de la lealtad de los ministros con la decisión que emitan en forma colectiva, y el proyecto de ley recién comienza a tramitarse, siendo aún incierta la forma en que se resolverá este interesante debate.

1. Introducción

El año 2010, mediante la aprobación de la Ley N° 20.417³, se creó la nueva institucionalidad ambiental, incorporando el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Sin embargo, no fue sino hasta la dictación de la Ley

¹ Abogada, Universidad de Chile; Diplomado en Derecho Administrativo Económico Pontificia Universidad Católica de Chile, coautora del libro “El Ordenamiento Territorial en Chile”, Ediciones Universidad Católica de Chile (2016).

² Abogada, Universidad de Chile; LL.M. (Master en Derecho), Columbia University (EE.UU.); Diplomado en Derecho Público Económico.

³ “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”.

N°20.600⁴, que creó los tribunales ambientales (LTA), y la entrada en funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental que la nueva institucionalidad estuvo completa.

A estos nuevos tribunales especiales se les otorgaron competencias para revisar los distintos actos con contenido ambiental; en particular, son competentes para revisar la resolución que se pronuncia sobre la reclamación administrativa intentada en contra de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), conforme con los numerales quinto y sexto del artículo 17 de la LTA⁵.

Sin perjuicio de las competencias específicas otorgadas en el artículo 17 de la LTA a los Tribunales Ambientales respecto de distintos actos administrativos particulares, en el numeral octavo de la mencionada disposición se establece la competencia de dicho Tribunal para:

“8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.”

El inciso segundo de este numeral define en términos amplios “acto administrativo de carácter ambiental”⁶. En consecuencia, la ley establece lo que se denomina la invalidación ambiental en términos extensivos, pues no la limita a ciertos y determinados actos, sino que a todos aquellos de contenido ambiental.

4 “Crea los Tribunales Ambientales”.

5 “Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:
(...)

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinqués de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso. (...).”

6 Los define como “(...) toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.”

Sin embargo, esta disposición cierra con una limitación, pues impide ejercer la potestad invalidatoria general, consagrada en el artículo 53 la Ley N°19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos (LBPA), en los casos en que los titulares de proyectos o personas que hubieren realizado observaciones ciudadanas hubiesen interpuesto los respectivos recursos de reclamación en contra de la RCA o hubieren transcurrido los plazos para ello. En efecto, este inciso señala:

“En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N°19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”.

Cabe recordar, que la facultad de invalidación general que consagra la LBPA puede ejercerse por la autoridad que emitió el acto, de oficio o a petición de parte, dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto, dando audiencia en forma previa al interesado, y el acto invalidatorio es siempre impugnabile ante los tribunales de justicia.

De este modo, si bien a la luz de lo dispuesto en el último inciso del numeral octavo –del artículo 17 LTA– es posible considerar que se quiso limitar la posibilidad de revisión de la RCA mediante la invalidación, lo cierto es que la jurisprudencia ha ido ampliando su aplicación. En particular, para los denominados terceros absolutos, es decir, para aquellos que no participaron del procedimiento de evaluación ambiental. Lo anterior, considerando que la limitación que establece el artículo hace referencia a los intervinientes del procedimiento de evaluación ambiental.

Precisamente son la teoría de la invalidación impropia, por un lado, y la de la invalidación propiamente tal, por la otra, las que han ido definiendo los alcances de esta disposición –17 N°8–, en los términos que expondremos *infra*.

2. Historia del artículo 17 N°8 de la LTA

Para entender mejor la actual discrepancia jurisprudencial relativa a la invalidación en materia ambiental, es importante recordar que la hipótesis de revisión contenida en el actual numeral octavo del artículo 17 de la LTA se incorporó con el fin de permitir que los Tribunales Ambientales conocieran de una serie de actos que pueden tener efectos medioambientales, y que son

emitidos por órganos del Estado con competencia ambiental distintos del SEA, la SMA y el MMA, como, por ejemplo, las municipalidades⁷. La idea original era que, si dichos órganos conducían procedimientos de invalidación de actos administrativos de carácter ambiental que hayan emitido, conforme a lo dispuesto en la LBPA, un Tribunal Ambiental (TA) podría conocer luego de la reclamación intentada en contra de la resolución que resuelve dicho procedimiento⁸.

Lo anterior, fue complementado al momento de regular esta competencia con la exigencia de agotar en forma previa la vía administrativa, para evitar que esta reclamación judicial se hiciera en forma simultánea con otras. Esta última exigencia, responde también a la forma en la cual se entendió que operaba en este caso la reclamación, a saber, como un *reclamo de ilegalidad*⁹. Sobre este tipo de recursos, la literatura ha indicado que normalmente exigen como condición de admisibilidad el agotamiento previo de la vía administrativa¹⁰, lo que constituiría una regla especial respecto del derecho de opción que contempla la LBPA entre la vía administrativa y la judicial¹¹.

7 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Informe de la Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, de fecha 21 de junio de 2011, pp. 620 y 621.

8 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Informe de la Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, de fecha 21 de junio de 2011, pp. 620 y 621.

9 Durante la discusión legislativa se indicó que la competencia contemplada en el actual numeral 8° es una “especie de reclamo de ilegalidad para todas aquellas hipótesis que no están cubiertas en las competencias enumeradas precedentemente”, incorporado luego de que se hiciera presente que por aplicación del artículo 53 de la LBPA, las personas tienen dos años para reclamar de la ilegalidad ante la Administración, y una vez resuelta esa impugnación se podrá recurrir al tribunal (Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de Comisiones Unidas de 25 de agosto de 2010, Senado, intervención del profesor Luis Cordero, p. 272).

10 En estos casos el plazo de interposición de la impugnación judicial se cuenta justamente desde que se resuelve la impugnación administrativa, a modo de ejemplo, ver: Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Los procesos Administrativos en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, 1^{er} Semestre, 2011, pp. 256-257.

11 El artículo 54 de la LBPA permite al particular optar entre la vía administrativa y la jurisdiccional para reclamar de un acto administrativo. Si se opta por la vía administrativa no es posible recurrir a los tribunales de justicia mientras no se resuelva la reclamación o transcurra el plazo para entender que ella ha sido desestimada. Si se opta por la vía jurisdiccional, la Administración debe inhibirse de conocer cualquier reclamación que se interponga ante ella sobre la misma pretensión. Así, la Excma. Corte Suprema ha fallado que el artículo 54 de la LBPA “otorga a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos judiciales o los procesos administrativos de impugnación, según estimen conveniente. Esto significa que el particular puede optar por la vía administrativa o la judicial”, y si elige la primera tiene la obligación de agotar dicha vía antes de poder recurrir a los tribunales de justicia, y al revés, si opta por la vía judicial, será la Administración la que quedará impedida de conocer de una impugnación en dicha sede (Corte Suprema, Rol 2291-2013, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2013, considerando 5). Al respecto ver: Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Los procesos Administrativos en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, 1^{er} Semestre, 2011, pp. 255-256; Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Abeledo Perrot – Legal Publishing), 2011, p. 188-190.

Cabe señalar que la LTA al regular la competencia de los Tribunales Ambientales impone como regla general la exigencia de agotar previamente la vía administrativa para efectos de habilitar la revisión judicial de los actos administrativos de carácter ambiental¹²⁻¹³. Es decir, los tribunales no entrarán a conocer del asunto mientras la Administración no se haya pronunciado en forma definitiva sobre el acto impugnado¹⁴.

Lo anterior, según se señaló en el debate legislativo, guarda relación con las normas contenidas en la Ley N°19.300 sobre bases generales del Medio Ambiente (LBGMA), modificada por la Ley N°20.417, pues de allí provienen la mayoría de las causales de impugnación, y en ese sistema se requiere el agotamiento de la vía administrativa¹⁵. Sobre el actual artículo 17 N°8 se indicó expresamente que primero el afectado debía solicitar la invalidación del acto ante la Administración, y una vez rechazada esa solicitud se podría recurrir a la justicia ambiental, manteniéndose de ese modo una estructura coherente de competencias para el órgano jurisdiccional ambiental¹⁶.

Al respecto, y con el fin de evitar una aplicación de la ley en sentido diverso, el senador Allamand propuso señalar explícitamente la regla del agotamiento previo de la vía administrativa¹⁷, agregando el senador Espina que la redacción de la norma propuesta podría permitir en el futuro sostener que es posible intentar la vía administrativa y la jurisdiccional en forma simultánea¹⁸.

12 Al respecto, ver intervención del profesor Luis Cordero en la discusión legislativa en: Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, pp. 264 y 265. Allí se explica la necesidad de agotar previamente la vía administrativa para acceder a los tribunales ambientales, salvo en algunos casos en que existe competencia directa de estos tribunales para conocer, como por ejemplo, en el caso de daño ambiental.

13 A modo de ejemplo, la jurisprudencia ambiental ha señalado que “el sistema recursivo especial en materia ambiental se construye en función del agotamiento de la vía administrativa” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-34-2014, sentencia de fecha 2 de julio de 2015, considerando 12).

14 Al respecto, el Ministro subrogante de Medio Ambiente de la época, señor Ricardo Irarrázabal, señaló durante el debate legislativo que el actual numeral octavo se introdujo buscando “cubrir todas las hipótesis posibles destinadas a impugnar un acto administrativo de carácter ambiental, habiéndose previamente tenido que agotar la vía administrativa” (Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Informe de Comisión de Recursos Naturales de 15 de diciembre de 2010, Cámara de Diputados, p. 516).

15 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, intervención del profesor Luis Cordero, p. 265.

16 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, intervención del profesor Luis Cordero, pp. 264 y 265.

17 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, intervención del profesor Luis Cordero, p. 265.

18 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, intervención del profesor Luis Cordero, p. 265.

Finalmente, la preocupación de los senadores fue resuelta por medio de la modificación del actual numeral octavo del artículo 17, con el objeto de evitar esa simultaneidad planteada por el senador Espina. Sobre este punto el profesor Raúl Tavolari explicó que:

“En cuanto a la invalidación de actos administrativos ambientales, reiteró que se acordó que, resueltos los recursos administrativos o jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para ejercerlos sin que se hayan deducido, no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley 19.880.

En síntesis, interpuesto un recurso en contra de un acto administrativo, no podrá la misma Administración invalidar –ella misma– ese acto.

Esta norma parece necesaria, agregó, porque la Ley de Procedimientos Administrativos concede hasta dos años a la Administración para invalidar sus actos.”¹⁹

De este modo, la hipótesis de revisión que finalmente se aprobó es una especie de reclamo de ilegalidad que permite a los tribunales ambientales “*conocer del pronunciamiento que acoge o rechaza una solicitud de invalidación*” de un acto administrativo de carácter ambiental²⁰. Como veremos a continuación, la norma adoptada ha dado lugar a una abundante jurisprudencia en la que es posible identificar distintas líneas de interpretación en abierto conflicto.

3. Desarrollo jurisprudencial del tema

Tal como se ha adelantado *supra*, la interpretación que ha hecho la Corte Suprema sobre el artículo 17 N°8 de la LTA ha sido disímil. En particular, existen actualmente dos posturas claras sobre la materia: (i) la denominada *teoría de la invalidación impropia*, y (ii) la *teoría de la invalidación propiamente tal*.

3.1. Fallos que sustentan la teoría de la *invalidación impropia*

La primera sentencia que hizo referencia a la *invalidación impropia* fue dictada

19 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, intervención del profesor Raúl Tavolari, p. 283.

20 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.600, Segundo Informe de las Comisiones Unidas, Senado, de 25 de agosto de 2010, ver intervención del profesor Luis Cordero, p. 280 en relación con p. 285.

con fecha 22 de abril de 2015, pronunciada en sede de casación respecto de la RCA que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto “Piscicultura Río Calcurrupe”; más precisamente, esta teoría fue plasmada en la prevención efectuada por el Ministro Pedro Pierry²¹⁻²².

En este caso la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos había calificado ambientalmente de manera desfavorable el proyecto. Tras la reclamación administrativa del titular del proyecto, este rechazo fue revocado por el Comité de Ministros, siendo finalmente el proyecto calificado de manera ambientalmente favorable. En contra de esta última resolución miembros de comunidades indígenas interpusieron un recurso de reclamación judicial ante el Tribunal Ambiental, invocando el artículo 17 N°5 de la LTA²³. Dicho tribunal rechazó el recurso por falta de legitimación activa, argumentando que dicha disposición –17 N°5– otorga acción al titular del proyecto, previo agotamiento de la vía administrativa, mas no a terceros, lo que fue confirmado por la Corte Suprema, en fallo unánime, rechazándose, en definitiva, el recurso de casación interpuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministro Sr. Pedro Pierry realizó una prevención, en la cual indica la acción con que, a su juicio, sí contarían los recurrente. De este modo desarrolla una interpretación de los alcances del artículo 17 N°8, señalando, en síntesis, que la invalidación ahí establecida es un “*reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, con agotamiento previo de la vía administrativa*”²⁴ y, por tanto, distinta de la invalidación contenida en el artículo 53 de la LBPA, que es una facultad de la Administración A esta la denominó *invalidación impropia*, para diferenciarla de la invalidación propia tal, que vendría a ser la contenida en el la LBPA.

21 Corte Suprema, Rol 23000-2014, sentencia de fecha 22 de abril de 2015 (caratulada Marila Rosicler Castillo Pitripan y otros contra Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental).

22 Si bien este caso constituye el primero en referirse a la invalidación impropia, lo cierto es que el primero que vino a ampliar la legitimación activa en materia ambiental fue el referido al proyecto “Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad”, donde la Corte Suprema amplió el carácter de interesado en materia ambiental, ya no a un interés ambiental, sino que a cualquier interés contemplado en el artículo 21 de la LBPA (Corte Suprema, Rol 21547-2014, sentencia de fecha 6 de abril de 2015).

23 “Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:
(...)

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.”

24 Punto 5 de la prevención.

En este fallo se distingue entre los participantes o intervinientes del proceso de evaluación ambiental –titular del proyecto y personas que hubieren realizado observaciones ciudadanas durante el procedimiento de evaluación ambiental– los que, según se desprende del fallo, contarían con los recursos de reclamación judicial contemplados en el artículo 17 N°5 y 6 de la LTA y, además, con este recurso de ilegalidad; y, los terceros absolutos, es decir, los terceros que no han intervenido en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, que podrían ejercer este reclamo de ilegalidad, pero además podrían solicitar la invalidación del artículo 53 de la LBPA –vetada para los intervinientes según reza el artículo 17 N°8 de la LTA–.

Asimismo, reconociendo que este reclamo de ilegalidad requiere el agotamiento previo de la vía administrativa, se señala que la ley no regula el plazo para ejercer este reclamo en tal sede. Al respecto, se indica que, en virtud de una interpretación armónica de la regulación recursiva ambiental, el plazo con que contarían los terceros para interponer el reclamo de ilegalidad en sede administrativa sería de treinta días. Respecto de los intervinientes, indica que este plazo podría ser de treinta días, al igual que en el caso de los terceros, si bien también podría considerarse que este reclamo constituye para ellos un recurso de reposición y, por tanto, el plazo sería de cinco días, indicando, en todo caso, que respecto de los intervinientes no tiene mayor relevancia en tanto cuentan con vías recursivas específicas para impugnar la RCA.

Luego, con fecha 12 de mayo de 2016, la Corte Suprema considera esta teoría, ya no como una prevención, sino en el voto de mayoría²⁵. En este caso la comunidad recurrió ante la Comisión de Evaluación de la Región de Los Lagos, solicitando la invalidación de la RCA que calificó ambientalmente de manera favorable la DIA del proyecto “Piscicultura Rupanco”. Esta solicitud de invalidación, en lo que interesa, fue rechazada por el órgano administrativo, arguyendo la improcedencia de aplicar supletoriamente la LBPA para efectos recursivos en el SEIA; pero además por el hecho de que solo restaban trece días para el término del plazo de dos años con que cuenta la Administración para invalidar los actos administrativos, de acuerdo al artículo 53 de la LBPA. A su turno, el Tribunal Ambiental rechazó el recurso de reclamación interpuesto por la comunidad en virtud del artículo 17 N°8 de la LTA argumentando que efectivamente restaban solo trece días para el término del plazo de dos años que tiene la Administración para invalidar, plazo que es de caducidad.

²⁵ Corte Suprema, Rol 11.512-2015, sentencia de fecha 12 de mayo de 2016 (caratulada Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos y Director Regional).

Pues bien, la Corte en el fallo de mayoría sostiene la teoría de la invalidación impropia, en los mismos términos de la prevención efectuada por el Ministro Sr. Pierry en el caso anterior y, en virtud de ella rechaza los recursos de casación por considerar que la reclamación administrativa interpuesta fue extemporánea –pues habían vencido los treinta días para su interposición–.

Posteriormente, en un fallo de 16 de agosto de 2016, la Corte Suprema vuelve a validar esta teoría²⁶. En este caso una junta de vecinos presentó una solicitud de invalidación fundada en el artículo 53 de la LBPA en contra de la RCA que calificó ambientalmente de manera favorable la DIA del “Proyecto Inmobiliario Costa Laguna”, siendo declarada inadmisibles por la autoridad administrativa. El Tribunal Ambiental, a su turno, acogió la reclamación interpuesta por la junta de vecinos, ordenando abrir el procedimiento de invalidación respectivo.

La Corte, tras plasmar la teoría de la invalidación impropia concluyó que en este caso la junta de vecinos había interpuesto en sede administrativa la invalidación del artículo 53 de la LBPA, no siendo procedente por tanto recurso alguno en contra de la resolución que deniega la invalidación, dictando sentencia de reemplazo respecto del fallo del Tribunal Ambiental.

Finalmente, en un reciente fallo de fecha 25 de junio de 2018, la Corte Suprema vuelve considerar la teoría de la invalidación impropia para resolver el recurso de casación interpuesto²⁷. Este caso se trató del proyecto “Central Hidroeléctrica La Frontera”, calificado de manera ambientalmente favorable por la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío. En contra de dicha resolución una empresa, que no había participado en el procedimiento de participación ciudadana (PAC), solicitó la invalidación de la referida RCA. La autoridad administrativa rechazó dicha solicitud, entre otros argumentos, por extemporánea, pues, asumiendo la teoría de la invalidación impropia, estableció que el plazo para interponer el recurso de invalidación en sede administrativa es de treinta días, plazo que ya había vencido a la fecha de la interposición del recurso. La Corte Suprema, considerando la teoría de la invalidación impropia rechazó asimismo el recurso de casación interpuesto.

26 Corte Suprema, Rol 16.263-2015, sentencia de fecha 16 de agosto de 2016 (caratulada Junta de Vecinos N°11 Maitencillo Norte con Servicio de Evaluación Ambiental de la Quinta Región de Valparaíso).

27 Corte Suprema, Rol 44.326-2017, sentencia de fecha 25 de junio de 2018 (caratulada Agrícola Ancali Limitada con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío).

3.2. Fallos que sustentan la teoría de la invalidación propiamente tal

Al contrario de lo planteado por la teoría de la invalidación impropia, otros fallos de la Corte Suprema han interpretado el artículo 17 N°8 de la LTA ya no como un reclamo de ilegalidad y, en tal entendido, distinto a la solicitud de invalidación del artículo 53 de la LBPA, sino más bien como una aplicación especial de dicha disposición en materia ambiental.

Paradójicamente, el primer fallo en aplicar esta interpretación fue pronunciado en el marco del proyecto Piscicultura Calcurrupe, pero en este caso no fueron comunidades indígenas las reclamantes, sino una persona natural²⁸. En este caso, el reclamante había solicitado la invalidación de la resolución que aprobó el proyecto²⁹ pero la Administración lo declaró inadmisibile, pues solo restaba 1 día para el vencimiento del plazo de dos años consagrados en el artículo 53 de la LBPA, para que la administración pudiese invalidar los actos administrativos; siendo dicho plazo de caducidad, a juicio de la autoridad administrativa, no era posible iniciar un proceso de invalidación. Razonamiento que fue validado por el Tribunal Ambiental.

Sin embargo, la Corte Suprema desestima tal fundamento. En efecto, la Corte considera que la acción del artículo 17 N°8, ya mencionado, se establece para los terceros absolutos y que, por el contrario, los terceros participantes –titular del proyecto y personas que realizaron observaciones- no pueden solicitar la invalidación de la RCA. Lo anterior, pues dicha acción estaría relacionada con la petición de invalidación del artículo 53 de la LBPA –vetada para los intervinientes del procedimiento de evaluación ambiental–, pero con algunas características especiales en sede ambiental, en aplicación del principio de especialidad. Así, mientras que en el caso de la invalidación contemplada en la LBPA sólo es impugnabile en sede judicial el acto invalidatorio, mas no aquel que rechaza la invalidación, en el caso de la LTA ambos actos son impugnables. Asimismo, cambia también el tribunal al cual le corresponde pronunciarse sobre la impugnación de la invalidación, pues en el caso de la LBPA la competencia es de los tribunales ordinarios, pero en el caso de la invalidación ambiental son competentes los tribunales ambientales.

Asimismo, la Corte hace una interpretación de la naturaleza jurídica del plazo para ejercer la potestad invalidatoria de la LBPA, sosteniendo que solo

²⁸ Corte Suprema, Rol N°45.807-2016, sentencia de fecha 6 de julio de 2017 (caratulada Maturana Crino Luis Fernando con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental).

²⁹ Tal aprobación había sido dictada por el Director Ejecutivo en el marco de un recurso de reclamación interpuesto por el titular del proyecto en contra de la RCA que lo había rechazado.

en caso que se declare de oficio, el plazo de dos años consagrado en dicha ley para invalidar el acto administrativo es de caducidad; pero, en materia ambiental en caso de iniciarse el procedimiento a solicitud de parte y de encontrarse próximo a cumplirse los dos años, la administración debe prorrogar tal plazo, conforme a la facultad que le confiere la propia ley en comentario³⁰.

En este sentido, el fallo ya no considera el plazo de treinta días establecido por la teoría de la invalidación impropia, sino de dos años extendido, según se detalló en el párrafo anterior³¹.

Dicha interpretación es confirmada en el fallo de la Corte Suprema referido al proyecto Achibueno, donde se establece que los terceros absolutos del proceso de evaluación ambiental solo pueden solicitar la invalidación de la LBPA, otorgándoles la facultad de reclamar ante los tribunales ambientales en virtud del artículo 17 N°8 de la LTA³². Ello en consideración no solo del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, sino también del de participación ciudadana, consagrado en el Derecho Ambiental chileno. De este modo, valida que la invalidación de la LBPA en materia ambiental procede tanto contra el acto que invalida, como contra aquel que rechaza la invalidación. Asimismo, confirma la tesis de que el plazo de dos años establecidos en la mencionada LBPA es de caducidad solo en caso que la invalidación se haya iniciado de oficio; en cambio, tratándose de esta invalidación ambiental, en caso de iniciarse a petición de parte, corresponde ampliar el plazo de dos años, en los casos que fuese necesario³³.

3.3. Votos de los ministros

Tal como se analizó *supra*, la Corte Suprema en sus diversos fallos ha manifestado dos posturas en torno a la aplicación del artículo 17 N°8 de la LTA. En este sentido, muchos de los fallos, en uno y otro sentido, no han sido unánimes; otros, si bien deciden en base a una determinada interpretación de esta disposición contienen importantes prevenciones. Lo anterior, se refleja en la siguiente tabla:

30 En este punto, el fallo tuvo una prevención del Ministro Sr. Sergio Muñoz quien sostuvo que la iniciación de un procedimiento de invalidación ya sea de oficio o a petición de parte tiene la virtud de suspender el plazo de prescripción.

31 Se hace presente que este fallo tuvo un voto de minoría del Sr. Prado, que sostuvo que el plazo de dos años es caducidad, independiente que el procedimiento sea iniciado de oficio o a petición de parte.

32 Corte Suprema, Rol 31176-2016, sentencia de fecha 25 de julio de 2017 (caratulada Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental).

33 En este caso el Ministro Sr. Sergio Muñoz realiza la misma prevención que en el fallo anterior.

Causa Rol - Fecha fallo	Invaldación impropia - Ministros	Invaldación propiamente tal - Ministros	Comentario
44326-2017 - 25/06/2018	- María Eugenia Sandoval G. - Carlos Aránguiz Z. - Arturo Prado P. - Abogado Integrante - (AI) - Diego Munita L.		Los Ministros Aránguiz y Prado se previenen señalando que en sentencias anteriores habían estado por la invalidación de 2 años, pero actualmente consideran que el plazo es de 30 días. El Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus se previene, pero está a favor de la invalidación impropia.
55203-2016 - 16/03/2018	- María Eugenia Sandoval - AI - Jorge Lagos (voto en contra).	- Sergio Muñoz G. - Jorge Dahm O. - AI - Rodrigo Correa G.	Es un recurso de protección que discute sobre la vía para impugnar una resolución que rechazó una PAC en DIA. El voto de mayoría acogió la protección, sin referirse a la teoría de la invalidación. El de minoría señaló que procedía solicitarlo en sede de TA, considerando la doctrina de la invalidación impropia.
31176-2016 - 25/07/2017	- María Eugenia Sandoval G. - Fiscal subrogante Jorge Sáez M. (voto en contra)	- Sergio Muñoz G. - Carlos Aránguiz Z. - Manuel Valderrama R.	Prevención del Ministro Sr. Muñoz que indica que en caso de invalidación a petición de parte, el plazo de 2 años sería de prescripción y se suspendería.
45807-2016 - 06/07/2017		- Sr. Sergio Muñoz G., - Sra. Rosa del Carmen Egnem S. - Sr. Carlos Aránguiz Z. - Sr. Manuel Valderrama R.	Prevención del Ministro Sr. Muñoz que indica que en caso de invalidación a petición de parte, el plazo de 2 años sería de prescripción y se suspendería. Voto en contra del abogado integrante Arturo Prado, por estimar que el plazo de 2 años de la LBPA es de caducidad y, por tanto, no es posible ampliarlo en virtud del artículo 26 de la LBPA, según señala el fallo de mayoría.
16263-2015 - 16/08/2016	- Pedro Pierry, - María Eugenia Sandoval - Carlos Aránguiz Z. - AI - Jorge Lagos G., - AI - Rodrigo Correa G.		
11512-2015 - 12/05/2016	- Patricio Valdés A., - Héctor Carreño S., - Pedro Pierry A. - Guillermo Silva G.	- Rosa Egnem S. (voto en contra).	
23000-2014 - 22/04/2015	- Pedro Pierry (prevención)		En esta prevención se desarrolla por primera vez el concepto de invalidación impropia. Pero este recurso se rechaza por unanimidad por falta de legitimación activa de los reclamantes.

Al revisar los diversos fallos y los votos de los distintos Ministros, queda claramente en evidencia que la aplicación de la teoría de la invalidación impropia o de la invalidación propiamente tal, depende, hoy en día, de la composición de la tercera sala de la Corte Suprema, que es a la cual, por regla general, le corresponde revisar las casaciones ambientales.

De este modo, resulta claro que los Magistrados Sr. Muñoz, Sra. Egnem y Sr. Valderrama, son de la opinión de interpretar el artículo 17 N°8 de la LTA a la luz de la *teoría de la invalidación propiamente tal*, es decir, que corresponde a la aplicación del artículo 53 de la LBPA, pero con ciertas especificidades definidas por la LTA. En este sentido, validan que el plazo con que cuentan los administrados para presentar la solicitud de invalidación en sede administrativa es de dos años y, en consecuencia, en este caso la Administración podría invalidar el acto administrativo pasados dos años.

A su turno, los Magistrados Sr. Pierry y Sra. Sandoval adhieren a la *teoría de la invalidación impropia*, estableciendo que existe un plazo de treinta días para interponer el reclamo de ilegalidad administrativo en virtud de la interpretación armónica de la normativa ambiental.

Considerando lo anterior, cobra especial relevancia el más reciente fallo, pues esta sentencia fue resuelta por unanimidad aplicando la *teoría de la invalidación impropia*. Lo más trascendente de este fallo es el cambio de postura de los ministros Sr. Aránguiz y Sr. Prado quienes votaron a favor de esta teoría, siendo que en fallos anteriores habían sido de la postura contraria=*invalidación propiamente tal*-. Estos ministros se hacen cargo de este cambio señalando en su prevención que “(...) un nuevo y mejor estudio de los antecedentes los lleva al convencimiento de que la postura plasmada en el presente fallo es la correcta, en virtud de los argumentos largamente señalados en el cuerpo de esta decisión” (Ver Rol 44326-2017).

Así las cosas, pareciera que con este último fallo la balanza se estaría inclinando hacia la postura de la *invalidación impropia*, sin embargo, nada garantiza que otros ministros puedan cambiar de parecer o que otros ministros y/o abogados integrantes vengan a integrar la sala, cambiando con ello el criterio aplicable en el caso concreto.

4. Consideraciones sobre las interpretaciones del artículo 17N°8

Tal como ha quedado establecido *supra*, el artículo 17 N°8 de la LTA se ha prestado para diversas interpretaciones, con argumentos válidos en uno y otro sentido. El aspecto común de ambas posturas es que permiten garantizar el acceso a la justicia a todo el que se vea afectado por una decisión ambiental, incluida una RCA, afectación que en términos de procedimiento debe acreditarse conforme el artículo 21 de la LBPA³⁴.

Sobre este punto, cabe advertir que tratándose de la RCA la LBGMA contempla el recurso de reclamación administrativo para el titular del proyecto y para las personas que, habiendo formulado observaciones durante el período de PAC de la evaluación ambiental, estimen que éstas no hubieren sido debidamente consideradas en la RCA³⁵. Y respecto de la resolución de tales recursos administrativos, la LTA otorga acción judicial a estos mismos intervinientes³⁶.

En este sentido, existen terceros que, incluso habiendo intervenido en el procedimiento de evaluación ambiental, no cuentan con una acción especial para acceder a la justicia ambiental. En efecto, en los procedimientos de evaluación ambiental en que se desarrolla un proceso de consulta indígena, la LBGMA no contempla un recurso administrativo especial para las comunidades y personas pertenecientes a pueblos indígenas que participan de este proceso; la LTA tampoco contempla un recurso judicial específico para estos terceros intervinientes.

Por otra parte, cabe considerar que la LBGMA solo establece PAC obligatoria tratándose del procedimiento de evaluación ambiental de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). Para el caso de las DIA, la PAC queda sujeta a un requisito sustantivo, que se trate de proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas, y además, a requisitos formales, en tanto se requiere que la PAC sea solicitada por al menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o diez personas naturales directamente afectadas y en el plazo contemplado en la LBGMA³⁷. De este modo, en los casos en que no se abre un período de PAC en las DIA, los terceros tampoco cuentan con vías de impugnación específicas ni en sede administrativa, ni en sede judicial.

³⁴ Véase N. al P. N°22.

³⁵ Artículos 20 y 29 de la LBGMA.

³⁶ Artículo 17 N°5 y 6 de la LTA.

³⁷ Artículo 30 bis LBGMA.

Bajo este contexto, ha sido precisamente la aplicación del artículo 17 N°8 el que le ha otorgado acceso a la justicia a todo aquel que ha sido afectado por una RCA.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima relevante que se consideren algunas distinciones, que a la fecha se estima no han sido revisadas por los fallos en comentario. En particular, cabría considerar diferencias entre aquellos proyectos en que hay PAC con respecto a aquellos en que no hay. Ello, pues en los primeros, todas las personas tienen la posibilidad de participar en la evaluación ambiental, colaborando con la autoridad en dicho procedimiento y manifestando, desde etapas tempranas, aquellos vicios esenciales o aspectos ambientales insalvables que debiesen llevar al rechazo del proyecto. Y es en pos de esta participación que luego tienen todas las vías de impugnación que la LTA les otorga. Sin embargo, a la luz de los fallos revisados, estas personas quedan finalmente en igual posición jurídica que aquellos que, pudiendo haber participado, se excluyeron de hacerlo, y que finalmente sólo vienen a participar en la última instancia de la evaluación, es decir, vienen a manifestar su opinión una vez ya evaluado el proyecto, solicitando la invalidación de éste.

Por otra parte, un aspecto que diferencia a ambas posturas es lo que al plazo de la presentación de la invalidación en sede administrativa se refiere, en tanto la invalidación impropia sostiene que este plazo sería de treinta días, mientras que la invalidación propiamente tal sostiene que es de dos años.

Mirando más allá de la normativa ambiental y de los recursos contemplados en la LBPA, cabe considerar algunos ejemplos de cómo ha sido regulado el plazo de interposición tratándose de otros reclamos de ilegalidad administrativa. Ello, con el objeto de dilucidar cuál teoría se ajusta mejor a la regulación general de los reclamos de ilegalidad contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

LEY	RECLAMACIÓN	PLAZO
Conocidos por las Cortes de Apelaciones		
DFL N°3 de 1997 del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos.	[Art. 22] Reclamación de multas impuestas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras.	10 días
DL N°1.939 de 1977, Normas sobre la adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.	[Art. 80] Reclamación de resolución que pone término anticipado e inmediato al arrendamiento de inmuebles fiscales.	10 días
Ley N°18.302, de seguridad nuclear.	[Art. 37] Reclamación contra resolución sancionatoria de la Comisión de Seguridad Nuclear.	5 días hábiles
Ley N°19.799, sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.	[Art. 19] Reclamación de resolución que deja sin efecto la acreditación y que cancela la inscripción en el registro que lleva la entidad acreditadora.	10 días
Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.	[Art. 151] Reclamo de ilegalidad contra resoluciones municipales.	15 días hábiles
Ley N°19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.	[Art. 89] Reclamo de ilegalidad por resoluciones o acuerdos del Gobierno Regional.	15 días hábiles
Código de Aguas	[Art. 137] Reclamación contra resoluciones de la Dirección General de Aguas.	30 días
Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones.	[Art. 36-A] Reclamación por aplicación de sanciones.	10 días hábiles
DL N°3.557 de 1981, que establece disposiciones sobre protección agrícola.	[Art. 13] Reclamación por Decreto Supremo del Presidente de la República que ordena la paralización total o parcial de actividades de empresas que contaminan.	10 días
Ley N°18.840, Ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile.	[Art. 69] Reclamación contra acuerdos, reglamentos, resoluciones o instrucciones ilegales del Banco Central.	15 días hábiles
Ley N°18.933, que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Provisional.	[Art. 113] Reclamación de resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia de Salud.	15 días hábiles
Ley N°18.410, Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.	[Art. 19] Reclamación de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.	10 días hábiles

Como se desprende de la tabla anterior, en general, un reclamo de ilegalidad puede ser interpuesto en un plazo que va entre los cinco y los treinta días, cifras que distan mucho de los dos años para ejercer la potestad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la LBPA, que cabe recordar no es un recurso, sino que constituye una facultad de la Administración.

De este modo, respecto del plazo que sería aplicable en sede administrativa para efectos del artículo 17 N°8 de la LTA, una consideración sistemática de

los procedimientos administrativos –y no solo de los procedimientos recursivos ambientales–, lleva a inclinarse por el plazo señalado por la teoría de la invalidación impropia, es decir treinta días.

Por otro lado, de seguirse la teoría de la invalidación propiamente tal, es decir, que los terceros absolutos cuentan con un plazo de dos años para solicitar la invalidación de la RCA, esto implicaría en la práctica que estos terceros se encontrarían en una mejor posición jurídica respecto de los intervinientes, considerando que este reclamo de ilegalidad se ha entendido que puede ejercerse tanto respecto de aquellos procedimientos de evaluación ambiental en que hay PAC como en aquellos casos en que no la hay, tal como se detalló *supra*.

Lo anterior, podría llevar a desincentivar la participación ciudadana durante la evaluación ambiental, instrumentalizando la no participación para efectos de contar con un mayor plazo para impugnar la RCA, consecuencia totalmente contraria a lo perseguido por la ley ambiental y sus reformas. En efecto, desde el mensaje de la LBGMA original se contempla entre sus principios inspiradores el de la participación ciudadana, estableciendo como deber del Estado el facilitar dicha participación y, en lo atingente, contemplando la participación ciudadana para las personas naturales y jurídicas sin fines de lucro en los procedimientos de evaluación ambiental de los EIA, en los inicios de la evaluación. Tras la última reforma a la LBGMA-efectuado por la Ley N°20.417-, se amplió la PAC de los EIA, contemplándola para toda persona, natural o jurídica, y ya no solo en los inicios de la evaluación, sino también en caso de que durante ésta el proyecto sufra de modificaciones de consideración. Asimismo, se incluyó la posibilidad que hubiese PAC en la DIA, sujeta a ciertos requisitos según se explicó *supra*. Por último, en el proyecto de ley mencionado *infra*, que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, se pretende ampliar la PAC considerando una etapa que se desarrollaría antes del ingreso del proyecto a evaluación ambiental, así como incluirla siempre para las DIA, sin requisito alguno.

De este modo lo que se ha pretendido lograr con la LBGMA y sus modificaciones es ampliar la PAC en la evaluación ambiental, incentivando su procedencia, lo que podría verse afectado al otorgar un plazo para reclamar de la RCA mucho mayor para quienes no participan que para los que sí lo hacen.

En todo caso, cabe indicar que esta mayor participación ciudadana que la ley ha ido estableciendo presenta aun limitaciones y trabas, en especial por la asimetría de información y conocimiento que existe entre las partes, sin

embargo, la forma de abordar estos problemas debiese ser desde la regulación, buscando mecanismos de mayor equilibrio entre las partes, en pos de más y mejor participación.

En definitiva, se estima que si bien ambas teorías se hacen cargo de un defecto de la ley ambiental en lo que a acceso a la justicia se refiere, en tanto ésta no contempló recursos específicos para personas que pudieren verse afectadas por una RCA, estas teorías no consideran las particularidades del procedimiento de evaluación ambiental en cuanto a la PAC, llegando al extremo en una de estas teorías de dejar en una mejor posición jurídica, en la instancia recursiva, a aquel que no participó de la evaluación que a aquel que cooperando con el Estado, participó de este procedimiento.

5. Conclusión: ¿Cómo se zanjará este dilema?

El fin de esta discusión jurisprudencial pareciera estar cerca, considerando que actualmente existe un recurso de casación en el fondo pendiente ante la Corte Suprema, que a solicitud del Director Ejecutivo del SEA será conocido y resuelto por el pleno del tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil. Cabe recordar que dicha norma permite solicitar al tribunal que conozca en pleno cuando la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso³⁸. Si bien el recurso se había puesto en tabla, actualmente se encuentra suspendido el procedimiento de común acuerdo hasta el 28 de septiembre de 2018.

Ahora bien, la ley no le da a la decisión del pleno una fuerza obligatoria que permita considerar zanjada la discrepancia de una vez y para siempre. Pese a que este recurso será conocido por el tribunal en pleno, y es de esperar que el criterio que allí se fije sea el aplicado en el futuro, no existe una norma especial que fije el efecto de esta particular sentencia, por lo tanto, el alcance o los efectos del fallo que emitan seguirá encontrándose sujeto a la norma general contenida en el artículo 3° del Código Civil –efecto relativo de las sentencias³⁹. Es decir, podría suceder que la decisión adoptada por el tribunal pleno sea luego contradicha, cuestión que ha sucedido en el pasado, lo que deja en entredicho el real valor unificador que tendrá esta decisión.

³⁸ Corte Suprema, causa Rol N°12803-2018 (Cortes Paredes Darío Ernesto con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta).

³⁹ Dispone que “[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Así las cosas, pareciera ser que la discusión sólo será zanjada en caso de aprobarse el reciente *proyecto de ley que Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)* –Boletín N°11.952-12–. El mensaje del ejecutivo fue ingresado con fecha 31 de julio de 2018 a la Cámara de Diputados, y se encuentra actualmente en primer trámite constitucional, y sobre el tema analizado en este artículo contempla algunas novedades que vale la pena destacar:

Se elimina el actual numeral octavo del artículo 17 de la LTA y en su lugar se incorpora un reclamo de ilegalidad específico para impugnar la RCA ante los tribunales ambientales por cualquier persona directamente afectada en un interés legítimo ambiental específico, individual o colectivo (ver nuevo numeral octavo propuesto). Además, la normativa propuesta señala que no podrá ejercerse la potestad invalidatoria del artículo 53 de la LBPA respecto de la RCA, las resoluciones que resuelvan procedimientos de revisión de una RCA, así como cualquier otra resolución dictada dentro del SEIA.

Se incorpora un reclamo de ilegalidad general, dentro del artículo 17 de la LTA, que vendría a reemplazar la facultad contenida en el actual artículo 17 N°8. Este reclamo permitiría revisar otros actos administrativos ambientales distintos de la RCA y de aquellos cuya revisión no esté contemplada dentro de alguno de los otros numerales del artículo 17.

Según lo indicado por el proyecto, con las modificaciones arriba señaladas se pretende reducir la injerencia política en el SEIA y garantizar el acceso a la justicia ambiental; para ello se permite recurrir directamente de la RCA ante el TA, y se consagra “*un recurso de reclamación ante los tribunales ambientales como la vía recursiva idónea, resolviendo las controversias suscitadas con la dictación de la ley N°20.600 al respecto, relativas al criterio jurisprudencial de la invalidación propia e impropia*”⁴⁰.

Si esos objetivos serán realmente satisfechos por medio de la modificación legal propuesta está por verse, pues la tramitación recién comienza y es incierta la redacción que tendrán finalmente las normas propuestas o incluso si ellas serán finalmente aprobadas en el Congreso Nacional. Adicionalmente, considerando el debate jurisprudencial descrito en el presente artículo, queda claro que la intención original o el propósito perseguido al dictar una norma específica, puede terminar siendo objeto de interpretaciones que limiten o amplíen el acceso a la justicia ambiental sin necesariamente responder a lo que el legislador tuvo en mente al definir las competencias del TA.

40 Bcn.cl, Biblioteca del Congreso Nacional. Boletín N°11.952-12, Mensaje N°062-366, p. 11.

En el intertanto, puede ser que la *teoría de la invalidación impropia* se valide como la tendencia de la Corte Suprema, siendo la que mejor responde a una visión sistémica de los reclamos de ilegalidad administrativos, sin embargo, no puede descartarse que alguno de los ministros de la tercera sala cambie de opinión como sucedió con los ministros Sr. Aránguiz y Sr. Prado y que ambas teorías sigan siendo aplicadas dependiendo de cuál sea la integración de la tercera sala.

DEFICIENCIAS METODOLÓGICAS Y ESTÁNDAR DE VALORACIÓN DE LA LÍNEA DE BASE DEL MEDIO HUMANO EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL: COMENTARIO DE LOS FALLOS DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA Y DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO SOBRE LA CENTRAL DE PASADA MEDITERRÁNEO

Gabriela Burdiles Perucci¹

Amanda Cozzi Bas²

Introducción

El 17 de noviembre de 2016 el Tercer Tribunal de Valdivia dictó un importante fallo, que fue posteriormente confirmado el 29 de diciembre de 2017 por la Corte Suprema, en el que se refirió a las deficiencias que presentaba un estudio de impacto ambiental, en cuanto a su línea de base antropológica, anulando en todas sus partes tanto la resolución de calificación ambiental que lo aprobó como la resolución que rechazó los recursos administrativos presentados en su contra.

Dichas sentencias abordan en detalle y por primera vez en la jurisprudencia ambiental, cuál es el estándar científico básico aplicable a las investigaciones del área de la antropología cuando se trata de identificar los impactos al medio humano en un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Además, aborda cómo debió valorar el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) el estudio antropológico presentado por el titular del proyecto en cuestión.

Este criterio es relevante, ya que se refiere al mecanismo para identificar la presencia de comunidades indígenas y los posibles impactos dentro de la línea de base de un EIA, lo que determina a su vez, la procedencia de una obligación internacional de parte del Estado de consultar de manera previa las decisiones que se adopten en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

¹ Abogada, Universidad Católica de Chile. Msc. en Derechos Humanos, The London School of Economics and Political Science, Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Directora de proyectos de la ONG Fiscalía del medio Ambiente (FIMA), gabrielaburdiles@gmail.com.

² Socióloga de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Participación Ciudadana para una gestión ambiental, urbana y territorial integrada, de la misma universidad. Trabaja como asistente de proyectos de ONG Fiscalía del medio Ambiente (FIMA), ajcozzi@uc.cl.

Además, el fallo de la Corte Suprema se refiere en específico a la competencia del Tribunal Ambiental para referirse a materias o temas incorporados en la reclamación jurisdiccional del artículo 17 N° 6 de la Ley 20.600, pero que no han sido desarrollados previamente en las observaciones ciudadanas ni en las reclamaciones administrativas del artículo 29 de la Ley 19.300, estableciendo un criterio de vinculación al respecto.

En este comentario analizaremos, primeramente algunos antecedentes generales de la Central de Pasada Mediterráneo, luego haremos una síntesis de las reclamaciones deducidas ante el Tribunal Ambiental, expondremos los argumentos de las partes, la decisión del Tribunal y la Corte Suprema. En la tercera parte se analizarán en profundidad, dos discusiones de los fallos: 1) la evaluación del medio humano; y 2) la competencia de tribunal para conocer la reclamación de los observantes de los procesos de participación ciudadana. Finalmente, concluiremos este comentario con algunas ideas sobre la importancia de esta decisión respecto de la forma de realizar los EIAs, específicamente las líneas de base del medio humano y en cuanto a cómo valorar dichos estudios por parte de la autoridad ambiental.

1. La Central de Pasada Mediterráneo

El año 2011, la empresa Mediterráneo S.A. presentó un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la construcción y operación de una central de pasada de 210 MW de capacidad instalada, denominado Central de Pasada Mediterráneo (“El Proyecto” o “la Central”). Esta se ubicaría en la comuna de Cochamó, región de los Lagos, en el sector de “La Junta” donde confluyen los ríos Torrentoso y Manso, los que desembocan en el Lago Tagua Tagua, el que posteriormente da origen al Río Puelo.

Las aguas que serían captadas en el río Torrentoso, serían conducidas por medio de una tubería a una sala de máquinas subterránea, para luego ser devueltas aguas abajo de la Central. La Central se conectaría con el Sistema Interconectado Central, mediante la construcción de una línea de transmisión de energía eléctrica, de doble circuito y tensión nominal de 220 KV. Esta línea se extendería por 63 kms desde la central (subestación Alto Reloncaví) y hasta la Central Canutillar (subestación Reloncaví). En su extensión dicha línea correría a lo largo de los ríos Manso, Puelo y del lago Tagua Tagua, cruzando por el aire la bahía de Cochamó³.

³ <http://seia.sea.gob.cl/>, Estudio de Impacto Ambiental “Central de Pasada Mediterráneo”, 27 de julio de 2018.

Con fecha 6 de marzo de 2014, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos (COEVA), calificó ambientalmente favorable el proyecto mediante la Resolución de Calificación Ambiental N° 128 (RCA). Posteriormente, los señores Horacio Cayún Quiroz, Manuel Passalacqua Aravena y Otros, presentaron recursos de reclamación en contra de dicha RCA, en virtud de lo establecido en el artículo 29 inciso 4° de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)⁴.

Estos recursos fueron rechazados por el Comité de Ministros en su acuerdo N° 16/2015 de 2 de noviembre de 2015, el que fue ejecutado en la Resolución Exenta N° 105 de fecha 29 de enero de 2016, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

2. Las reclamaciones deducidas ante el Tercer Tribunal Ambiental

Con fecha 4 de marzo de 2016 y 11 de marzo de 2016, respectivamente, el Sr. Horacio Cayún Quiroz y el Sr. Manuel Passalacqua Aravena y Otros, interpusieron ante el Tercer Tribunal de Valdivia reclamaciones conforme a lo establecido en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (LTA)⁵, en contra de la Resolución Exenta N° 105 de fecha 29 de enero de 2016 del Director Ejecutivo del SEA.

La reclamación del Sr. Horacio Cayún fue rolada como R-30-2016⁶ y la del Sr. Passalacqua y otros, como R-32-2016. Con fecha 15 de marzo de 2016, el Tribunal resolvió acumular ambas causas.

4 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 29 inciso final: "Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

5 Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

6 Caratulada "José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros".

2.1 Las solicitudes de los reclamantes⁷

Los reclamantes alegaron que la Resolución Reclamada no consideró debidamente sus observaciones ciudadanas realizadas al proyecto y solicitaron concretamente al Tribunal:

- a. Dejar sin efecto la resolución reclamada, esto es, la resolución del Comité de Ministros (CM) N° 105 de 2016 que rechazó las reclamaciones; y
- b. Acoger las reclamaciones, dejando sin efecto la RCA, es decir, rechazando el proyecto.

En el presente comentario, nos referiremos en específico a los argumentos del Sr. Cayún, ya que conforme se analizará más adelante, estos fueron abordados con mayor detención en el fallo del Tribunal Ambiental, no emitiendo pronunciamiento respecto del resto de las alegaciones de la reclamación R-32-2016.

2.2 Los argumentos de la reclamación de Horacio Cayún Quiroz

De acuerdo al informe histórico acompañado en la causa rol R-30-2018 denominado “Informe Histórico Territorial: El lof Domingo Cayún Panicheo”⁸, la historia de esta familia se remonta a fines del siglo XIX, en la localidad de San Pablo, en los llanos que se extienden en las cercanías de Osorno, hasta entonces territorio Huilliche. Con el desarrollo de la Ocupación Militar de la Araucanía y el consiguiente proceso de colonización, esta familia fue desplazada de sus tierras⁹.

Al ser expulsados de sus territorios ancestrales los Cayún se vieron obligados a buscar otro lugar donde rehacer sus vidas, y en su recorrido hacia la cordillera se asentaron en el Lago Puelo, en la actual República Argentina, en la frontera con la actual República de Chile, donde hasta la actualidad aún permanece parte del Lof Cayún¹⁰.

Sin embargo, en las primeras décadas del siglo XX muchas familias mapuche provenientes de Chile, específicamente en las zonas del Valle El Bolsón y el Lago Puelo, entre ellos, parte de la familia Cayún, fueron forzados a dejar

7 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando Primero, segundo y tercero.

8 Correa Cabrera M., “El Lof Doming Cayun Panicheo”, 10 de mayo de 2014. Informe acompañado en la causa R-30-2016 a fojas 20-49.

9 Correa Cabrera M., “El Lof Doming Cayun Panicheo”, 10 de mayo de 2014. Informe acompañado en la causa R-30-2016, Foja 22.

10 Correa Cabrera M., “El Lof Doming Cayun Panicheo”, 10 de mayo de 2014. Informe acompañado en la causa R-30-2016, Foja 22.

los espacios que ocupaban y debieron retornar a Chile alrededor del año 1916. La familia Cayún, de acuerdo a antecedentes documentales y orales que recopiló dicho informe, se asentó en Primer y Segundo Corral, en el valle del Río Puelo, en el año 1916. Desde entonces la familia Cayun ha permanecido en dicho sector, donde habitan en la actualidad.

El Sr. Horacio Cayún Quiroz, perteneciente a dicha comunidad indígena, participó en el proceso de evaluación de la Central como observante y afirmó que ni él ni otros integrantes de su mismo grupo fueron consultados en el EIA del Proyecto, ni considerados en su línea de base, a pesar de que su agrupación tenía presencia en toda la cuenca del río Puelo. Esta circunstancia habría hecho, que, a su juicio, sus actividades tradicionales y estilo de vida no hayan sido consideradas en el EIA:

“Como miembro de la comunidad Indígena Domingo Cayún Panicheo, no fui consultado en el proceso de evaluación de impacto ambiental, y tampoco considerado en el estudio de línea base. Pasándose por alto nuestras actividades tradicionales y estilo de vida. Debe tomarse en consideración que en el sector donde habitamos, se proyectan grandes obras, una pasarela para cruzar el río Puelo, y el trazado de la línea de alta tensión que pasa por frente de nuestra casa. Yo soy miembro de la comunidad Cayún Panicheo, ninguno de los integrantes fuimos consultados dentro de la Cuenca del Puelo. Nadie hizo consultas de que pensamos y como seríamos afectados con el proyecto mediterráneo. La comunidad se encuentra en Segundo Corral pero muchos integrantes están en la cuenca completa del Puelo. Tenemos hermanos que tienen tierras en río Pangal, lago Tagua Tagua, punta canelo, y en otros lugares”¹¹.

Sin embargo, en la resolución reclamada (Resolución Exenta N° 105 de fecha 29 de enero de 2016) el Comité Ministros consideró que la observación formulada por el Sr. Cayún:

“... fue correctamente abordada durante el proceso de evaluación, toda vez que el Proponente dio respuesta satisfactoria de todas las consultas y observaciones que le fueron planteadas en los respectivos ICSARA

¹¹ <http://seia.sea.gob.cl/>, Resolución de Calificación Ambiental “Central de Pasada Mediterráneo”, 27 de julio de 2018.

Ars. 1 a 3, muchas de las cuales fueron formuladas por el mismo SEA Regional, en base a la información aportada. Por lo demás, en la presente instancia recursiva, los reclamantes no han presentado nueva información al respecto que permita desvirtuar las conclusiones obtenidas en el proceso de evaluación. En consecuencia, a juicio de este Comité de Ministros, corresponde rechazar los recursos interpuestos en lo que dice referencia a la materia reclamada» (fs. 1060)”.

Ante esta respuesta, el Sr. Cayún formuló las siguientes cuatro alegaciones en su reclamación presentada al Tercer Tribunal Ambiental:

a. Señaló que el estudio antropológico incluido en la Adenda 2 y en su ampliación, en la Adenda 3, presentado por el titular del EIA (estudio antropológico original y su posterior ampliación), poseería serias deficiencias metodológicas, entre ellas: no señalar el criterio muestral del estudio ni la técnica utilizada; la exclusión de 19 familias pertenecientes a la comunidad “Domingo Cayún Panicheo” (o Comunidad Cayún); diferentes incoherencias respecto de la información aportada por el titular; y la falta de idoneidad del sistema de registro de las respuestas de los encuestados en el estudio.

b. La infracción al Instructivo N° 130.528/2013 del Director Ejecutivo del SEA sobre consideración de observaciones ciudadanas, en particular, el criterio de integridad de las respuestas a las observaciones formuladas por el reclamante, al limitarse a reiterar simplemente los antecedentes aportados por el titular.

c. La infracción a las normas del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que regulan la procedencia de la consulta al descartar la susceptibilidad de “afectación directa” a comunidades indígenas, en este caso, de la comunidad Cayún, sobre la base de la no generación de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 letra d) de la LBGMA, basado en que la línea de transmisión proyectada pasaría por las riberas norte del río Manso, del Lago Tagua Tagua y del Río Puelo, no afectando a las familias que viven en la ribera sur.

d. Por último, alegó la no realización de una consulta indígena previa a la aprobación del proyecto, pese a que éste se emplazaría en un territorio ancestral de la Comunidad “Domingo Cayún Panicheo”, la que abarca todo el valle del Puelo.

2.3 Argumentos del Comité de Ministros ante el Tribunal Ambiental¹²

El CM, representado por el Director Ejecutivo del SEA, en su informe solicitó el rechazo de la reclamación del Sr. Cayún, basado, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

a. La aplicación del principio de congruencia consagrado en el artículo 41 inciso tercero de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA)¹³, por cuanto el CM afirmó que sólo pudo pronunciarse respecto de aquello que fue sometido a su conocimiento, es decir, respecto de las observaciones ciudadanas que no habrían sido debidamente consideradas en la RCA, las cuales fijarían la competencia del Tribunal.

b. Que el proyecto no generaría ninguno de los efectos señalados en el artículo 11 letra d) de la LBGMA, “porque para que ello ocurra se requiere la cercanía del Proyecto a la población protegida y una posibilidad cierta de afectación”¹⁴, lo que en este caso no ocurriría respecto de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo, ya que ésta se ubicaría a 33 kms de la parte más próxima del proyecto.

c. Que en lo que dice relación con el Oficio 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, el CM sostuvo que se debía “priorizar la finalidad perseguida por el SEIA; esto es, hacerse cargo y pronunciarse respecto de cada una de las observaciones en los fundamentos de la RCA”¹⁵.

d. Respecto del Estudio Antropológico Original y su Ampliación, señaló que aquellos fueron “debidamente abordados”¹⁶ para descartar los impactos al medio humano y que sólo se determinó la existencia de una comunidad indígena dentro de la línea de base, la cual según los propios entrevistados, no habría identificado alteraciones a sus sistemas de vida ni habría reconocido sitios de significación cultural.

¹² Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 9-13.

¹³ Artículo 41 inciso 3° de la ley 19.880: “En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente.”

¹⁴ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 10.

¹⁵ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 11.

¹⁶ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 12.

e. Respecto al incumplimiento del Convenio 169, no se daría ninguna de las hipótesis planteadas por el reclamante, ya que el Proyecto no causaría “alto impacto a los pueblos indígenas y no se requería del traslado de aquellos”¹⁷.

La empresa Mediterráneo S.A. (“la empresa”) se hizo parte en esta causa como tercero independiente, solicitando también el rechazo de las reclamaciones presentadas sobre la base de argumentos similares y otros adicionales a los presentados por el CM.

2.4 La decisión del Tercer Tribunal Ambiental

Con fecha 17 de noviembre de 2016, el Tercer Tribunal Ambiental (“el Tribunal”) acogió la reclamación interpuesta por el Sr. Cayún Quiroz, declarando que no se conforman a la normativa vigente tanto la Resolución Exenta N° 105 de fecha 29 de enero de 2016 del Director Ejecutivo del SEA, como la RCA N° 128 de fecha 6 de marzo de 2014, dictada por la COEVA de la Región de Los Lagos, ordenando anular totalmente ambas resoluciones.

Respecto de la reclamación R-32-2016, el Tribunal señaló que se hacía “innecesario emitir pronunciamiento”, ya que ella estaba destinada al mismo fin de “declarar la anulación de dichos actos”¹⁸.

2.5 Recurso de casación ante la Corte Suprema¹⁹

Frente a la decisión del Tribunal, tanto el CM, la empresa, y los reclamantes, el Sr. Passalacqua y otros, interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo, los cuales fueron rechazados en todas sus partes por la Tercera Sala de la Corte Suprema (CS) con fecha 29 de diciembre de 2017.

3. Análisis de los argumentos del fallo del Tribunal Ambiental y de la Corte Suprema

El Tribunal Ambiental centró su análisis fundamentalmente en la presunta ilegalidad por la falta de motivación de la RCA y de la resolución del CM, lo que vulneraría el inciso 2° del artículo 11 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos²⁰, la cual estaría dada por: a) los errores en los

¹⁷ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 13.

¹⁸ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 77.

¹⁹ Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017.

²⁰ Ley N° 19.880 Establece Bases De Los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los

supuestos de hecho tanto de la RCA y de la resolución reclamada; b) las infracciones al Oficio N° 130.528 del Director Ejecutivo del SEA sobre consideración de las observaciones ciudadanas; y c) el rechazo ilegal y arbitrario de la susceptibilidad de afectación a la comunidad Cayún.

La Corte Suprema, en cambio, se enfocó en la hipótesis del análisis del cumplimiento de la normativa ambiental del EIA, es decir, en el exámen que debe realizar la autoridad ambiental previo a la aprobación de un proyecto conforme a la exigencia del inciso final del artículo 16 de la LBGMA²¹. Así determinó que la anulación de la RCA y de la Resolución del CM adolecieron de una omisión que impedía la aprobación del proyecto, pues “no resultó ser debidamente evaluado el eventual impacto que éste puede causar en el medio humano que se encuentra en su área de influencia”²².

A continuación analizaremos dos aspectos de los fallos que son, a nuestro juicio, temas bastante novedosos respecto de la jurisprudencia existente en el período que va desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental, hasta ahora.

3.1 Evaluación del Medio Humano: Deficiencias y problemas asociados a la Línea de base Antropológica

Como decíamos, el Tribunal Ambiental centró su análisis fundamentalmente en la presunta ilegalidad por la falta de motivación de la RCA y de la resolución del CM, la cual estaría dada por los errores en los supuestos de hecho tanto de la RCA y de la resolución reclamada, las infracciones cometidas por el Director Ejecutivo del SEA en la consideración de las observaciones ciudadanas, y por el rechazo de la susceptibilidad de afectación a la comunidad Cayún.

A su vez, todos estos errores e infracciones se explicarían según el Tribunal, por las deficiencias metodológicas que adolecía el estudio antropológico presentado por el titular del proyecto.

Órganos de la Administración del Estado. Artículo 11, inciso 2°: Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

²¹ Artículo 16 inciso final de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente: “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.”

²² Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, considerando 44.

a. Errores del estudio antropológico:

En el caso de que un proyecto o actividad genere susceptibles afectaciones y/o alteraciones en los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos localizados dentro de su área de influencia²³, la Ley 19.300 exige que en la elaboración del EIA se caractericen las dimensiones geográficas, demográficas, antropológicas y socioculturales a través de un exhaustivo análisis en la línea de base antropológica. Además, en caso de existir grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se requiere dar cuenta de las formas de uso y la valoración del territorio y de sus recursos, sus prácticas tradicionales o culturales, su estructura organizacional, identidad grupal, ceremonias, entre otros²⁴.

Para ello, el titular del proyecto señaló que utilizó como base para el diseño metodológico del Estudio Antropológico Original y su ampliación una “Guía de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el SEIA” de marzo de 2011. Sin embargo, a juicio del Tribunal, la citada guía “no representaba un documento oficial, ya que no constaba dentro del listado de guías vigentes y no vigentes del SEA (...)”²⁵.

Según el Tribunal, el estudio fue deficiente porque no se ajustó al estándar científico básico para investigaciones aplicadas en el área de las ciencias sociales. De esta manera, el Tribunal recurrió a la literatura existente sobre investigaciones cualitativas²⁶, la cual a su juicio, sería aplicable a las características generales del estudio, cuya metodología ha sido cuestionada²⁷.

De acuerdo a dichos estándares, el Tribunal consideró en su fallo que una investigación de este tipo, es decir, que recabe información primaria, debe comprender ciertas etapas, reagrupadas por dichos sentenciadores en tres

23 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 11 letras c) y d): c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

24 <http://www.sea.gob.cl/evaluacion-ambiental/informacion-linea-base-eia>, Servicio de Evaluación Ambiental. Información de línea de base EIA. Obtenido de Servicio de Evaluación Ambiental, 30 de julio 2018.

25 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 30.

26 En particular, cita a Patton, M.Q. 2002, *Qualitative Research & Evaluation Methods*, Sage Publications, Inc.; Valles, M. S. 2007, *Técnicas Cualitativas de Investigación Social*, Editorial Síntesis S. A, y a Rodríguez Gómez, G. Gil Flores, J. & García Jiménez, E. 1999, *Metodología de la Investigación Cualitativa*, ediciones Aljibe, S.L.

27 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 30 y 31.

grandes fases: Diseño de la investigación o fase preparatoria; Trabajo de campo o recolección de datos; y Análisis, interpretación y reporte final²⁸.

En este contexto, y según la sentencia, el estudio de impacto ambiental del proyecto Mediterráneo presentaba importantes falencias metodológicas en la línea de base antropológica (y su ampliación), específicamente referidos a la técnica de muestreo, la estrategia de los análisis y las consideraciones metodológicas de la investigación.

A continuación profundizaremos en cada uno de los puntos que fueron cuestionados en la sentencia:

Selección de la muestra

Una de las primeras falencias metodológicas identificadas es en torno al método de muestreo. El muestreo corresponde al procedimiento utilizado para identificar y elegir a las fuentes de datos relevantes que se utilizarán en el estudio²⁹.

Aquí el principal error se dió en relación a la falta de especificidad y claridad sobre la unidad de análisis o el sujeto de estudio, y los criterios y métodos utilizados para la selección de los participantes. Esto se debió a que como explica el fallo, la técnica de muestreo fue definida durante el trabajo de campo o de levantamiento de la información y no durante el diseño metodológico.

Lo anterior es relevante, ya que una de las funciones del diseño de la metodología es que el investigador dé cuenta de los procedimientos que utilizará para la selección de los casos, la recolección y análisis de la información, y que éstos sean definidos previamente, ayuda a la coherencia y consistencia de la investigación, pues al no hacerlo existe el riesgo de utilizar técnicas con poca lógica y baja capacidad de análisis³⁰.

En esta línea, es necesario mencionar que el método de muestreo utilizado según el titular, denominado “bola de nieve”, fue considerado por el Tribunal como no adecuado para este tipo de estudios. Principalmente, porque sería una estrategia que se utiliza cuando se busca reconstruir y comprender un grupo, red o comunidad, a partir de la localización de informantes claves o críticos³¹. En este caso, se utilizó para identificar a toda la población indígena

28 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 31.

29 Mason, J. *Qualitative Researching*, (SAGE Publications), 2002.

30 Mason, J. *Qualitative Researching*, (SAGE Publications), 2002.

31 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 33.

de la zona (independiente su rol de actor clave o no), y en un contexto en el que la cobertura o representatividad se indica como un objetivo del estudio³².

Por último, es necesario mencionar los problemas que presentaba el estudio asociados a la representatividad de la muestra, producto de la decisión arbitraria adoptada por parte del titular, de incluir casos de familias y personas que no pertenecían al área de influencia del proyecto (por ejemplo, de familias que vivían en las zonas urbanas de la comuna de Cochamó) y al mismo tiempo, excluir a otros que si se encontraban en la zona de interés sin expresar motivo alguno, como es el caso de las familias pertenecientes a la Comunidad Domingo Cayún Panicheo³³.

De esta manera, el problema es que la información proporcionada en el estudio no era suficiente para determinar la representatividad de la muestra, no en el sentido estadístico, sino que en cuanto a su capacidad de reconstruir la estructura interna del sujeto de estudio y poder analizar la situación desde su particularidad, complejidad, sistema de significados y representaciones³⁴.

Por lo tanto, el Tribunal observó que no había una correspondencia lógica entre los objetivos y la técnica de muestreo que se utilizó en el estudio, lo que generó problemas de rigurosidad, inconsistencia y representatividad en la construcción de la muestra de la investigación.

Análisis de la información

En los métodos cualitativos, existen diferentes estrategias de análisis, como por ejemplo, la teoría fundada, el análisis de discurso, análisis de contenido, etnografía, entre otros³⁵, cada uno con procedimientos específicos para la interpretación de la información.

Al igual que en el punto anterior, el Tribunal observó que no existía claridad en el diseño metodológico del estudio sobre cuál era la estrategia a utilizar para interpretar los datos obtenidos durante el trabajo de campo³⁶.

Lo anterior es fundamental, ya que el investigador debe exponer de manera

³² Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 33.

³³ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 34.

³⁴ Gaínza, A. *La entrevista en profundidad individual*. En Canales, M. *Metodologías de investigación social. Introducción a los oficios*, (LOM Ediciones), 2006, págs. 219-264.

³⁵ Marvasti, A. B. *Qualitative Research in Sociology*, (SAGE Publications), 2004.

³⁶ Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 35.

clara y precisa la forma en que se procesará la información, y en qué sentido la elección de una u otra estrategia responde a los objetivos de la investigación.

Consideraciones metodológicas

Las consideraciones metodológicas o consideraciones éticas de la investigación social tienen que ver con la naturaleza de las responsabilidades del investigador, y las cosas que deberían o no hacerse con respecto a las personas observadas y escritas³⁷. En este contexto, uno de los problemas identificados en el fallo del Tribunal fue que durante la aplicación de las entrevistas no se utilizó grabadora de voz, lo que puso en tela de juicio la idoneidad del sistema de registro de la información³⁸.

La grabadora es un medio eficaz para capturar matices en las conversaciones, pausas e interrupciones³⁹, además proporciona mayor rigor en el acceso y comprensión de la información, ya que permite capturar la información de manera textual a como los sujetos la dicen⁴⁰. Si bien, utilizar este instrumento no es un requisito en la investigación cualitativa, en caso de no hacer uso de ella, se deben tomar medidas adicionales para registrar la información.

En este caso, el fallo da cuenta de que la decisión metodológica de no grabar la información imposibilitó capturar detalladamente la información, lo que se reflejó en la carencia de citas textuales o contenido literal señalado por los entrevistados en la presentación de los resultados⁴¹.

Otro aspecto vinculado a las consideraciones metodológicas es la firma de la ficha de registro. En la sentencia se puede observar que a los participantes de las entrevistas no se les exigió firmar este documento, más bien, fue de carácter voluntario. Que la firma haya sido voluntaria y no obligatoria, además de poner en tela de juicio la participación e individualización de los entrevistados (al no existir otros medios de verificación del proceso de recolección de la información), da cuenta de algunas consideraciones éticas que debieron ser resguardadas y que son deber del investigador efectuar, como por ejemplo,

37 Mason, J. *Qualitative Researching*, (SAGE Publications), 2002.

38 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 41.

39 Marvasti, A. B. *Qualitative Research in Sociology*, (SAGE Publications), 2004.

40 Gaínza, A. *La entrevista en profundidad individual*. En Canales, M. *Metodologías de investigación social. Introducción a los oficio*, (LOM Ediciones), 2006, págs. 219-264.

41 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 40.

la entrega de un consentimiento informado firmado por el investigador y el participante.

En este contexto, el consentimiento informado es un mecanismo que permite dar a conocer y explicitar a los participantes sobre sus derechos, voluntariedad, riesgos y confidencialidad de los datos entregados en el estudio⁴². De este modo, la rigurosidad debe ser un elemento fundamental de la investigación, más aun en contextos de interculturalidad, en donde los procedimientos de investigación deben realizarse con cuidado y respeto considerando la existencia de tratados internacionales de derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT.

Así, la inexistencia de registros de audio, la falta de firmas en las fichas de registro, la ausencia de citas textuales, así como otros graves problemas que el Tribunal menciona como son, la repetición de los textos de las entrevistas, la existencia de fotografías de personas no entrevistadas y listados de personas repetidos, dan cuenta de las numerosas inconsistencias de los resultados del estudio, imposibilitando respaldar, evidenciar y dar coherencia al análisis de los resultados de la investigación.

En conclusión, todos los elementos antes mencionados, reflejan una falta de rigurosidad metodológica en todas las etapas del estudio antropológico, lo que provocó problemas estructurales en la investigación, y a su vez en los resultados, los que fueron insuficientes para determinar y caracterizar la población indígena susceptible de ser afectada por el proyecto. Esto, a juicio del Tribunal, constituiría el supuesto de hecho considerado tanto para la dictación de la RCA, como para la resolución del CM –inexistencia de efectos del artículo 11 de la LBGMA–, transformándolas por ello en inmotivadas.

b. Infracciones cometidas por el Director Ejecutivo del SEA en la consideración de las observaciones ciudadanas

El Oficio N° 130.528 del Director Ejecutivo del SEA establece instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental⁴³.

Señala dicho instructivo que la ley no define qué significa considerar las observaciones ciudadanas, pero que de la lectura conjunta de las normas

42 Mason, J. *Qualitative Researching*, (SAGE Publications), 2002.

43 Director Ejecutivo del SEA, Oficio N° 130.528, Establece instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, 1 de abril de 2013, disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/instr130528_obs_ciudadana_evaluacion.pdf (31 de julio de 2018).

sobre la materia es posible entender que considerar corresponde a “*hacerse cargo de la materia observada dentro del proceso de evaluación ambiental, o en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana(...)*”⁴⁴.

Dentro de los criterios que establece dicho instructivo se señalan⁴⁵:

-*Complejidad y precisión*: Se refiere a que se debe dar respuesta a todos los temas planteados en la observación y abordarlos conforme a los antecedentes del proceso de evaluación.

-*Autosuficiencia*: Se refiere a que se debe dar respuesta completa, evitando referencias genéricas al EIA, DIA y/o Adendas, citando los documentos con precisión.

-*Independencia*: Significa que la respuesta dada en una adenda servirá solo de referencia para considerar la observación, ya que esta se debe fundamentar en el marco de todo el expediente de la evaluación.

En la reclamación se alegó que se habrían infringido estos principios, sin embargo, tanto el CM como la empresa, cuestionaron el valor de estas directrices y la obligatoriedad de su aplicación. Frente a esto, el Tribunal rechazó esta alegación puesto que consideró que al ser este el instructivo que se refiere a la consideración de las observaciones ciudadanas, “*no puede sino generar la expectativa legítima que las respuestas a esas observaciones cumplan el estándar que la misma Administración se ha dado, dotando con ello al sistema de coherencia y previsibilidad en conformidad a los principios señalados*”, así concluye que, “*sostener lo contrario sería amparar la arbitrariedad*”⁴⁶.

Además, el Tribunal sostuvo que el Comité de Ministros en su resolución no se pronunció sobre la falta de consideración reclamada administrativamente por el Sr. Cayún y que no entregó motivos suficientes para desechar su

44 Director Ejecutivo del SEA, Oficio N° 130.528, Establece instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, 1 de abril de 2013, p. 2.

45 Director Ejecutivo del SEA, Oficio N° 130.528, Establece instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, 1 de abril de 2013, p.4.

46 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 55.

reclamación⁴⁷. En cuanto a la RCA, señaló que ésta era incompleta, imprecisa e insuficiente⁴⁸, ya que la COEVA se habría limitado a reiterar las conclusiones del estudio antropológico y su ampliación, siendo que habría otros antecedentes al respecto en la evaluación, como son los pronunciamientos de los órganos sectoriales, por lo tanto, también esta carecía de una adecuada motivación.

Esta respuesta incompleta e insuficiente de la COEVA y del CM al no basarse a sí mismas para satisfacer la observación y posterior reclamación, según el Tribunal habría obstaculizado el derecho al acceso a la justicia del Sr. Cayún Quiroz, al no entregarse los motivos suficientes para desvirtuar la observación y denegar la reclamación, lo que dificultó su posibilidad de alegar la ilegalidad de la actuación de la autoridad ambiental, quedando en desigualdad de armas frente a la misma⁴⁹.

Adicionalmente, en este punto, el Tribunal se refirió al estándar de valoración de la prueba a aplicar por parte de la autoridad ambiental respecto de los estudios presentados destinados a acreditar el hecho que sustentó su decisión y las respuestas a las observaciones ciudadanas. Es decir, la valoración del Estudio antropológico y su ampliación que sostuvo la hipótesis fáctica que permitió aprobar el proyecto, sin un proceso de consulta indígena. Este estándar sería el de la sana crítica o de la apreciación racional de la prueba⁵⁰ 51.

En base a este estándar, el Tribunal concluyó que de acuerdo a una valoración racional de la prueba rendida por el titular (estudio antropológico), y por todas las razones y omisiones ya aludidas, esta prueba no era idónea para acreditar la falta de susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas, dada su imposibilidad de arribar a conclusiones verdaderas⁵².

47 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 57.

48 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 59.

49 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 61.

50 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 65.

51 Al respecto el voto concurrente del Ministro Pastén, reflexionó sobre cuál era el estándar de convicción exigible a la administración para valorar la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica. Este ministro concluyó que sería posible aplicar la regla de la “preponderancia de la prueba” o “*minimum minimorum*”, que busca determinar las mayores probabilidades de que no ocurra un impacto, con la evidencia rendida durante la evaluación.

52 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 65.

c. El rechazo ilegal y arbitrario de la susceptibilidad de afectación a la comunidad Cayún

Al respecto, el Tribunal concluyó que de los antecedentes ponderados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental “no se podía concluir sobre la susceptibilidad de afectación directa y la necesidad de haber mediado consulta indígena previa”⁵³. De este modo, y por “carecer de evidencia”⁵⁴, el Tribunal decidió no pronunciarse respecto de este punto.

Por último, y como ya lo mencionábamos, la Corte Suprema coincidió en su sentencia con el Tribunal Ambiental en cuanto a la existencia de los errores y omisiones del Estudio Antropológico, los cuales serían suficientes para anular tanto la RCA del proyecto como la resolución del CM, pero sin compartir necesariamente todos los argumentos vertidos en dicho fallo⁵⁵.

3.2 Competencia de tribunal para conocer la reclamación de los observantes de los procesos de participación ciudadana

Otro tema abordado en este caso, al interponerse los recursos de casación en contra de este fallo, fue la incompetencia del Tribunal Ambiental, alegada por los recurrentes, para referirse a las deficiencias de la metodología y otros errores del estudio antropológico. Estos aspectos, a juicio de los recurrentes, no se habrían incluido en la observación del Sr. Cayún Quiroz durante el procedimiento de participación ciudadana, ni en la reclamación administrativa respectiva.

Este es un aspecto novedoso de la discusión que se ha dado en torno a la extensión y límites de la acción de reclamación que tienen los observantes de los procesos de participación ciudadana y los terceros en las evaluaciones de impacto ambiental. Esto porque hasta ahora, se han abordado principalmente aspectos relacionados con la compatibilidad de acciones, los plazos de interposición de la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 y con la legitimación activa de quienes pueden reclamar⁵⁶

53 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 75.

54 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, R-30-2016, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, considerando 75.

55 Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, considerando 46.

56 Ver por ejemplo: Poklepovic, I., “Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año V N° 8 (Julio-Diciembre 2017), pp. 30-51; Jara D., y Núñez, A., “El nudo gordiano de lo contencioso-administrativo ambiental: la invalidación administrativa”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año V N° 8 (Julio-Diciembre 2017), pp. 130-153.

Respecto a la competencia del Tribunal Ambiental en este caso, la Corte Suprema en su fallo, sostuvo que fue la propia RCA de la Central, la que vinculó la observación del Sr. Cayún con el mérito del informe antropológico, al referirse en su respuesta a la Adenda 3 del titular y a los datos de dicho informe como suficientes para caracterizar el medio humano presente en el área de influencia⁵⁷.

También la CS consideró relevante los pronunciamientos de los organismos sectoriales respecto del informe y su ampliación emitidos durante el proceso de evaluación, los cuales se refieren a él y demuestran que este informe era el instrumento fundamental para el establecimiento de una línea de base que resultara representativa del componente humano involucrado en el área de influencia del proyecto.

Por estas razones la CS señaló que no era posible escindir la observación formulada por el Sr. Cayún, vinculada a la omisión de una consulta indígena, precisamente por las falencias de la línea de base en cuanto a la población indígena que se consideró como afectada, del informe antropológico, cuya metodología fue cuestionada. Es decir, la Corte entendió que no había variado la causa de pedir en la reclamación ante el Tribunal Ambiental y que además, en la reclamación lo que habría es un mayor desarrollo de las objeciones ya planteadas previamente en sede administrativa⁵⁸.

De lo anterior, concluyó que no era efectivo que el reclamante hubiese planteado materias diferentes en sede jurisdiccional a las planteadas en sede administrativa y que por lo tanto, el tribunal si tenía competencia para emitir el pronunciamiento que las recurrentes de casación impugnaron⁵⁹.

Sin embargo, esta decisión fue acordada con el voto en contra de la Ministra señora Egnem, es decir, aún es una materia discutida en la jurisprudencia. En efecto, la ministra Egnem estimó que el Tribunal Ambiental carecía de competencia para emitir pronunciamiento. Esto porque el artículo 17 N° 6 de la Ley 20.600 consagra una acción destinada a “garantizar el derecho a ser oído y a obtener una respuesta fundada o motivada (...) y no para el evento que la respuesta sea estimada como errónea, o no coincida con la postura del reclamante”⁶⁰.

57 Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, considerando 40.

58 Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, considerando 11.

59 Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, considerando 42.

60 Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, voto en contra de la Ministra Sra. Egnem, N° 1 y 2.

Es decir, a juicio de la Ministra, esta acción tiene por objeto únicamente asegurar la consideración y el análisis de las observaciones, “lo que no significa que necesariamente deban ser acogidas”⁶¹. Por tanto, en su opinión, las observaciones el Sr. Cayún habrían sido debidamente consideradas y el Tribunal habría sido incompetente para conocer la reclamación presentada.

Conclusiones

El fallo que hemos comentado incorpora elementos bastante novedosos en materia de evaluación del medio humano en los estudios de impacto ambiental, en el marco de la institucionalidad ambiental instalada en nuestro país desde el año 2011 y de la creación de los Tribunales Ambientales. En efecto, este fallo aborda por primera vez la metodología exigible a los estudios antropológicos que sirven de base para la determinación de los impactos socioculturales en el marco del SEIA.

Una primera conclusión que puede desprenderse de este fallo es que decisiones como esta justifican la existencia de tribunales especializados en materia ambiental que cuenten con ministros expertos en materias científicas, incluyendo el área de las ciencias sociales que puedan evaluar de manera crítica e integral si la actuación de la autoridad ambiental y de los titulares de los proyectos se ajustan o no a los estándares técnicos más adecuados al caso en cuestión.

También es posible apreciar que hay todavía mucha incertidumbre en cuanto a los estándares aplicables a estudios como éstos y en cuanto al grado de convicción que la autoridad debe tener para poder aprobar los proyectos. Por ejemplo, aún no contamos con una guía actualizada para elaborar las líneas de base del medio humano, que establezca los pasos y requisitos mínimos que deben considerarse en la elaboración de estos estudios.

Por otro lado, destacamos la decisión de la Corte Suprema de expandir la interpretación de la extensión de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la ley 20.600, en beneficio del acceso a la justicia de las comunidades y personas que participan de las evaluaciones de impacto ambiental haciendo observaciones y que luego reclaman ante la falta de debida consideración, al establecer un criterio de vinculación de su contenido con todo el expediente o proceso de la evaluación.

⁶¹ Corte Suprema, rol 100.805-2016, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, voto en contra de la Ministra Sra. Egnem, N° 4.

Finalmente, destacamos también la relevancia de la materia abordada en el fallo de este comentario, por su impacto en el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas, como es la procedencia de la obligación del Estado de consultar de manera previa las decisiones que se adopten en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y la necesidad de avanzar para implementar mejores estándares en este tipo de evaluaciones, para que reflejen de mejor manera los impactos a las costumbres y sistemas de vida de las comunidades indígenas de nuestro país.

LAS RECIENTES CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA: UNA DISPUTA EN LAS SOMBRAS

Juan Carlos Ferrada Bórquez¹

Resumen

El presente artículo constituye una reflexión general sobre las contiendas de competencia promovidas por el Contralor General de la República en contra del 29° Juzgado de Letras Civil de Santiago y la Corte Suprema ante el Tribunal Constitucional y el Senado. Dichas contiendas se generan en el marco de los juicios promovidos por funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil que pretendían a través de una acción declarativa de mera certeza fijar como su régimen jurídico previsional el dispuesto en la Ley N°18.458 para el personal de las Fuerzas Armadas. Estas contiendas las promueve el Contralor sobre la base de afirmar su competencia exclusiva para declarar el régimen jurídico previsional aplicable a estos funcionarios, negando al mismo tiempo la facultad de los tribunales para conocer y pronunciarse en esta materia. En este sentido, el Contralor plantea tácitamente la inexistencia de una acción declarativa de mera certeza en nuestro derecho, al menos en este ámbito, reivindicando para sí la competencia exclusiva en esta materia. El Tribunal Constitucional y el Senado acogen la tesis del Contralor, aunque los fundamentos para ello parecen exceder el ámbito jurídico, entrando a tallar cuestiones políticas (contingentes) y económicas que quedan explícitas en el discurso de los actores, desdibujando la controversia jurídica planteada.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

1. Antecedentes generales

Como se sabe, el Contralor General de la República planteó a fines de 2016 dos contiendas de competencia con los tribunales ordinarios de justicia por la misma materia. La primera, el 24 de noviembre de 2016 con el 29° Juzgado de Letras Civil de Santiago, ante el Tribunal Constitucional (Rol N°3283-16-CCO); la segunda, el 28 de diciembre de 2016 con la Corte Suprema ante el Senado de la República. La diferencia de las sedes resolutorias se explica, como se sabe, por la competencia diferenciada que establece la Constitución Política de la República (artículos 93 N°12 y 53 N°3) dependiendo de la jerarquía del tribunal contra el que se traba la contienda, correspondiendo en la especie a un tribunal inferior, en el primer caso (juez de letras civil), y un tribunal superior de justicia en el segundo (la Corte Suprema).

Ambas contiendas fueron planteadas por el Contralor General de la República en relación a juicios incoados por funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil en contra del Fisco de Chile, en los que se ejercían acciones declarativas de mera certeza a fin de obtener pronunciamientos judiciales favorables que declararan que el régimen jurídico previsional aplicable a ellos sería el establecido en el artículo 1° de la Ley N°18.458 de 1985, es decir, el aplicable a los funcionarios de las Fuerzas Armadas por intermedio de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

En este contexto, los referidos funcionarios plantearon dos demandas consecutivas de similar tenor. La primera ingresada el 6 de marzo de 2012 (Rol N°4017-2012) y la segunda el 12 de octubre de 2016 (Rol N°25.213-2016), ambas en el 29° Juzgado de Letras Civil de Santiago por distribución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, actuando en ellas como demandantes distintos funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil, aunque patrocinados por el mismo abogado.

En ambas demandas los funcionarios públicos establecieron como pretensión la dictación de una sentencia judicial que les reconociera como régimen previsional aplicable no el contenido en el Decreto Ley N°3500 de 1980, que establece el sistema privado de pensiones gestionado por Administradoras de Fondos Previsionales, sino el privilegiado establecido para los funcionarios de las Fuerzas Armadas por la Ley N°18.458 de 1985.

La primera demanda fue tramitada íntegramente ante el 29° Juzgado Civil, dictándose finalmente una sentencia definitiva que rechaza la acción interpuesta, atendido lo dispuesto en las normas legales ya citadas². En particular, el

² Sentencia definitiva de primera instancia dictada el 18 de marzo de 2016.

tribunal de primera instancia estimó que el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil era el previsto en el Decreto Ley N°3500, como por lo demás así se había entendido hasta ahora por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República³, no aplicándose a este personal civil el régimen previsional excepcional de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago dictó una sentencia revocatoria, reconociendo a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil el régimen previsional castrense, atendido la calidad de empleados civiles de las Fuerzas Armadas que tendrían los funcionarios de aquel servicio. En este sentido, la Corte señaló que la Ley N°16.752 otorga a estos funcionarios la calidad de empleados civiles de las Fuerzas Armadas, cuyo régimen previsional está regulado en el Título V de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N°18.948, lo que no ha sido modificado por la Ley N°18.458 de 1985 y ni ninguna otra norma legal posterior. Con ello, la Corte de Apelaciones, en la parte resolutive del fallo, acoge la demanda y declara que a cada uno de los actores “les corresponde la aplicación del sistema previsional contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra, debiendo los demandados revertir los efectos de la aplicación errónea de las normas previsionales a los demandantes”⁴.

Frente a esta última sentencia, el Consejo de Defensa del Estado interpuso un recurso de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, el que admitido a tramitación por ésta, dio pie para la interposición de la contienda de competencia del Contralor General de la República ante el Senado. Paralelamente, y con un mes de anticipación, como ya se señaló, el mismo Contralor entabló similar contienda ante el Tribunal Constitucional por la interposición de otra demanda por otros funcionarios de la misma Dirección General, causa que se encontraba en su etapa inicial, en el término legal establecido para contestar la demanda.

El argumento central planteado por el Contralor General de la República en ambos casos fue la controversia jurídica que se generaba con la tramitación de causas judiciales que ponían en cuestión la facultad exclusiva de aquel para interpretar las normas legales y reglamentarias relacionadas con los órganos de la Administración del Estado y, particularmente, con el régimen jurídico de los funcionarios de un servicio público (artículo 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). En definitiva lo que se controvertía por

3 En este sentido, ver dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 57281/2004, 42994/2007, 74525/2011 y 78329/2016, entre otros.

4 Sentencia definitiva dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de agosto de 2016.

el Contralor es que los tribunales de justicia pudieran conocer de acciones judiciales que pretendían un pronunciamiento general y abstracto sobre el régimen previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil, considerando que ello ya había sido objeto de diversos dictámenes de la misma Contraloría, declarando la aplicación a aquellos del régimen jurídico previsto en el Decreto Ley N°3500⁵. Así, a juicio del Contralor General de la República, los tribunales de justicia “han accedido a conocer de una acción declarativa de mera certeza que busca, sin existir algún caso controvertido en particular, que estos organismos jurisdiccionales se pronuncien de manera general y abstracta sobre el régimen previsional aplicable a al personal de la DGAC, buscando de esta forma eludir la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, órgano al que le corresponde legalmente la atribución de interpretar la normativa previsional aplicable a los funcionarios públicos, tal como lo ha hecho reiterada y uniformemente respecto de los mismos demandantes en los dictámenes emitidos durante la gestión de los últimos cuatro Contralores Generales”⁶.

Como se puede observar, la contienda de competencia promovida por el Contralor General de la República supone algunas cuestiones que es necesario abordar:

1° Que, la facultad de interpretar de forma general y abstracta las normas legales y reglamentarias en materia de funcionarios públicos corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República.

2° Que, por el contrario, los tribunales ordinarios de justicia no tendrían en nuestro derecho esta facultad, negando de paso la existencia de una acción declarativa de mera certeza, al menos en el ámbito del Derecho Administrativo.

3° Que, en este caso concreto, los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica precisamente ejercieron ante los tribunales ordinarios esta acción declarativa de mera certeza, lo que obligaba a éstos a una resolución judicial de incompetencia, ya que ello era una competencia exclusiva de la Contraloría General de la República.

4° Que, la única vía por la cual los tribunales pueden conocer de una acción judicial que tuviera la finalidad declaratoria, es aquella que impugnara derechamente los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República, controvirtiendo la legalidad de dichos actos administrativos.

5 Ver, en este sentido, presentación del Contralor General de la República ante el Senado, titulado “promueve contienda de competencia”, de 28 de diciembre de 2016, p.5

6 Idem, p. 3.

5° Que, al no proceder de esta forma, el Juez de Letras y la Excma. Corte Suprema han entrado en una competencia que no le es propia, sino de la Contraloría, lo que constituye el presupuesto fáctico de la contienda de competencia ya anunciada.

Como se sabe, tanto el Tribunal Constitucional como el Senado acogieron la contienda de competencia planteada por el Contralor General, resolviendo favorablemente su pretensión y declarando la competencia exclusiva de éste para informar el régimen jurídico previsional aplicable a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Ello implica, en principio, el término de los juicios en tramitación y la reafirmación de la competencia de la Contraloría General de la República en esta materia⁷.

No obstante lo contundente que pudieran parecer estas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Senado, aunque con fundamentos distintos y algo confusos –por utilizar una expresión suave–, creo que es necesario analizar con alguna detención esta controversia, así como las resoluciones dictadas. A mi juicio, un estudio más acabado de esta cuestión puede dar algo de luces sobre la confusión jurídica planteada y las motivaciones que tuvieron los actores jurídicos y políticos que intervinieron en la materia para resolver como lo hicieron, las que, como casi siempre, se alejan de la cuestión jurídica formal planteada y reflejan un trasfondo que es difícil de obviar.

2. ¿Qué es una contienda de competencia y cómo se configura en este caso?

La contienda de competencia no es una materia que se encuentre muy tratada en nuestra doctrina. Más bien es una materia residual en los manuales y textos de enseñanza general de Derecho Constitucional, probablemente atendido su poca frecuencia y utilidad práctica. Sin embargo, algunos autores le dedican algunas líneas destacando algunos aspectos conceptuales, pero sin profundizar en los supuestos que la configuran y sus mecanismos de resolución. En este sentido, se pueden ver los textos clásicos de Silva Bascañán⁸ y Cea Egaña⁹, los que luego de realizar una exégesis de los preceptos constitucionales

7 Lo anterior es sin perjuicio de las dudas que ha generado para algunos el contenido mismo de la resolución del Senado, como se señalará más adelante, incluyendo a Ministros de la propia Corte Suprema.

8 Silva Bascañán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo VI Congreso Nacional (Editorial Jurídica de Chile)*, 2000, pp. 229-240.

9 Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, tomo III (Ediciones Universidad Católica de Chile)*, 2013, pp. 347-348.

aplicables, en el caso del primero, aporta algunos antecedentes históricos y una revisión de algunos casos suscitados en esta materia, pero sin profundizar en la problemática planteada.

Más recientemente Nogueira, siguiendo la misma tendencia, realiza una aproximación conceptual y una caracterización básica de la temática planteada. Así, este autor define la contienda de competencia como “una disputa promovida entre autoridades o tribunales en razón de que ambos consideran que carecen o tienen competencias suficientes para resolver determinada situación o materia”¹⁰. En el fondo, para este autor, se trata de que dos o más órganos estatales afirman tener o no una misma competencia en un caso concreto, con carácter exclusivo, lo que implica la negación del otro como órgano competente o incompetente en la materia.

En nuestra historia institucional reciente ha habido pocas contiendas de competencias planteadas entre órganos estatales. Así, bajo la Constitución de 1925 sólo se pueden encontrar dos casos y durante la vigencia de la Carta actual cinco. En la mayoría de ellos el actor más recurrente es la Contraloría General de la República, aunque la controversia planteada a menudo, sobre todo en los últimos años, es a propósito de la impugnación judicial del ejercicio de la potestad de aquella en el denominado “trámite de toma de razón”, procedimiento de control jurídico atribuido al órgano contralor directamente por la Constitución Política de la República (artículo 99)¹¹.

Esta controversia, como ya se señaló, es distinta. Aquí no se encuentra discutida la referida atribución constitucional, sino una competencia establecida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (artículos 1° y 6°) que pugna, al menos así se plantea, con la facultad para conocer las causas civiles y criminales señalada para los tribunales ordinarios de justicia en la Constitución Política de la República (artículo 76). En este sentido, la contienda planteada supone un cuestionamiento de la plenitud jurisdiccional proclamada en la Constitución para los tribunales de justicia, por más que el Contralor trate de reconducir su competencia exclusiva a la facultad general de control jurídico de los actos de la Administración del Estado.

¹⁰ Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional Chileno, tomo II* (Legalpublishing/Thomson Reuters), 2013, p. 601.

¹¹ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo VI Congreso Nacional* (Editorial Jurídica de Chile), 2000, pp. 235-240.

3. Las particularidades de la contienda de competencia planteada por el Contralor General de la República en este caso

En el caso que nos ocupa, como ya se señaló, el Contralor General de la República afirma su competencia exclusiva para interpretar de forma general y obligatoria un precepto legal de naturaleza administrativa. En este sentido, según la posición planteada por el Contralor, los tribunales ordinarios de justicia sólo podrían pronunciarse sobre un derecho o relación jurídica administrativa a propósito de la impugnación particular de un acto administrativo, en este caso, un dictamen del Contralor General de la República.

La cuestión es, desde luego, muy controvertida, ya que la afirmación anterior pone en entredicho varios elementos o conceptos fundamentales de nuestro Derecho Público, algunos de los cuales pasaré a analizar.

En primer lugar, supone un cuestionamiento de la facultad general de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de las causas civiles y criminales establecida en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, entendiendo dentro de ellas, las causas contencioso-administrativas. En este sentido, en opinión del Contralor, esta facultad de los tribunales no tendría la amplitud y generalidad proclamada por la doctrina administrativa desde hace casi cuatro décadas, sino que ella estaría mediatizada, al menos en el ámbito administrativo, por el tipo de conflicto y la acción concreta ejercida.

En concordancia con lo anterior, el Contralor afirma la inexistencia en nuestro derecho de una acción declarativa de mera certeza o de interpretación general, en la terminología del Derecho Administrativo francés, la que sólo parecería tener reconocimiento en nuestro derecho para la Contraloría General de la República. Así, el Contralor pareciera recoger –aunque no la cita– la tesis planteada hace más de cuatro décadas por el profesor Pedro Pierry Arrau, que señalaba, siguiendo la clasificación de acciones del Derecho Administrativo francés, que en nuestro derecho esta acción se encontraría radicada exclusivamente en el órgano contralor y no en los tribunales de justicia, como ocurre en el derecho galo, lo que derivaría de los términos amplios utilizados para configurar la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República en los artículos 1° y 6° de su Ley Orgánica¹².

Desde luego, estos dos planteamientos son complejos desde la perspectiva del Estado de Derecho. El primero, porque supone una negación parcial

12 Pierry Arrau, Pedro, “Otros aspectos de lo contencioso administrativo”, en *Lo contencioso administrativo* (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 1976. Recogido en Pierry, Pedro, *Derecho Administrativo. Obra reunida*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2017, pp. 224-232.

de uno de los principios esenciales de aquel, al menos desde la perspectiva del Derecho Administrativo, en su formulación de control judicial pleno de la actividad administrativa. Ello queda más en evidencia cuando se niega la existencia de una acción judicial de mera certeza y un reconocimiento, por el contrario, de dicha acción en la Contraloría General de la República –cuestión esta última que, por cierto, no afirmada directamente el Contralor-, ya que dicho órgano, por más autónomo que se le proclame, no es un tribunal ni ejerce jurisdicción, salvo en el controvertido ámbito del juicio de cuentas (artículo 98 de la Constitución de la República).

Ahora bien, la negación de la acción declarativa de mera certeza planteada por el Contralor, más allá de su dudosa existencia en el caso concreto que genera la contienda de competencia –al menos, en los términos planteados por los demandantes–, no deja de ser curiosa, ya que esto constituye una cuestión bastante pacífica en la doctrina procesal y la práctica jurídica, sobre todo en ámbitos como el Derecho Laboral o Tributario, es que es frecuente el conocimiento de estas acciones por los tribunales de justicia. Ello se extiende incluso al ámbito del Derecho Administrativo, en el que existen numerosos ejemplos de acciones de este tipo en nuestro derecho, aunque de escaso éxito para los demandantes, pero por razones de fondo y no cuestionando la procedencia de la acción¹³.

Por otro lado, lo planteado por el Contralor en la contienda también supone introducir un elemento adicional para el ejercicio de las acciones judiciales en materia administrativa, ya que plantea, según entiendo, que la controversia sobre un dictamen de la Contraloría General de la República sólo podría caber mediante la impugnación directa de éste y como condición previa a la justiciabilidad del conflicto. En este sentido, el Contralor parece plantear el “agotamiento previo de la vía administrativa” o la “habilitación de la instancia”, como se conoce en otros ordenamientos, como un requisito general de procesabilidad de los actos administrativos emanados de la Contraloría, lo que no es consistente desde luego con la regulación general establecida en nuestro derecho en este ámbito (artículo 54 de la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos), lo sostenido por la doctrina y con la propia práctica forense.

Un ejemplo muy actual que puede aclarar lo sostenido en el párrafo anterior es analizar lo que ocurre en materia de contratos a honorarios en la Administración del Estado en nuestro derecho. Como se sabe, la jurisprudencia actual de la Contraloría General de la República sostiene en este ámbito, correctamente a

13 En este sentido, ver Soto Kloss, Eduardo, “La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración del Estado”, en *Ius Publicum*, N°38, 2017, pp. 95-114.

mi juicio, la plena validez de estos contratos, considerando que ellos se enmarcan en la potestad general de los órganos de la Administración del Estado para utilizar dicha formal contractual (artículo 11 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos). Sin embargo, los tribunales de justicia desde ya hace algunos años vienen afirmando la naturaleza laboral de dichos contratos, aplicándole en forma íntegra el régimen jurídico establecido en el Código del Trabajo, tanto al tiempo de su vigencia como en la extinción del vínculo contractual.

Pues bien, si se aplicara en plenitud la tesis planteada por el Contralor, lo que procedería en estos casos es que los tribunales laborales rechazaren la demanda entablada por el particular, atendido el pronunciamiento de aquel sobre esta materia o, al menos, se exigiera la impugnación previa del dictamen antes de la incoación de la acción judicial. Esto último, desde luego, no es la práctica judicial, y parece difícil una aceptación de esta doctrina, considerando lo consolidada que está el acceso judicial en esta y otras materias similares.

Así, lo planteado por el Contralor en este ámbito resulta un poco paradójico, ya que implica un cuestionamiento de fondo a las potestades jurisdiccionales de los tribunales de justicia en el ámbito administrativo, debilitando aún más nuestro alicaído sistema de control judicial de la actividad de los órganos de la Administración del Estado.

4. Las decisiones del Tribunal Constitucional y del Senado

No obstante todo lo antes expuesto, como se sabe, el Tribunal Constitucional y el Senado acogieron las contiendas de competencia planteadas por el Contralor General de la República y reafirmaron la competencia exclusiva de éste para resolver las controversias acerca del régimen jurídico previsional aplicable a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Es cierto que el primero trató de evitar consideraciones que pusieran en duda en nuestro derecho la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia para controlar a los órganos de la Administración del Estado y la existencia de la acción declarativa de mera certeza como una vía procesal idónea en nuestro Derecho Administrativo, haciendo al contrario declaraciones altisonantes de dichos elementos, aun cuando en el caso concreto los terminará negando y controvirtiendo.

Sin embargo, lo más relevante son las consideraciones o fundamentos que tuvieron ambos órganos para pronunciarse de esta forma¹⁴, las que se alejan

¹⁴ En el caso del Senado, las argumentaciones sólo se pueden deducir de las motivaciones expuestas por los Senadores en términos individuales al momento de fundamentar su voto, ya que el Senado como cuerpo no emitió una resolución fundada en esta materia.

en muchos casos de la cuestión jurídica planteada (la competencia de los órganos en conflicto) y se relacionan más con la discusión jurídica de fondo (cuál es el régimen jurídico previsional aplicable) o los efectos patrimoniales que tendría una eventual sentencia judicial favorable a los demandantes.

Así, en el caso del Tribunal Constitucional, es posible observar que buena parte de sus considerandos apuntan precisamente a la cuestión de fondo debatida en el juicio (cuál es el régimen jurídico previsional aplicable a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil) y no a la delimitación de las competencias de los tribunales de justicia y de la Contraloría General de la República para conocer de esta controversia. En efecto, a la cuestión competencial –que es el asunto sometido a la decisión del Tribunal Constitucional–, el Tribunal le dedica sólo 5 considerandos (2° al 5° y 15°), abordando por el contrario *in extenso* el debate sobre el régimen previsional de los funcionarios demandantes (6° al 14°), cuestión que era absolutamente ajena a la competencia de este tribunal.

En este sentido, no deja de llamar la atención las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional sobre el conflicto jurídico de fondo, haciendo afirmaciones categóricas sobre la normativa aplicable a los funcionarios demandantes y el carácter claro o no controvertido de la misma, alcance este último muy curioso, ya que ello corresponde en todo caso a los demandantes y, por último, al tribunal de justicia que está conociendo la materia, lo que siempre resulta compleja cuando precisamente existe una controversia sobre los alcances precisos de una regulación jurídica.

Así, el Tribunal Constitucional, luego de explicar latamente el régimen jurídico previsional de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil afirma que “sin perjuicio de todo lo anterior, la acción de mera certeza, tiene por propósito conferir seguridad jurídica a una situación incierta. Cuyo no sería el caso, pues la situación previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra consolidada desde 1985” (considerando 20°). Para más adelante añadir en términos categóricos e indubitados: “procede aseverar que existe una normativa clara y precisa en lo relativo a quienes se encuentran afiliados al régimen previsional de las Fuerzas Armadas: sólo el personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, a que se refiere la Carta Fundamental, en su artículo 105, inciso primero, la Ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948, artículos 61 (63) y 62 (64), y la Ley N° 18.458, en su artículo 1°” (considerando 21°).

En definitiva, y más allá de las extralimitaciones evidentes del Tribunal Constitucional en este caso, y su voluntariosa afirmación de la claridad de la

normativa y la inexistencia de una duda interpretativa en esta materia, el argumento clave planteado por éste para resolver la contienda de competencia estrictamente es el expresado en el considerando 4° de la sentencia, al señalar que la “normativa previsional relativa a funcionarios públicos puede ser interpretada entretanto, con fuerza general y obligatoria para la Administración del Estado, pero solamente a través de dictámenes que toca pronunciar exclusivamente a la Contraloría General. Por lo mismo, desborda las potestades judiciales pretender que un tribunal –eludiendo dichos órganos e instancias constitucionales– expida una sentencia donde se interpreten genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que rigen la materia, a fin de incorporar al sistema previsional castrense a funcionarios ajenos a las instituciones armadas”.

En otras palabras, para el Tribunal Constitucional no existe en nuestro derecho la posibilidad de requerir a los tribunales de justicia de un pronunciamiento general y obligatorio sobre el régimen jurídico de los funcionarios públicos, porque ello está entregado en forma exclusiva a la Contraloría General de la República. En este sentido, para este Tribunal, aparentemente, habría una limitación material al ejercicio de la acción declarativa de mera certeza, la que estima existente y procedente en nuestro derecho (considerando 16° del fallo), pero no en materia de funcionarios públicos.

Es este estado de cosas, parece evidente que el Tribunal Constitucional jugó al límite de las posibilidades que establece la Constitución, ya que se pronunció sobre la cuestión jurídica de fondo debatida en juicio, yendo mucho más allá de la materia que le correspondía (la resolución competencial del conflicto). En este sentido queda en este caso en entredicho la prohibición constitucional establecida para todos los órganos del Estado de “avocarse a causas pendientes” que dispone el artículo 76 de la Carta Fundamental, la que obviamente también afecta al Tribunal Constitucional y (al Senado también por cierto), lo que no parece haberse advertido en la especie.

En el caso del Senado, la resolución adoptada es aún más paradójica. Si uno lee las argumentaciones expuestas por los Senadores en la sesión de sala en que se discutió el tema, es evidente las verdaderas razones para resolver la controversia como lo hicieron, lo que se aleja de la competencia constitucional atribuida y de la cuestión sometida a su conocimiento. En efecto, una de las cuestiones centrales que tiene en cuenta el Senado para resolver sobre la materia es el impacto económico que tendría una eventual resolución favorable de la Corte Suprema a las pretensiones planteadas por los demandantes, cuestión planteada por el Contralor en su exposición ante el Senado, lo que

evidentemente es ajeno a la controversia competencial promovida y debiera ser un elemento irrelevante para resolver ésta. Sin embargo, esta consideración económica obviamente pesó en la decisión del Senado, lo que da cuenta de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para resolver la materia, además de los efectos políticos que pudiera tener una resolución diferente.

En este sentido, habría sido interesante que el Senado hubiera reflexionado sobre los alcances que tiene desde una perspectiva institucional la contienda de competencias planteada, más allá de la cuestión de fondo debatida en el juicio y su impacto político y económico, pero supongo que ello es exigir mucho a un órgano político que la contingencia y la inmediatez impide debatir con una perspectiva republicana.

5. Los complejos efectos de la resolución del Senado

Por último, no puedo cerrar este comentario, sin hacer un breve alcance sobre los complejos efectos de la resolución adoptada por el Senado el 6 de marzo pasado, sobre todo teniendo en consideración las prevenciones manifestadas por el propio Ministro de la Excma. Corte Suprema en el Senado, la resolución de la propia Corte Suprema al recibir la decisión del Senado y las gestiones posteriores realizadas por el abogado de los demandantes en ambas causas.

Como se sabe, el Contralor General de la República promovió la contienda de competencia ante el Senado en contra de la Corte Suprema, tribunal ante el cual se estaba tramitando la causa Rol N°76325-2016, solicitando expresamente que se declarara su incompetencia para conocer del recurso de casación. Así, lo que el Contralor pide es la inhibición de la Corte para conocer de esta causa, atendida la competencia exclusiva de él para pronunciarse sobre el régimen previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Esto plantea una interrogante sobre los efectos de la resolución del Senado, ya que podría entenderse que ésta, al acoger la solicitud promovida por el Contralor, en los términos solicitados por éste, inhibe a la Corte Suprema a pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto, dando término al proceso judicial pendiente y dejando a firma sentencia definitiva emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago. Esto, que podría ser considerada en principio una tesis algo disparatada, fue afirmado por el propio Ministro de la Excma. Corte Suprema Sr. Sergio Muñoz en la comisión y en la sala del Senado, alertando a los Senadores de los efectos limitados que podrían tener su resolución y el eventual cumplimiento compulsivo del fallo de segunda instancia.

Desde luego esta tesis conspira con el efecto útil que se le debe asignar a cualquier resolución emanada de un órgano constitucional, más aún cuando ésta es ejercicio de una prerrogativa establecida en la Constitución para resolver las contiendas de competencia. Sin embargo, el problema existe y probablemente surge de la oportunidad en la que se plantea la controversia y la forma en que ésta se promueve y se solicita su resolución.

Respecto de lo primero, no es un dato menor que el Contralor General de la República sólo haya promovido la contienda cuando la causa se encontraba en tramitación ante la Corte Suprema y no en las instancias judiciales previas, como si lo hizo en el caso de la contienda planteada ante el Tribunal Constitucional ante la acción entablada en el año 2016 ((Rol N° 25.213-2016) ante el mismo 29° Juzgado de Letras Civil de Santiago. Claro, ello podría explicarse, desde el punto de vista práctico, por el cambio de Contralor General de la República¹⁵, lo que implica un cambio de criterio de actuación del órgano de control, aunque también podría haber influido la dictación de la sentencia desfavorable al Fisco por la Corte de Apelaciones de Santiago en agosto de 2016.

En todo caso, cualquiera que sea la motivación específica del Contralor para promover la contienda, es indudable que no parece razonable admitir que la contienda entre un órgano administrativo y un tribunal de justicia pueda ser planteado en cualquier momento del juicio por el primero, eligiendo con ello la instancia específica y el órgano llamado a resolver la contienda. Esto sería absurdo, ya que implicaría un uso abusivo del mecanismo de resolución de conflicto, debiendo preferirse una interpretación más razonable de las normas en juego, que obligara a los órganos que promueven la contienda a ejercer este derecho en la instancia judicial en la que se traba la controversia judicial.

Lo anterior no implica, desde luego, que no puedan trabarse por un órgano administrativo, como la Contraloría General de la República, contiendas de competencia con las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema (tribunales superiores de justicia), cuya resolución correspondería al Senado, pero ello sólo sería procedente en aquellos casos en que estos tribunales conozcan del asunto controvertido en primera o única instancia, ya que es en ese momento en que se generan los presupuestos fácticos que permiten trabar la contienda de competencia. De lo contrario el órgano administrativo puede elegir la oportunidad y el órgano resolutor de la contienda, cuestión que puede estar

¹⁵ El actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez Soto, asumió el cargo el 17 de diciembre de 2015.

marcada además por la resolución judicial favorable o desfavorable a sus intereses por la instancia judicial correspondiente.

Así, en este caso, la contienda sólo podría haberse planteado durante la tramitación del juicio en primera instancia y no en el momento de que se ventile el Recurso de Casación ante la Corte Suprema, como ocurrió en la especie, siendo entonces extemporánea su alegación por el Contralor en esta etapa.

Esta interpretación de las normas constitucionales, a mi juicio, evitaría también una controversia sobre los efectos de la resolución de la contienda, como ocurre en este caso, ya que al trabarse ésta con la Corte Suprema, se generan algunas dudas sobre los efectos de aquella sobre las sentencias dictadas en las instancias judiciales anteriores, ya que se podría pretender dar firmeza a éstas

6. Comentarios finales

Como se puede observar, la contienda de competencia planteada por el Contralor General de la República, más allá de la controversia jurídica misma, mantiene en penumbras otro conflicto político de mayor envergadura: el sistema de pensiones chileno. Éste es el verdadero telón de fondo del conflicto competencial planteado y que explica las acciones judiciales intentadas por los funcionarios públicos y, probablemente, la resolución política adoptada.

En efecto, con sus acciones judiciales los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil pusieron en el tapete la asimetría de los regímenes previsionales aplicables a la inmensa mayoría de los ciudadanos y los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros. Su desequilibrio es tal (4 a 10 veces de diferencia) que motivó a dichos funcionarios a intentar un cambio de régimen previsional aplicado. En ello no puede haber reproche, al contrario, sólo “sana” envidia por una eventual resolución favorable, considerando las paupérrimas pensiones que recibirán la mayoría de los chilenos en este sistema previsional privado injusto y degradante.

Las interrogantes que quedan son ¿si en el fondo existió para algunos el fundado temor de que la Corte Suprema dictara en este caso una sentencia favorable a las pretensiones de los demandantes? ¿Ello podía poner de alguna forma en cuestión el propio sistema previsional de los miembros de las Fuerzas Armadas, atendida su evidente inviabilidad financiera? ¿Cuánto esto hubiera impactado en la demanda ciudadana en contra del sistema privado de pensiones? Ninguna de estas preguntas tiene respuestas, pero me consta que algunos se las formularon.

¿FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EXCLUSIVA O CONCURRENTE? LA RESPUESTA JUDICIAL EN EL CASO LOS FIORDOS

Dominique Hervé Espejo^{1,2}

Resumen

En este trabajo se aborda la potestad de fiscalización ambiental de acuerdo con el nuevo diseño institucional creado a partir de la dictación de la Ley 20.417 de 2010 que vino a reformar la institucionalidad ambiental establecida mediante la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, del año 1994. En la primera parte se relata un caso –Los Fiordos– en el que se manifiesta la discusión en torno a la interpretación del modelo de fiscalización ambiental adoptado por la nueva legislación. Luego, en la segunda parte, se abordan las dos posiciones que se han desarrollado en torno al alcance y diseño regulatorio de la potestad de fiscalización ambiental, una que la concibe como una potestad exclusiva y excluyente de la Superintendencia del Medio Ambiente respecto de los instrumentos de carácter ambiental que señala la ley y, otra, que sostiene que esta potestad es concurrente con la potestad de fiscalización de los organismos sectoriales. Por último, la parte final se refiere al contenido de la sentencia judicial en el caso analizado, que adhiere a la tesis de la fiscalización concurrente entre la Superintendencia y los organismos sectoriales.

1. Introducción

La fiscalización ambiental constituye una de las potestades con que cuenta la Administración para lograr el cumplimiento de la normativa ambiental. Aun

¹ Abogada de la Universidad de Chile, Master en Derecho Ambiental del *University College London*, Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Agradezco los comentarios de Osvaldo de la Fuente C., quien generosamente revisó un borrador de este trabajo.

cuando se ha sostenido que esta actividad del Estado es dependiente o forma parte de la potestad sancionatoria, no cabe duda que un diseño regulatorio adecuado de la potestad fiscalizadora como tal, permite contribuir a alcanzar de manera eficiente el objetivo último del derecho ambiental, esto es, la protección del medio ambiente y la prevención de conductas que atenten contra dicho objetivo.

A continuación se abordan las diversas interpretaciones que han surgido sobre el modelo institucional adoptado a partir de la dictación de la Ley 20.417 de 2010, que reformó la institucionalidad ambiental y creó la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), como organismo a cargo del ejercicio de la fiscalización ambiental. El fallo judicial en el caso Los Fiordos parece zanjar al menos un aspecto de la discusión y permite determinar con más precisión cuáles son los actuales desafíos que presenta el diseño institucional de la potestad de fiscalización ambiental.

2. El Caso Los Fiordos.

Este caso tiene su origen en el procedimiento sancionatorio iniciado por la SMA contra la empresa Exportadora Los Fiordos Ltda, mediante formulación de cargos de fecha 13 de enero de 2015.³ Se trata de 38 cargos por hechos que se estimaron constitutivos de infracción, constatados en 18 Centros de Cultivos o Centros de Engorda de Salmones (CES) de la empresa, todas infracciones clasificadas como leves. Los hechos fueron constatados a través de inspecciones en terreno realizadas durante los años 2013 y 2014, por funcionarios del Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) en ejercicio de sus competencias sectoriales, con la excepción de una inspección a uno de los CES, realizada conjuntamente por funcionarios de Sernapesca y de la SMA. Esta última inspección dio origen a un Informe de Fiscalización elaborado por la SMA. Por su parte, los antecedentes obtenidos de las inspecciones de Sernapesca fueron enviados a la SMA mediante oficios separados como “denuncias sectoriales”. Todos estos antecedentes permitieron a la SMA realizar un análisis técnico-jurídico que dio origen a la formulación de cargos ya indicada. El procedimiento sancionatorio siguió adelante con la presentación de los descargos por parte de la empresa y con la incorporación al expediente de todos los antecedentes que se fueron obteniendo a través de la investigación, concluyendo con la dictación de la resolución sancionatoria SMA N°994, de

³ Procedimiento sancionatorio SMA Rol F-002-2015, expediente disponible en el siguiente link: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1192>

fecha 28 de octubre de 2015, que sancionó 35 infracciones –con multas que sumaron un total de 4.143 UTA– y absolvió a la empresa respecto de 3 de los cargos formulados en su oportunidad.

Cabe señalar que las inspecciones realizadas por funcionarios de Sernapesca tenían por objeto fiscalizar el cumplimiento de su normativa sectorial, específicamente el Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA)⁴ y el Reglamento Sanitario de la Acuicultura (RESA)⁵, ambos cuerpos reglamentarios de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA). Sin perjuicio de lo anterior, todos los CES involucrados contaban con Resolución de Calificación Ambiental (RCA), las que incorporaban como normativa ambiental aplicable a dichos reglamentos.

La empresa interpuso reclamo contra la resolución sancionatoria ante el Tercer Tribunal Ambiental⁶ quien dictó sentencia⁷ acogiendo parcialmente el reclamo y disminuyendo el total de las multas a 1.958 UTA. Contra dicha sentencia tanto la empresa como la SMA interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo, resolviendo la Corte Suprema⁸ rechazar los recursos de casación de la empresa y acoger los recursos interpuestos por la SMA, lo que dio como monto final de las multas establecidas el de 3.142 UTA.

Uno de los principales temas discutidos por las partes dice relación con las potestades de fiscalización de la SMA y de los organismos sectoriales. En particular, se cuestiona si los organismos sectoriales – en este caso, el Sernapesca- pueden fiscalizar directamente actividades que cuentan con un instrumento de carácter ambiental de competencia de la SMA – aquí se trata de RCAs- o si, por el contrario, requieren de una encomendación previa y subprogramación por parte del organismo fiscalizador ambiental.

3. Diversas interpretaciones acerca del alcance de la potestad fiscalizadora ambiental en el nuevo diseño institucional.

La potestad fiscalizadora constituye una actividad de la Administración que se ha vinculado con la potestad sancionatoria, pero que en la actualidad ha

4 Decreto Supremo N°320 de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

5 Decreto Supremo N°319 de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

6 Expediente disponible en el siguiente link:
<https://causas.3ta.cl/causes/63/expedient/3658/?attachmentId=5829>

7 Tercer Tribunal Ambiental, Rol N°R-23-2015, sentencia de fecha 26 de mayo de 2016

8 Corte Suprema, Rol N°38.340-2016, sentencia de fecha 3 de agosto de 2017.

adquirido el carácter de potestad administrativa autónoma.⁹ Así, la fiscalización ambiental, entendida como “un conjunto de actividades jurídicas y materiales destinadas a verificar el cumplimiento de normas y condiciones ambientales”¹⁰ ha sido identificada como uno de los cuatro poderes con que cuenta la Administración para ejercer la actividad de policía en materia ambiental.¹¹ Lo anterior justifica detenerse específicamente en el análisis de esta actividad y su diseño regulatorio por parte del derecho ambiental nacional.

Se ha hecho evidente en los últimos años la complejidad y relevancia que ha alcanzado el diseño y ejercicio de la actividad fiscalizadora ambiental en la Administración, situación que contrasta con la casi total ausencia de regulación a su respecto en el origen de la institucionalidad ambiental nacional.¹² Tal como señala López¹³ la Ley N°19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), dictada en el año 1994, “procedió por dos caminos distintos respecto de las autorizaciones ambientales y de la fiscalización. En el primer caso, creó un sistema coordinado y jerarquizado, como es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en tanto que en el segundo mantuvo las atribuciones de fiscalización y sanción ambiental como responsabilidades sectoriales, dispersas y descoordinadas. De aquí que la gestión ambiental tiene una gran asimetría, ya que cuenta con un sistema para aprobar los proyectos, pero no tiene un método para fiscalizarlos”.

En efecto, la LBGMA no reguló la potestad de fiscalización ambiental, estableciendo – como se recordará – una sola disposición en la materia que se circunscribía a las RCA y que señalaba que “corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental”, pudiendo sancionar el incumplimiento

9 Leal, Brigitte, “Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora” en *Revista de Derecho Público*, Vol. 83, Segundo semestre, 2015, p.107.

10 Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Segunda Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2014, p. 450.

11 Ibid. Los otros tres poderes que identifica el autor son la reserva de autorización, la regulación y la potestad sancionadora.

12 Esta insuficiencia regulatoria se mantiene hasta ahora respecto de la potestad de fiscalización de los organismos sectoriales, lo que contribuye a explicar las confusiones existentes en torno al ejercicio de esta potestad.

13 López, Gianni, “Propuesta de una nueva institucionalidad para la fiscalización ambiental de la industria” en *Serie En Foco N°96 (Expansiva)*, 2006, p.3.

la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva. Este modelo de fiscalización fue ampliamente criticado y cuestionado, existiendo consenso en su debilidad institucional.¹⁴

Es así como en 2010, se reforma la institucionalidad ambiental nacional, diseñando un nuevo modelo de fiscalización ambiental establecido mediante la Ley N°20.417 (Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, LOSMA). La aplicación de este modelo, sin embargo, ha sido confusa y –en los pocos años que han transcurrido desde su entrada en vigencia– ha dado lugar a diversas interpretaciones en torno al alcance y sentido de sus disposiciones.

Específicamente, la confusión tiene su origen en lo establecido por el artículo 2 de la LOSMA que sostiene, en su inciso primero, que corresponde a la SMA “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización” de los instrumentos de carácter ambiental que señala la ley.¹⁵ En el inciso segundo del mismo artículo continúa y sostiene: “los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia”. Y termina, con un inciso tercero que señala: “los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”.

De lo aquí dispuesto se pueden deducir los siguientes elementos que configuran el diseño institucional en materia de fiscalización ambiental: i) la SMA ejerce un rol tanto de ejecución directa como de coordinación de la fiscalización ambiental; ii) los organismos sectoriales mantienen competencias de fiscalización ambiental; iii) la SMA ejerce un rol de rectoría técnica de la fiscalización ambiental. Cabe señalar que todos ellos han sido objeto de diversas interpretaciones en cuanto a la determinación de su alcance y contenido. A continuación se resumen las diversas posiciones.

¹⁴ Figueroa, Eugenio y Hervé, Dominique, “Evaluación del marco institucional y de la gestión ambiental en Chile” en Serie En Foco N°97 (Expansiva), 2006, p.3.

¹⁵ Los instrumentos que señala la ley son: las Resoluciones de Calificación Ambiental, las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, el contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

3.1. La potestad de fiscalización ambiental de la SMA es exclusiva y excluyente.

Esta interpretación fue adoptada por la SMA a la entrada en vigencia de sus potestades fiscalizadoras y sostiene que el artículo 2 de la LOSMA atribuye una competencia exclusiva y excluyente a la SMA para fiscalizar los instrumentos de carácter ambiental allí expresados. Por lo tanto, los organismos sectoriales son incompetentes para fiscalizar dichos instrumentos y sólo pueden colaborar en la fiscalización ambiental si, primero, existe un convenio previo de encomendación de acciones de fiscalización entre la SMA y el órgano sectorial y, segundo, una subprogramación de la actividad de fiscalización específica.¹⁶ Esta posición se basa, por una parte, en una interpretación literal de algunas disposiciones de la LOSMA¹⁷ pero, sobre todo, en las conclusiones de la evaluación del desempeño ambiental de Chile elaborado por la OCDE¹⁸ y en la discusión nacional previa a la reforma a la LBGMA, que postulaba la creación de una institución que concentrara en un órgano especializado la fiscalización ambiental, evitando duplicidad de funciones.¹⁹

La tesis de la fiscalización exclusiva y excluyente ha tenido apoyo en diversos ámbitos. Desde la Contraloría General de la República (CGR) que mediante su dictamen N° 25081/2013²⁰ confirmó esta interpretación, pasando

16 A partir de esta interpretación es que la SMA suscribió, durante los años 2012 y 2013, convenios de encomendación de acciones de fiscalización con los diversos organismos públicos con competencias de fiscalización ambiental.

17 En particular, el artículo 2 inciso segundo, que sostiene: “*Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia*”. Y, el artículo 22 inciso primero, que señala: “*La Superintendencia realizará la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, como también encomendará dichas acciones a los organismos sectoriales, cuando corresponda*”.

18 Así, el informe en cuestión sostiene que “una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento”. OCDE&CEPAL, *Evaluaciones del Desempeño Ambiental, Chile*, 2005, p. 18.

19 Hernández, José, “El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjá vu?” en Revista de Derecho Ambiental, Año V, N°7 (Enero-Junio 2017), pp.7-34. Ver en particular pp. 21 y 22, donde se citan diversos autores y autoridades que sostienen esta idea como base del diseño institucional de la reforma, en materia de fiscalización.

20 El dictamen sostiene, en lo relevante, que “cabe concluir que, a partir del 28 de diciembre de 2012, la autoridad sanitaria, dado su carácter de organismo sectorial, sólo debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental en comento, en la medida que esa Superintendencia le encomiende la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, para lo cual ha de ajustarse a los criterios que aquella fije en relación a la forma de desempeñar tales labores”.

por ciertos servicios públicos que la han defendido con posterioridad,²¹ hasta algunos autores nacionales que la suscriben.²²

Sostener el monopolio o exclusividad de la fiscalización ambiental por parte de la SMA, sin dudas permite superar – al menos teóricamente- ciertos problemas identificados en el modelo institucional previo a la reforma de la LBGMA. En particular, es posible mencionar dentro de estos problemas a la fragmentación de la fiscalización ambiental, la superposición o duplicidad de funciones fiscalizadoras y la ausencia de control sobre los distintos órganos del Estado con competencias en la materia. Por otra parte, también se pueden incluir la evidente falta de planificación de la fiscalización ambiental en el modelo anterior, la coexistencia de diversas metodologías de fiscalización para enfrentar situaciones similares, la falta de procedimientos de información de fiscalización ambiental entre los órganos involucrados y la ausencia de un enfoque ambiental en la fiscalización sectorial.²³

Sin embargo, junto con superar los problemas anteriormente identificados, la adhesión a una mirada de la fiscalización ambiental como una potestad exclusiva y excluyente de la SMA conlleva una serie de nuevas y problemáticas implicancias que se han ido manifestando con el tiempo. Así, por ejemplo, destaca la ineficiencia de un modelo de estas características. En efecto, el argumento que sostuvo que los organismos sectoriales perdieron sus propias competencias de fiscalización ambiental en todo lo relacionado con los instrumentos de carácter ambiental que la ley entregó de manera exclusiva a la fiscalización de la SMA, generó –en la práctica– una reacción de pasividad en la fiscalización ambiental por parte de los organismos sectoriales.²⁴ Es decir, frente a la disyuntiva de destinar sus esfuerzos fiscalizadores a sus propias competencias o a colaborar con la SMA en el cumplimiento

21 Por ejemplo, el Subsecretario de Salud y el Secretario Regional Ministerial (Seremi) de Salud de la Región Metropolitana, en sus declaraciones realizadas en julio de 2016, ante la Comisión Especial Investigadora (CEI) de la Cámara de Diputados, sobre “la actuación de los organismos públicos competentes en relación con el incendio ocurrido en el relleno sanitario Santa Marta”, sostuvieron que la competencia fiscalizadora sobre los rellenos sanitarios que cuentan con RCA corresponde de forma exclusiva y excluyente a la SMA. Ver Informe de la Comisión en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28040&prmTIPO=INFORMECOMISION> (pp.53-55).

22 Cannoni, Leslie et al, “El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la Superintendencia del Medio Ambiente para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el artículo 2 de la LOSMA”, *Revista de Derecho Ambiental* N°5 (2015) pp.115-151; Bergamini, Kay & Pérez, Cristián, “Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes”, *EURE* Vol. 41 N°124 (septiembre 2015), pp. 267-277.

23 Ver, por ejemplo, el diagnóstico de Bergamini, Kay & Pérez, Cristián, ob.cit., pp. 268-269.

24 Hernández, José, ob.cit, p. 31.

de funciones ajenas –y sin existir obligaciones presupuestarias que así lo exigieran²⁵– fue evidente la destinación de los recursos escasos al ejercicio de sus competencias propias en desmedro de la fiscalización ambiental.²⁶ Como sostiene Hernández “si antes la fiscalización ambiental era generalmente un giro secundario de estos servicios (...) pasará progresivamente a ser un giro terciario”.²⁷

Por otro lado, el diseño de una autoridad que concentra y monopoliza la potestad de fiscalización de todos los instrumentos de gestión ambiental, exige considerar las complejidades y características de cada uno de estos instrumentos, lo que no ocurre en la legislación actual.²⁸ Por ejemplo, basta mencionar ciertas normas de emisión –como la norma de ruidos para fuentes fijas²⁹ o las normas de emisión de vehículos motorizados³⁰– para comprender que la diversidad de fuentes emisoras y destinatarios de tales instrumentos exige abordar su fiscalización desde un enfoque distinto al que se puede establecer para fiscalizar una RCA. Lo mismo se puede sostener respecto de los planes de descontaminación, que comprenden una serie de medidas sectoriales además de instrumentos propiamente ambientales, los que –en su conjunto– permiten lograr el objetivo de volver al cumplimiento de la norma de calidad ambiental. En conclusión, concebir una institución fiscalizadora especializada y que concentre, al mismo tiempo, la fiscalización de todas y cada una de estas materias requeriría de un diseño regulatorio diferente al actual, que permitiera a la SMA dar una respuesta fiscalizadora adecuada a la diversidad de instrumentos bajo su control.

25“... si bien se establecen presupuestos sectoriales para fiscalización ambiental, la ausencia de glosas específicas en la Ley de Presupuestos, que obliguen a destinar montos de dinero para fines específicos en la materia, provoca que el financiamiento se confunda con otras prioridades de los servicios públicos”. Bergamini, Kay & Pérez, Cristián, ob.cit. p. 272.

26 La disminución de las actividades subprogramadas por la SMA desde el 2013 en adelante se puede revisar en las resoluciones que aprueban los subprogramas para cada instrumento de gestión ambiental, donde los organismos sectoriales comprometen un número de actividades de fiscalización a realizar cada año. Ver: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Resolucion/Programa>

27 Hernández, José, ob.cit., p. 31.

28 Bergamini, Kay et al, “Fiscalización, sanción y control ambiental en Chile. Diagnóstico y Propuestas para la Superintendencia del Medio Ambiente y Tribunales ambientales”, en Pontificia Universidad Católica de Chile, Concurso de Políticas Públicas, *Propuestas para Chile*, 2017, p. 178

29 Decreto Supremo N°38 de 2011 del Ministerio de Medio Ambiente.

30 Se trata de diversos decretos dictados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, tales como: Decreto Supremo N° 211/1991, normas de emisión de vehículos motorizados livianos; Decreto Supremo N° 82/1993, establece normas de emisión a vehículos y motores que indica; o Decreto Supremo N° 4/1994, establece normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados y procedimientos para su control.

3.2. La potestad de fiscalización ambiental de la SMA es concurrente con la de los organismos sectoriales.

Esta interpretación, por el contrario, sostiene que la potestad de fiscalización ambiental de la SMA no es excluyente de la potestad que tienen en la materia los organismos sectoriales, dado que el título de intervención en ambos casos es diferente.³¹ En efecto, el criterio de la LOSMA para asignar competencias de fiscalización ambiental a la SMA es el de la existencia de “instrumentos de carácter ambiental”, en cambio, la legislación sectorial atiende principalmente a los diversos componentes del medio ambiente para dicha atribución. Ambas potestades pueden superponerse por lo que resulta necesario interpretar las normativas respectivas de manera de evitar duplicidad de funciones y someter la mayor cantidad de actividades y fuentes al control de la Administración.

Es decir, de acuerdo con esta interpretación los organismos sectoriales conservan sus competencias y potestades de fiscalización ambiental, las que se ejercen respecto de todas las materias e instrumentos que no sean de competencia de la SMA. De esta manera, el RAMA, el RESA o el Reglamento sobre condiciones sanitarias y de seguridad básicas en los rellenos sanitarios (RRS)³², por ejemplo, no son instrumentos de gestión ambiental, por lo tanto su fiscalización permanece en los organismos sectoriales. Sólo aquellos aspectos que se incorporen a una RCA serán de competencia de la SMA, la que podrá fiscalizarlos directamente o encomendarlos a los organismos sectoriales a través de los subprogramas. Sin perjuicio de lo anterior, el organismo sectorial que en el ejercicio de sus propias competencias fiscalizadoras identifique incumplimientos a la RCA deberá denunciarlos a la SMA, de acuerdo con lo que dispone el artículo 59 inciso segundo de la LOSMA.³³

Bajo este entendimiento es que la administración de la SMA, en un cambio de posición institucional, trabajó a partir del 2014 en la creación de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA). Red que se consolidó a partir

³¹ A su vez, se indica como argumento de interpretación literal de la ley a favor de esta posición, la diferencia en la redacción del artículo 2 respecto del artículo 35, ambos de la LOSMA. El primero es deliberadamente más amplio que el segundo, que se refiere a la potestad sancionatoria en los siguientes términos: “Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones...”. Por lo tanto, sólo la potestad fiscalizadora no es exclusiva de la SMA y, por el contrario, no cabe duda que la potestad sancionatoria sí lo es. Este diseño institucional de una potestad fiscalizadora no exclusiva en contraposición con una potestad sancionatoria que sí lo es, evidentemente genera ciertos efectos muy relevantes de analizar que, sin embargo, no son materia de este trabajo.

³² Decreto Supremo N°189 de 2008, del Ministerio de Salud.

³³ “Los organismos sectoriales con competencia ambiental que, en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia.”

de un convenio de colaboración suscrito por la SMA y los diversos organismos sectoriales con competencias de fiscalización ambiental, con la finalidad de “fortalecer el modelo de fiscalización ambiental creado por la Ley 20.417, haciendo un uso eficiente de las capacidades de fiscalización de los organismos con competencia ambiental a nivel nacional”.³⁴

Esta segunda interpretación fue validada por la CGR en diversas oportunidades³⁵ y ha sido desarrollada recientemente en una publicación de un autor nacional.³⁶ A su vez, es la tesis que confirma el fallo judicial del caso Los Fiordos que se analizará más adelante.

Para explicar las implicancias de esta interpretación en lo que dice relación con la fiscalización de las RCA, vale la pena destacar lo dispuesto por el dictamen N°61224/16, que se pronuncia a solicitud de la CEI de la Cámara de Diputados sobre “la actuación de los organismos públicos competentes en relación con el incendio ocurrido en el relleno sanitario Santa Marta”. En dicho dictamen, la CGR sostiene que:

“La SMA tiene a su cargo la ejecución, organización y coordinación de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental detallados en el inciso primero del citado artículo 2°, entre los cuales no se encuentra la regulación contemplada en el decreto N°189, de 2005 del Ministerio de Salud. Por ende, después del inicio de la plena vigencia de la ley N° 20.417, las secretarías regionales ministeriales de salud conservan su facultad y deber de fiscalizar y sancionar el incumplimiento del referido texto que reglamenta el Código Sanitario. A su turno, compete a la SMA organizar y coordinar la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental que rigen la actividad desarrollada por los rellenos sanitarios –entre los cuales se encuentran las resoluciones de calificación ambiental pertinentes–, como también sancionar su inobservancia. En este contexto, es conveniente aclarar que la circunstancia de que un determinado proyecto cuente con una

³⁴ Este convenio fue aprobado por Resolución Exenta SMA N°673 de 14 de agosto de 2015. Esta misma resolución deja sin efecto las resoluciones que aprobaron los convenios de encomendación suscritos con los mismos servicios durante los años 2012 y 2013, con la única excepción del convenio de encomendación suscrito con la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS).

³⁵ Por ejemplo, se pueden citar los Dictámenes N°57823/16 y N°61224/16.

³⁶ Hernández, José, ob.cit., pp. 26-29.

resolución de calificación ambiental, no releva a las secretarías regionales ministeriales de salud de su deber de fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la normativa contenida en el citado decreto N° 189, de 2005, que no ha sido establecida en el instrumento de gestión ambiental pertinente.”

Esta interpretación del modelo de fiscalización aplicado a las RCA exige abordar un aspecto que ha resultado problemático para la fiscalización y que deriva de una práctica desarrollada en la elaboración del instrumento, durante la evaluación ambiental del proyecto. En efecto, las RCA se caracterizan por su rol integrador de la normativa ambiental aplicable a una actividad determinada por lo que el acto administrativo que pone término a la evaluación ambiental debe contener todas las obligaciones jurídicas ambientales aplicables al proyecto, incluyendo tanto aquéllas contenidas en el ordenamiento jurídico ambiental y sectorial, como las medidas que se propongan para mitigar, compensar y reparar sus efectos, características y circunstancias. En la práctica, esto exige una elaboración precisa de las RCA que permita distinguir las competencias de fiscalización ambiental de las competencias sectoriales de fiscalización de las obligaciones de un proyecto que cuenta con RCA. Lo anterior, sin embargo, generalmente no se cumple ya que existe la mala costumbre de incorporar los reglamentos sectoriales completos en las RCA, a través de una referencia genérica a los mismos, produciendo un evidente problema a la hora de determinar quién debe fiscalizar su cumplimiento. Lo anterior ha sido advertido por la CGR que ha señalado:

“Es del caso formular la prevención en orden a que las comisiones de evaluación y el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, al dictar las resoluciones de calificación ambiental respectivas, deben abstenerse de fijar en ellas normas, condiciones o medidas cuyo contenido no sea ambiental, de manera de evitar interferencias en el ejercicio de las atribuciones propias de los organismos sectoriales. En tal sentido, cabe manifestar que es obligación de los órganos de la Administración del Estado dar cumplimiento al principio de coordinación consagrado en el inciso segundo del artículo 5° de la ley N° 18.575, en virtud del cual deben desarrollar sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.”³⁷

³⁷ Dictamen CGR N°61224/16.

Por lo tanto, para una adecuada fiscalización de las RCA resulta necesario revisar la práctica institucional existente en la evaluación ambiental de proyectos, de manera de poder fiscalizar de manera eficiente las obligaciones aplicables a cada proyecto que se somete a dicho sistema. Es decir, se puede concluir que para la correcta aplicación de un modelo de fiscalización no parece razonable perder de vista en la elaboración del instrumento, el diseño regulatorio aplicable para su fiscalización.

De lo expuesto hasta aquí se puede fácilmente concluir que esta nueva interpretación reproduce— en algún nivel— el modelo coordinador y fragmentado que se quiso superar con la reforma y, por lo tanto, los problemas que allí se identificaron. Sin embargo, el nuevo diseño institucional contempla mecanismos para resolver las problemáticas presentadas en el antiguo modelo.

En primer lugar, cabe referirse a la obligación —según lo dispuesto en los artículos 16 y siguientes de la LOSMA— de planificar las fiscalizaciones a través de los llamados programas y subprogramas que constituyen “instrumentos de gestión administrativa donde, en función de los objetivos propuestos y los medios disponibles para alcanzarlos, se identifican las prioridades de fiscalización para un año calendario”.³⁸ De esta manera la coordinación del sistema integrado de fiscalización ambiental se constituye en un sistema de “coordinación directiva” que lleva adelante la SMA, resolviendo así la posible duplicidad de funciones y la ausencia de control sobre los organismos con competencia en la materia. En palabras de Hernández, la SMA “ejerce un poder coordinante y directivo que condiciona el ejercicio de las competencias de fiscalización del otro organismo” y, a su vez, “los demás servicios públicos conservan sus competencias, pero de forma subordinada” no pudiendo rehusar jurídicamente integrarse a los subprogramas de fiscalización.³⁹

Por otra parte, se debe mencionar también la rectoría técnica que ejerce la SMA respecto de la fiscalización ambiental, tal como lo señala el artículo 25 de la LOSMA⁴⁰ y las facultades que tiene, por ejemplo, para requerir de los organismos sectoriales que cumplan labores de fiscalización ambiental, las informaciones y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de

38 Según la definición dada por la propia SMA. Ver Hernández, José, ob.cit., p. 11.

39 Hernández, José, ob.cit. p. 28.

40 “Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”.

sus funciones.⁴¹ Estos mecanismos que contempla la ley se han fortalecido con el trabajo de la SMA en la RENFA, considerada como “una instancia de encuentro y colaboración técnica entre los organismos del Estado que desarrollan actividades de fiscalización ambiental y que se encuentran sujetos a las directrices que dicte la SMA en esta materia (...) En este sentido la RENFA busca fundamentalmente compartir conocimiento técnico sobre metodologías, procedimientos y protocolos de fiscalización ambiental (...)”.⁴² Por lo tanto, se puede concluir que existen mecanismos legales que permiten superar los principales problemas del modelo coordinador anterior.

Sin embargo, cabe señalar que la tesis de la fiscalización concurrente no logra resolver completamente uno de los principales problemas identificados con anterioridad, al analizar la posición que sostiene la potestad de fiscalización exclusiva y excluyente de la SMA. Esto es, la dificultad de concebir una institución fiscalizadora ambiental especializada y que sea al mismo tiempo competente para fiscalizar todos los instrumentos de gestión ambiental que contempla la ley.

En efecto, la ley entrega a la SMA la obligación de fiscalizar los “instrumentos de carácter ambiental” que expresamente indica y todos aquellos otros instrumentos que señale la ley. Cabe señalar que los instrumentos de gestión ambiental que contempla la LGBMA a pesar de compartir ciertas características – como su carácter multisectorial e integrador- tienen particularidades que los hacen muy diversos.⁴³ Así, las RCA, las normas de calidad, las normas de emisión y los planes de descontaminación – por no mencionar otros instrumentos que debe fiscalizar la SMA como son los llamados “impuestos verdes” o la Ley sobre la Responsabilidad Extendida del Productor (REP) –son todos instrumentos con características y destinatarios diferentes que exigen desarrollar capacidades administrativas de fiscalización específicas. El problema - que no logra resolver el nuevo diseño institucional de la fiscalización ambiental, incluso en su versión de la fiscalización concurrente– consiste en justificar que ciertas obligaciones contenidas en algunos instrumentos de carácter ambiental, no sólo pueden ser fiscalizados por organismos sectoriales, sino que *deben* ser fiscalizados (y también

41 Artículo 2 letra e) LOSMA.

42 Párrafo Segundo, Convenio RENFA, aprobado por Resolución Exenta SMA N°673 de 14 de agosto de 2015.

43 Hernández, José, “Criterio de diferenciación de normas de emisión para una adecuada aplicación de la reforma ambiental: el caso de los vehículos motorizados” en *Revista de Derecho Ambiental Año VI N°9* (Enero-Junio 2018), p.140.

sancionados) por ellos y no por la SMA. En particular, este problema se manifiesta respecto de ciertas normas de emisión y de algunas medidas contenidas en los planes de prevención y descontaminación.

En cuanto a las normas de emisión, cabe señalar que este instrumento regula situaciones muy diversas. En parte, esto se debe a la incorporación dentro del concepto de normas de emisión tanto de aquéllas que responden precisamente a la definición de la misma⁴⁴ –por ejemplo, la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas–⁴⁵ como de aquéllos estándares que se refieren a situaciones distintas de contaminación imputables a una fuente, como la norma de emisión de ruidos para fuentes fijas. Lo anterior significa que un mismo instrumento que debe fiscalizar la SMA se aplica a destinatarios y a situaciones con características muy diferentes y que requieren capacidades y recursos muy diversos.⁴⁶

Lo mismo se puede plantear para los planes de prevención y descontaminación que participan del carácter multisectorial de los instrumentos de gestión ambiental, tanto en su elaboración como en su fiscalización. Por lo tanto, integran medidas cuya fiscalización es de competencia de la SMA –ya sea directamente o a través de la subprogramación de organismos sectoriales con competencia ambiental– pero también incluyen otras medidas que deben ser fiscalizadas por los organismos sectoriales en virtud de sus competencias propias de fiscalización.⁴⁷ La SMA ha buscado interpretar la legislación aplicable de manera de poder justificar estas distinciones, sin embargo el diseño regulatorio del modelo de fiscalización ambiental no facilita ni aborda explícitamente estos casos.

4. La decisión judicial en el Caso Los Fiordos.

La relevancia de la decisión judicial en el caso Los Fiordos dice relación con que es el primer caso de un pronunciamiento judicial respecto a la interpretación del alcance de las potestades de fiscalización ambiental de la SMA y de los organismos sectoriales, constituyendo además hasta la fecha la única sentencia en la materia.

⁴⁴ Artículo 2 letra o) LBGMA, *Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora.*

⁴⁵ Decreto Supremo N°13 de 2011 del Ministerio de Medio Ambiente.

⁴⁶ Ver el análisis realizado por José Hernández respecto a la distinción entre normas de proceso y normas de producto. Hernández, José, ob. Cit. N°38, pp. 144 y ss.

⁴⁷ El clásico ejemplo de una medida inserta en un plan de descontaminación atmosférica cuya fiscalización es de competencia sectorial, es la restricción vehicular.

Las partes en este caso –por un lado la empresa Los Fiordos y por el otro, la SMA– asumieron posiciones contrapuestas en torno a la interpretación del diseño de la institucionalidad ambiental fiscalizadora.

La empresa Los Fiordos –adhiriendo a la tesis de la potestad exclusiva y excluyente– alegó, entre otras materias, la existencia de vicios legales en el procedimiento de fiscalización que dio origen al proceso sancionatorio en su contra. Sostuvo que se habrían vulnerado los siguientes artículos de la LOSMA: el artículo 22, por cuanto Sernapesca no fue encomendada por la SMA para hacer las inspecciones en sus centros de cultivo; el artículo 59, por cuanto para superar la falta de encomendación se habría justificado el actuar de Sernapesca amparándose en el concepto de órgano denunciante, sin cumplir con el requisito de analizar el mérito de la denuncia antes de proceder a inspeccionar; el artículo 8, dado que éste otorga la calidad de ministro de fe a los fiscalizadores de la SMA y no hace extensiva dicha calidad a los de otras instituciones; y el artículo 25, por cuanto las inspecciones no se habrían ajustado a los estándares establecidos por las instrucciones técnicas impartidas por la SMA.

En contraposición, la SMA alegó que no es necesario una encomendación para que los organismos sectoriales con competencias fiscalizadoras realicen actividades de inspección ni para que sus fiscalizadores tengan la calidad de ministros de fe – los fiscalizadores de Sernapesca tendrían dicha calidad en virtud del artículo 122 de la LGPA-, y que no existe impedimento legal para que Sernapesca actúe como denunciante, cuestión que no afecta el valor probatorio de los hechos constatados. Argumentó que, de acuerdo con el artículo 47 LOSMA, la SMA a partir de una sola denuncia, cuando considere que está revestida de seriedad y mérito suficiente, puede instruir un procedimiento sancionatorio. Por último, sostuvo que, en este caso, no eran aplicables las instrucciones técnicas de la SMA – las que son exigibles respecto de las fiscalizaciones subprogramadas- dado que se trataba de inspecciones realizadas por funcionarios de Sernapesca en el ejercicio de sus competencias sectoriales y que, en todo caso, la reclamación debía argumentar cómo el incumplimiento de las instrucciones en el caso concreto habría causado un perjuicio a la empresa.

La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental rechazó la reclamación de la empresa en estos puntos, acogiendo lo planteado por la SMA en torno a las potestades de fiscalización de los organismos sectoriales. En particular, el fallo se detiene en la improcedencia de los convenios de encomendación para que

los organismos sectoriales puedan fiscalizar. En efecto, distingue entre “encomienda de gestión” y “encomendación de funciones”, sosteniendo que la primera es excepcional y está permitida solo en los términos de la Ley 18.575, que señala que ésta se hace a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante contrato, por lo que este mecanismo no es aplicable al presente caso. En cuanto a la “encomendación de funciones”, tampoco sería aplicable ya que procede entre dos entes de derecho público para que uno de ellos, que no es naturalmente competente, ejerza las atribuciones del que lo es, en aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público. Es decir, este último caso sólo aplicaría donde la SMA no tuviese presencia, cuestión que no ocurre en la práctica ya que ésta tiene presencia en todas las regiones. Concluye así, que la interpretación propuesta por la empresa privaría también de efecto al artículo 17 LOSMA, ya que los programas y subprogramas solo permitirían la fiscalización en la medida que existan estos convenios. En cuanto al incumplimiento de las instrucciones técnicas de la SMA, señala que no implica automáticamente la nulidad de lo obrado, sea por la SMA o por los organismos sectoriales, sino que debe estarse al caso específico. Por último, se reconoce la calidad de ministros de fe de los fiscalizadores de los organismos sectoriales, en la medida que sus leyes sectoriales la atribuyan y por lo tanto, se reconoce la presunción legal de veracidad respecto de los hechos consignados por ellos, de acuerdo con los artículos 8 y 51 LOSMA.

Por lo tanto –sostiene la sentencia– los programas y subprogramas son herramientas de gestión pública que no son vinculantes, ya que por ejemplo, si se hacen más inspecciones que las programadas, no se puede concluir que las hechas en exceso son nulas. De manera que las inspecciones a instalaciones no priorizadas dentro de un subprograma de fiscalización, realizadas por Sernapesca en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras de los instrumentos de gestión de recursos naturales que se insertan en el contenido autorizatorio de una RCA, tienen valor legal y únicamente imponen la obligación de derivar a la SMA los antecedentes con carácter de denuncia.

Así, el Tercer Tribunal Ambiental adhiere a la tesis de la fiscalización concurrente de la SMA con los organismos sectoriales y sostiene que la SMA ejerce la coordinación directiva respecto de la fiscalización ambiental y que los organismos sectoriales conservan su competencia respecto de los instrumentos de gestión de recursos naturales insertos en el contenido autorizatorio de las RCA.

Por su parte, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la empresa, confirmando la sentencia del Tribunal Ambiental en este aspecto. Sostuvo que es posible que “en el marco de una fiscalización realizada por un organismo sectorial, dentro del ámbito de la competencia específica entregada por el cuerpo normativo que lo rige, surjan cuestiones que se relacionan directamente con incumplimientos de carácter ambiental, caso en el cual el organismo respectivo deberá denunciar las infracciones ante la SMA.” Especial mención hace la sentencia al inciso segundo del artículo 22 LOSMA, que señala que la SMA deberá informar a los organismos sectoriales de la ejecución de sus inspecciones, mediciones y análisis “*de manera de evitar duplicidad de funciones*”, disposición que carecería de toda lógica si los organismos sectoriales sólo pudieran cumplir labores de fiscalización en materia ambiental en relación a programas y encomendación de funciones realizadas por la SMA. La Corte reitera lo señalado y sostiene que “lo esperable es la planificación y coordinación de las autoridades administrativas, pero ante fiscalizaciones específicas no es posible que las entidades sectoriales omitan consignar los hechos que observen y que están relacionados con disposiciones medioambientales. Es en este caso que darán cuenta a la SMA.”

En cuanto a sí los hechos constatados por los funcionarios de Sernapesca gozan de presunción de veracidad, atendida la calidad de ministros de fe de aquellos, la Corte sostuvo que no existe norma alguna en la LO-SMA que permita descartarla. En efecto, el artículo 8 de la LO-SMA establece que el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, refiriendo que los hechos establecidos por aquellos constituirán presunción legal. “Tal precepto, tiene por única función entregar el carácter de ministros de fe a funcionarios de un órgano que es creado por ese cuerpo normativo, y la razón radica en que ello es una norma imprescindible para el funcionamiento de la nueva estructura ambiental establecida en esa ley. Así, la consagración de tal precepto de modo alguno excluye el carácter de ministro de fe de los funcionarios de los órganos sectoriales que les es entregado por las leyes especiales que los rigen. En este aspecto, se debe precisar que el artículo 51 del mencionado texto legal dispone que los hechos constatados por los funcionarios a los que se les reconozcan la calidad de ministro de fe, tendrá el valor probatorio indicado en el artículo 8°, esto es, gozarán de la presunción legal de validez, cuestión que viene en ratificar lo hasta ahora reseñado, toda vez que claramente se está refiriendo a los ministros de fe de

otros servicios públicos, pues cualquier interpretación en contrario haría redundante la disposición.”

De todo lo anterior se deduce que tanto el Tercer Tribunal Ambiental como la Corte Suprema validaron jurisprudencialmente la tesis de la fiscalización concurrente de la SMA con los organismos sectoriales, zanjando al menos algunos de los aspectos discutidos en torno al diseño institucional de la potestad de fiscalización ambiental.

5. Conclusiones.

De lo expuesto en este trabajo se puede concluir que a partir de la entrada en vigencia de la potestad de fiscalización ambiental de la SMA, se han adoptado dos posiciones distintas y contrapuestas respecto del alcance y sentido del diseño regulatorio en esta materia.

Por una parte, se ha sostenido que la SMA tiene la potestad de fiscalización ambiental exclusiva y excluyente de todos los instrumentos de carácter ambiental que señala la ley, concentrando y monopolizando la fiscalización en estas materias. Por otra parte, se sostiene que la fiscalización ambiental de la SMA es concurrente con la de los organismos sectoriales, que mantienen sus competencias fiscalizadoras, las que son coordinadas por la SMA. Las implicancias no menores de adoptar una u otra de estas posiciones se han evidenciado con el transcurso del tiempo y dicen relación principalmente con la eficiencia y eficacia del ejercicio de la potestad fiscalizadora ambiental.

El fallo judicial en el caso Los Fiordos viene a zanjar judicialmente esta controversia validando la tesis de la fiscalización concurrente.

Lo anterior aclara el panorama en ciertos aspectos, sin embargo no resuelve completamente todas las complejidades e imprecisiones del diseño regulatorio de la potestad de fiscalización ambiental. En particular, se mantienen los desafíos relacionados con la diversidad y particularidad de cada instrumento fiscalizable, que exige capacidades y regulaciones especiales por parte de la SMA.

Es posible pensar, sin embargo, que muchos de estos problemas que persisten en la aplicación del modelo institucional de la fiscalización ambiental, se pudieran contribuir a resolver si la autoridad competente tuviera presente al momento de elaborar un instrumento de carácter ambiental – ya sea una RCA, una norma de emisión o un plan de descontaminación- el impacto que dicho instrumento tiene en la fiscalización, de manera de generar instrumentos que sean, en la práctica, fiscalizables.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URBANÍSTICO: LAS LECCIONES DEL FALLO MALL BARÓN

José Miguel Valdivia¹

La sentencia de la Corte Suprema de 27 de diciembre de 2017 (Rol 15.561-2017) resuelve definitivamente las controversias suscitadas por un proyecto inmobiliario consistente en la habilitación de un centro comercial situado en un extenso (y atractivo) paño de terreno en el borde costero de Valparaíso, en las cercanías del antiguo muelle Barón. Sin duda, el efecto material del fallo es de la primera importancia para los actores involucrados. La Corte anuló el permiso urbanístico que amparaba al proyecto, el cual ya no podrá llevarse adelante. Para los decisores públicos –la Municipalidad de Valparaíso y Empresa Portuaria de Valparaíso–, la sentencia ofrece de nuevo la posibilidad de articular proyectos de aprovechamiento del borde costero que cuenten con suficiente legitimidad política, social y jurídica. Para el derecho, su importancia –nada de modesta– se manifiesta principalmente en dos ámbitos: el derecho del urbanismo y el derecho de lo contencioso administrativo.

1. El fallo Mall Barón ante el derecho urbanístico

1.1. Importancia creciente del contencioso urbanístico.

Ante todo, el fallo da cuenta de la importancia creciente de la litigación judicial en el terreno urbanístico. Desde hace algún tiempo los tribunales vienen siendo una de las sedes en que se discuten cuestiones urbanísticas, aunque el enfoque tradicional de las Cortes ha sido más bien conservador. Sea por espíritu de protección de los intereses del propietario (aquí, las empresas inmobiliarias), sea por deferencia hacia la autoridad en un campo en que abundan

¹ Doctor en derecho por la Université Paris II, Panthéon-Assas, abogado y licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de Chile; profesor de derecho administrativo en la Universidad de Chile.

regulaciones de enorme tecnicismo, hasta hace poco la judicatura no se mostraba como un terreno propicio para canalizar por medio del derecho las críticas de la ciudadanía contra proyectos controvertidos. El fallo Mall Barón es uno de los pocos que ha puesto freno a proyectos inmobiliarios, y esa es tal vez la principal razón por la que llama la atención.

El fallo muestra un cambio de actitud de la judicatura, que revela las virtualidades de los mecanismos ordinarios de litigación administrativa (aquí, un reclamo de ilegalidad municipal) como herramientas para controlar eficazmente la legalidad de las operaciones urbanísticas. Este cambio se dimensiona mejor si se advierte el carácter de interés público del litigio en cuestión y la ausencia de canales jurisdiccionales específicos para procesar este tipo de cuestionamientos.

a. El litigio urbanístico como litigio de interés público.

Es cada vez más importante el papel de los vecinos, más o menos organizados, en el monitoreo y cuestionamiento de operaciones inmobiliarias y urbanísticas. Esta actitud es bien comprensible, porque al final del día esas operaciones repercuten en las condiciones de vida en las ciudades. Las reglas urbanísticas, al mismo tiempo que hacen posible el ejercicio del derecho de propiedad raíz urbana, arbitran riesgos. En concreto, los riesgos derivados de las externalidades negativas de la construcción en suelo urbano: ¿hasta dónde los absorbe el individuo que las genera o el colectivo que las soporta? Si la autoridad pública está llamada a sopesar esos intereses dentro del marco legal, la comunidad juega un papel de gran importancia en el monitoreo de estos actores.

Ahora bien, en el campo del litigio, la defensa de los intereses colectivos o difusos ha sido tradicionalmente subestimada en el derecho chileno. Las herramientas procesales clásicas se adaptan mal a este tipo de cuestiones² y los jueces están mucho más acostumbrados a adjudicar cuestiones más sencillas. La expansión del litigio administrativo, que en sus inicios en Chile fue preponderantemente de interés privado, sin duda ha permitido canalizar algunas de las manifestaciones del litigio de interés público. En este sentido, el ámbito urbanístico guarda semejanza con el derecho del medio ambiente, en el que también se ha visto desplegarse una intensa litigación de interés público, en razón del carácter colectivo de los intereses que cautela.

² Carlos Peña, "Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales", *Cuadernos de Análisis Jurídico. Las acciones de interés público. Argentina, Chile, Colombia y Perú*, N° 7, 1997, p. 353 y ss.

b. Carácter inespecífico de la solución de controversias urbanísticas.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre precisamente en el derecho ambiental³, en el ámbito urbanístico no se han desarrollado medios de solución de controversias específicos. La regulación urbanística es mucho más antigua, y obedece a un modelo en cierto modo indiferente a las disputas entre la autoridad y los destinatarios de sus actos, sean promotores inmobiliarios o la ciudadanía más o menos organizada⁴. Por eso, para canalizar cuestionamientos hacia las decisiones públicas se ha tenido que recurrir a las herramientas del derecho administrativo común.

Es verdad que a veces las discrepancias se encauzan mediante los mecanismos técnicos propios del sector urbanístico. En este plano conviene recordar el importante papel que juegan la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo (DDU) y los respectivos secretarios regionales ministeriales, en la interpretación de la legislación urbanística y de los instrumentos de planificación territorial (LGUC, art. 4). Es más, la ley instituye un mecanismo administrativo de reclamo contra los actos urbanísticos de los directores de obras municipales, cuyo conocimiento compete a esos secretarios regionales ministeriales (LGUC, arts. 12 y 118). En todo caso, se trata de mecanismos administrativos y no jurisdiccionales de solución de controversias, con todo lo que implica desde la perspectiva de su docilidad a consideraciones políticas y a la fuerza jurídica del pronunciamiento.

Algunas cuestiones urbanísticas también se elevan al conocimiento de la Contraloría General de la República. En general, la Contraloría suele tener espíritu receptivo frente a algunos cuestionamientos contra irregularidades municipales en este campo. Sin embargo, la fuerza jurídica de los dictámenes es relativamente frágil, y su papel no siempre es bien percibido por los jueces⁵.

La sentencia que se comenta refleja que los conflictos urbanísticos pueden canalizarse —exitosamente para los demandantes— por medio de mecanismos

3 Cf. Ley 20.600.

4 Los textos fundamentales de la disciplina son la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el DFL 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1975 (“LGUC”) y la llamada Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, reglamento aprobado por Decreto Supremo 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1992 (“OGUC”).

5 De hecho, en unos casos bien famosos de hace unos diez años la judicatura se mostró muy reticente a aceptar la intervención o las decisiones de la Contraloría en este campo, y la desautorizó de modo oficial; son también vestigios de una actitud conservadora en la protección de los desarrolladores inmobiliarios. Entre otras, v. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de abril de 2006, *Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile c/ Contralor General de la República*, Rol 8344-2005, confirmada por Corte Suprema, 2 de julio de 2006, Rol 2224-2006.

judiciales de derecho administrativo común. En el caso, el camino empleado fue el del reclamo de ilegalidad municipal, procedimiento de impugnación administrativa de decisiones del alcalde y los funcionarios municipales en general (Ley orgánica constitucional de Municipalidades, art. 151). Hasta hace poco se ha discutido la procedencia de este mecanismo de reclamo para el cuestionamiento de decisiones urbanísticas⁶, aunque la jurisprudencia ha despejado su procedencia⁷. Por todas estas razones contextuales, la sentencia Mall Barón solo puede mirarse con simpatía, al dar cuenta de la apertura de un foro en que se puedan discutir eficazmente este tipo de asuntos.

1.2. Los conflictos derivados del emplazamiento de obras de infraestructura

Puntualmente, el caso del Mall Barón incide en cuestionamientos sobre el emplazamiento o la localización de proyectos que repercuten en la forma de la ciudad; en esto también se advierte una analogía con los litigios medioambientales (que tienen a menudo por telón de fondo una disputa sobre localización de proyectos)⁸. La conexión entre litigio de interés público y los cuestionamientos al emplazamiento de obras de infraestructura se comprende con facilidad: mientras la definición de la manera en que se emplea el espacio compartido de un pueblo (la forma en que se habita, se aprovecha, se construye y se preserva) es una aspiración legítima de la comunidad, el litigio de interés público permite prolongar esa aspiración hacia la escena judicial.

a. Rol de la comunidad en la planificación urbana.

La definición del emplazamiento de todo tipo de edificaciones o proyectos es típicamente un asunto que debe ser abordado, en el plano normativo, por medio de procedimientos de planificación territorial –aquí, urbana. En estos procedimientos suele tener intervención la comunidad, tal como dan cuenta

6 En un razonamiento lateral, una opinión doctrinal minoritaria estima que las normas urbanísticas no podrían ser invocadas como fundamento de un reclamo de ilegalidad municipal, porque la ilegalidad estaría concebida en términos rigurosamente formalistas (como violación de preceptos de jerarquía legal y no inferiores). Así, José Fernández y Felipe Holmes, *Derecho urbanístico chileno*, Santiago, Ed. Jurídica, 2008, p. 283 y ss., nota 6. *La jurisprudencia desmiente este argumento, como dan cuenta, en gran medida, los casos citados en la nota siguiente.*

7 Descartando que el reclamo de ilegalidad sea improcedente ante la eventualidad de ejercicio del recurso administrativo previsto en el art. 118 de la LGUC, Corte Suprema, 16 de junio de 2014, *Franzani Rojas c/ Mun. Lo Barnechea*, Rol 1919-2014; 22 de diciembre de 2014, *Manterola Urzúa c/ Mun. Quilicura*, Rol 23.766-2014; 26 de noviembre de 2015, *Delegación Zonal de Chiloé del Colegio de Arquitectos de Chile c/ Mun. Castro* (caso del denominado *Mall de Castro*), Rol 1669-2015; y 17 de mayo de 2016, *Manterola Carlson c/ Mun. Valparaíso*, Rol 9969-2015, primer round del caso *Mall Barón* aquí comentado.

8 Cf., por ejemplo, Ezio Costa, “¿El SEIA en crisis? Conflictos ambientales y ciudadanía”, *Derecho y Humanidades* N° 20, 2012, p. 357 y ss.

los textos fundamentales que rigen la planificación urbana (LGUC, art. 43). En el fondo, este modelo se justifica porque la legitimidad sustantiva de la planificación reposa en su adaptación a las necesidades y convicciones políticas, sociales o económicas de la comunidad⁹; por eso, sin tratarse de un mecanismo de democracia directa, normalmente suponen la convocatoria del público y la relevancia de sus intervenciones.

b. Implicancias del modelo de planificación urbana.

Ahora bien, este modelo de planificación supone el establecimiento de reglas del juego que, sin perjuicio de su contenido altamente técnico, tienen –al menos en cuanto toca a la definición de la propiedad del suelo urbano¹⁰– carácter general y abstracto. La obtención de permisos en este contexto supone un acto de concreción de esas reglas, en el que la ciudadanía no tiene intervención directa. ¿Debería tenerla? En la medida que, como ocurre precisamente en el plano urbanístico, la autoridad administrativa ejerce competencias regladas y no cuenta con márgenes de apreciación significativos, porque el destino constructivo de cada parcela del suelo urbano está delimitado rigurosamente por la planificación, sin que la administración cuente con márgenes de apreciación significativos, es bien discutible que la participación de la comunidad en este estadio sea necesaria, útil o conveniente. Por cierto, con fundamento en los principios generales del procedimiento administrativo algunos de los miembros de la comunidad pueden intervenir como terceros, conforme a las reglas generales, para ilustrar mejor el parecer de la autoridad (Ley de bases de los procedimientos administrativos, art. 21 en relación con los arts. 10 y 17 entre otros). Y, por supuesto, pueden intervenir *ex post* por medio de mecanismos de control.

1.3. Emplazamiento de obras de equipamiento mayor.

La cuestión de fondo discutida en el caso consistía en determinar si el Mall Barón podía instalarse en el lugar que se había escogido al efecto, zona portuaria céntrica de Valparaíso, en un paño de terreno que se sitúa entre el mar y la vía férrea ocupada por el Metro regional de Valparaíso– lo que la separa de la vialidad circundante. La situación precisa del terreno era muy importante

9 V. Luciano Parejo, *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Mendoza, Eds. Ciudad Argentina, 1986, p. 358 y ss.

10 Por cierto, la singularidad de la planificación rebasa la mera reglamentación de derechos; v. L. Parejo, *op.cit.*, p. 221 y ss.

para resolver el caso, en razón de las normas urbanísticas relativas a los edificios de “equipamiento” (como lo es un centro comercial).

a. La regulación técnica.

Las definiciones generales sobre emplazamiento de equipamiento están previstas por una regla específica de la OGUC:

Artículo 2.1.36. Para los efectos de la aplicación de los Instrumentos de Planificación Territorial, se distinguirán cuatro escalas de equipamiento, divididas según su carga de ocupación y ubicación respecto de la categoría de la vía que enfrentan. Dichas escalas son las siguientes:

1. Equipamiento Mayor: El que contempla una carga de ocupación superior a 6.000 personas y sólo se podrá ubicar en predios que enfrenten vías expresas y troncales.

2. Equipamiento Mediano: El que contempla una carga de ocupación superior a 1.000 y hasta 6.000 personas y sólo se podrá ubicar en predios que enfrenten vías colectoras, troncales o expresas.

3. Equipamiento Menor: El que contempla una carga de ocupación superior a 250 y hasta 1.000 personas y sólo se podrá ubicar en predios que enfrenten vías de servicio, colectoras, troncales o expresas.

4. Equipamiento Básico: El que contempla una carga de ocupación de hasta 250 personas y sólo se podrá ubicar en predios que enfrenten vías locales, de servicio, colectoras, troncales o expresas.

Por encima de su alto grado de tecnicismo, la regla transcrita da cuenta de una correlación entre las dimensiones de las obras de equipamiento y la viabilidad soportante; en términos generales, mientras mayores o más significativas sean las obras de equipamiento¹¹ –cuya dimensión es definida sobre la base de la carga de ocupación, medida en número de personas– mayores son también las condiciones de las vías que se requieren para enfrentarlas¹². Así pues, en lo pertinente, la regla indica que el equipamiento mayor (que cubre grandes obras destinadas al comercio, como los centros comerciales) sólo puede

¹¹ La definición normativa de equipamiento es comprensiva de todas las “construcciones destinadas a complementar las funciones básicas de habitar, producir y circular, cualquiera sea su clase o escala” (OGUC, art. 1.1.2.). Como se aprecia, es una calificación extensiva, que cubre prácticamente todo tipo de instalación de servicios, incluidos los locales destinados al comercio.

¹² La clasificación de las vías urbanas como expresas, troncales, colectoras, de servicio o locales se ciñe a los parámetros contenidos en el art. 2.3.2. de la OGUC.

instalarse en vías públicas “mayores” –vale decir, en predios que “enfrenten” las vías de mayor jerarquía, calificadas como expresas o troncales.

b. Justificaciones posibles de la regla

La correlación entre dimensiones del equipamiento y de la vialidad puede leerse como una mera técnica de ordenación o pensarse que obedece a una racionalidad más profunda. Por la funcionalidad misma de la regla en análisis, pueden avanzarse dos explicaciones plausibles:

(i) Por una parte, desde la perspectiva del tráfico, la regla minimiza las externalidades negativas para la ciudad. En efecto, esta regla (que sitúa a las grandes obras de equipamiento en calles que se reputan suficientemente amplias), propende a un acceso más fácil del público hacia y desde el centro comercial. Las consecuencias de una solución inversa –instalación de grandes obras en la vialidad secundaria– son fácilmente imaginables: eventual saturación del tráfico, generando dificultades o molestias para el acceso a otro tipo de establecimientos o residencias.

(ii) Por otra parte, desde la perspectiva del mismo establecimiento, la regla facilita el mejor acceso a los edificios de equipamiento, lo cual puede ser especialmente relevante por consideraciones de seguridad (piénsese, por ejemplo, en eventos que requieran la evacuación masiva del centro comercial o la llegada de ambulancias, bomberos o policías).

Aun cuando la regla no da cuenta de su justificación preponderante, su sola eficacia jurídica bastaba para aprehender la relevancia del caso. El punto debatido era una genuina cuestión de derecho que justificaba la intervención de la Corte Suprema.

c. La aplicación de la regla

Como se mencionara, no es trivial que el predio donde se pretendía emplazar este centro comercial tuviese esa situación precisa, entre la vía principal que circunda el lugar y el paño de terreno se interpone una vía férrea. Es posible que las consecuencias de hecho que se desprendan de esa constatación –pero de las que la corte de casación no da cuenta– tuviesen relevancia para resolver. Al estar situado en ese lugar, ¿puede pensarse que el acceso al establecimiento o su evacuación se efectuarían en las mismas condiciones que aseguraría su emplazamiento directamente en la vía principal, troncal o expresa?

El fallo da cuenta de que parte de la discusión tuvo por horizonte el tenor literal del verbo “enfrentar”, que emplea el artículo 2.1.36 de la OGUC para

referirse al emplazamiento¹³. Tras esa manera de argumentar se esconden tendencias restrictivas o extensivas de la interpretación del precepto.

En este plano, cabe traer a colación una reforma abortada al texto, que tuvo precisamente por objeto flexibilizar su criterio. Una modificación reciente a la OGUC, (Decreto Supremo 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 12 de diciembre de 2013) tendía a flexibilizar las condiciones de localización de grandes proyectos inmobiliarios. Conforme a esta modificación, la frase del art. 2.1.36 referente a obras ubicadas “en predios que enfrenten vías”, iba a ser sustituida por la alusión a obras emplazadas “en predios cuyo acceso vehicular se ubique a no más de 300 metros de” determinada vía. Esta modificación fue derogada apenas cuatro meses después (Decreto Supremo 33, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 8 de abril de 2014), reviviendo las menos flexibles reglas antiguas. En cualquier caso, este episodio da cuenta suficiente del concepto normativo de enfrentar una vía, que se entiende referido a una posición colindante o adyacente entre la fachada del edificio y la vía pública de que se trate.

Otra arista del análisis podría tener una dimensión técnica: ¿puede asumirse que el acceso a la obra de equipamiento por medio de una vía de dimensiones apropiadas es sustituible por medio de una fórmula equivalente, como lo sería un paso bajo nivel situado en la vía pública o por medio de servidumbres impuestas al ferrocarril, para conectar el predio con la avenida principal? Ahora bien, independientemente de la idoneidad técnica de ese sustituto eventual, hay que hacerse cargo de la posibilidad jurídica de aceptar estas otras prácticas. El fallo rechaza esta fórmula por consideraciones gramaticales: conectar no es enfrentar¹⁴. Viendo un poco más lejos, ocurre que en el derecho del urbanismo se ha intentado minimizar la discrecionalidad de las autoridades a la hora de otorgar los permisos¹⁵, porque lo que está en

13 Según da cuenta el considerando 24 de la sentencia de casación, “la palabra ‘enfrentar’, no ha sido definida por el legislador, pues no se encuentra dentro de los vocablos contenidos en el artículo 2.1.1 de la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones. Tampoco es posible establecer que sea una palabra de uso técnico especial, que determine su interpretación conforme a lo que señalan los expertos en la ciencia o arte. Por el contrario, es evidente que la utilización del término se realizó atendiendo a su sentido natural y obvio, toda vez que lo que busca la norma es incorporar los proyectos de equipamiento mayor frente a avenidas de mayor jerarquía”. En este contexto, prosigue la Corte citando un diccionario, “enfrentar significa afrontar, esto es ‘poner frente a frente’. Si se atiende al verbo transitivo, es poner una cosa o persona frente a otra. Así, parece inconcuso que, atendidas las características de la línea férrea y su faja adyacente, en proyecto, en una extensión de 770 metros, no enfrenta Avenida Errázuriz, pues se interpone la línea férrea, razón por la que se debe concluir que el proyecto, al colindar con aquella, la enfrenta”.

14 Sentencia de casación, considerando 24, *in fine*.

15 Enrique Rajevic, “El permiso de construcción como acto administrativo”, en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Valparaíso*, Eds. Universitarias de Valparaíso, p. 183 y ss.

juego es el ejercicio de derechos preexistentes y no el otorgamiento de mercedes graciosas por la administración. El altísimo nivel de detalle de las normas urbanísticas tiene precisamente por objeto cerrar en la mayor medida posible los espacios de discreción de la autoridad, a fin de no dejar dudas respecto del modo de utilización del suelo urbano. El mínimo margen de maniobra de la autoridad es, en este terreno, favorable a la seguridad del propietario, y no parece fácil aceptar una fórmula distinta sin fragilizar esa seguridad.

En fin, aunque desde la perspectiva jurídica parece haber habido buenas razones para resolver como se hizo, el presente análisis no pretende ni de lejos agotar la cuestión del emplazamiento de las obras de equipamiento (que también puede depender de consideraciones técnicas que escapan al derecho). Por eso, tal vez no pueda formularse un juicio muy categórico respecto de la manera en que se falló el caso.

2. El fallo Mall Barón ante el derecho de lo contencioso administrativo

2.1. El reclamo de ilegalidad municipal como proceso contencioso administrativo.

De un tiempo a esta parte la jurisprudencia viene formulando una serie de precisiones acerca de la lógica jurídica del reclamo de ilegalidad municipal y su pertenencia a los medios comunes de control contencioso administrativo. Varios pronunciamientos relevantes de la Corte Suprema sobre el estatuto de la pretensión anulatoria – su naturaleza jurídica¹⁶, la legitimación activa¹⁷, la intervención de terceros¹⁸– han tenido su sede en el reclamo de ilegalidad municipal. Aquí nuevamente la Corte Suprema recuerda, en un razonamiento trivial, que “el reclamo de ilegalidad es una acción contenciosa administrativa especial” (cons. 15). Aunque no es mucho, la alusión parece revelar la intención de superar una lectura meramente literal de los textos que instituyen reclamaciones de ilegalidad, para insertarlos en un contexto teórico más amplio¹⁹.

16 P. ej., entre varias otras, Corte Suprema, 19 de mayo de 2010, *Hotelera Somontur S.A. c/ Mun. Chillán*, Rol 4384-2008.

17 P. ej., Corte Suprema, 10 de septiembre de 2013, *Libertades Públicas A.G. c/ Mun. Huechuraba*, Rol 7929-2012.

18 P. ej., Corte Suprema, 14 de abril de 2015, *Alarcón Araneda c/ Mun. Santiago*, Rol 30.323-2014.

19 Precisamente desde una perspectiva teórica, respecto de este mecanismo procesal, cf. Manuel Daniel, “Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación”, en *Revista de Derecho Público* N° 63 (2000), p. 191 y ss.

2.2 Los derechos adquiridos frente a la anulación de actos administrativos.

Uno de los aspectos más notorios del fallo concierne a los derechos adquiridos. Según el motivo 9 de la sentencia de reemplazo:

“Considera esta Corte relevante señalar, respecto de aquellas alegaciones enarboladas por el titular el proyecto, Plaza Valparaíso S.A, en relación a que el otorgamiento del Permiso N° 79, genera un derecho adquirido en su favor, que aquello sólo es efectivo en la medida que la autoridad al otorgar el permiso se ciña a las normas legales vigentes que rigen su otorgamiento. En efecto, un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante, máxime si, como en el caso de autos, se trata de un acto de autorización que tal funcionario puede otorgar sólo si aquel se conforma con la normativa urbanística. Por lo demás, olvida el recurrente que esta Corte, de manera uniforme ha señalado que los actos emanados del Director de Obras Municipales, entre los que se encuentra el Permiso de Edificación, están sujetos al control de legalidad por la vía jurisdiccional a través del ejercicio de la acción contemplada en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, sea que se conceda o se deniegue el permiso, cuestión que sería ilusoria en relación a las actuaciones que determinan el otorgamiento del permiso de edificación, si con su sola emisión se generara un derecho adquirido que ingresa al patrimonio del titular del proyecto.

Mientras la cuestión de fondo concernía pura y simplemente a la legalidad del permiso, que ya había sido zanjada, este razonamiento sólo intenta hacerse cargo de un argumento incidental de los beneficiarios del acto impugnado, tendiente a sustraerse de los efectos del reconocimiento de la ilegalidad del permiso. La cuestión a la que responde la Corte en este considerando se refiere al objeto de litigio y a los poderes del juez en los reclamos de ilegalidad: ¿para qué sirve un reclamo y que puede hacer el juez cuando lo acoge?²⁰

a. Origen de la idea de la inmunidad de los derechos adquiridos

El planteamiento de los promotores del proyecto obedece a una versión bien difundida de la “nulidad de derecho público”, conforme a la cual esta tendría

²⁰ Para la cuestión de los poderes del juez, cf. J. M. Valdivia, “Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo”, en Juan Carlos Marín y Adrián Schopf (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, p. 349 y ss.

por límite de los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Así consta de la doctrina de Eduardo Soto Kloss, extrapolada un poco abusivamente a partir de soluciones puntuales de la cuestión de la invalidación, conforme a su tratamiento por la jurisprudencia de la Contraloría partir de la segunda mitad del siglo pasado. Aunque el estudio seminal de Soto sólo tenía por objeto analizar la invalidación²¹ (es decir, el retiro unilateral del acto por causa de ilegalidad, llamado también revisión de oficio), su sistematización posterior, mediante la inserción de este artículo en una sección de su manual relativa a la nulidad y “sus límites”²², pudo permitir pensar que las conclusiones tenían una vocación más amplia. Así, por algún tiempo quizás algunos concibieron la nulidad de derecho público con reticencia hacia sus posibles efectos adversos en los derechos o intereses surgidos al amparo del acto favorable²³.

Ahora bien, aún despejado ese origen inicialmente reducido del criterio, ha continuado siendo recibido en algunos ámbitos. Por ejemplo, la idea ha tenido alguna recepción en el campo de las licitaciones, en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública: algunos fallos sugieren que aun en licitaciones ilegales el adjudicatario tendría un derecho adquirido al contrato²⁴. En el campo urbanístico, puede recordarse el antiguo fallo de apelación recaído en el caso *Bosques de Montemar*²⁵; más ampliamente, incluso sin ser mencionado, tal criterio ofrece una explicación plausible para las dificultades que ha enfrentado el litigio urbanístico (porque, a fin de cuentas, ¿cuántos edificios que producen externalidades ilegales se ha ordenado demoler?).

b. El razonamiento de la Corte Suprema

El fallo aborda la cuestión de los derechos adquiridos desde dos perspectivas.

Por una parte, afirma que no hay derechos adquiridos contra la legalidad, sino sólo dentro de ésta. Así, tratándose de permisos urbanísticos sólo cabría

21 “La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, 1988, pág. 160 y ss.

22 *Derecho administrativo. Bases generales*, Santiago, Ed. Jurídica, 1996, t. 2, p. 194 y ss.

23 Del mismo Soto Kloss, v. *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 452.

24 V., por ejemplo, Tribunal de Contratación Pública, 29 de agosto de 2014, *Soloverde S.A. c/ Mun. Talagante*, Rol 32-2012. *Observaciones críticas sobre este modo de argumentación en J. M. Valdivia*, “La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública”, en Juan Carlos Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 437 y ss.

25 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de enero de 2006, *Junta de Vecinos Bosques de Montemar c/ Mun. Viña del Mar*, Rol 3105-2003, confirmada por Corte Suprema, 30 de julio de 2007, Rol 1720-2006.

reconocer genuinos derechos adquiridos en los permisos ajustados a las normas urbanísticas y demás reglas jurídicas. La Corte se remite a particularidades de la regulación legal de estos permisos²⁶, pero el razonamiento es extensible a todo acto administrativo que genere ventajas para sus destinatarios. Ahora bien, aunque este razonamiento no desmiente la doctrina de los derechos adquiridos, la priva de la mayor parte de su interés, que –en este contexto²⁷– es el de servir de protección de las ventajas obtenidas ilegalmente.

Por otro lado, la Corte descarta la doctrina de los derechos adquiridos por inaceptable, porque llevada al extremo tornaría ilusorio el control de legalidad de los actos favorables (cualquiera sea la naturaleza de este control, aunque aquí se refiera en concreto al litigio contencioso administrativo en el ámbito urbanístico). Si el planteamiento de los promotores del proyecto fuese aceptable, los actos favorables, generadores de derechos adquiridos, jamás podrían ser desafiados ante el juez, porque cada derecho conferido por la administración se entendería adquirido por su destinatario y, por tanto, inmune al control (jurisdiccional o de otro orden). En verdad, más que una doctrina sobre los derechos adquiridos, esta idea se muestra como una doctrina de los hechos consumados, y desde esa perspectiva es inaceptable, porque hace primar la facticidad sobre la validez.

En el extremo, la idea es contraria a la tutela judicial efectiva²⁸, porque descartaría la efectividad del remedio anulatorio, reduciendo las normas legales a meros enunciados sin vigencia práctica. Si el control de legalidad existe es para poner frenos a los abusos o excesos de la administración, sea que perjudiquen a alguien o que lo favorezcan indebidamente a costa del interés colectivo (que es, en abstracto, el de la legalidad).

En fin, más allá del argumento puntual sobre los derechos adquiridos, en casos como el que se analiza podrían surgir preguntas más abstractas sobre la seguridad jurídica o la confianza legítima, cuando el control judicial repercute en la alteración sobreviniente de proyectos o edificaciones instaladas por

26 Sin mencionarlo, se subentiende que la Corte alude al artículo 116, inciso 5 de la LGUC, que –en lo pertinente– dispone: “El Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas...”.

27 Para la idea de derechos adquiridos en el contexto de la aplicación retroactiva de cuerpos normativos, v., por ejemplo, Federico Castillo Blanco, *La protección de la confianza en el derecho administrativo*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 89 y ss.

28 Sobre los componentes del principio de la tutela judicial efectiva, v. Javier Barnés, “La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19.IV)”, en Javier Barnés (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 135 y ss.

largo tiempo en un determinado sitio. En el caso no había cómo construir un argumento de esta naturaleza, pues la cercanía temporal entre el reclamo y el permiso hacía inverosímil hablar de confianza en la continuidad de un proyecto cuestionado. Obviamente, las circunstancias de este caso no agotan esta cuestión. Ahora bien, con las reservas mencionadas en el párrafo anterior, este tipo de planteamiento debe considerarse con mucha prudencia, para evitar que el control judicial se frustre por completo.

LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA EN TORNO A LAS EXIGENCIAS PARA EL OTORGAMIENTO DE SERVIDUMBRES MINERAS¹

*Claudia Alfaro Cornejo*¹

*María-Pilar Domínguez León*¹

La constitución de servidumbres mineras es un tema expresamente regulado en la legislación del ramo, pudiendo darse de manera voluntaria o forzosa. Asimismo, la ley ha establecido los requisitos que deben verificarse para su constitución, así como el procedimiento que se seguirá para ello, en el caso de las servidumbres forzosas. La Corte Suprema ha fallado de manera disímil respecto de este tema, exigiendo en algunas ocasiones requisitos adicionales a aquellos planteados en la ley, como la obtención de permisos ambientales o urbanísticos o la realización de un proceso de consulta a comunidades indígenas; mientras que en otras no lo ha estimado necesario. En este comentario expondremos las dos líneas jurisprudenciales que se han dado hasta ahora y analizaremos de manera crítica aquella que va más allá de lo establecido en la ley, demostrando la incorrección de sus fundamentos y su incompatibilidad con la institucionalidad vigente, así como las consecuencias indeseables que su consolidación generaría en la práctica.

1. Introducción

Durante los últimos años se han ido definiendo dos líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en torno a las exigencias necesarias para el otorgamiento de servidumbres mineras. Una primera postura sostiene que para ello únicamente es necesario dar cumplimiento a los requisitos establecidos

¹ Autoras: Claudia Alfaro Cornejo, Abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez y ayudante de la cátedra de Derecho del Medio Ambiente de la misma universidad, y María-Pilar Domínguez León, Egresada de Derecho de la Universidad de Chile y ayudante de las cátedras de Derecho del Medio Ambiente y Derecho Comercial y del taller de memoria Temas Relevantes de Derecho Ambiental Chileno, de la misma universidad. Ambas asociadas del equipo de Medio Ambiente y Recursos Naturales del estudio jurídico Ferrada Nehme.

en la legislación minera. De acuerdo a una segunda postura, en cambio, no sólo basta que se verifiquen los requisitos que la regulación minera consagra al efecto, sino también otros requisitos contemplados en el resto de nuestra legislación, tales como autorizaciones urbanísticas o medioambientales, o incluso la realización de un proceso de consulta indígena previa.

El presente comentario tiene por objeto analizar la segunda línea jurisprudencial, mostrando que al optar por exigir requisitos adicionales a los establecidos en la regulación minera la Corte Suprema ha errado en sus fundamentos y ha desconocido la existencia de los distintos organismos e instancias que nuestra institucionalidad contempla para hacerse cargo de aquellos aspectos que han sido motivo de preocupación para la Corte en los casos analizados, así como la incompatibilidad de lo resuelto con la institucionalidad vigente.

Para tales efectos, en primer lugar, revisaremos a grandes rasgos la regulación de los títulos mineros, a saber, las concesiones y servidumbres mineras. Luego, haremos una breve exposición de ambas líneas jurisprudenciales en torno al otorgamiento de servidumbres. Finalmente, realizaremos un análisis crítico de la segunda postura.

2. Aspectos normativos sobre los títulos mineros

2.1. Generalidades

De conformidad a la Constitución Política de la República (“Constitución”), el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas². En razón de ello, éstas se encuentran excluidas de la apropiación directa por los particulares, siendo necesaria la obtención de una concesión minera de parte del Estado para explorar o explotar las sustancias minerales objeto de ella.

La sentencia ejecutoriada que otorga la concesión minera constituye el título de propiedad sobre ésta y da originariamente su posesión. El titular de una concesión minera, al tener un derecho de propiedad sobre ella, no puede ser privado de la misma ni de alguno de los atributos o facultades especiales que emanan de su dominio. Esta situación se encuentra reconocida tanto por la Constitución como por la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (“LOCCM”), que establecen que el dominio del titular sobre su

² Artículo 19 N°24 inciso 6 de la Constitución.

concesión minera está protegido por la garantía constitucional del número 24 del artículo 19 de la Constitución³ 4.

No obstante, esta circunstancia no otorga *a priori* una supremacía por sobre otros derechos que puedan estar constituidos en el terreno superficial. Es por ello que para la defensa de esta concesión minera y de otros derechos reales constituidos sobre ella existen la acción reivindicatoria y las acciones posesorias, tales como la denuncia de obra nueva⁵ y la querrela de amparo⁶, entre otras contempladas en la ley. Asimismo, el concesionario minero puede obtener las indemnizaciones correspondientes y solicitar al juez competente las medidas convenientes a la conservación y defensa de su concesión.

En este contexto, es importante aclarar que la propiedad que otorga la concesión minera es diferente de aquella que existe sobre el predio superficial. Así lo expresa claramente tanto el Código de Minería como la LOCCM, al señalar que las concesiones mineras son derechos reales “*distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño*”⁷.

De este modo, el concesionario minero no podrá aprovechar su concesión minera mientras no cuente con un título que lo habilite para utilizar el predio o terreno superficial, pues la concesión minera sólo le otorga derechos mineros sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por la misma.

2.2. Consideraciones relevantes acerca de las servidumbres mineras

El título minero por excelencia para hacer uso del terreno superficial y, en consecuencia, para limitar el dominio de su dueño es la servidumbre minera. En virtud de ésta, el titular minero podrá ingresar a un terreno ajeno a extraer los minerales, o bien, a realizar obras anexas a la explotación y/o explotación minera. En efecto, el Código de Minería establece que una vez constituida la concesión minera su titular podrá realizar los trabajos que estime necesarios para la exploración o explotación minera, pudiendo imponer servidumbres sobre predios superficiales y sobre otras concesiones mineras.

3 Artículo 19 N°24 inciso 9 de la Constitución.

4 Artículo 6 de la LOCCM.

5 La finalidad de la denuncia de obra nueva consiste en impedir que se desarrolle una obra nueva en construcción sobre el predio que se es poseedor, y su objeto inmediato es suspender toda obra nueva que pueda menoscabar el goce de la posesión que se tiene sobre ciertos bienes raíces.

6 La querrela de amparo tiene por objeto conservar y mantener la posesión frente a actos constitutivos de turbaciones y molestias de terceros. Además, puede tener por objeto obtener la indemnización del daño producido y el establecimiento de medidas de seguridad contra el que fundadamente teme.

7 Artículo 2 del Código de Minería y de la LOCCM.

Así, para facilitar dicho objetivo, los predios superficiales podrán sujetarse a los siguientes gravámenes: (i) ser ocupados, en toda la extensión que sea necesaria, por canchas, depósitos de minerales, desmontes, relaves, escorias, por plantas de extracción, entre otras obras; (ii) los establecidos en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos; y (iii) de tránsito y de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, entre otros. Para hacer efectivos dichos trabajos, según la LOCCM, los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes para dichos efectos⁸.

Además, el concesionario minero podría constituir una servidumbre minera sobre otras concesiones mineras. Es así como respecto de la concesión minera en cuyo favor se haya constituido alguna de las servidumbres indicadas podría darse que esa servidumbre sea utilizada también en provecho de otra concesión o de un establecimiento de beneficio y, en general, a cualquier gravamen que sirva a otra concesión o a un establecimiento de beneficio. Dichos gravámenes, sin embargo, no podrán, en caso alguno, impedir o dificultar considerablemente la exploración o la explotación de la concesión que los soporta.

La servidumbre minera podrá ser voluntaria o forzosa, lo que dependerá de la voluntad del dueño del predio gravado. Sin embargo, su carácter legal implica que el titular del predio sirviente estará obligado a tolerar su constitución si se dan los requisitos legales para ello.

Es su carácter de servidumbre legal, por lo demás, lo que llevó al legislador a contemplar un mecanismo acorde para su constitución aun a falta de consentimiento del titular del predio sirviente. En efecto, de acuerdo al artículo 122 del Código de Minería y al inciso cuarto del artículo 8 de la LOCCM, las servidumbres mineras se constituyen por acuerdo de los interesados o, a falta de éste, por resolución judicial, previa determinación del monto de la indemnización de los perjuicios que la actividad minera causare al dueño del predio superficial o a cualquier otra persona⁹.

8 No obstante, es importante aclarar que las servidumbres no son el único título que habilita a los concesionarios mineros a utilizar el predio o terreno superficial, pues podrían convenir otro acto jurídico con el dueño de aquél, como, por ejemplo, un contrato de arrendamiento o uno de comodato.

9 Así lo establece expresamente el artículo 14 de la LOCCM al señalar que el concesionario “*está obligado a indemnizar el daño que cause al propietario del terreno superficial o a otros concesionarios con ocasión de los trabajos que ejecute...*”. En este mismo sentido, el artículo 122 del Código de Minería establece que las servidumbres mineras “*se constituirán previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona*”.

Durante el eventual procedimiento judicial que se iniciare a falta de acuerdo, se analizará esencialmente el cumplimiento de los requisitos para la constitución de la servidumbre; y sólo una vez verificados éstos, el monto de la indemnización que corresponda.

De conformidad a la legislación minera, la constitución de una servidumbre requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la existencia de un título concesional minero; (ii) un terreno ajeno sobre el cual constituirla; y (iii) la necesidad o utilidad manifestada o probada en juicio. Además, previo a la resolución del juez sobre la constitución definitiva o provisional, el titular deberá acompañar los permisos del artículo 17 del Código de Minería que le sean exigibles para ejecutar las labores mineras que se propone realizar¹⁰.

A la luz de los acotados asuntos que son materia de un procedimiento de esta clase, éste se tramitará conforme al procedimiento *sumarísimo* establecido en el artículo 235 del Código de Minería. En efecto, el legislador ha pretendido dotar a la solicitud de constitución de servidumbres mineras de la tramitación más breve posible. La rapidez de este procedimiento queda demostrada, entre otros aspectos, en que, una vez deducida la demanda, el tribunal citará a audiencia dentro del quinto día hábil desde la última notificación, la que se celebrará con quienes asistan y en ella se dará lugar a la contestación y la presentación de pruebas; para luego dictarse la sentencia dentro de quinto día desde la fecha de celebración de la audiencia o de la presentación del informe de un perito, en su caso.

La celeridad buscada en el procedimiento de constitución de servidumbres deja en evidencia que en su seno no han de ventilarse más asuntos que la verificación de los requisitos legales para el establecimiento de la servidumbre y la determinación del monto de los perjuicios que haya de causar su constitución. Los demás requisitos legales para el ejercicio efectivo del derecho real de servidumbre son, entonces, materia de procedimientos diversos y separados de éste, que, por lo demás, han sido regulados expresamente por el legislador como tales.

En este sentido, la obtención de permisos administrativos o cualquier otro requerimiento legal para ejercer una actividad económica en relación al predio sobre el cual se ha establecido la servidumbre no debiese significar un obstáculo a su constitución, toda vez que el legislador ha previsto una etapa posterior para zanjar tales aspectos.

¹⁰ Artículo 7 del Reglamento del Código de Minería.

Sin embargo, como explicaremos en lo sucesivo, la existencia de otros requisitos de índole no minera asociados a las concesiones de esta especie parece haber generado confusión en la Corte Suprema, toda vez que según lo decidido en algunos de sus fallos esos otros elementos serían necesarios para la constitución de una servidumbre respectiva, no bastando el cumplimiento de la normativa específica minera.

3. Líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema

Como señalamos en un comienzo, la Corte ha ido definiendo dos posturas. Mientras que la primera sostiene que la regulación solamente exige dar cumplimiento a los requisitos establecidos en la legislación minera, la segunda afirma que es necesario que se verifiquen no sólo los requisitos que la regulación minera consagra para ello sino también otros requisitos contemplados en nuestra legislación para el desarrollo de un proyecto minero.

3.1. Para la constitución de servidumbres mineras debe darse cumplimiento únicamente a los requerimientos establecidos en la legislación minera

El principal argumento de esta corriente jurisprudencial es que para el otorgamiento de una servidumbre minera la regulación de la materia sólo exige la existencia de un título concesional minero, un terreno ajeno sobre el cual constituirlo y la necesidad o utilidad manifestada o probada en juicio. En consecuencia, el cumplimiento de cualquier otro requisito no contemplado en la legislación minera –como permisos ambientales o urbanísticos o la consulta a comunidades indígenas– no ha de ser analizado en esta sede.

En este sentido resolvió la Corte Suprema al referirse a la alegación del Consejo de Defensa del Estado en relación a que la servidumbre minera solicitada por SQM Salar no podía constituirse en una zona de reserva industrial:

“[L]a circunstancia de que no se haga uso de la servidumbre –sea por la falta de las autorizaciones, permisos o licencias sectoriales del caso concreto– o bien, se destine a una finalidad diferente para la cual ha sido constituida, permite a través de un juicio jurisdiccional diverso, dejarla sin efecto, por vulnerar el mandato legal contenido en el artículo 124 del Código de Minería. Es decir, tales hechos deben ser objeto de análisis en una sede diferente de aquella destinada a la constitución de la servidumbre”.¹¹

¹¹ SQM Salar S.A. con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°15.911-2013, sentencia de fecha 9 de abril de 2014.

Asimismo, al conocer un recurso de casación interpuesto por el Fisco de Chile en contra de la sentencia de alzada que confirmó el otorgamiento de una servidumbre minera a favor de la empresa Algorta Norte S.A., la Corte sostuvo:

“No altera la conclusión anterior, la circunstancia que la servidumbre solicitada se encuentre emplazada en la denominada zona ZEI y P2 del Plano Seccional Portuario Industrial de Mejillones y en el Plan Regulador Comunal de Mejillones, cuya ordenanza establece que el uso de suelo corresponde a ‘zona destinada como territorio de reserva para la actividad portuaria’, porque, como correctamente lo establecen los sentenciadores de la instancia, el tribunal que conoce el presente juicio no es el llamado a pronunciarse ‘...si las labores a desarrollar en el predio dicen relación o no con aquellas permitidas en la zona en cuestión, o si se pueden o no autorizar construcciones en éste, lo que deberá ser determinado por el Director de Obras respectivo al otorgar los permisos pertinentes’”.¹²

Adicionalmente, de acuerdo a esta línea jurisprudencial, no debe confundirse la etapa de constitución de la servidumbre minera con su posterior ejercicio, pues lo último está ligado a la explotación del proyecto minero de que se trate, lo que ocurrirá con posterioridad a su otorgamiento. Por tanto, será esa la instancia para dar cumplimiento a los requisitos establecidos fuera de la legislación minera. Así lo entendió la Corte en el caso SQM Salar S.A. con Fisco de Chile, remitiéndose al informe presentado por el Ministerio de Bienes Nacionales durante el procedimiento, conforme al cual:

“Una cuestión distinta es lo que dice relación con el ejercicio efectivo de los mismos, porque en este caso, se entra al estatuto o régimen de las actividades económicas, sujetas no sólo a la legislación minera en particular, sino que a todas las normas legales que la regulan y que generalmente establecen limitaciones a objeto que dicho ejercicio se conforme con los intereses de carácter público que se encuentran comprometidos”.¹³

¹² Algorta Norte S.A. con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°11.768-2013, sentencia de fecha 10 de marzo de 2014.

¹³ SQM Salar S.A. con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°15.911-2013, sentencia de fecha 9 de abril de 2014.

En esta misma línea, al conocer un recurso de casación que buscaba dejar sin efecto el otorgamiento de servidumbres mineras en un área destinada al desarrollo de energías renovables, la Corte aclaró:

“Que es preciso dejar establecido que si bien no fue controvertido por las partes que por medio de los Decretos Exentos Nos 63, 68, 338 y 1312 del Ministerio de Bienes Nacionales, se destinaron los inmuebles fiscales que en ellos se indican al Ministerio de Defensa Nacional y al de Energía, ello no altera el razonamiento esbozado, en razón que una cuestión distinta es lo que dice relación con el ejercicio efectivo de la servidumbre otorgada, porque, en este caso, se entra al estatuto o régimen de las actividades económicas, sujetas no solo a la legislación minera en particular, sino que a todas las normas legales que la regulan y que generalmente establecen limitaciones a objeto que dicho ejercicio se conforme con los intereses de carácter público que se encuentran comprometidos, lo que es materia de una instancia diversa a la iniciada”.¹⁴

Por otra parte, los fallos de la Corte que han argumentado en esta línea, sostienen que la no exigencia de estos requisitos en sede minera en caso alguno autoriza a los concesionarios mineros eximirse del cumplimiento posterior de los requisitos en comento, como, por ejemplo, obtener una RCA. Así lo hizo la Corte en el caso Corporación Nacional del Cobre con Fisco de Chile:

“Que la conclusión alcanzada, en el sentido que la servidumbre minera no requiere cumplir, previo a su constitución, las exigencias contempladas en el sistema de evaluación de impacto ambiental de la ley 19.300, no significa, en modo alguno, liberarlas de las obligaciones legales que correspondan para ejecutar las obras o actividades que en ejercicio de su derecho pretendan”.¹⁵

¹⁴ Minera La Escondida Limitada con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°3.436-2015, sentencia de fecha 13 abril de 2016.

¹⁵ Corporación Nacional del Cobre con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°13.175-2013, sentencia de fecha, 10 de julio de 2014.

3.2. Para la constitución de una servidumbre minera, además de cumplir con los requisitos específicos para ello, es necesario dar cumplimiento a otros requisitos

Como adelantáramos, tomando la postura opuesta a la descrita anteriormente, encontramos un no despreciable número de fallos de la Corte Suprema en los que ha exigido requisitos adicionales para la constitución de una servidumbre minera respecto de aquellos establecidos en la legislación minera.

Lo anterior, bajo el entendimiento de la constitución de servidumbres no constituye un fin en sí mismo, sino que persigue el posterior desarrollo de un proyecto minero, lo que, a su vez, no sólo requiere la constitución de servidumbres, sino que también debe cumplir con los demás requerimientos que han sido establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, según esta tendencia, deben obtenerse previamente las autorizaciones administrativas correspondientes o desarrollar las etapas que la ley ordena, como contar con una Resolución de Calificación Ambiental, contar con permisos de carácter urbanístico o realizar un Proceso de Consulta Indígena en conformidad al Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”), en los casos que sea procedente, entre otros.

Todo ello, según ha señalado la Corte, fundado, por una parte, en el riesgo de daño al medio ambiente o la colisión de derechos que podría implicar el otorgamiento de las servidumbres sin haberse verificado el cumplimiento de aquellos otros requisitos. Además, por otra parte, por la *falta de causa* que –en concepto de la Corte– existiría en el otorgamiento de una servidumbre que luego no pudiese llegar a convertirse efectivamente en un proyecto minero debido a la denegación de los mentados permisos administrativos o la no realización de la consulta indígena previa.

Esto, por cierto, se ha dado sin sustento normativo alguno que permita entender este criterio en torno al momento en que corresponde analizar las consideraciones medioambientales y urbanísticas para el desarrollo de un proyecto, desde que el legislador ha previsto –y así había sido entendido tradicionalmente por nuestra jurisprudencia– que tales asuntos serían resueltos en instancias posteriores.

Fue con ocasión de la solicitud de constitución de servidumbre en un lugar emplazado en una zona de predestinación fiscal –según la Ley General de Urbanismo y Construcción (“LGUC”)–, que la Corte Suprema, en el año 2014, dio origen a esta doctrina. En efecto, resolviendo acerca de tal solicitud, en su sentencia de casación, la Corte señaló:

“Que el derecho real pretendido por el actor –y que sin duda favorece el legislador minero–, se contrapone a la planificación estatal que establece la citada ley [la LGUC], produciéndose una colisión aparente entre el interés privado con el público, ambos protegidos, además, por sendas disposiciones constitucionales.

Que, en este sentido, no se puede decir, que el Código especial haya establecido una especie de servidumbre ‘a toda costa’ en favor de quienes desarrollan la actividad minera, prueba está que la somete a una previa decisión judicial con conocimiento de causa; sin que sea posible sostener que sólo el control administrativo posterior podría conciliar la colisión de derechos antes indicada, puesto que si no es la judicatura quien resuelva esa contienda, mal podrá hacerlo una autoridad menor sin potestad jurisdiccional”.¹⁶

En circunstancias bastante similares a las del primer caso, la Corte Suprema reiteró la postura anterior. En efecto, resolviendo acerca de la constitución de una servidumbre minera a la cual el Fisco se opuso fundado en la incompatibilidad que existiría entre ella y la Ordenanza del Plano Seccional Área Portuaria Industrial de Mejillones, la Corte sostuvo en su sentencia de casación que:

“La servidumbre minera solicitada no puede constituirse en la zona ya indicada, pues indefectiblemente la peticionaria la solicitó para ejecutar obras con fines distintos e incompatibles con los previstos por la normativa legal contenida en diferentes instrumentos de planificación regional [...] y no puede escindirse la constitución de la servidumbre con su ejercicio, pues resultaría inadecuado que sea el propio Estado el que por medio de su órgano judicial constituya una servidumbre minera en dicha zona y posteriormente sea la misma entidad, ahora a través de su aparato administrativo que impida su utilización, por no avenirse con los fines previstos por la legislación. [...]

Que parte relevante del foco de la controversia es la prevalencia de dos intereses contrapuestos: el de propiedad y sus alcances

¹⁶ Claussen Calvo Carlos con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°182-2014, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014.

económicos de la demandante y el derecho de las personas –titularidad colectiva–, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ambos son derechos fundamentales que requieren, sin embargo, de una valoración diferente que en el caso sublite debe inclinarse en favor de la protección del medio ambiente. [...]

Que, en definitiva, como las servidumbres mineras deben constituirse en la medida que sean útiles y beneficiosas para el que las solicita, según se desprende del propio artículo 120 del Código de Minería ya citado, la no concurrencia de esa vital finalidad establecida expresamente por el legislador, tomando en consideración el ejercicio de la servidumbre solicitada, podría llegar a ser ilusorio por las limitaciones legales señaladas, de lo cual es posible colegir que una servidumbre en tales condiciones carecería de causa”.¹⁷

Asimismo, tras acoger un recurso de casación en virtud del cual consideró improcedente la constitución de la servidumbre minera solicitada por ser contraria al plano regulador de la ciudad en que se ubicaría, la Corte Suprema planteó en su sentencia de reemplazo que:

“No debe olvidarse que si bien el derecho de propiedad se encuentra protegido constitucionalmente, la propia Carta Fundamental prevé la posibilidad que la ley establezca limitaciones a las facultades del dominio. Entre éstas, se encuentran las normas de carácter urbanístico que regulan el uso de los suelos, las que además de tener una función planificadora de administración y ordenación de los usos del suelo, buscan resguardar aspectos como la utilidad y salud pública como también el medioambiente. Es así como, tal como el dueño del terreno debe respetar dicha normativa que le impone restricciones en el ejercicio de su derecho de propiedad a que se ha hecho referencia, el concesionario minero deberá asimismo ejercer sus derechos con pleno respeto a las limitaciones que le imponga no sólo la legislación minera, sino también, aquella que regule el predio que se verá afectado por dicho ejercicio, entre otras, las normas medioambientales y también las urbanísticas. Así entonces, a pesar de que la legislación permite constituir concesiones mineras cubriendo todo tipo de terrenos, los titulares de dichas

¹⁷ Corporación Nacional del Cobre con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°22.303-2014, sentencia de fecha 26 de enero de 2015.

concesiones no podrán imponer forzosamente servidumbres sino de conformidad a los instrumentos de planificación territorial”.¹⁸

En esta misma línea ha resuelto la Corte en al menos otras tres ocasiones¹⁹, con idénticos razonamientos.

Por su parte, en la misma línea de ampliar los requisitos para la constitución de servidumbres mineras, llama la atención también la aislada decisión de la Corte Suprema de requerir la realización de un proceso de consulta indígena en forma previa; decisión por lo demás contraria a la tendencia jurisprudencial histórica²⁰.

Esta minoritaria posición se plasmó en la resolución del caso Cerro Colorado²¹, donde la Corte anuló la constitución de una servidumbre minera, decidiendo no autorizarla hasta que se diera lugar a un Proceso de Consulta Indígena previo, sosteniendo que:

“Se está claramente en presencia de una institucionalidad que limita el ejercicio de los derechos de propiedad, y que deslinda con la función social de dicha garantía. Así entonces, a pesar de que la legislación permite constituir concesiones mineras cubriendo todo tipo de terrenos, los titulares de dichas concesiones no podrán imponer forzosamente servidumbres sino de conformidad a los instrumentos antes referidos”.

La particularidad de esta decisión, por cierto, tal como se desprende de los fallos resueltos en base a la posición mayoritaria, es que ella va en contra del claro tenor de la normativa específica que regula la materia, a saber, el artículo 6.I. letra a del Convenio N°169 de la OIT, que ordena la realización de consulta respecto de medidas de tipo legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, excluyendo así resoluciones judiciales como sería la que constituye una servidumbre minera.

¹⁸ Cementos Bío Bío con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°7.598-2015, sentencia de fecha 17 de agosto de 2016.

¹⁹ Corte Suprema, Rol N° 8.133-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016; Corte Suprema, Rol N°19.081-2015, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016; y Corte Suprema, Rol N°58-2017, sentencia de fecha 10 de octubre de 2017.

²⁰ Entre otros, Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N°91-2017, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2017, y Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°1.091-2014, sentencia de fecha 23 de abril de 2015.

²¹ Corte Suprema, Rol N°6.628-2015, sentencia de fecha 4 de mayo de 2016.

4. Análisis e implicancias de la segunda línea jurisprudencial

La Corte Suprema, en la segunda línea jurisprudencial explicada, ha exigido anticipadamente la presentación de permisos ambientales o urbanísticos e incluso la realización de un proceso de consulta indígena para el otorgamiento de servidumbres mineras, excediendo con ello el tenor de la ley específica que regula la materia.

Tal como fue expuesto en la sección II, la constitución de servidumbres mineras es una materia específicamente regulada en la LOCCM y el Código de Minería, cuyas normas no consideran la exhibición de tales antecedentes como parte de este procedimiento. De este modo, existiendo regulación legal al efecto, al exigir requisitos adicionales, la Corte Suprema ha decidido *contra legem*; no siendo justificación válida para ello el anhelo de resguardo material que trasciende a su decisión, más aun cuando la propia institucionalidad se encarga de cautelar tales objetivos. Esto no es sino una clara manifestación de activismo judicial.

Al decidir en este sentido, la Corte hizo caso omiso al carácter del procedimiento contemplado por el legislador para las solicitudes de constitución de servidumbres mineras, las quiso dotar de la tramitación más expedita posible. En efecto, en el marco del procedimiento *sumarísimo* es prácticamente inviable la discusión de temas técnicos y complejos, como el contar con autorizaciones sectoriales o determinar la procedencia de un proceso de consulta indígena u otros de índole no minera²². Así lo sostuvo expresamente la Corte en uno de los últimos fallos en que se abordó el tema:

“No es compatible con el procedimiento especialísimo de constitución de esta clase de servidumbres, el investigar y/o comprobar si las labores que se pretende llevar a cabo por el concesionario dominante, se enmarcan o no dentro de las autorizadas en las zonas concernidas; menos, establecer si se ha dado o está dando cumplimiento a la normativa de los órganos de la Administración. Todo ello queda relegado a su debida oportunidad, a cargo de las autoridades correspondientes y en la cuerda apropiada”.²³

²² En este sentido opina Alejandro Vergara Blanco. Elmercurio.com, Las autorizaciones urbanísticas o medioambientales no son un requisito previo para la constitución judicial de-servidumbres mineras, 30 de mayo de 2016.

²³ Sociedad Legal Minera Juan Pablo II Primera de Antofagasta con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°25985-2016, sentencia de fecha 2de noviembre de 2017.

En directa relación con lo anterior, al ampliar los requisitos establecidos en la ley para la constitución de servidumbres mineras, la Corte Suprema ha desatendido que el procedimiento establecido al efecto representa sólo una primera etapa para la explotación efectiva de los minerales, siendo necesario distinguir entre la etapa de constitución de la misma, de su posterior ejercicio. El procedimiento de constitución de la servidumbre minera es la forma por la cual se obtiene el derecho real de servidumbre, que habilita para hacer uso del suelo, pero no permite aún extraer el mineral de éste. Luego, una vez constituida la servidumbre, su titular deberá obtener los permisos necesarios para proceder a la explotación del mineral, entre los cuales se cuentan, precisamente los medioambientales y urbanísticos, de acuerdo a las legislaciones respectivas. A su vez, será en el marco de la tramitación de dichos permisos y como requisito para la obtención de las autorizaciones administrativas que deberá realizarse el proceso de consulta indígena, en el evento de concurrir la susceptibilidad de afectación, que es su causa. De ahí que en ningún caso el concesionario minero se eximiría de dar cumplimiento a estos requisitos –como erradamente lo sugiere la Corte–, sino que simplemente el momento para ello sería posterior al procedimiento en virtud del cual obtendrá sus servidumbres mineras.

Los posibles riesgos de daño al medio ambiente, de colisión de derechos o de susceptibilidad de afectación a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas que la Corte Suprema pretende evitar mediante la exigencia de los respectivos permisos y de consulta indígena previa no podrían generarse por la mera constitución de una servidumbre, que no es más que un acto inmaterial de reconocimiento de un derecho real, todo lo cual carece de razonabilidad, pues, por el contrario, tales efectos sólo podrían producirse como consecuencia de la explotación efectiva del suelo sobre el cual se ejerce tal derecho. Para ello, sin embargo, será necesario obtener los permisos respectivos, previa tramitación de procedimientos especiales al efecto, en los cuales precisamente se busca cautelar los bienes que son objeto de preocupación de la Corte. De este modo, al decidir como lo ha hecho, la Corte Suprema está torciendo el curso normal de la institucionalidad aplicable en la materia, que resguarda debidamente cada uno de los bienes jurídicos que podrían verse afectados.

La propia Corte Suprema ha sido conciente de esta problemática, distinguiendo la evaluación ambiental de un proyecto minero en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la etapa de constitución de la servidumbre y su posterior explotación; y afirmando la necesidad de que la actividad o

proyecto esté en condiciones de ser ejecutado previo a su evaluación, lo que sólo es posible si ya se ha constituido la servidumbre minera en el caso de proyectos de esta clase:

“En ese contexto, parece claro que cuando la ley 19.300 se refiere a los ‘proyectos o actividades’ que deben someterse al sistema de evaluación ambiental, requiriendo la presentación de una Declaración, o un Estudio –como es el caso– de Impacto Ambiental, supone que la tal actividad o proyecto estén en condiciones de ser efectivamente ejecutados, ya que de otra manera no se entiende que pudiera ponerse en marcha el proceso de evaluación previsto en la ley, lo que, ciertamente, en el caso de una servidumbre minera no ocurre, sino hasta tanto el ejecutor del proyecto sea titular del derecho, en los términos que prevé el Código de Minería. Nada de lo que éste pretenda hacer en predios ajenos, aunque sea para facilitar la exploración o explotación de sus pertenencias mineras, puede verificarse mientras no se haya constituido a su favor la servidumbre respectiva. Y constituida que sea, está en condiciones de someterse a las evaluaciones que su proyecto de implementación específico requiera del sistema de evaluación de impacto ambiental, del cual obviamente no puede quedar excluido”.²⁴

Por otra parte, el criterio que venimos comentando no sólo es incorrecto desde una perspectiva teórica, sino que, además, repercute negativamente en la certeza jurídica con que debiesen contar los concesionarios mineros para desarrollar sus proyectos. Ello, pues de seguirse la última doctrina planteada por la Corte, el titular se vería forzado a invertir grandes cantidades de recursos en la obtención de permisos administrativos para encontrarse habilitado a solicitar, y eventualmente, obtener la servidumbre minera que es requisito esencial para la explotación. A su vez, se generaría una importante dificultad práctica al momento de tramitar los señalados permisos, debiendo el titular proponer a la autoridad la realización de un proyecto respecto de un predio sobre el cual, hasta el momento, carecería de derecho alguno.

²⁴ Corporación Nacional del Cobre con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°22.303-2014, sentencia de fecha 26 de enero de 2015.

Finalmente, adoptar esta postura llevaría al absurdo jurídico de que fuesen diferentes los requisitos para la constitución de una servidumbre forzosa y los de una voluntaria. Así, mientras que la constitución de servidumbres mineras voluntarias bastaría el mero consentimiento de ambas partes involucradas –sin atenderse a venias de tipo administrativo previamente obtenidas–, en el caso de las servidumbres forzosas se exigirían requisitos y condiciones adicionales a los establecidos en la legislación minera, tornándolas más gravosas y estableciendo con ello una verdadera discriminación negativa para su constitución.

Así razonó la Corte al conocer un recurso de casación interpuesto por el Fisco de Chile para revertir el otorgamiento de servidumbres mineras a favor de Compañía Minera Xstrata Lomas Bayas:

“Corroborada dicha conclusión, la circunstancia que las servidumbres mineras pueden también constituirse por el acuerdo de las partes, tal como lo señala el artículo 123 del Código de Minería; por lo que una postura en sentido diferente conduciría a aceptar dos categorías distintas de servidumbres: las constituidas por acuerdo de las partes y por resolución judicial, quedando estas últimas sometidas a requisitos o condiciones diferentes que obviamente torna más gravoso el ejercicio de un derecho que la ley confiere para el objetivo específico ya señalado”.²⁵

De igual manera, en un fallo más reciente, la Corte reiteró este argumento señalando que:

“De no entenderse así, difícil se haría conciliar la sana hermenéutica del artículo 123 del código en comentario, que acepta la servidumbre constituida por acuerdo de parte. Como es fácil comprender, el mero consentimiento de dominante y sirviente no habría de atenderse a venias de tipo administrativo previamente obtenidas, con lo que el sistema introduciría una discriminación negativa con respecto a las servidumbres constituidas mediante resolución judicial a las que, en la hipótesis asumida por el fallo que se estudia, se sometería a mayores requisitos y condiciones”.²⁶

25 Compañía Minera Xstrata con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°7442-2015, sentencia de fecha 10 de mayo de 2016.

26 Sociedad Legal Minera Juan Pablo II Primera de Antofagasta con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol

5. Conclusiones

La discusión sobre cuáles son los requisitos necesarios e indispensables para el otorgamiento de servidumbres mineras no ha sido zanjada, existiendo a la fecha fallos contradictorios, que no permiten siquiera vislumbrar una tendencia predominante. No obstante, de la revisión realizada a las dos líneas jurisprudenciales existentes, es posible advertir que aquella que ha exigido el cumplimiento de etapas de carácter administrativo además de aquellos requisitos contemplados en la legislación minera, es claramente errada.

Lo anterior, por cuanto impone exigencias no contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo requisitos adicionales a los dispuestos de manera específica en la ley y excediéndose, de este modo, de la legislación vigente. Este criterio, por lo demás, no se condice con el procedimiento *sumarísimo* establecido para la constitución de servidumbres mineras, que busca una tramitación lo más expedita posible para el concesionario minero, concordante con el carácter legal de este tipo de servidumbre. En efecto, resulta contrario a la esencia de un procedimiento de esta clase la discusión de asuntos de complejidad técnica, como la procedencia de un proceso de consulta indígena o la exigencia de permisos y autorizaciones sectoriales. En cambio, en este procedimiento sólo debiese verificarse el cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en la ley y determinarse la indemnización de perjuicios que proceda.

Por otra parte, al decidir conforme a este criterio, la Corte Suprema confunde la etapa de constitución de las servidumbres con su posterior y efectiva explotación. El procedimiento de constitución de servidumbres mineras, como fue explicado, es la forma de obtener un derecho real, que permite hacer uso del terreno superficial, pero que en caso alguno permite extraer el mineral de éste. Para la explotación, en tanto, será necesario cumplir con exigencias adicionales, como permisos ambientales o urbanísticos o la realización de consulta indígena, en su caso, cuyo desarrollo y procedimiento se encuentra establecido en la ley. Por tanto, la mera constitución de una servidumbre minera con los requisitos específicos de la materia no implica que el concesionario se eximiría de dar cumplimiento a los demás requisitos legales establecidos para el desarrollo de un proyecto, sino que éstos habrán de cumplirse en el momento que les corresponde, esto es, posterior al procedimiento de obtención de las servidumbres mineras.

N°25985-2016, sentencia de fecha 2 de noviembre de 2017.

A su vez, la determinación de la Corte en este sentido genera un problema de certeza jurídica para los concesionarios mineros, dificultando el desarrollo de proyectos de esta clase. Ello toda vez que se verían obligados a realizar grandes inversiones para obtener los permisos sectoriales respectivos y desarrollar las consultas ciudadanas requeridas sin siquiera contar en ese momento con derechos de explotación respecto del predio a que se refiera el proyecto e incluso con la incertidumbre acerca de si se obtendrá o no la servidumbre sobre él.

Adicionalmente, la línea jurisprudencial comentada lleva al absurdo de dejar en una situación menos favorable al concesionario que deba obtener la servidumbre minera por la vía forzosa en comparación con aquel que obtenga una servidumbre voluntaria. Esto, por cuanto sólo en la servidumbre forzosa, que es tramitada judicialmente, se exigirían requisitos adicionales a los establecidos en la normativa aplicable.

De esta forma, si bien la Corte Suprema ha pretendido velar por el resguardo de determinados bienes jurídicos, al hacerlo ha omitido la institucionalidad vigente, que precisamente se encarga de resguardar, mediante procedimientos específicos establecidos al efecto, tales valores. Lo anterior no es más que una muestra de activismo judicial, que ha pretendido normar una materia que ya se encuentra expresamente regulada en la ley.

LA VOZ DE LOS OCHENTA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONTRA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

*Pablo Soto Delgado*¹

*Matías Guilloff Titium*²

Resumen

El artículo analiza las bases teóricas, las consecuencias institucionales y la falta de asidero constitucional de las declaraciones de inconstitucionalidad de la atribución de potestades administrativas contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley modificadorio del marco normativo de la Dirección General de Aguas en materia de fiscalización y sanción, así como en el proyecto de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor. Dichos fallos producen un patrón sistemático en la implementación de la ley que favorece a los regulados en desmedro del público en general, y reflejan la doctrina que autores como Eduardo Soto Kloss y el Presidente del Tribunal Constitucional, Iván Aróstica, han defendido con vigor, especialmente, en la década de los ochenta. Estos planteamientos no se condicen con la Constitución y expresan un desprecio por la Administración y su rol en la implementación de la ley.

Palabras clave: juez y parte – autotutela ejecutiva – sanciones administrativas – potestad normativa de los órganos reguladores – análisis económico institucional

¹ Profesor de Derecho administrativo. Investigador adjunto, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: pablo.soto@mail.udp.cl.

² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. LL.M. Columbia University, S.J.D., University of Arizona. Profesor de Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: matias.guiloff@udp.cl.

“there can be with us nothing really corresponding to the ‘administrative law’”

A.V. Dicey

Introduction to the Study of the Law of the Constitution

1915

1. Introducción

A fines del año 2017, y comienzos del 2018, el Tribunal Constitucional (TC) dictó dos sentencias que podrían tener profundas repercusiones sobre las potestades de la Administración, un tema central en el Derecho administrativo. En la primera de ellas, recaída en el proyecto de ley que modifica el marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanción,³ el TC declaró la inconstitucionalidad de atribuir a la Administración –la Dirección General de Aguas (DGA)– potestades que anteriormente se le reconocían al Poder judicial, a saber, requerir el auxilio de la fuerza pública para detener la construcción de obras que no contaran con autorización, y sancionar algunos incumplimientos. Por su parte, en el fallo sobre el proyecto de ley de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC),⁴ el TC estimó inconstitucional –entre otras cuestiones– atribuir a la Administración la potestad de sancionar por sí misma los incumplimientos regulatorios y dictar normas generales para la implementación de la legislación sobre la materia.

El impacto de las sentencias en el Derecho administrativo es potencialmente capital porque, de propagarse a otros ámbitos el razonamiento contenido en ellas, es posible que se desconozcan las que, quizás, sean las potestades más relevantes con que un órgano administrativo puede contar para la adecuada implementación de la ley: dictar normas y aplicarlas en casos concretos. Esto sucede porque las declaraciones de

3 Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, correspondiente al boletín N° 8.149-09.

4 Proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al boletín N° 9.369-03.

inconstitucionalidad que se analizarán parten del supuesto de que tales potestades corresponden en verdad a otros órganos: a los jueces, en el caso de la imposición de sanciones y el requerimiento del auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir la ley; y al legislador, tratándose de la dictación de normas generales que permitan al órgano competente y especialista en la materia darle operatividad a la ley. De esta forma, lo que estaba en juego en estas decisiones –y lo que a futuro se discutirá en otros casos donde los requirentes quieran valerse de los precedentes que ellas establecen–, son los medios con que la Administración puede implementar la ley, así como los efectos que se siguen al escoger instituciones distintas de aquella (los jueces o el legislador) para llevar a cabo dicha tarea.

Por tales consideraciones, el principal propósito de este artículo es poner en evidencia las consecuencias, para la implementación de la ley, de las opciones institucionales que fundamentan las referidas declaraciones de inconstitucionalidad, y argumentar que éstas en nada se condicen con la regulación de la función administrativa contenida en la Constitución, sino que, por el contrario, surgen de una determinada concepción del Derecho administrativo que tuvo su auge en plena Dictadura. En específico, pretendemos demostrar cómo los razonamientos que llevaron a los respectivos votos de mayoría a declarar las inconstitucionalidades producen un patrón sistemático en la implementación de la ley que favorece a los regulados, en desmedro del público en general, y que ellos reflejan textualmente la doctrina que autores como Eduardo Soto Kloss y el Presidente del TC, Iván Aróstica, han defendido con vigor, especialmente, durante la década de los ochenta. Estos planteamientos contradicen la Constitución Política y envuelven, tal como las sentencias que en ella se basan y que aquí se evaluarán, un desprecio por la Administración y su rol en la implementación de la ley.

Para desarrollar este argumento, emplearemos la siguiente estructura: en la primera parte resumiremos brevemente las declaraciones de inconstitucionalidad que se contienen en los fallos. Luego, describiremos los fundamentos teóricos de estas, revisando para ello los trabajos de Soto Kloss y Aróstica. La sección siguiente, aplicando la metodología del análisis comparativo institucional, se referirá a los efectos de estos fallos, demostrando que, al impedir la implementación administrativa de la ley, acarrea la consecuencia de que ésta se sesgue en favor de los regulados. Finalmente, en la última parte argumentaremos que los fundamentos de estos fallos y sus

derivaciones no se condicen con la Constitución ni con otras leyes que se han dictado en conformidad con ella.

2. Las declaraciones de inconstitucionalidad por parte del TC

2.1. El fallo sobre las nuevas potestades de la DGA: autotutela ejecutiva y potestad sancionatoria

El proyecto de ley que modificaba el marco normativo de las aguas en cuanto a la fiscalización y sanciones introducía diversos cambios al Código de Aguas; entre ellos, confería facultades de autotutela ejecutiva a la DGA y trasladaba la potestad sancionatoria desde los juzgados de policía local a ese órgano.

Respecto a lo primero, el proyecto suprimía del artículo 129 bis 2 del Código de Aguas la autorización judicial para requerir el auxilio de la fuerza pública en aquellos casos en que la DGA ordenara la inmediata paralización de obras que no cuenten con la debida autorización y pudieren ocasionar perjuicios a terceros.⁵ Asimismo, la iniciativa modificaba el artículo 138 del mismo código que, previo requerimiento del Intendente o Gobernador respectivo, admite el auxilio la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento para hacer cumplir las resoluciones dictadas en ejercicio de las atribuciones de la DGA. La nueva norma autorizaría al Director General de Aguas para que pudiera solicitar *directamente* el auxilio de Carabineros o la autoridad correspondiente.⁶

Para el TC, los cambios expuestos “suprimen una garantía constitucional”,⁷ con lo cual se vulnera el artículo 19, N° 3 de la Constitución. Por de pronto, porque “la autoridad administrativa no puede sin más ejercer un acto de coacción con miras a imponer sus resoluciones, obviando acudir a los tribunales para que la situación pueda ser encauzada conforme a derecho.”⁸ Según el TC, este es el caso, porque “la autorización judicial para el uso de la fuerza pública permite la apreciación jurisdiccional de la situación, a efectos de determinar si se requiere o no el uso de la fuerza, constituyendo ello una garantía para la persona frente al poder de la Administración del Estado, y de cara a posibles

5 Artículo 1°, N° 13, letra a), literal i. del proyecto.

6 Artículo 1°, N° 17, letra b) del proyecto.

7 Tribunal Constitucional, Rol 3958-2017, sentencia de fecha 26 de diciembre de 2017, considerando 18°.

8 Ídem, considerando 21°. Para el TC, en Ídem, considerando 19°, esta derogación dejaba a la “mera discrecionalidad [del Director General de Aguas] la apreciación de un posible peligro o perjuicio y pudiendo, sin control jurisdiccional preventivo alguno, impetrar directamente el auxilio de Carabineros”.

actuaciones arbitrarias de la autoridad.”⁹ Sería el “Estado de Derecho” la idea que exige “motivos fundados y debidamente justificados para que el legislador suprima una garantía judicial concerniente al uso de la fuerza pública”¹⁰, cuestión que no ha existido en este proyecto de ley.

Asimismo, el proyecto infringe el artículo 76 de la Constitución:

“en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional de los tribunales de justicia, y su función exclusiva para la resolución de controversias, que incluye –conforme a dicho precepto constitucional– la facultad de impartir órdenes directas a la fuerza pública, facultad que el juez, en el marco del debido proceso, ejercerá o no luego de ponderar la controversia entre el Estado y el particular y la posible afectación de los derechos de este último o de terceros, función netamente judicial que los preceptos del proyecto de ley analizados amagan en términos contrarios a la Carta Fundamental.”¹¹

En lo concerniente a la potestad sancionatoria, el proyecto introducía en el artículo 175 del Código de Aguas la regla de que el juez del lugar en que se hubiese cometido la infracción aplicaría la respectiva sanción “con el solo mérito de la resolución administrativa, fijando el plazo para su pago”¹². Según el TC, “lo anterior implica que el Juez ahora únicamente podría pronunciarse acerca del plazo para el pago de la multa, multa que será fijada con el sólo mérito de la resolución administrativa, quedando así impedido el infractor de reclamar judicialmente y de manera eficaz la determinación de la multa o su cuantía”.¹³ Bajo esta *interpretación* del TC, (i) se infringe el debido proceso (artículo 19° N° 3 de la Constitución) “en orden al derecho a contradecir en sede judicial las decisiones de la autoridad administrativa”; y (ii) “se conculca el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental que permite a las personas reclamar contra todo acto de la Administración que lo lesione en sus derechos”¹⁴

9 Ídem, considerando 18°.

10 *Ibid.*

11 Ídem, considerando 22°.

12 Artículo 1°, N° 25, letra a) del proyecto.

13 Tribunal Constitucional, Rol 3958-2017, ob. cit., considerando 24°.

14 Ídem, considerando 25°.

Continuando con la potestad sancionatoria, tratándose del incumplimiento de diversas medidas precautorias ordenadas por la DGA¹⁵ el proyecto transfería la potestad sancionatoria desde el juez de policía local (previa solicitud de los afectados, cualquier particular y órganos públicos), a ese órgano administrativo.¹⁶ A juicio del TC, esta modificación al artículo 306 del Código de Aguas importaba infringir la Constitución “en sus artículos 19, N° 3°, y 76, al eliminar las garantías del acceso al juez independiente e imparcial y del debido proceso legal,¹⁷ afirmándose, enseguida, que:

“las disposiciones del proyecto analizadas eliminan las facultades del Juez de Policía Local competente, dejando a la total discrecionalidad de la autoridad administrativa –Dirección General de Aguas– tanto la determinación de la concurrencia o no de la infracción, la apreciación de los presupuestos fácticos que la configuran, y la fijación determinación [...] del monto de la multa y su forma de pago, asuntos que la ley entrega actualmente a la competencia de los tribunales de justicia.

Así, los preceptos del proyecto bajo análisis menoscaban del todo el derecho de las personas de acceder a un tribunal independiente e imparcial que resuelva las controversias entre el Estado y los particulares o terceros que también pudieren verse perjudicados, lo que dentro de un Estado de Derecho, constituye una garantía de aquellas frente a la potestad sancionatoria del Estado.”¹⁸

2.2. La sentencia sobre el proyecto de fortalecimiento del SERNAC: potestad sancionatoria y potestad normativa

En lo que respecta a la sentencia sobre el proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores

¹⁵ Estas medidas son, de acuerdo con los artículos 304 y 305 del Código de Aguas, la modificación o destrucción de obras provisionales inseguras, cierres de bocatomas ante peligros de grandes avenidas, puesta en peligro de vida o bienes de terceros, obras necesarias para proteger caminos, poblaciones u otros terrenos de los desbordamientos debidos a defectos de construcción o mala operación o conservación de canales.

¹⁶ Artículo 1°, N° 35, letras a) y b) del proyecto.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Rol 3958-2017, ob. cit., considerando 26°.

¹⁸ Ídem, considerando 27°.

(LPDC), y que tenía por objeto fortalecer institucionalmente al SERNAC, el TC declaró inconstitucionales las nuevas atribuciones conferidas por el legislador al órgano: la potestad sancionatoria, la potestad normativa, la facultad de adoptar medidas conservativas, la facultad de requerir información a los proveedores, así como conciliar individualmente. En lo que sigue –y conforme a los fines de este texto– se expondrán las dos primeras.

El proyecto de ley, junto con incrementar los topes de las multas, atribuía potestad sancionatoria al SERNAC, antes radicada exclusivamente en el juzgado de policía local (y los civiles en caso de intereses supraindividuales). Para la imposición de las sanciones se regulaba un procedimiento administrativo previo, con criterios para la determinación de la cuantía de la multa y una revisión judicial en única o doble instancia dependiendo de si la cuantía no excede las 25 UTM.

Para el TC, en su sentencia, cualquier solución de conflictos entre consumidores y proveedores constituye el “*ejercicio de una misma y única función inherentemente jurisdiccional* [...]”.¹⁹ Por ello, se cuestiona que el proyecto, de una parte, desnaturaliza la función administrativa, al no caber en esta el ejercicio sancionatorio, que es jurisdiccional; y, de otra, el SERNAC carece de la imparcialidad de un órgano judicial. De este modo, “mientras en el régimen actual el Servicio Nacional del Consumidor ejerce unos cometidos de fiscalización que *se corresponden con su pertenencia a la Administración del Estado*, dejando entregado a los juzgados competentes la sanción y corrección de las infracciones a la normativa de que se trata”,²⁰ las “potestades jurisdiccionales para sancionar a los proveedores [...] sólo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que [el SERNAC] no reúne”.²¹ Las normas que radican facultades para proteger a los consumidores, “*no pueden residir en un organismo meramente administrativo*, en virtud de un principio básico del derecho público universal, cual es el de *separación de funciones*.”²²

El TC sostiene que de la combinación entre la existencia del régimen vigente (que separa la fiscalización administrativa de la sanción judicial) y una concepción de la relación de consumo como meramente civil o comercial,

19 Ibid.

20 Ídem, considerando 33°.

21 Ibid.

22 Ibid.

se sigue que el régimen debe permanecer de este modo (el razonamiento en verdad es ininteligible²³).

Para el TC, la resolución administrativa que pone término al procedimiento sancionatorio es en verdad una “sentencia” que, por si fuera poco, tendría autoridad de *cosa juzgada*.²⁴ No obstante, retóricamente se pregunta si el SERNAC podría ejercer la función judicial, respondiendo negativamente, al no cumplirse “los requisitos previstos al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que, en todo caso, debe tratarse de un tercero independiente e imparcial”.²⁵ Esto, porque:

“el Servicio Nacional del Consumidor puede representar individualmente a los consumidores en las causas que se inicien ante los tribunales de justicia para la determinación de las indemnizaciones de perjuicios correspondientes (artículo 8 letra e) como realizar, a solicitud de un consumidor, mediaciones individuales (artículo 8 letra h). Estas atribuciones, mencionadas a vía ejemplar, demuestran inequívocamente que nos encontramos frente a un órgano de la Administración que interviene en la relación entre consumidores y proveedores de un servicio representando los intereses de una de las partes, lo que le resta las condiciones indispensables de independencia e imparcialidad con que debe enfrentarse el ejercicio de la jurisdicción. [...] Lo que no procede [...], es que el mismo servicio estatal llamado a proteger a una de las partes lucrativamente interesadas, los consumidores, sea instituido como árbitro supremo, para luego dirimir los contenciosos e impugnaciones que enderecen contra sus proveedores.”²⁶

23 Ídem, considerando 34°, según el cual: “Que, atendida la naturaleza de los contratos que median entre los proveedores comerciantes y los consumidores, desde el DL N° 280 de 1974, pasando por la Ley N° 18.223, hasta llegar a la actual Ley N° 19.496 [...], se encuentra arraigada la concepción de que la investigación y fiscalización de los ilícitos pertinentes se debe encomendar a una entidad administrativa, en tanto que su sanción y corrección ha de confiarse a los tribunales de Justicia. [...] Tal como sucede en el campo análogo de la libre competencia, donde asimismo se produce una nítida separación entre el rol fiscalizador de la Fiscalía Nacional Económica, servicio público descentralizado, y el rol sancionador y corrector del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [...]. Y como no ocurre en otros ámbitos del orden público económico, donde se trata de cautelar la observancia de alguna legislación especializada y distinta a la contratación general regida por los códigos Civil y de Comercio, a objeto de asegurar la regularidad y continuidad de determinados servicios de utilidad pública, y que –por eso– podrían ameritar una regulación diferenciada.”

24 Ídem, considerando 35°.

25 Ídem, considerando 38°.

26 *Ibid.*

En concordancia con este planteamiento, el proyecto, según el TC, provee al SERNAC “espacios de amplia discrecionalidad, que amagan predisponerlo en contra de los derechos de los proveedores.”²⁷ Entonces, el rol de la declaración de inconstitucionalidad es precaver una supuesta supresión de los derechos del proveedor (el “prójimo”), quien se encuentra, a juicio del TC, en una relación puramente comercial con el consumidor. Así:

“debiendo el Tribunal Constitucional fallar ‘conforme a derecho’ [...], e ínsita la idea de que uno de los preceptos del derecho es dar a cada uno lo que es suyo, ello significa entonces que es esta alteridad o el reconocer la presencia del otro –del prójimo–, lo que obsta aceptar como jurídicamente válida cualquier ley cuyo objeto reporte utilidad a una de las partes involucradas en una relación comercial, pero al precio de negar o preterir los derechos propios de los demás.”²⁸

Aparte de la declaración de inconstitucionalidad descrita en los párrafos anteriores, el TC realizó otra, relativa a la nueva potestad normativa que el proyecto de modificación a la LPDC le atribuía, en su artículo 1° N° 52 letra a), al SERNAC. De acuerdo con esta, el servicio podría dictar normas e instrucciones de carácter general y obligatorio “con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores.” A juicio del TC, la norma que contenía dicha potestad es inconstitucional, por cuanto, la nueva regulación opera:

“sin encuadrar precisamente cuál habría de ser su contenido esencial ni delimitar quiénes serían los destinatarios compelidos a su cumplimiento. Aparece vulnerado, así, el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental que garantiza la reserva legal en materia de derechos fundamentales que exige, además, que cuando la ley regule o complemente las garantías que la Constitución establece o que las limite en los casos en que ella lo autoriza, no se afecten los derechos en su esencia.

Así que, dada su amplia e ilimitada formulación, cabe colegir que

²⁷ Ídem, considerando 39°.

²⁸ *Ibid.*

los imperados por estas normas e instrucciones generales serán los proveedores y consumidores en sus mutuas relaciones, así como los tribunales al fallar las contiendas que se susciten entre estas partes. Lo que no se sostiene en derecho, puesto que las relaciones jurídicas entre proveedores y consumidores deben regirse únicamente por las normas legales que las regulen, de igual manera como las controversias que los consumidores promuevan contra los proveedores sólo pueden zanjarse por el juez del caso, con sujeción estricta a las leyes y no subordinado a un tal tipo de actos de la Administración.”²⁹

3. La base sotoklossiana de los fallos: un Derecho administrativo del control al servicio de la iniciativa privada

Como se indicó en la introducción, los fallos del TC tienen una base teórica subyacente. Para entenderla, es de utilidad la contraposición entre *normativismo* y *funcionalismo* en el Derecho público. El normativismo es una concepción que se inspira en la separación de poderes y la subordinación del aparato público al Derecho, resalta las funciones de control –especialmente judicial– y propone, además, una visión expansiva de las libertades personales, que no han de sujetarse a restricciones jurídicas. Por otro lado, el funcionalismo concibe el Derecho desde una perspectiva instrumental, reguladora, y especialmente facilitadora de la función estatal, por lo cual asume que el Derecho público ha de orientarse al cumplimiento de los objetivos y fines públicos.³⁰

El gran ícono del normativismo conservador de fines del siglo XIX y principios del XX³¹ fue el inglés A.V. Dicey. Según este profesor de Oxford, una característica fundante del gobierno de Inglaterra se hallaba en el *rule of law*, fórmula que se conformaba de varios aspectos, entre los cuales destaca la sujeción del Estado a las mismas reglas que los particulares.³² A juicio de

29 Ídem, considerando 42°. El TC también declaró inconstitucional las disposiciones que se referían en el resto del proyecto a dicha potestad normativa, siendo importante destacar aquella del N° 54 del artículo 1° del proyecto, según la cual, al Director del SERNAC hubiera correspondido “[d]ictar las instrucciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y el buen funcionamiento del servicio.”

30 Loughlin, Martin, *Public Law and Political Theory*, (Clarendon Press), 2003, pp. 60-61.

31 La primera edición de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* es de 1885 y la última preparada por Dicey es de 1915.

32 De acuerdo con la formulación diceyana, el *rule of law* se compone de los siguientes principios: (i) Ningún hombre puede ser castigado ni obligado legalmente a sufrir en cuerpo o bienes salvo que exista una clara violación de la ley, determinada en la forma legal ordinaria y ante los tribunales comunes; éste es un límite al ejercicio de poderes de restricción amplios, arbitrarios o discrecionales;

Dicey, el *rule of law* contrastaba radicalmente con el Derecho administrativo continental, cuyo máximo exponente era el *droit administratif* francés, puesto que en este último primaba un régimen especial, con privilegios para la Administración del Estado, donde ésta se relaciona asimétricamente con el administrado, cuyos derechos pueden ser determinados por aquella, quedando el control del aparato administrativo en manos de tribunales especiales.³³ La oposición entre el *rule of law* y el Derecho administrativo francés es evidente, pues en este, a diferencia de aquel, la Administración no está sometida al derecho común.

Más de medio siglo después, Eduardo Soto Kloss puso en marcha un programa para que el Derecho público chileno adoptara, como “injerto extranjerizante”,³⁴ una versión del *rule of law* que Dicey promovía para la Inglaterra desde fines del siglo XIX. Soto Kloss replicó el argumento de sumisión del Derecho administrativo a un estatuto común con el del ciudadano, que ancló normativamente en la Constitución de dos formas. En primer lugar, a través del principio de juridicidad, que se fundaría en el persistente artículo 160 de la Constitución de 1833, que pasó a ser 4° de la Carta de 1925, y en la de 1980 se halla en los incisos 2° y 3° de su artículo 7°.³⁵ Es ésta la “verdadera ‘regla de oro’ del derecho público chileno, pilar básico y sustentador

(ii) Cada hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria del Reino y puede comparecer ante la jurisdicción de los tribunales ordinarios; (iii) El Derecho de la Constitución no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos por los tribunales, lo cual significa que los principios del Derecho privado, puestos en práctica por la acción de los tribunales y el Parlamento, permitieron determinar la posición de la Corona y sus funcionarios. De ahí que “la Constitución sea el resultado del Derecho ordinario del país”. Para lo anterior, véase: Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Liberty Classics), 1915, pp. 110, 114 y 121.

33 Ídem, pp. 213 y ss.

34 Expresión empleada por Soto Kloss para referirse al empleo de doctrinas y autores extranjeros para entender el Derecho público nacional, en especial si se trataba de las potestades exorbitantes de la Administración del Estado. Al respecto, véase: Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases Fundamentales, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996, p. 32.

35 Indicaba el artículo 160 de la Constitución de 1833: “Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.” Por su parte, el 4° de la Constitución de 1925 señalaba: “Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.” Finalmente, el artículo 7° de la Constitución de 1980 dispone: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. [...] Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. [...] Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

–sillar primigenio– de todo el edificio jurídico de la nación”.³⁶ Se trata de una disposición que, en la lectura sotoklossiana, al ordenar la nulidad de todo acto del Estado contrario a Derecho, tutela la supremacía constitucional, contiene el principio de juridicidad y expresa la vinculación positiva al Derecho. En segundo término, porque como, según el artículo 19 N° 2 de la Constitución, “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, esto incluiría a la Administración del Estado que, por lo mismo, no puede detentar ningún “privilegio” ni actuar al amparo de un régimen que exorbite al Derecho común.³⁷

La formulación del principio de juridicidad del inciso 1° del artículo 7° de la Constitución de 1980 establecería la nulidad de Derecho público como sanción *ipso iure*, insanable, imprescriptible y declarable de oficio.³⁸ Este mismo principio ha fundado la interpretación de Soto Kloss sobre la imposibilidad de que el legislador efectúe delegaciones legislativas y remisiones normativas a la Administración. Si los órganos administrativos deben actuar “en la forma que prescriba la ley”, será “la ley” y no otra fuente aquella que tiene exclusiva competencia regulatoria. Así, las normas generales dictadas administrativamente serían actos estatales nulos.³⁹ Como se verá luego, esta propuesta tiene importantes implicancias para la inconstitucionalidad de la potestad normativa del SERNAC, declarada por el TC, en el control preventivo del proyecto de ley que reformaba a dicho órgano.

Soto Kloss ha promovido una posición eminentemente anti-Estado, de acuerdo con la cual el Derecho administrativo es un ámbito cuya intervención debe arrinconarse tanto como sea posible. Como todo normativismo, el autor nacional ve el Derecho desde una dicotomía –o confrontación más bien– insalvable entre los derechos individuales y el Estado.⁴⁰ De ahí que, cualquier forma de pensar el Derecho público que no sea la de los derechos concebidos

36 Soto Kloss, Eduardo, “La regla de oro del Derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833”, en *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XV (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 1992, p. 333.

37 Soto Kloss, Eduardo, “La nulidad de derecho público en el Derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 47-48 (Universidad de Chile), 1990, pp. 24-25. Por lo mismo, el Estado administrador es responsable patrimonialmente, en la medida “que el Derecho obliga por igual, entonces, tanto a los gobernantes como a los gobernados”. Véase: Soto Kloss, Eduardo, “La responsabilidad extracontractual del Estado administrador. Un principio general del Derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 21-22 (Universidad de Chile), 1977, p. 153.

38 Soto Kloss, Eduardo, “La nulidad de derecho público en el Derecho chileno”, *ob. cit.*, pp. 24-25.

39 Soto Kloss, Eduardo, “En la forma que prescriba la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993, pp. 687-693.

40 Loughlin, Martin, *Public Law and Political Theory*, *ob. cit.*, p. 60.

como posiciones virtualmente sin límites, importa adoptar un modelo “totalitario, estatista”.⁴¹

El programa sotoklossiano es una reacción contra el Gobierno de la Unidad Popular. Ya en democracia –1993– Eduardo Soto Kloss e Iván Aróstica (su discípulo y actual Presidente del TC) publicaron un texto titulado “La destrucción del Estado de Derecho 1970-1973”. Si bien, a primera vista pudiera solo parecer un artículo extemporáneo, fundamentalmente sincera una concepción del Derecho administrativo que tiene por objeto contener un supuesto desborde *siempre latente* de la Administración del Estado, que adquiere sentido porque se ha verificado históricamente el Gobierno de Salvador Allende. Por ello, no es extraño el elogio a la “extrema claridad” de la Declaración de Principios de la Junta Militar de Gobierno, de 1974, que con “precisión y rigor conceptual” pretendía por primera vez estatuir con efectos institucionales el principio de subsidiariedad, inspirado en la naturaleza y dignidad humana, a las cuales el Estado debe solo servir; ese principio presupone el respeto a la propiedad privada.⁴²

La reducción del poder de la Administración del Estado queda sellada con una metodología de interpretación de la Constitución que veda cualquier desarrollo, por parte del legislador, de funciones y potestades administrativas que no se encuentren *literalmente* establecidas en la Carta. A juicio de Soto Kloss, no hay margen para que la ley cree regulación administrativa donde la Constitución no lo hace: “la Constitución [es] una pieza fundamental en la cual ha de reflejarse como en un espejo toda la actividad de la Administración.”⁴³ De acuerdo a esta concepción, que considera a la Constitución como la fuente que contiene *todo* el Derecho administrativo, se cree inconstitucional –o derechamente se elude– cualquier desarrollo jurídico de rango infraconstitucional que la Constitución no contemple expresamente.

A todo lo anterior debe agregarse un énfasis en la función jurisdiccional como clave que cierra todo el sistema del Derecho administrativo, pues, de

41 Soto Kloss, Eduardo, “El acto administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 11 (Universidad de Chile), 1970, p. 332.

42 Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas Fundamentales*, (Abeledo Perrot), 2012, pp. 122-123. En *Ídem*, p. 120, se lee: “Así, el gobierno de la Junta de Gobierno, y sobre todo, a partir de 1974, el Presidente Pinochet se encontró con una situación que había de revertirse, devolviéndose todos aquellos establecimientos incautados ilícitamente a particulares, y encauzando el Rol del Estado a una función propiamente subsidiaria, restituyendo a la iniciativa privada lo que le corresponde de suyo.” (*Énfasis nuestro*).

43 *Ídem*, p. 29.

lo contrario no habría Estado de Derecho.⁴⁴ Primero, por la vía de promover el control judicial como reacción contra los espacios de inmunidad de la Administración que Soto Kloss identificó a propósito de que nunca el legislador creara los tribunales contencioso administrativo prometidos por la Constitución de 1925, defendiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria para supervisar la actividad administrativa;⁴⁵ segundo, defendiendo un incisivo estándar de control judicial de la Administración que no solo alcance a la legalidad de los actos administrativos, sino también a su mérito.⁴⁶ Lo anterior puede explicar el entusiasmo, en 1976, por la creación del recurso de protección como sustituto del contencioso administrativo que resguardara la libertad de los ciudadanos⁴⁷ (en Dictadura, cabe agregar).

En este sistema normativista de Derecho administrativo, el alcance de los poderes judiciales opera, además, como un límite a las potestades administrativas para el *diseño institucional*, mediante una construcción argumentativa en dos pasos: en primer lugar, sosteniendo que un cúmulo de facultades son exclusivas del Poder Judicial; y, en segundo término, calificando de jurisdiccionales todas las actividades administrativas que puedan incidir en el ámbito de los particulares. El resultado –como un círculo vicioso– es la inconstitucionalidad de cualquier potestad que el legislador pretenda atribuir a la Administración en donde los particulares pudieran ser afectados. De este modo, se pretende que los contornos del Derecho administrativo quedaron irremediablemente confinados y jibarizados por el artículo 76 de la Constitución de 1980, lo cual trae la consecuencia de proscribir –por inconstitucional– varios aspectos de la actividad de la Administración.

La minimización en estos términos del Derecho administrativo trae efectos para la potestad administrativa sancionatoria y la autotutela ejecutiva de la Administración. En cuanto a lo primero, opina Soto Kloss que la determinación de una infracción administrativa es sencillamente una disputa entre iguales –al estilo *rule of law* diceyano–: el Estado imputa la violación de una

44 Soto Kloss, Eduardo, “El control jurisdiccional sobre la Administración inglesa”, en *Revista de Derecho Público*, N° 18, (Universidad de Chile), 1975, p. 109.

45 Soto Kloss, Eduardo, “La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 1, N° 3-4, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 1974, p. 356. En este texto ya planteaba el autor la inconstitucionalidad de cualquier forma de adjudicación administrativa.

46 Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases Fundamentales, Tomo II (Editorial Jurídica de Chile)*, 1996, pp. 56 y ss.

47 Soto Kloss, Eduardo, “Amparo judicial y recurso de protección”, en *Revista de Derecho Público*, N° 19-20, (Universidad de Chile), 1976, p. 156.

norma y el particular rechaza el reproche. De ahí que “sólo los tribunales de justicia son los habilitados para juzgar contiendas entre partes, y por lo tanto condenar a una de ellas a determinada prestación u omisión; son ellos los únicos que constitucionalmente han sido provistos de potestades jurídicas sancionadoras”.⁴⁸ Por su parte, tratándose de la autotutela ejecutiva de la Administración, entendida como “el hacerse justicia por sí misma [...] incluso [haciendo] realidad en los hechos sus decisiones y por sus propios medios”,⁴⁹ la propuesta sotoklossiana indica que tal poder administrativo debe quedar reservado a situaciones en las que no están en juego los derechos fundamentales de los particulares. Cuando está “concernida esa órbita personal garantizada, [...] *de suyo es terreno del juez*”⁵⁰ (es decir, resulta inconstitucional la autotutela ejecutiva cuando hay derechos de los administrados susceptibles de afectarse). Por ello, en lugar de una autotutela ejecutiva, Soto Kloss promueve una “plena heterotutela judicial.”⁵¹ Este argumento se basa y acarrea una suerte de reserva judicial de ciertas actividades estatales, concepción que se halla precisamente en las sentencias del TC que antes se expusieron.

En ambos puntos, las propuestas sotoklossianas han sido secundadas por Aróstica, para quien sancionar también equivale a juzgar⁵² y según el cual la autotutela ejecutiva de la Administración es muy excepcional, y no es más que una “reminiscencia de los privilegios de las monarquías absolutas”.⁵³ Nada hay de raro en esto, pues, como se sabe, el actual presidente del TC profesa un modelo normativista que ha aplicado especialmente al Derecho administrativo económico, basado en la subsidiariedad, cuyo fundamento busca en la Declaración de principios del Gobierno militar, de marzo de 1974, y que ancla constitucionalmente en el artículo 19 N° 21 de la Constitución como un derecho fundamental que no puede rebasarse. De ahí la defensa de las privatizaciones por ajustarse a la Declaración de principios de la Junta Militar; la oposición a la

48 Soto Kloss, Eduardo, “El Derecho administrativo penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, N°s 44 y 45, 1979-1980, p. 96.

49 Soto Kloss, Eduardo, “La ejecución del acto administrativo (suspensión y revocación)”, en Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, *El Derecho administrativo en Latinoamérica: curso internacional*, (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario), 1978, p. 103.

50 Ídem, p. 106.

51 Ídem, p. 116.

52 Aróstica Maldonado, Iván, “Algunos problemas del Derecho administrativo penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo 85, N° 1, (Editorial Jurídica de Chile), 1988, p. 43.

53 Aróstica Maldonado, Iván, *Lecciones sobre acto administrativo*, (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), p. 68.

regulación administrativa en materia económica (pues sólo sería competencia del legislador), una concepción expansiva del recurso de amparo económico, con tal de resguardar el principio de subsidiariedad,⁵⁴ y la defensa de un giro tan restringido como sea posible en las empresas públicas.⁵⁵

4. Las implicancias, desde el análisis económico institucional, de los fallos del TC

4.1. El análisis comparativo institucional

Las sentencias arriba descritas, y las bases teóricas normativistas en que se sustentan, se fundan en una concepción del Derecho administrativo –y de las instituciones que lo ponen en práctica–, en donde lo central es la protección de un valor sustantivo: la libertad del individuo frente al pretendido totalitarismo estatal. Dejando de lado la sensatez de este propósito, cabe hacerse la pregunta de si acaso es posible diseñar instituciones adecuadas a partir de un valor sustantivo, cualquiera que este sea. Puesto en otras palabras, ¿basta con tomar los valores desarrollados por el teórico que uno prefiera, y luego, a partir de estos, deducir implicancias legales y propuestas de reformas?⁵⁶

Tal como lo ha argumentado el principal trabajo relativo al análisis económico institucional, resulta imposible determinar y configurar adecuadamente instituciones a partir de la exclusiva consideración de un valor que se busque maximizar con su funcionamiento.⁵⁷ Como sugiere este análisis, la protección de ese valor produce resultados radicalmente opuestos –tales como la determinación de que una parte es responsable civilmente o que no lo es, o que una parte tiene un derecho o que no lo tiene– dependiendo de cuestiones de *opción institucional*, esto es, según quién sea el que decide o cuál es la institución a la que se le encarga adoptar esa decisión.⁵⁸

54 Aróstica Maldonado, Iván, *Derecho administrativo económico*, (Universidad Santo Tomás), 2001, pp. 30, 73, 48, 81 y 137 y ss.

55 Aróstica Maldonado, Iván, “Acción de amparo económico”, en Informe Constitucional, N° 1905, 1998, pp. 5 y ss.

56 Komesar, Neil, “The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice”, en *Law & Social Inquiry*, Vol. 22, N° 4, (American Bar Foundation), 1997, p. 999.

57 Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, (University of Chicago Press), 1994, pp. 4-5.

58 Komesar, Neil, “The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice”, ob. cit., p. 999.

Por estas razones, siguiendo el pensamiento del economista Ronald Coase –una de las principales voces de la escuela de Chicago de análisis económico del Derecho–, particularmente su llamado a examinar las peculiaridades de cada institución (dándole una especial consideración entre estas a los costos de transacción),⁵⁹ Komesar defiende la necesidad de hacer un análisis comparativo institucional. Este consiste, básicamente, en contrastar la institución sujeta a evaluación con otras diversas que pueden ser utilizadas para el mismo propósito. Lo que este examen busca evitar a toda costa es que se opte por determinada institución mediante un mero “análisis uniinstitucional” (single institutionalism),⁶⁰ es decir, sin comparar sus ventajas y desventajas –dadas sus características–, con aquellas de las otras instituciones que podrían realizar un cometido. Como se explicará, es precisamente este tipo de análisis el que fundamenta el voto de mayoría de las sentencias del TC sobre la DGA y el SERNAC.

Previo a explicar el enfoque uniinstitucional en que dichos fallos se basan, es necesario desarrollar más detalladamente los factores que el análisis comparativo institucional considera. De acuerdo con Komesar, si se quiere efectuar cualquier comparación entre alternativas institucionales para realizar un cometido, debe partirse de la premisa según la cual el comportamiento institucional depende crucialmente de la participación de todos aquellos que puedan tener algún interés en cómo se desarrolle esa tarea (por ejemplo, compradores y vendedores, tratándose de mercados; electores, lobistas y manifestantes, en el proceso legislativo; y litigantes en el proceso judicial). Desde esta perspectiva, la participación depende de los costos y beneficios –específicamente, de la distribución de estos– que hacen posible intervenir en la respectiva institución. En cuanto a los costos, estos pueden adoptar dos formas: costos de información y costos de organización. El primero de ellos es el que se debe asumir para poder participar adecuadamente en la adopción de la decisión, mientras que el segundo es el que implica poder organizarse adecuadamente para influir sobre ese proceso.⁶¹

La utilización del método comparativo institucional resulta del todo justificada si se observa la diversidad en la configuración legal de los órganos

59 Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (The University of Chicago Press), 1960, pp. 1-44.

60 Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, ob. cit., p. 6.

61 Komesar, Neil, “The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice”, ob. cit., p. 999.

administrativos y lo variado que es el entorno político en el cual operan.⁶² Solo para simplificar lo concerniente a esta diversidad, se puede clasificar a las agencias administrativas atendiendo a sus funciones (regulatorias o de ejecución de políticas públicas), estructura (si la encabeza una autoridad unipersonal o un consejo), el entorno en que se desenvuelven, y la discrecionalidad con la que cuentan.⁶³ El punto central aquí es que las radicales diferencias que pueden presentarse en cada uno de estos factores se ocultan si solo se atiende a una determinada concepción del Derecho administrativo al momento de evaluar su funcionamiento y la necesidad de una eventual reforma.⁶⁴

4.2. La aplicación del análisis institucional a las sentencias del TC

Sobre la base de la explicación anterior, corresponde realizar un análisis comparativo entre las diversas opciones institucionales que se encontraban en juego en las declaraciones de inconstitucionalidad en las sentencias del TC, partiendo por la atribución de potestad de autotutela ejecutiva a la DGA, para que esta, por sí sola y sin la necesidad de contar con autorización judicial para ello, pudiera pedir el auxilio de la fuerza pública con el fin de evitar la construcción de obras sin autorización en cauces naturales. Luego, se realizará lo propio con el otorgamiento de potestades sancionadoras al SERNAC. Finalmente, se analizará comparativamente el caso de la atribución de potestades normativas a este mismo órgano. Este orden obedece a que, según se enfatizó en la introducción de este artículo, mientras los dos primeros involucran optar entre la Administración y los tribunales para la realización de los respectivos cometidos, el tercero implica elegir entre la Administración y el legislador.

En cuanto al control preventivo del proyecto de ley de reforma a la DGA, la norma que se pretendía modificar dispone que, para poder ordenar la paralización de obras construidas sin autorización en cauces naturales, la Administración requiere autorización judicial previa. Para el público en general, el efecto de este esquema de implementación está en que, además del costo de informarse sobre el problema y organizarse para que la agencia lo aborde, debe absorber el costo de organizarse para que luego el tribunal otorgue de manera oportuna la respectiva autorización. Este último costo deja de existir si el órgano administrativo puede solicitar la cooperación de la fuerza pública

⁶² Stewart, Richard, "The Reformation of American Administrative Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 88, N° 8, (The Harvard Law Review Association), 1974-1975, p. 1810.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

por sí solo. Ahora bien, el aumento de costos para poder implementar la ley implica beneficios para el infractor que está construyendo las obras sin autorización, pues, podrá seguir obteniendo provecho de la explotación de la obra en tanto no se otorgue la autorización judicial.

Por su parte, en cuanto al SERNAC, el proyecto de ley pretendía modificar la atribución exclusiva del juzgado de policía local para resolver la aplicación de sanciones frente a infracciones a la LPDC, esquema que implica varios costos para el consumidor afectado. En efecto, éste debe (i) informarse para determinar cómo proceder frente al incumplimiento, y (ii) organizarse para denunciar el incumplimiento ante el SERNAC o bien para hacerlo directamente ante el juzgado de policía local, en el bastante frecuente caso que el SERNAC no presente la denuncia ante el juzgado de policía local. Por contrapartida, para los proveedores, este sistema de implementación importa el beneficio de no sufrir costo alguno en caso de que el consumidor decida no asumir los costos anteriormente descritos o postergarlos, considerando el tiempo que transcurre entre el incumplimiento y la determinación de una sanción por parte del juzgado de policía local.⁶⁵

Cabe enfatizar un punto que queda en evidencia luego de revisar las sentencias del TC. Ambas declaran las inconstitucionalidades sobre la base de que las potestades de naturaleza coercitiva que se le estaban otorgando a la Administración (como requerir la asistencia de la fuerza pública para hacer cumplir la ley o la imposición de sanciones administrativas) eran de naturaleza jurisdiccional, lo cual, vulneraría el derecho al debido proceso o el principio de separación de poderes. Si esto es así, y el legislador solo puede dotar de los medios más efectivos para cumplir la ley a los tribunales de justicia, estaríamos frente a una auténtica “reserva judicial” que operaría como un límite infranqueable al momento de configurar órganos administrativos para enfrentar problemas públicos. Más allá de lo discutible que pueda ser esta reserva desde la perspectiva de la interpretación constitucional, lo relevante para nuestro análisis es que se trata de una concepción cuyo efecto es constitucionalizar un patrón preciso en la distribución de costos y

⁶⁵ Evidentemente, este argumento es válido siempre y cuando la Administración sea ágil en la aplicación de sanciones, cuestión que, como da cuenta la literatura sobre el así denominado decaimiento del proceso administrativo (ver Valdivia, José Miguel y Blake, Tomás, “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador ante el derecho administrativo”, en *Estudios Públicos*, N° 138, (Centro de Estudios Públicos), 2015, pp. 93-135), no siempre puede darse por sentada (debemos este punto a Bernardo Busel). Con todo, aun si el órgano administrativo no aplica sanciones con rapidez, este esquema sigue siendo criticable por imponer altos costos de información y organización a los consumidores para que puedan implementar la ley.

beneficios asociados a los respectivos esquemas legales: el otorgamiento de beneficios *al sector regulado*, derivado de los altos costos que el público debe asumir para que se cumplan.

Por último, queda referirse a la declaración de inconstitucionalidad de la atribución de potestades normativas al SERNAC. En este caso, tomando en consideración que el TC planteó la cuestión como una relativa a la reserva legal, se debe optar entre otorgar esas potestades a la Administración o al legislador, pues, en el caso que no se le confieran a la primera, solo el último podrá dictar normas en lo relativo a esta materia.⁶⁶

Un esquema que permite el ejercicio de potestades normativas al órgano administrativo impone a proveedores y consumidores los costos necesarios para informarse sobre la materia y posteriormente organizarse de forma tal que puedan tener alguna incidencia en la normativa general que finalmente se dicte. Lo propio sucede con otro modelo donde solo el legislador puede dictar normas sobre la materia. Bajo esta descripción, podría estimarse que, desde el enfoque del análisis comparativo institucional, es indiferente quién detente la potestad. No obstante, un planteamiento así es equivocado porque asume una igual capacidad de actuación de proveedores y consumidores, en circunstancias que el número reducido de los primeros en comparación a los segundos y su mayor capacidad de financiamiento, hacen mucho más probable que solo los proveedores logren tener alguna influencia en los cambios normativos.⁶⁷

66 Si bien esta normativa igualmente podría ser implementada por el Presidente de la República mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cierto es que se trata de una opción teórica, ya que el ámbito del consumidor involucra tantos sectores de la economía y consiguientemente de la organización administrativa que, salvo que se refiera a un aspecto que no tenga mucha incidencia en la regulación de las relaciones de consumo, resulta sumamente improbable que esta potestad sea ejercida. De partida, porque para poder dictar un reglamento en la materia, el Presidente necesitaría contar con un apoyo más o menos transversal dentro de su gabinete. Puesto en términos sencillos, al haber tantos sectores de gobierno que pueden verse afectados por la medida, éstos se erigen como puntos de veto que el Presidente debe sortear para aprobar esa regulación. Además, la alta capacidad de organización de los intereses económicos que podrían verse afectados por una modificación significativa actuaría como disuasivo de la dictación de esta regulación. Todo esto no sucedería si el TC no hubiese efectuado esta declaración de inconstitucionalidad, ya que al encontrarse empoderado por el mismo texto de la ley, el director del SERNAC hubiese tenido el apoyo legal suficiente para dictarlo y probablemente la oposición de los potenciales intereses económicos afectados se hubiese canalizado por cauces institucionales y transparentes, como la consulta que preveía el proyecto de ley en el procedimiento administrativo de elaboración de estas normas e instrucciones. Por lo demás, al abordar esta problemática, fue el propio Tribunal Constitucional el que, al analizar este problema desde la perspectiva de la reserva legal, lo definió como uno donde se encontraban en conflicto la potestad normativa de la Administración con la del legislador. Al respecto, véase: Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerando 42°.

67 Ver Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, (Harvard University Press), 1965 y 1971, pp. 23 y ss.

Podría argumentarse, todavía, que del análisis anterior solo se sigue que, en cualquier foro, sea el legislativo o el administrativo, los proveedores prevalecerán, por lo que, a fin de cuentas, resulta indiferente si se le otorga o no esta potestad a la Administración. Sin embargo, esta hipótesis asume que los costos de participación y organización asociados a la dictación de modificaciones normativas son análogos, ya sea que estas las establezca el legislador o la Administración, lo que evidentemente no es cierto si se consideran las varias trabas que las constituciones introducen a la regulación del proceso legislativo, las que se traducen en mayores costos de organización y participación que, en términos comparativos, pueden ser más fácilmente soportados por aquellos que cuentan con un mejor tamaño y financiamiento: los proveedores.⁶⁸ Precisamente, por ello, el proyecto de ley modificatorio de la LPDC, en su artículo 1° N° 52 letra a), contenía reglas para reducir los costos de obtener información, debiendo sistematizarse la normativa, con tal de “facilitar el acceso y conocimiento de la misma al público en general”.⁶⁹ La reforma contemplaba, también, una instancia obligatoria de consulta pública sobre la normativa, a través del sitio web del servicio, “disponiéndose los mecanismos necesarios para que los interesados puedan formularle observaciones.” Las opiniones serían públicas y debían ser incluidas en un informe para producir la normativa. Finalmente, existiría un reclamo de ilegalidad que hubiera permitido a “cualquier persona afectada” por las normas e instrucciones generales acudir a la Corte de Apelaciones de Santiago para impugnarlas.⁷⁰ Estas instancias de reducción de costos de participación no existen en el procedimiento legislativo.

El TC ha efectuado un análisis uniinstitucional sin prever los impactos públicos de no considerar las características de otras instituciones distintas de la Administración y, por lo tanto, ha invisibilizado la distribución de cargas y beneficios de la opción institucional que ha fijado. En contraste, el análisis funcionalista que hemos realizado demuestra un claro patrón en las declaraciones de inconstitucionalidad del TC en los casos analizados. Al dificultar la implementación de las respectivas leyes en revisión, la supuesta reserva

68 Este planteamiento tiene implicancias para los efectos de una eventual captura del regulador. Aun cuando la posibilidad de implementar la ley mediante la dictación de normativa administrativa abre la posibilidad de que la Administración pueda verse capturada, lo cierto es que ese riesgo es mucho menor que cuando surge a partir de una modificación legislativa. Esto, porque es mucho más probable modificar o derogar una eventual regulación administrativa que surgió de la captura del regulador, que aquella que se plasma en el texto de una ley.

69 Nueva letra e) del artículo 58 de la LPDC.

70 Nueva letra e) del artículo 58 de la LPDC.

judicial que fundamenta las dos primeras declaraciones de inconstitucionalidad analizadas impone costos al público en general que, por el otro lado, se traducen en beneficios para el regulado que pueda incurrir en esos incumplimientos. De la misma forma, al declarar la inconstitucionalidad de la potestad normativa del SERNAC, el TC congela la regulación existente en la materia y reduce la posibilidad de que los consumidores puedan incidir en las modificaciones necesarias en la materia. Todo esto podría ser irrelevante si la propia Constitución consagrara estas opciones institucionales. Como lo demuestra la siguiente sección, ello no es el caso.

5. La Constitución y la implementación de la ley

5.1. La autotutela ejecutiva

La declaración de inconstitucionalidad de la norma del proyecto de reforma al Código de Aguas que autorizaba a la DGA a requerir, sin necesidad de autorización judicial, el auxilio de la fuerza pública para lograr la inmediata paralización de obras que no contaran con la debida autorización y pudieren ocasionar perjuicios a terceros, se refiere a la autotutela ejecutiva de la Administración.⁷¹ El voto de mayoría señala que esta potestad es inconstitucional en la medida que el legislador la establece en sustitución de un sistema de implementación judicial. En los párrafos que siguen se explicará por qué esta declaración no tiene asidero alguno en el texto de la Constitución.

Tal como se enfatiza en la primera sección, el argumento central para que el TC declarase la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 129 bis 2 del Código de Aguas es que la derogación de la exigencia de autorización

⁷¹ La autotutela administrativa tiene el efecto de exceptuar a la Administración “de someter sus pretensiones jurídicas a un juicio declarativo y ejecutivo ante los tribunales de justicia”. Ver: Obando Camino, Iván, “Panorama de la autotutela administrativa en el Código de Aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 22, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), p. 197. Ella se fundamenta en la necesidad de dotar de medios eficaces a la Administración para que pueda cumplir con sus fines de protección del interés general, objetivos que podrían verse entorpecidos si se requiriera de la interferencia que podría implicar la obtención de una autorización judicial. *Esta autotutela tiene tres variantes (declarativa, ejecutiva y reduplicativa), siendo la ejecutiva la que corresponde a aquella “potestad que habilita a la Administración Pública para proceder de oficio en contra de los administrados que se nieguen a cumplir sus decisiones ejecutorias”.* Véase: *Ídem*, p. 199. Como señala Cordero, esta autotutela es una manifestación de la eficacia del acto administrativo, y se encuentra reconocida en el artículo 3 inciso final de la Ley N° 19.880, que dispone: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. Ver: Cordero, Quinzacara, Eduardo, “La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880”, en *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas de las segundas jornadas de Derecho Administrativo (Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 2007, p. 120.

judicial para que la DGA pueda ordenar la paralización de las obras indicadas cuando éstas causen perjuicio a terceros elimina una garantía constitucional. Cabe destacar que la protección de los cauces naturales, que jurídicamente son bienes nacionales de uso público, es un aspecto por el cual el legislador ha demostrado una especial preocupación: no solo decidió dotar a la Administración de potestades para su resguardo al realizar, en 2005, la única reforma relativamente sistemática que hasta la fecha se ha introducido al Código de Aguas,⁷² sino que doce años después decidió reforzar estas protecciones, precisamente a través del otorgamiento a la DGA de medios más eficaces para lograr este cometido.

No obstante, según la mayoría, tal eliminación es inconstitucional porque los tribunales de justicia son los únicos que pueden evaluar la situación y determinar si han existido o no perjuicios a terceros. Esta afirmación resulta contradictoria con atribuciones similares que otras leyes confieren a órganos administrativos, y cuya revisión, hasta tiempos relativamente recientes, no producía reparo de constitucionalidad alguno por parte del TC.⁷³ Pero, más allá de esto, de emplearse como criterio general para la implementación de la ley, pueden surgir dilaciones innecesarias para el resguardo del interés público y congelar –por la vía de impedir su modificación– esquemas de aplicación de la ley que pueden haber tenido sentido cuando fueron establecidos, pero que ahora, porque han variado los costos de organización e información, han dejado de tenerlo.

El fallo fuerza la Constitución y la desatiende. En efecto, el TC sostiene que solicitar la fuerza pública para cumplir la orden administrativa de paralización inmediata de obras no autorizadas que pudieran perjudicar a terceros es una función de los tribunales de justicia, pues, se encuentra incluida en la

72 A través de la Ley N° 20.017, que modifica el Código de Aguas.

73 Éste es el caso de los incisos 4° y 5° del artículo 28 de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, que señalan: “Los funcionarios de la Superintendencia estarán facultados, en el cumplimiento de sus labores inspectivas, para ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización, tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados, levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividad fiscalizada. Quienes sean objeto de fiscalización deberán facilitar el cumplimiento de su cometido a los funcionarios competentes. [...] Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, los funcionarios de la Superintendencia podrán solicitar directamente del Jefe de la Unidad de Carabineros más próxima o de la autoridad que corresponda, según el caso, el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador, la que podrá actuar con descerrajamiento, si fuere necesario, para ingresar a lugares cerrados que no constituyan morada.” (Énfasis nuestro). El fallo del TC que revisó el proyecto de ley corresponde a: Tribunal Constitucional, Rol 1554-2009, sentencia de fecha 6 de enero de 2010.

facultad “exclusiva” de resolución de conflictos.⁷⁴ Esto es una lectura que no se condice con la Carta porque, de acuerdo a su artículo 76 inciso 1°, lo que “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” es conocer, resolver y hacer ejecutar “lo juzgado” en “*las causas civiles y criminales*” (lo que incluye otras materias asignadas por la ley, se entiende). La idea de que es inconstitucional la autotutela ejecutiva sólo se sostiene si se cree que, cuando la utiliza, la Administración del Estado está conociendo un conflicto judicial (una causa civil o criminal), lo cual carece de sustento, como se verá luego al referirse a las potestades sancionatorias.

Continuando con los problemas del fallo, el TC explica que la norma en cuestión es inconstitucional porque, al eliminarse la necesidad de autorización judicial se deroga una garantía frente a la Administración.⁷⁵ Sin embargo, incluso si se estuviera de acuerdo con que se trata de una garantía, la pregunta relevante no es si se la suprime, sino si, a pesar de esto, siguen existiendo otras garantías para el administrado, y la respuesta es positiva, puesto que la actuación administrativa es controlable por la vía del artículo 137 inciso 1° del Código de Aguas. De acuerdo con esa norma:

“Las resoluciones de término que dicte el Director General de Aguas en conocimiento de un recurso de reconsideración y toda otra que dicte en el ejercicio de sus funciones serán reclamables ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mientras que las resoluciones dictadas por los directores regionales serán reclamables ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución impugnada. En ambos casos, el plazo para la reclamación será de treinta días contado desde la notificación de la correspondiente resolución.”

Como se aprecia, no sólo la resolución de término, sino “toda otra que se dicte” es susceptible de reclamación. De ahí que resulta inapropiada la visión del TC, que reacciona como si el administrado estuviera en la total indefensión. La regla que aquí produce el TC es que resulta inconstitucional la eliminación de cualquier garantía a pesar de que haya otras que resguarden los derechos de los individuos, por lo cual, la jurisdicción constitucional derechamente está

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Rol 3958-2017, ob. cit., considerando 22°.

⁷⁵ Ídem, considerando 18°.

emitiendo juicios sobre cómo deben configurarse las garantías procesales, o sea, aparece compitiendo con el legislador, situación que queda de manifiesto cuando sostiene que, para eliminar la autorización judicial, los poderes colegisladores debieron haber dado “motivos fundados y debidamente justificados”.⁷⁶ Con poco esfuerzo, esos motivos se pueden encontrar en la tramitación del proyecto de ley, desde el Mensaje del Presidente de la República.

Desde un plano teórico, y volviendo a la autotutela ejecutiva, el argumento en que se fundamenta esta declaración de inconstitucionalidad impide que el legislador establezca medios de ejecución forzadas para ámbitos administrativos específicos, con lo que en la práctica inutiliza el reconocimiento de esta en los artículos 3° inciso final, 50 y 51 inciso 2° de la Ley N° 19.880 (LBPA).⁷⁷ Para entender este punto es necesario enfatizar una particularidad de la citada ley en lo que se refiere a la regulación detallada de la autotutela ejecutiva. Como lo ha enfatizado la doctrina, a diferencia de lo que hace la ley española de procedimientos administrativos, la chilena no establece los medios con los que cuenta la Administración para proceder a la ejecución forzada de la ley.⁷⁸

¿Implica lo anterior que si una ley, como precisamente lo hacía aquella en análisis, dota a un órgano administrativo de medios específicos para proceder a la ejecución forzada, ella es inconstitucional? Por supuesto que no. La consecuencia de esta omisión, como la ha recalado la literatura es que, para que un órgano administrativo pueda proceder a esta ejecución, es necesario que una norma legal lo dote de esta facultad.⁷⁹ Dicho de otro modo, la sola regulación contenida en la LBPA no otorga cobertura legal suficiente a la pretensión de un órgano de proceder a la ejecución forzada de sus determinaciones, pero

76 *Ibíd.*

77 El artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880 dispone que “[l]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”. A su vez, el artículo 50, a propósito de la ejecución de los actos administrativos, sostiene: “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.” Finalmente, el inciso segundo del artículo 51 establece que: “[l]os decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.”

78 Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 20, N° 2, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile), 2007, p. 83; y Cordero, Quinzacara, Eduardo, “La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880”, *ob. cit.*, p. 128.

79 Ferrada Bórquez, Juan Carlos, *Ídem*, p. 84.

el legislador puede atribuírsela en otras leyes. Esto permite apreciar cómo el argumento del voto de mayoría puede ser utilizado a futuro para frustrar aquellos esfuerzos legislativos por modificar los sistemas de implementación de la ley, dotando a la Administración de medios para proceder a su ejecución forzada, lo que tiene el efecto de inutilizar en la práctica el reconocimiento legal de la autotutela ejecutiva en la ley de procedimientos administrativos.

5.2. La potestad sancionatoria, la función judicial y el eslogan de la prohibición del “juez y parte”⁸⁰

El problema de los argumentos del TC en ambos fallos –y de la doctrina en la que se fundan– es que no logran distinguir la diferencia sustancial entre Administración del Estado y Poder judicial. En efecto, mientras este último detenta la facultad “exclusiva”, como lo dispone la Constitución, de “conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado” (artículo 76), la primera se encuentra preferentemente estructurada para llevar a cabo funciones de diseño e implementación de políticas públicas,⁸¹ con arreglo a las prescripciones del legislador, debiendo velar por el bien común, planteamiento que *no es teórico*, sino que está claramente fijado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 3° determina que la “finalidad” de esta es “promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.” Sobra decir que, en el caso de la DGA, la política pública que ese órgano administra es la asignación, gestión y fiscalización del buen empleo del bien nacional de uso público que es el agua, y tratándose del SERNAC, es la protección de los derechos del consumidor. En ambos casos, los órganos administrativos deben implementar eficazmente tales políticas, a través de varios mecanismos, y entre ellos, según el legislador, se hallan las sanciones administrativas. Se sigue de aquí que la afirmación según la cual resolver conflictos de relevancia jurídica es una función exclusivamente jurisdiccional es

80 Aunque modificados aquí, algunos puntos de esta sección se hallan en Soto, Pablo, “El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 45, (Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay), 2018, pp. 205-253.

81 Rubin, Edward, *Beyond Camelot: Rethinking the Modern State*, (Princeton University Press), 2005, pp. 203 y ss.

incorrecta cuando la finalidad específica de la adjudicación es la *implementación* de una política pública que resguarda el bien común y no la mera resolución de conflictos entre partes. Por cierto, esto no significa que esté prohibido al legislador asignar en la judicatura dicha implementación (como acontece en materia de libre competencia), por ejemplo, en virtud de algún cálculo racional,⁸² sino que no hay exclusividad del Poder judicial en la materia.

Las sentencias desconocen que el procedimiento administrativo es una fase siempre *previa* a la judicial. En Chile, el contencioso ante un juez se halla constitucionalmente asegurado en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución. Según esta norma, “[c]ualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”. Esto significa que, cuando el legislador atribuye a un órgano de la Administración del Estado alguna potestad, la consecuencia necesaria es que queda asegurada, justamente *por ello*, en virtud del citado precepto constitucional, la vía de impugnación ante la judicatura. Es pacífico, en el medio chileno, que los tribunales de justicia poseen competencia contenciosa administrativa de carácter “general y residual”,⁸³ de manera que, incluso si el legislador no hubiese establecido una específica previsión legal que posibilitara el ejercicio de la acción contenciosa del particular, el Poder judicial es, a todo evento, el encargado del control jurídico externo.⁸⁴ En el caso de la DGA, sin embargo, la impugnación por vía judicial se encuentra taxativamente asegurada en el artículo 137 del Código de Aguas, lo cual, de paso, permite descartar la interpretación que hace el TC del artículo 175 que se introducía en el proyecto, en cuanto a que el juez no pudiera pronunciarse sobre la resolución sancionatoria y por lo tanto, en los hechos quedaba impedido el infractor de reclamar judicialmente.⁸⁵ Por su parte, tratándose del fortalecimiento del SERNAC, el legislador formuló

82 Stephenson, Matthew, “Legislative allocation of Delegated Power: Uncertainty, risk, and the choice between agencies and courts”, en *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, N° 506, (Harvard Law School), 2005, pp. 13 y ss.

83 Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en Arancibia Mattar, Jaime, Martínez Estay, José Ignacio y Romero Seguel, Alejandro (coords.), *Litigación Pública*, (Legal Publishing), 2011, p. 131.

84 *Ibid.*

85 Tribunal Constitucional, Rol 3958-2017, *ob. cit.*, considerando 25°. No deja de ser curioso que el mecanismo para declarar las inconstitucionalidades consista en formular primero las interpretaciones más extremas y perjudiciales para los administrados de las normas proyectadas, en lugar de ser deferente con el legislador y decidir la constitucionalidad “en el entendido de” que la norma ha de interpretarse de cierta manera conforme a la Carta.

también un mecanismo de impugnación judicial específico en contra del acto administrativo sancionatorio.

Por lo dicho, resulta inapropiado plantear la existencia de una actividad por naturaleza –“de suyo”– jurisdiccional sin distinguir entre una adjudicación que tiene como función *implementar* la legislación y otra cuyo cometido específico es *revisarla*. Si el legislador atribuye a un órgano administrativo cierta competencia adjudicatoria (como aplicar sanciones), ésta automáticamente queda sujeta, en virtud del orden constitucional, a la revisión de otro poder del Estado, a saber, el judicial. Por lo mismo, si hay alguna adjudicación que podría considerarse “esencialmente” jurisdiccional, es aquella que tiene por función la revisión de los actos de la Administración del Estado, a la luz del artículo 38 inciso 2° de la Constitución. Se trata, por lo demás, de actividades que producen efectos sustancialmente distintos, cuestión que se expresa estructuralmente en que el acto administrativo no origina, a diferencia de la sentencia de un órgano que ejerce la jurisdicción revisora, cosa juzgada, quedando, por lo mismo, la decisión de control final del acto sancionatorio en manos del juez.

Ahora bien, debe recordarse que el fundamento subyacente a la crítica contra la potestad sancionatoria en manos de la Administración del Estado se halla en el principio de separación de poderes. En esta línea, como para el TC es inequívoco que “el Servicio Nacional del Consumidor entraría a ejercer ‘jurisdicción’”,⁸⁶ sin que esté, en su opinión, constitucionalmente autorizado, la sede en que “naturalmente corresponde”⁸⁷ resolver los conflictos entre proveedores y consumidores es la jurisdiccional: “los procesos contra un encartado solo pueden estimarse justos y racionales cuando se separa orgánicamente la investigación (asignada a fiscales o fiscalizadores cuya actividad es esencialmente administrativa: STC roles N°s 1394 y 1445) de la sanción (asignada a un órgano jurisdiccional).”⁸⁸

El problema de esta conclusión es que los fallos que cita el TC son sobre asuntos *penales* y no administrativo-sancionatorios, cuestión fundamental para detectar lo erróneo del razonamiento, puesto que en la propia Constitución se encuentra establecido el modelo de persecución *penal* que separa la función de investigación (a cargo del Ministerio Público, que es un órgano con autonomía constitucional), de la imposición de la pena criminal (aplicada

86 Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerando 36°.

87 Ídem, considerando 37°.

88 *Ibíd.*

por un tribunal oral en lo penal de la República)⁸⁹. No es lo que acontece en el Derecho administrativo sancionador, y por lo mismo, el legislador tiene un amplio rango de discrecionalidad en el diseño institucional, distinción que fue gruesamente evitada por la sentencia.

Como se sabe, al principio de separación de poderes se asigna la función de evitar los abusos del poder estatal en perjuicio de los particulares.⁹⁰ Sin embargo, en el Estado administrativo actual, se han atribuido a la Administración amplios poderes discrecionales, creándose agencias que combinan funciones tradicionalmente separadas, referidas a legislación, adjudicación y ejecución, otorgándoseles, frecuentemente, amplia autoridad en el diseño de políticas públicas, confiando en la experticia técnica de los burócratas.⁹¹ Se trata, pues, de una modificación en el planteamiento de la separación de poderes que, como límite al abuso estatal, debe también sopesarse con los beneficios que la Administración genera (mitigación de la pobreza, salud, seguridad, conservación del medio ambiente, protección del consumidor, salvaguarda de los recursos comunes), siendo necesario que, junto con impedirse el exceso de la intervención pública, también se corrijan los abusos privados.⁹²

En sintonía con lo anterior, correctamente, Pantoja afirmó que la Constitución chilena de 1980 abandonó la teoría clásica de la separación de poderes y, en cambio, sólo distribuyó competencias públicas (entre las que se incluyen las administrativas). Explicando el punto, sostenía este profesor que:

“la Constitución Política de la República obliga a construir doctrinalmente el sector público atendiendo a la función que desempeñan las autoridades por ella establecidas, y no ya desde una perspectiva orgánica sobre la base a priori de los tres grandes bloques clásicos, puesto que de acuerdo con esta concepción la teoría de la separación de los poderes del Estado no es suficiente ni apta para reconocer y caracterizar a órganos y organismos posicionados en

89 Artículo 83 de la Constitución, cuyo inciso 1° dispone que el “Ministerio Público, *dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado [...]. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.*”

90 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, (Harvard University Press), 2016, p. 58.

91 Sunstein, Cass R., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, (Harvard University Press), 1993, p. 23; Stewart, Richard, “The Reformation of American Administrative Law”, ob. cit., p. 1676.

92 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, ob. cit., p. 58.

una situación jurídica ontológicamente similar, sólo diferenciados *ratione materiae* y *ratione loci*, en una órbita de atribuciones que la misma Constitución asigna a cada uno de ellos dentro del Estado-nación.”⁹³

Consecuencialmente, la separación de poderes no es un principio sagrado,⁹⁴ ni tiene una única forma de entenderse y depende entonces de la configuración que la respectiva Constitución le confiera, o bien, de la práctica constitucional que las instituciones autorizadas producen mediante sus decisiones. Ninguno de estos análisis se halla en las sentencias del TC y, al contrario, se da por sentada una idea de separación de poderes que, como se ha visto, no sólo es controvertida, sino que exige ponderarla con las razones de interés público que haya tenido el legislador para configurar una determinada institucionalidad. Mas aun, desconociendo las diversas concepciones que existen en esta materia, y de paso dando cuenta de su aproximación monolítica a la cuestión, en la sentencia sobre la reforma al SERNAC el TC llega incluso a afirmar que la atribución de potestades sancionadoras a la Administración vulnera el principio de separación de poderes, considerado como un “principio básico del derecho público universal”.⁹⁵

El TC afirma que el SERNAC no puede ser imparcial, y también se refiere, en la sentencia DGA, a que el intento de atribuirle potestad sancionatoria a este órgano lesiona el acceso a la imparcialidad del juzgador. Esta idea se había expresado antes en el poco reflexivo –aunque exitoso, a estas alturas– eslogan de que estaría prohibido que un órgano administrativo sea “juez y parte”. Soto Kloss logró condensar este mantra sosteniendo, como se dijo, que sancionar es una contienda entre partes, ya que mientras una de ellas considera que la contraria ha cometido la infracción, esta última sostiene no haberlo hecho. Por lo anterior:

“quien pretende sostener que se ha cometido una infracción [...] no puede ser la misma entidad, organismo o persona jurídica que sancione, ya que por esta mismísima circunstancia queda despojada –por la razón natural, por el sentido común, por la

93 Pantoja Bauzá, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile), 1998, 274.

94 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, ob. cit., p. 56.

95 Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerando 33°.

naturaleza misma de las cosas— de toda independencia e imparcialidad, o sea de los requisitos indispensables para emitir un juicio de reproche y castigar a un presunto infractor.”⁹⁶

De ahí que “esos órganos administrativos que ejercen potestades sancionadoras no son ‘juez natural’ y, por el contrario, son propiamente ‘comisiones especiales’, [...] una terminología constitucional casi bicentenaria para describir las antípodas de un verdadero juez”.⁹⁷ El aserto es criticable, por de pronto, porque descansa en el error de que la función sancionatoria sólo debe ser judicial y, por lo tanto, se reprocha a la Administración del Estado que estaría actuando inapropiadamente en calidad de “juez”. Es este paso previo el que permite a esa postura formular, como conclusión, que tal juez debe actuar imparcialmente, como todos los jueces del Poder judicial lo deben hacer. Por lo mismo, cualquier solución que no corresponda a la de un tercero imparcial (un “verdadero juez”) no satisface el estándar. Ya se ha dicho en este texto, sin embargo, que sancionar administrativamente no es *por naturaleza* una función jurisdiccional y que la ley tiene amplia capacidad configuradora de los órganos de la Administración del Estado, constitucionalmente asegurada. Si hay algo que diferencia radicalmente la función jurisdiccional y la administrativa es que esta última diseña e implementa políticas públicas para el bien común, y que sólo las decisiones de la primera pueden tener efecto de cosa juzgada. Una sanción administrativa no es, pues, el resultado del ejercicio de una función jurisdiccional, lo cual, desde luego disuelve el cuestionamiento de que la Administración actúe “como juez”.

La segunda parte del eslogan es también reprochable: la exigencia de que cuando se sanciona no se pueda tener un interés. En contra de esto, ha de indicarse que la Administración del Estado debe defender intereses públicos y, por lo tanto, exigirle una imparcialidad equivalente a aquella que es esperable del Poder judicial es un oxímoron. Justamente, el voto de minoría en la sentencia sobre el SERNAC da cuenta de lo errado del eslogan. En efecto:

“los órganos de la administración no son neutrales frente al

⁹⁶ Soto Kloss, Eduardo, “Sanciones administrativas ¿Camino de servidumbre?”, en *Gaceta Jurídica* N° 296, (Legal Publishing), 2005, pp. 81-82.

⁹⁷ *Ibid.*

interés público, pues deben perseguirlo siempre. Es un elemento que los define. Ese interés público, tratándose del SERNAC, es velar por el cumplimiento de la Ley del Consumidor. Por lo mismo, no se le puede reprochar ser parcial en eso. Sería como acusar a los tribunales de resolver controversias, o al Ministerio Público por no ser objetivo en la investigación y persecución de la comisión de delitos.”⁹⁸

Hay quien ha intentado responder a esta crítica, afirmando que, desde un punto de vista *teórico*, la agencia reguladora puede ser capturada por los intereses en juego, desalineándose, en consecuencia, del interés general, lo que produciría incentivos para que quien juzga “no sea tan diligente ni leal al momento de exigir a la parte que investiga (ella misma) que las pruebas sean sólidas, que el proceso haya sido llevado respetando las reglas y que el estándar de convicción para sancionar sea el mismo en todos los casos”.⁹⁹ Bajo una perspectiva ahora *práctica*, las agencias no tendrían independencia del Gobierno, como ha acontecido con la discrecionalidad del Servicio de Impuestos Internos para querellarse en contra de parlamentarios de un bloque político.¹⁰⁰

La respuesta, sin embargo, apunta a la necesidad de establecer mecanismos institucionales que impidan la captura y manipulación de la agencia por parte del Gobierno y no, en cambio, a que se radiquen las facultades sancionatorias en un juez. Volviendo al proyecto de fortalecimiento del SERNAC, tales arreglos orgánicos se incorporaron en la reforma, fragmentando –mediante murallas éticas– en distintos funcionarios de la agencia la fiscalización, la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio, y la dictación de la resolución de término (a cargo de un director regional del servicio), omitiéndose al Director Nacional –más cercano, en principio, al Ejecutivo– incluso tratándose de los mecanismos de impugnación intra administrativos. Todo lo anterior era, además, controlable judicialmente, como da cuenta una efectiva jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a separación de funciones en otros órganos

98 Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerando 132° (voto de minoría).

99 Soto Velasco, Sebastián, “El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del ‘juez y parte’ en el Derecho administrativo sancionador”, en Ferman-
dois, Arturo y Soto, Sebastián, *Sentencias destacadas 2016* (Libertad y Desarrollo), 2017, p. 338.

100 *Ibíd.*

reguladores.¹⁰¹ Por otro lado, en lo que concierne a la falta de diligencia como *estándar necesario* de funcionamiento de la Administración del Estado al momento de sancionar, además de requerirse una base empírica que justifique la aseveración, basta para refutar el cuestionamiento señalar que, según la literatura, la racionalidad de las agencias administrativas se dirige a que sus decisiones –sancionatorias aquí– se mantengan;¹⁰² esto exige, considerando la existencia del control externo que puede revertirlas, hacer las cosas diligentemente y no al contrario.

Una variación del lema que prohíbe el “juez y parte” se encuentra en que, para el caso específico del SERNAC, existiría un compromiso de la imparcialidad del órgano, pues, por una parte, protege consumidores, y por otra, zanja conflictos entre estos y los proveedores, por ejemplo, en la mediación individual.¹⁰³ El problema con esta argumentación es que tal supuesta falta de parcialidad por concentración –que opera sobre el presupuesto falso de que la imparcialidad exigible a la Administración es la misma que aquella que rige a los jueces– se subsana declarando inconstitucionales sólo las facultades que sesgarían la agencia y no todas ellas. Así, si había contradicción entre mediar y sancionar porque en el primer caso se representaba el interés de los consumidores, debió declararse inconstitucional alternativamente el esquema sancionatorio o la mediación. En su lugar, el TC se impuso al legislador y reconfiguró el SERNAC, quitándole la potestad sancionatoria que se le atribuyó, junto con la de mediación individual.

La falta de imparcialidad es un problema que requiere verificarse en la realidad y el juez indiscutiblemente tiene poder para revisarla basándose en los hechos que se alleguen al caso, algo que el control preventivo de constitucionalidad del TC no tenía cómo detectar. Además, es un exceso argumentativo suponer o concluir que el mismo órgano que investiga nunca pueda ser persuadido de resolver conforme al mérito de los antecedentes, prescindiéndose del Derecho positivo, que en Chile sujeta a la Administración a un específico principio de imparcialidad (distinto del que rige al

101 Osorio Vargas, Cristóbal, “DAS postmoderno: la separación de funciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador”, 2017. Disponible en: <http://www.laleyaldia.cl/?p=2483>

102 Tapia, Javier y Cordero, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, en *Estudios Públicos*, N° 139, (Centro de Estudios Públicos), 2015, p. 39.

103 Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerando 38°.

Poder judicial¹⁰⁴), contenido en el artículo 11 de la LBPA,¹⁰⁵ como garantía del procedimiento administrativo –incluido el sancionatorio–, lo cual importa una prohibición de actuar arbitrariamente, cuestión que se plasma en la fundamentación del acto administrativo sancionatorio.¹⁰⁶ Es decir, una agencia no puede tener un interés sancionatorio *a pesar* de los antecedentes que entregue el investigado, debiendo justificarse la decisión que impone la sanción, esquema de motivación del acto administrativo sancionatorio controlable judicialmente. Pero no solo esto, porque en el fallido proyecto del SERNAC el legislador había contemplado un arsenal de herramientas que permitían al investigado persuadir a la Administración de la improcedencia de imponer la sanción (hacer presentaciones, descargos, rendir prueba, etc.). Lo mismo sucede en el caso de la DGA, donde se estableció un procedimiento administrativo sancionatorio específico, con reglas que permiten sobradamente la defensa del infractor (nuevos artículos 172 bis y siguientes del Código de Aguas) con el objeto de acreditar que no ha incumplido la regulación.

Sobre la imparcialidad, recientemente, un autor ha escrito que, de la diferencia capital entre actividad administrativa y actividad judicial –de la cual la cosa juzgada es un factor estructural en el diseño constitucional– no se sigue que la Administración no deba quedar sujeta al principio de imparcialidad específicamente judicial (y, en consecuencia, sería inconstitucional la

¹⁰⁴ La Corte Suprema ha dicho que la Administración, incluso cuando resuelve conflictos, no está sujeta al deber constitucional de imparcialidad ni es un verdadero juez. Véase: Corte Suprema, Rol N° 24994-2017, sentencia de 17 de octubre de 2017. Específicamente se ha pronunciado la Corte respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa como algo distinto de la función jurisdiccional y, consecuentemente, no afecta al principio constitucional de imparcialidad judicial. Al efecto, en el fallo de la Corte Suprema, Rol N° 6051-2018, sentencia de 8 de mayo de 2018, considerando 5°: “Al respecto, es importante señalar que la potestad sancionadora de un ente de la Administración no es jurisdicción, se trata de un acto administrativo terminal, que es la concreción de las facultades punitivas legalmente reconocidas, pues las facultades jurisdiccionales están exclusivamente reservadas a los Tribunales de Justicia [...]. En efecto, desde una perspectiva general, los elementos que conforman a todo tribunal se expresan primariamente en el contexto de una potestad pública decisoria, delegada a un órgano del Estado, que en los sistemas modernos se ha asentado en los tribunales; así lo hace la Constitución Política de la República y el Código Orgánico de Tribunales, que identifican al órgano jurisdiccional en el tribunal o juez, sujetos a principios, requisitos y características esenciales que los distinguen de otros poderes del Estado, producto del resultado y evolución histórica de la división de poderes. De esta forma, aquello que caracteriza y es la razón de ser de la jurisdicción es, precisamente, la intervención de un tercero que impone frente a las partes una solución al conflicto planteado y dada su condición de imparcial, debe ser ajeno al litigio.”

¹⁰⁵ Con arreglo al cual: “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. [...] Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares [...], así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

¹⁰⁶ Camacho Céspedes, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV. La actividad sustancial de la Administración del Estado*, (Abeledo Perrot – Legal Publishing), 2010, pp. 62 y ss.

concentración en un mismo órgano de la actividad de investigación y sanción administrativa). Esto, porque (i) las decisiones administrativas igualmente “pueden” quedar firmes; y (ii) nadie podría afirmar que, como las resoluciones de los jueces son siempre revisables, la imparcialidad judicial no debe regir en los tribunales que primero resuelven un caso.¹⁰⁷ Tales argumentos no son persuasivos. Primeramente, por irrelevantes, porque lo que se asegura en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución es, precisamente, que el afectado “podrá reclamar” de las decisiones administrativas y esto significa, como efecto constitucionalmente previsto, que una decisión sancionatoria “puede” no reclamarse. Es constitucional, pues, que una decisión administrativamente quede firme. En seguida, por simple lógica, del hecho que las sanciones no sean reclamadas no se sigue que ellas hayan debido provenir de un procedimiento que desconcentrara la investigación y la sanción con tal de cumplir con la imparcialidad judicial (nadie diría que porque la decisión de un juez de policía local no se reclama, debe haber separación entre la investigación que habría de quedar a cargo de otro órgano similar a un Ministerio público, y la sanción debe radicarse en sede judicial). No hay conexión entre la premisa y la conclusión, ni hay provisión expresa en la Carta para ello, salvo en lo que concierne al Derecho penal, que separa la investigación en el Ministerio Público y la resolución del caso en un tribunal oral en lo penal. Es también constitucional, por tanto, la decisión del legislador de concentrar la investigación y resolución de una infracción administrativa en un mismo órgano de la Administración.

Finalmente, y en esto hay que estar de acuerdo con el crítico, es incorrecto concluir que, como son revisables las decisiones judiciales, al igual que las administrativas, tampoco debe regir la imparcialidad en los tribunales de justicia. Cabe indicar, en todo caso, que no conocemos a nadie que se haya atrevido a dar el salto de pretender eliminar la imparcialidad judicial para ajustarse a la imparcialidad que rige a la Administración del Estado.

La separación o no de funciones es una solución de competencia del legislador, que puede decidir según su criterio cuál será la configuración estructural de la agencia, y donde una variable clave para ésta puede ser el nivel de especialización que requiera el respectivo órgano administrativo. En el caso de la DGA, la función de fiscalización, a cargo de inspectores que constatan los incumplimientos *in situ*, entregan un acta al infractor que permite luego efectuar

¹⁰⁷ Soto Velasco, Sebastián, “El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del ‘juez y parte’ en el Derecho administrativo sancionador”, ob. cit., p. 340.

los descargos (nuevos artículos 172 ter y 172 quáter del Código de Aguas), se encuentra separada de la función resolutive a cargo del Director General de Aguas (nuevo artículo 172 sexies del mismo código). Tratándose del SERNAC, la opción legislativa se inclinó por establecer dispositivos específicos que fragmentaban las funciones de investigación y sanción (murallas éticas), descansando, asimismo en que el SERNAC, que tiene una experiencia institucional de más de veinte años en materia de consumo podía asumir ambas actividades.

Por último, debe recordarse aquí el aserto de Vermeule, con arreglo al cual, la separación de funciones entendida en un sentido rígido, como un resguardo frente al “abuso” estatal, ha de ceder ante “la clase de abuso ‘privado’ de poder en el mercado que es una preocupación central del Estado regulador”.¹⁰⁸ Por lo mismo, si se hiciera lugar a la inconstitucionalidad a todo evento de una combinación de funciones de investigación y resolución, “gran parte del vasto y heterogéneo Estado administrativo debería ser abandonado –un resultado intolerable considerando todo lo que el Estado administrativo hace.”¹⁰⁹

5.3. Las potestades normativas de los órganos administrativos

En lo que concierne a la potestad normativa general y obligatoria que el legislador otorgó al SERNAC, el mismo artículo declarado inconstitucional del proyecto¹¹⁰ establecía una serie reforzada de garantías, a saber: (i) la sistematización de la normativa para facilitar su acceso y conocimiento; (ii) se encontraba circunscrita sólo a algunas materias; (iii) pesaba sobre el servicio un deber de promover la coherencia regulatoria para evitar conflictos normativos; (iv) cuando se tratase de proveedores sujetos a reguladores sectoriales, se requería un informe previo de esos órganos, y en los otros casos, el SERNAC debería contar con a lo menos dos estudios de expertos que para analizar “el alcance de la normativa propuesta, así como sus costos y beneficios”; (v) las normas e instrucciones generales contendrían los fundamentos para su dictación, incluyendo la definición del problema que se pretende abordar, la justificación técnica y los estudios e informes en que se apoye; (vi) los borradores de las disposiciones se someterían a una consulta pública por al menos por veinte días; (vii) se establecía un contencioso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones en que podría acudir cualquier afectado por la dictación de la regulación.

¹⁰⁸ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, ob. cit., p. 64.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Artículo 1° N° 52 letra a), que incorporaba una nueva letra e) al artículo 58 de la LPDC.

Como se puede apreciar, el proyecto de ley establecía una potestad normativa, para cuyo ejercicio era necesario tramitar un procedimiento administrativo dotado de muchas más garantías procedimentales que las previstas para el ejercicio de este tipo de potestades en otros sectores. Con todo, el conjunto de estas garantías no fue suficiente para el TC, por entender que las relaciones entre proveedores y consumidores solo podían regularse por normas de rango legal. Tal consideración da por sentada dos premisas. La primera es que el artículo 19 N° 26 de la Constitución establece una reserva de ley genérica en materia de derechos fundamentales, lo que no es para nada pacífico para la doctrina¹¹¹ La segunda es que, en las materias de reserva de ley, no cabe la regulación reglamentaria, lo que no resulta consistente con los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales de los últimos años,¹¹² aunque sí lo es con la posición sobre esta materia de Soto Kloss, y con un fallo del TC que él mismo redactó, en calidad de abogado integrante de ese órgano en el año 1994.¹¹³

Fuera de ello, y en vinculación con el análisis institucional que se ha efectuado en la sección anterior, una tesis de esta naturaleza torna altamente probable que la ley jamás pueda ser implementada. Esto, debido a que, por su naturaleza general y abstracta, las disposiciones legislativas difícilmente están en condiciones de considerar una serie de situaciones que, aunque en menor medida, también son de carácter general, y que requieren, por tanto, de una regulación secundaria para ofrecer soluciones apropiadas al momento de aplicarse a casos particulares. El punto es que, en concordancia con la tesis del TC, tales regulaciones solo pueden ser introducidas por la vía legislativa, lo que, considerando las múltiples trabas a las que se encuentra sujeta la aprobación de leyes, hace muy difícil que dichas normas puedan ser dictadas. Como es evidente, esto impide que las leyes puedan cumplir con su

111 A favor, véase Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, (Ediciones Universidad Católica de Chile)*, 2004, p. 607. En contra, ver Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales, (Lexis Nexis)*, 2008, p. 258.

112 En cuanto a la doctrina, véase Carmona, Carlos, “Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, (Universidad de Chile), pp. 154-190; García Pino, Gonzalo, “La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 5, (Universidad Alberto Hurtado), 2004, pp. 158-164; Guiloff Titiun, Matías, “Operativizando la relación ley reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal”, en *Revista de Derecho de Valdivia, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral)*, 2012, pp. 127-147. Respecto a la jurisprudencia, pueden verse: Tribunal Constitucional, Rol 273-1998, sentencia de fecha 10 de junio de 1998; Tribunal Constitucional, Rol 274-1998, sentencia de fecha 10 de junio de 1998; Tribunal Constitucional, Rol 325-2001, sentencia de fecha 26 de junio de 2001; Tribunal Constitucional, Rol 370-2003, sentencia de fecha 9 de abril de 2003; Tribunal Constitucional, Rol 1849-2010, sentencia de fecha 12 de mayo de 2011.

113 Tribunal Constitucional, Rol 185-1994, sentencia de fecha 28 de febrero de 1994.

principal objetivo: ser efectivas.¹¹⁴ Además, y paradójicamente, no se elimina el problema de la discrecionalidad administrativa, sino que, simplemente, se lo traslada al momento de la dictación del acto administrativo particular que ejecutará esa ley carente de lineamientos a una situación particular que esta jamás previó.¹¹⁵

Finalmente, no se puede concluir el análisis de las implicancias constitucionales de esta declaración de inconstitucionalidad, sin señalar que, al calificar esta situación como una de reserva legal, el TC enfocó equivocadamente el problema. Efectivamente, lo que aquí estaba en juego no era el ámbito del reglamento frente al de la ley, sino, en cambio, si resulta constitucional o no que el legislador dote a un órgano administrativo de potestades normativas, cuestión en que sí reparó el voto de minoría del ministro Romero¹¹⁶ En término sencillos, lo que estaba en juego no era la potestad normativa del Presidente de la República, que éste ejerce mediante reglamentos, sino que la potestad normativa que la ley le atribuía a un órgano administrativo diverso.¹¹⁷ De esta manera, al presentar el problema del modo en que lo hizo, el voto de mayoría eludió abordar cuestiones institucionales, tales como las justificaciones para la implementación de la ley por un órgano administrativo especializado, y constitucionales, como las relativas a los límites a que debe quedar sujeta una potestad de naturaleza infrareglamentaria.

6. Coda: la economía política de la voz de los ochenta

En inglés, la idea de Estado de Derecho se denomina *rule of law* o gobierno del Derecho. El fundamento de esta denominación es que el gobierno del Derecho se opone al gobierno de las mujeres y los hombres. Por esta razón, alguna vez se ha señalado que el *rule of law* es un bien que posee un valor humano

¹¹⁴ Rubin, Edward, "Law and Legislation in the Administrative State", en *Columbia Law Review*, Vol. 89, N° 3, (Columbia Law School), 1989, p. 309.

¹¹⁵ Correa González, Rodrigo, "Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho*, N° 1 (Universidad Adolfo Ibáñez), 2005, p. 489.

¹¹⁶ Véase Tribunal Constitucional, Rol 4012-2017, ob. cit., considerandos 36° y ss. [voto "autónomo" del Ministro Romero].

¹¹⁷ Sobre si esto resulta constitucional o no, también existe división en la doctrina, aunque la mayoría se inclina por su constitucionalidad. Para un argumento por la inconstitucionalidad, ver Aldunate, Lizana, Eduardo, "La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), pp. 374-375. Por la constitucionalidad, véase a Cordero Quinzacara, Eduardo, "Las normas administrativas y el sistema de fuentes", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, (Universidad Católica del Norte), pp. 41-42.

incalicable:¹¹⁸ allí donde hay gobierno del Derecho, no reina la parte más fuerte ni la más débil, sino que un conjunto de reglas producidas mediante procedimientos democráticos y las instituciones que ellas crean.

Como hemos demostrado, al dar lugar a un patrón sistemático en la implementación de la ley que favorece al regulado en desmedro del público general, la doctrina en que se basan las declaraciones de inconstitucionalidad revisadas –“la voz de los ochenta”– no se condice con la promesa del Estado de Derecho. Efectivamente, sus radicales prescripciones para controlar a la Administración, según las cuales no debe existir prácticamente ninguna restricción a la libertad económica, llevan, en los hechos, a que no gobierne el Derecho, sino que un conjunto de mujeres y hombres bien concreto: las y los regulados. Con posturas así de extremas, todas las discusiones sobre diseño institucional, tanto las referidas a la estructura que deben tener los órganos administrativos como las que versan sobre la integración y poderes de revisión de los tribunales, se vuelven irrelevantes, pues, a fin de cuentas, cualquiera que sea la configuración de estas agencias y la extensión de estos poderes, el otorgamiento de potestades sancionatorias, medios de ejecución forzada y potestades normativas es inconstitucional.

Dado que tales posturas llevan a que la Administración no pueda valerse de los medios más eficaces con que cuenta para implementar la ley, son sumamente funcionales para la preservación del *statu quo* económico. Por ello, no es de extrañarse que su utilización haya sido sugerida al TC por los propios regulados (mediante un “tégase presente” en el caso del control del proyecto de reforma del SERNAC). Al no rechazar esta clase de presentaciones, y dictar sentencias basadas en eslóganes e interpretaciones distorsionadas de las normas sujetas a control, en lugar de efectuar esfuerzos argumentativos constitucionales sólidos (considerando, además, que en estos casos no se presentó requerimiento alguno donde se formulara la inconstitucionalidad de las normas de estos proyectos), el TC lleva a que sea posible percibir que no es el Derecho quien gobierna, sino que las mujeres y hombres, y más concretamente *algunas* mujeres y hombres: las y los regulados. Por ello, las sentencias que este artículo ha analizado deben ser criticadas y no pueden servir como fundamento para otras que se dicten en el futuro.

118 Thompson, Edward P., *Whigs and Hunters*, (Pantheon Books), 1976, p. 266.

CATALOGO DE PUBLICACIONES 2017

Esta sección del Anuario ha sido elaborada por Maximiliano Ramírez, Marie-la Paz Córdova, Daniela Cisternas, Camila Lubbert, Micaela Krogh, Alonzo Ramírez, Ariel Wolfenson, Nicolás Parra, Diego Farran. Ellos son abogados, egresados y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

LIBROS

Derecho Constitucional

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, (Editorial Triángulo), 2017.

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Director], *Situación de los derechos económicos, sociales y culturales en Chile: 2016*, [Editorial Triángulo], 2017.

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier, *Poder judicial. Reforma Constitucional y derechos fundamentales*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Araya Peschke, Betzabé, *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*, (Editorial Libromar), 2017.

Arellano Ortiz, Pablo Andrés, *Jurisprudencia sobre protección de la salud, Isapres y Fonasa*, (Legal Publishing), 2017.

Arriagada, Genaro; Burgos Varela, Jorge y Walker, Ignacio, *Una nueva constitución para Chile : sobre derechos, deberes y poder*, (Uqbar Editores), 2017.

Atria Lemaitre, Fernando; Salgado, Constanza y Wilenmann Von Bernath, Javier, *Democracia y neutralización: origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, (LOM Ediciones), 2017.

Bassa Mercado, Jaime Andrés y Viera Alvarez, Christian Pablo, *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*, (Thomson Reuters), 2017.

- Becerra Poblete, Pablo Andrés, *El rol de la Corte Suprema*, (Ediciones DER), 2017.
- Bernal Cano, Natalia, *Fundamentos de derecho constitucional comparado*, (European Research Center of Comparative Law), 2017.
- Cuevas Fuentes, Marcelo, ¿Necesita Chile una nueva Constitución?: ¿Cómo debiese ser?, (Editorial El Jurista), 2017.
- Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], ¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.
- Corradini, Domenico, *Historicismo y politicidad del derecho*, (Ediciones Olejnik), 2017.
- Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.
- Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, *Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, (UNICEF), 2017.
- Freire, Nicolás C. *Las comisiones parlamentarias de investigación en los ordenamientos latinoamericanos*. Editorial RIL Editores 2017.
- Frosini, Tommaso Edoardo, *Constitución, democracia y estado de derecho*, (Ediciones Olejnik), 2017.
- Galaz Valderrama, Caterine; Poblete Melis, Rolando; Ortega Frias, Carla, *Políticas públicas e inmigración ¿posibilidad de inclusión efectiva en Chile?*, (Editorial Universitaria), 2017
- García Belaúrde, Domingo; Losano, Mario; Ragone, Sabrina y Pegoraro, Lucio, *Soberanía y derecho convencional, entre poder de reforma y jueces : estudios de derecho constitucional*, (Ediciones Olejnik), 2017.
- García Belaúnde, Domingo, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*, (Ediciones Olejnik), 2017.
- Gómez Jara Díez, Carlos, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Obras de Gunther Teubner*, (Ediciones Olejnik), 2017.
- Guerrero Azócar, Rafael Luis, *La persona y su movimiento corporal: el derecho humano postergado: estudio académico transdisciplinario para una nueva Constitución Política del Estado de Chile*, (Ediciones Universidad de la Frontera) 2017.
- Huenchumilla, Francisco, *Plurinacionalidad: el nuevo pacto*, (Pehuén), 2017.
- Jiménez Larraín, Fernando y Jiménez Loosli, Fernando, *Derecho político*, (Ediciones UCSC), 2017.

López Pina, Antonio y Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Lecturas de derecho público sobre Alemania y Europa*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Martínez Layuno, Juan José [Editor], *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo Latinoamericano*, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2017.

Meléndez Ávila, Felipe, *El control preventivo en la constitución actual: el temor al desborde gubernamental en la función legislativa*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Moderne, Franck, *Principios generales del derecho: método y aceptación en derecho administrativo y constitucional*, (Thomson Reuters), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, *La tipología de gobiernos presidencialistas, parlamentarios y semipresidenciales: bases constitucionales semipresidenciales para un Chile del siglo XXI*, (Editorial Triángulo), 2017.

Núñez, José Ignacio (Director) y Romina Urzúa Arce (Coordinadora), *temas misceláneos y actas del primer encuentro de investigadores jóvenes en derecho público y teoría del derecho*, Finis Terrae 2017.

Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Pegoraro, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación: ensayos de derecho constitucional comparado*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Redondo, María Cristina, *Orden jurídico: modelos y discusiones*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Schopf, Adrián y Marín González, Juan Carlos [Editor], *Lo público y lo privado en el derecho: estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, (Thomson Reuters), 2017.

Soto Barrientos, Francisco y Welp, Yanina, *Los «diálogos ciudadanos»: Chile ante el giro deliberativo*, (LOM Ediciones), 2017.

Stolleis, Michael, *Estado, Europa, globalización: constitución y utopía*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Torres Manrique, Jorge Isaac, *Análisis acerca de derecho constitucional contemporáneo*, (Ediciones Jurídicas de Santiago), 2017.

Universidad Alberto Hurtado Chile [Editor], *Hacia una nueva constitución: balance de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2017.

Universidad Diego Portales [director: Rodolfo Figueroa], *Anuario de derecho público 2017*, (Ediciones UDP), 2017.

Valdivia Ortiz de Zárate, Verónica, *Subversión, coerción y consenso: creando el Chile del siglo XX (1918-1938)*, (LOM Ediciones), 2017.

Verbal Stockmeyer, Valentina, *La derecha perdida: por qué la derecha en Chile carece de relato y dónde debería encontrarlo*, (Ediciones LyD), 2017.

Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Género

Contreras Baratella, Julio, *Mujer mapuche y construcción de un buen vivir: Elementos para la construcción de un modelo de abordaje desde el buen vivir a la violencia contra la mujer en pueblos originarios*, (Editorial Fondo Indígena), 2017.

Dodds, Tomás y Brossi, Lionel [Compiladores], *Medios y diversidades sexuales: política, cuerpo e identidad*, (Ediciones Radio Universidad de Chile), 2017.

Guajardo Soto, Gabriel y Cenitagoya Garín, Verónica [Editores], *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género: desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur - Sur en América Latina y el Caribe*, (Ediciones FLACSO), 2017.

Marcos, Sylvia, *Cruzando fronteras: mujeres indígenas y feminismos abajo y a la izquierda*, (Editorial Quimantú), 2017.

Pavez, Iskra, *Notas sobre infancia, migración y género*, (Editorial Forja), 2017.

Derecho Administrativo

Arellano Ortiz, Pablo Andrés, *Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno*, (Legal Publishing), 2017.

Barroilhet Acevedo, Claudio, *Estudios de derecho marítimo*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Celis Danzinger, Gabriel, *La función pública*, (El Jurista), 2017.

Céspedes Muñoz, Carlos, *Estudios Jurídicos En Homenaje A los 40 Años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Evans Espiñeira, Eugenio y Yáñez Rebolledo, Eduardo, *Derecho y regulación económica de la energía eléctrica*, (Legal Publishing), 2017.

Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Letelier, Valentín, *Apuntaciones de derecho administrativo*, (Editorial Universidad de Chile), 2017.

Pierry Arrau, Pedro, *Derecho administrativo: obra reunida*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2017.

Pierry Arrau, Pedro; Cordero, Eduardo [coordinador], *Derecho administrativo. Obra reunida*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2017.

Quezada Rodríguez, *Procedimiento administrativo sancionador en la ley Nfl. 19.880*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Soto Kloss, Eduardo, *El derecho administrativo y la protección de las personas*, (Ediciones UC), 2017

Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo: Identidad y Transformaciones*, (Ediciones UC), 2017

Zúñiga Urbina, Francisco Octavio; Gajardo Falcón, Jaime y Trejo Ortega, Francisco, *Ley Nfl. 19.886, de bases sobre contratos de suministro y prestación de servicios: jurisprudencia judicial y administrativa*, (Thomson Reuters), 2017.

Derecho Internacional

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Allard Neumann, Raúl; Wilhelmy Von Wolff Manfred, *América Latina y Chile en el mundo global. Algunas tendencias en el siglo XXI*, (Ediciones universitarias de Valparaíso), 2017

Arqueros, Claudio; Iriarte Barón, Álvaro [Editores], *Chile y América Latina: crisis de las izquierdas del siglo XXI*, (Editorial Instituto Res Pública), 2017.

Díaz Nieva, José y Orellana Martínez, José Luis, *Breve historia del neofascismo y de la derecha radical*, (Editorial Akhilleus), 2017.

Martínez Layuno, Juan José [Editor], *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo Latinoamericano*, (Ediciones Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2017.

Naser, Alejandra; Ramírez-Alujas y Alvaro; Rosales, Daniela [Editores], *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, (Ediciones CEPAL), 2017.

Osses Quiroz, Mario, *¿Por qué mar para Bolivia?: (más allá del engaño, el extravío y el vasallaje)*, (Ediciones Copygraph), 2017.

Vargas Ruth, Pewmas / Sueños de justicia. Lonkos y dirigentes mapuches versus Chile en la Corte Interamericana, (Editorial LOM), 2017

Villalobos, Sergio, *Bolivia un vecino molesto*, (Ediciones Universidad San Sebastián), 2017.

Derechos Humanos

Barthou Polette, Carlos, *La justicia en la balanza: procesos, juicios y condenas por violaciones de los derechos humanos Chile 1973 y 1990*, (Ediciones Comisión Ética Contra la Tortura), 2017.

- Cayuqueo, Pedro, *Historia secreta mapuche*, (Editorial Catalonia), 2017.
- Centro de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, (ediciones UDP), 2017
- Correa Casanova, Mauricio, *Chile la transformación ética*, (Editorial Uqbar), 2017.
- Cuneo, Silvio, *La cárcel moderna: Una crítica necesaria*, (Editorial Universidad de Valparaíso), 2017.
- Galaz, Caterine; Poblete Melis, Rolando y Frías, Carla, *Políticas públicas e inmigración: ¿Posibilidades de inclusión efectiva en Chile?*, (Editorial Universitaria), 2017.
- Greeven Bobadilla, Nel, *Filiación: derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*, (Editorial Librotecnia), 2017.
- Jara, Daniela; Aguilera, Carolina [Editores], *Pasados Inquietos: Los desafíos de la memoria pública de los perpetradores de violaciones de DD.HH. y crímenes de lesa humanidad en Argentina y Alemania*, (Ediciones Museo de la Memoria y los Derechos Humanos), 2017.
- Mendoza Valdebenito, Jorge, *Los derechos humanos en la doctrina social de la iglesia*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2017
- Ossandón Valdés, Juan Carlos, *Los derechos humanos: visión crítica*, (INIE Editores), 2017.
- Palet, Andrea; De Aguirre Pilar [Editores], *Desiguales: orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*, (Editorial Uqbar), 2017.
- Pozo Silva, Nelson, *Constitución y economía en el contexto de los derechos fundamentales*, (Ediciones Fundación Konrad Adenauer), 2017.
- Prado, Juan Guillermo, *Relato histórico y legislativo de la mujer en Chile*, (Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), 2017.
- Rojas, Paz, *Recordar: violación de derechos humanos: una mirada médica, psicológica y política*, (LOM ediciones), 2017.
- Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Ediciones Fundación Idea País), 2017.
- Schopf Olea, Adrián; Marín, Juan Carlos, *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, (Thomson Reuters), 2017.
- Universidad de Chile, *En conquista de los derechos humanos: homenaje a José Zalaquett Daher*, (Thomson Reuters), 2017.
- Vera Gajardo, Antonieta, *Malestar social y desigualdades en Chile*, (Ediciones UAH), 2017

Derecho Indígena

Bolados Paola, *La disputa por el control de la salud indígena*, (Editorial Universidad de Valparaíso), 2017

García Mingo, Elisa (coordinadora), *Zomo newen. Relatos de vida de mujeres mapuche en su lucha por los derechos indígenas*, (Editorial LOM), 2017

Villegas Díaz, Myrna; Mella Seguel, Eduardo, *Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*, (Editorial LOM) 2017 → REVISAR

Zapata Silva, Claudia, *Intelectuales indígenas en Ecuador, Bolivia y Chile. Diferencia, colonialismo y anticolonialismo*, (Editorial LOM), 2017

Derecho del Trabajo

Foladori, Horacio; Guerrero, Patricia, *Malestar en el trabajo. Desarrollo e intervención*, (Editorial LOM), 2017

Fondo Editorial Juvenal Hernández Jaque – Pérez Valenzuela, Domingo; Enríquez Riquelme, Helia; Aguilar Novoa, Omar, *Huelgas laborales en Chile*, (Editorial Universia), 2017

Guzmán Hurtado, Karol, *El procedimiento de tutela laboral como resultado del fenómeno de la constitucionalización del derecho chileno*, (Editorial Ius Civile), 2017.

Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero y Derecho de Aguas

Astorga, Jorquera, *Derecho ambiental chileno: parte general*, (Thomson Reuters), 2017.

Bordalí Salamanca, Andrés y Hunter Ampuero, Iván, *Contencioso administrativo ambiental*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Bustos Gallardo, Beatriz; Prieto Montt, Manuel; Barton Jonathan, *Ecología política en Chile. Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder*, (Editorial Universitaria), 2017

Claro Hunneus, Raúl, *La tecnósfera*, (Editorial LOM), 2017

Femenías Salas, Jorge Andrés, *La responsabilidad por daño ambiental*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2017.

Osorio Vargas, Cristóbal Salvador autor y Osorio Vargas, Gabriel Ignacio, *Compendio de derecho ambiental*, (Editorial Hammurabi), 2017.

Osorio Vargas, Cristóbal, *Manual De Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General*, (Thomson Reuters), 2017.

Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho de aguas: identidad y transformaciones*, (ediciones UC), 2017

Yañez Rebolledo, Eduardo; Evans, Eugenio, *Derecho Y Regulación Económica De La Energía Eléctrica*, (Thomson Reuters), 2017.

CAPITULOS DE LIBROS

Derecho Constitucional

Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos sociales y cambio constitucional: Chile en la encrucijada”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Aguirre, Daniela, “El rol del equipo de facilitadores del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, en Universidad Alberto Hurtado Chile [Editor], *Hacia una nueva constitución: balance de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2017.

Ampuero, Villagrán, Hernán, “El Congreso Nacional, modernización en tiempos turbulentos. Reflexiones sobre las proposiciones para modernizar la labor legislativa”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Alvarado, Claudio, “Cambio constitucional y Estado solidario: diagnóstico y perspectivas”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Alvarado, Claudio, “El problema constitucional: entre la reforma y la revolución”, en Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.

Ardiles Thonet, Mariana, “Power to the people? Ideas para la incorporación de mecanismos de democracia directa en Chile”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Aros, Josefina, “Segregación antes del mercado: una revisión histórica de la educación pública en Chile”, en Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.

Bruzzo, Stefano y Henríquez, Josefa, “Desigualdades en salud entre mapuches y no mapuches: ¿mito o realidad?”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Cazor Aliste, Kamel, “La norma de clausura (Art. 63 No. 20) y la necesaria redefinición

de la reserva legal en la nueva Constitución”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Correa Sutil, Sofía, “¿Queremos un presidencialismo «vigoroso» para Chile?”, en Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Daher, Antonio, “Centralismo financiero en Chile”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

De la Maza, Gonzalo, “¿Participar para descentralizar o descentralizar para participar?”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Fontaine Talavera, Arturo, “La libertad protege a la libertad o idea de la democracia en «El federalista»”, en Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

García Belaunde, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en García Belaunde, Domingo; Losano, Mario; Ragone, Sabrina y Pegoraro, Lucio, *Soberanía y derecho convencional, entre poder de reforma y jueces: estudios de derecho constitucional*, (Ediciones Olejnik), 2017.

González, Ricardo y Mackenna, Bernardo, “Relaciones interculturales entre mapuches y no mapuches: desigualdad, segregación y autonomía”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Jordán, Tomás y Figueroa, Pamela, “El Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía: el modelo chileno de cambio constitucional”, en Universidad Alberto Hurtado Chile [Editor], *Hacia una nueva constitución: balance de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2017.

Navarrete, Bernardo, “Cuando las políticas van en contra de la teoría y la evidencia: la educación municipal de Chile y los esfuerzos de recentralización”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Núñez, Manuel Antonio, “Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía territorial y no territorial”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Mansuy Huerta Daniel, “Apuntes sobre política y representación en «El federalista»”, en

Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Martínez Estay, José Ignacio, «El federalista» y los supuestos del derecho constitucional”, en Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Márquez, Rodrigo, “El rol del Comité de Sistematización del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, en Universidad Alberto Hurtado Chile [Editor], *Hacia una nueva constitución: balance de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2017.

Martínez, Carolina; Tamburini, Loreto y Moris, Roberto, “Gestión del riesgo, descentralización y políticas públicas: ¿Se reduce el riesgo de desastres en Chile?”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Maturana, Francisco; Fuenzalida, Manuel ; Arenas, Federico y Henríquez, Cristián, “La planificación territorial en Chile y el proceso de descentralización”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Marzi Muñoz, Daniela, “Aproximación al debate sobre nueva Constitución y trabajo”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Meléndez Ávila, Felipe, “El tribunal constitucional chileno y su rol en el control de la reforma constitucional: una atribución problemática”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Millaleo, Salvador, “Los derechos políticos de los pueblos indígenas y la encuesta mapuche del CEP”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Moffat, Sergio y Mella, Magaly, “Políticas culturales y descentralización en Chile: nuevos desafíos frente avances sustantivos”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], ¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Montory Núñez, Gonzalo, “El concepto de derecho de propiedad asumido por la constitución y sus principales características”, en Céspedes Muñoz, Carlos [Director], *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Nash, Claudio; Núñez, Constanza y Troncoso, Camila, “¿Existe en Chile una garantía efectiva del acceso a la justicia en condiciones de igualdad y particularmente respecto de grupos en situación de discriminación?”, en Martínez Layuno, Juan José [Editor], *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo Latinoamericano*, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes del derecho chileno”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, “La garantía efectiva de los derechos sociales en el proceso de construcción del Estado de Derecho”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos fundamentales y sus garantías constitucionales en Latinoamérica”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos humanos como límites a los cambios constitucionales en la perspectiva de la nueva constitución para Chile. La reforma de la constitución”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Orellana, Arturo, “Gobernar, planificar y gestionar nuestras áreas metropolitanas: un modelo en construcción”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Ortúzar, Pablo, “El otro modelo y la disputa por el sentido de lo público”, en Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.

Pegoraro, Lucio, “La utilización del Derecho Comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado”, en García Belaúnde, Domingo; Losano, Mario; Ragone, Sabrina y Pegoraro, Lucio, *Soberanía y derecho convencional, entre poder de reforma y jueces: estudios de derecho constitucional*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Petersen, Matías, “Sobre derechos sociales, universalismo y realización recíproca”, en Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.

Ragone, Sabrina, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en García Belaúnde, Domingo; Losano, Mario; Ragone, Sabrina y Pegoraro, Lucio, *Soberanía y derecho convencional, entre poder de reforma y jueces: estudios de derecho constitucional*, (Ediciones Olejnik), 2017.

Quezada Rodríguez, Flavio y Chía Ramírez, Eduardo, “Rol del Estado, justicia constitucional y derechos fundamentales en el marco de una nueva Constitución”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Rebolledo, Daniel, “La participación ciudadana en Chile: los obstáculos de una valoración concreta de la democracia”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Ríos Álvarez, Lautaro, “La hermenéutica constitucional”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Rivera Aburto, Sebastián y Pino Jùregui, José, “Hacia una democracia de mayor calidad: propuestas para una agenda”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Saenger Gianoni, Fernando, “La reforma constitucional es un fraude constitucional”, en Céspedes Muñoz, Carlos [Director], *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Schneider, Yuri, “Otras contribuciones para pensar o replantear la justiciabilidad de los Derechos Fundamentales Sociales: aportes necesarios para su efectiva aplicación”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Schwember Augier, Felipe, “La libertad y el desiderátum de la democracia moderna en «El federalista 10»”, en Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Sierra Iribarren, Lucas, “Partidos políticos y reformas constitucionales en Chile (1828 - 1989)”, en Schopf, Adrián y Marín González, Juan Carlos [Editor], *Lo público y lo privado en el derecho: estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, (Thomson Reuters), 2017.

Soto Velasco, Sebastián, “Costumbres y prácticas legislativas en el derecho constitucional”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Soto Velasco, Sebastian, «El federalista»: de la separación de poderes a los pesos y contrapesos”, en Alvarado, Claudio [Editor], *Imaginar la república: reflexiones sobre El federalista*, (Instituto de Estudios de la Sociedad - IES), 2017.

Squella Narducci, Agustín, “Desacuerdos constitucionales”, en Schopf, Adrián y Marín González, Juan Carlos [Editor], *Lo público y lo privado en el derecho: estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, (Thomson Reuters), 2017.

Svensson, Manfred, “La gran ausente: por una filosofía pública de la familia”, en Fernández, Alejandro [Editor], *El derrumbe del otro modelo: una reflexión crítica*, (Instituto de Estudios de la Sociedad), 2017.

Szmulewicz Ramírez, Esteban, “Constitución, Estado y sistema económico: del reduccionismo de lo público a la economía social de mercado”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Szmulewicz Ramírez, Esteban y Saffirio Palma, Ignacio, “Propuestas para una descentralización coherente con la equidad territorial”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Szmulewicz Ramírez, Esteban, “Reconocimiento y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Thayer Correa, Luis Eduardo y Stang, Fernanda, “Entre la debilidad institucional y el voluntarismo individual: reconocimiento parcial y derechos limitados en las políticas migratorias locales en Santiago”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Tolosa Bravo, Ismael, “Políticas territoriales para la superación de las desigualdades”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Toro Maureira, Sergio, “El Congreso en Chile: una evaluación del funcionamiento legislativo”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Valenzuela Van Treek, Esteban, “La difícil ampliación de la democracia subnacional a las regiones: representación minorizada y poder de agencias centrales”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Valenzuela Villalobos, Williams, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como amparo indirecto de derechos fundamentales”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Velasco Hodgson, Nicolás, “Bienestar y medición: más allá del PIB”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas*

para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Vergara Blanco, Alejandro, “El cómputo de los plazos de días en el procedimiento legislativo. La paradoja de una regla costumbrista en la fábrica de leyes”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Villablanca Villa, Yohann, “Un breve repaso a la agenda de probidad y transparencia en Chile desde 1990: la importancia de las municipalidades”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Yañez, Nancy, “Encuesta «Los mapuche rurales y urbanos 2016»: un análisis desde el enfoque de derechos indígenas”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Zapata, Patricio, “El rol del Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, en Universidad Alberto Hurtado Chile [Editor], *Hacia una nueva constitución: balance de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2017.

Zúñiga Urbina, Francisco, “(Re)elección presidencial. Algunas notas acerca del presidencialismo en Chile y América Latina”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Zúñiga Urbina, Francisco, “¿Son los derechos fundamentales límites para el poder constituyente de la nueva constitución chilena?”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Género

Brossi, Lionel y Fuentes, Catalina, “El género (in)comunicado: Reflexiones en torno a la relación lenguaje y género en los medios de comunicación”, en Dodds, Tomás y Brossi, Lionel [Compiladores], *Medios y diversidades sexuales: política, cuerpo e identidad*, (Ediciones Radio Universidad de Chile), 2017.

Cabello, Cristián, “La esvástica sobre Zamudio. Homo-nacionalismo y espectáculo mediático de la vida y muerte homosexual”, en Dodds, Tomás y Brossi, Lionel [Compiladores], *Medios y diversidades sexuales: política, cuerpo e identidad*, (Ediciones Radio Universidad de Chile), 2017.

López, Ignacia, “Una oportunidad de trabajo para las mujeres y jóvenes de Chile”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Obando Cid, Augusto, “Sodoma exige derecho de ciudadanía. Movimientos sexo/genéricos (GLBTIQ) en América Latina: el caso chileno”, en Dodds, Tomás y Brossi, Lionel [Compiladores], *Medios y diversidades sexuales: política, cuerpo e identidad*, (Ediciones Radio Universidad de Chile), 2017.

Ramírez, Ricardo, “*Diarios chilenos y Acuerdo de Unión Civil: Construyendo el “sujeto homosexual”*”, en Dodds, Tomás y Brossi, Lionel [Compiladores], *Medios y diversidades sexuales: política, cuerpo e identidad*, (Ediciones Radio Universidad de Chile), 2017.

Derecho Administrativo

Aninat, Isabel, “Confianza y el pueblo mapuche: análisis desde la perspectiva de desempeño institucional”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Delooz, Benoit, “El Municipio chileno: entre cooperación voluntaria e integración forzada. Antecedentes, proyecciones y desafíos del régimen municipal en el siglo XXI”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Ferrada, Juan Carlos y Quezada, Flavio, “Transferencia de inmuebles educacionales por el solo ministerio de la ley y autonomía local”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Figueroa, Verónica, “Institucionalidad pública, participación y representación política de los pueblos indígenas en Chile”, en Figueroa Huencho, Verónica; Aninat, Isabel y González, Ricardo [Editores], *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, (Centro de Estudios Públicos), 2017.

Gómez González, Rosa, “El ejercicio del poder punitivo por las municipalidades (el principio de legalidad)”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Henríquez Viñas, Miriam, “El (di)símil concepto de control de convencionalidad interno. Perspectiva jurisprudencial”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Huepe Artigas, Fabián, “Discrecionalidad administrativa en el ámbito municipal. Propuesta de algunas técnicas para su control”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

León, Francisco, “En la ciudad: intervenir el espacio urbano común, para mejorar la calidad de vida”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Llodrá, José Ignacio, “Desafíos y propuestas para un Estado más eficiente y justo”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Morales Espinoza, Baltazar, “Modelaciones jurisprudenciales en el reclamo de ilegalidad municipalidad”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Olivares Gallardo, Alberto, “El control de convencionalidad como exigencia de los órganos no jurisdiccionales de la Administración del Estado”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Ortiz Solorza, Mauricio, “Pervivencia de las facultades de fiscalización de la Superintendencia de insolvencia y reemprendimiento con relación a los síndicos. Efectos y extensión de la exclusión de su nómina”, en Céspedes Muñoz, Carlos [Director], *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Peñailillo Gutiérrez, Claudio Andrés, “Ordenanzas Municipales y las líneas de distribución de energía eléctrica”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Poblete Vinaixa, Julia e Reyes Poblete, Miguel Ángel, “Decisiones del Consejo para la Transparencia y Contraloría General de la República sobre expedientes sumariales”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Ramón Mayorga, Pablo Marshall, “Crítica y propuesta para un régimen de responsabilidad de los alcaldes en Chile”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Reyes Poblete, Miguel Ángel, “Análisis crítico del reclamo de ilegalidad municipal como base para un contencioso administrativo de aplicación general”, en Huepe Artigas, Fabián

Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Riquelme Venegas, Jorge, “Procedimientos y responsabilidad administrativa de los funcionarios del Departamento de Educación Municipal regidos por el Código del Trabajo”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Santibáñez Yáñez, Francisco, “Esquema orgánico de la justicia administrativa en la contratación pública”, en Céspedes Muñoz, Carlos [Director], *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Santibáñez Yáñez, Francisco, “Funciones y atribuciones del concejo municipal: ¿órgano de representación o de gestión?” en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Valdivia Olivares, José Miguel, “Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo”, en Schopf, Adrián y Marín González, Juan Carlos [Editor], *Lo público y lo privado en el derecho: estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, (Thomson Reuters), 2017.

Vergara Blanco, Alejandro “Municipalidades y bienes públicos. Su competencia residual y el caso especial de los cauces naturales”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Derecho Internacional

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier, “Ius constitutionale commune interamericanum”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Fernández González, Miguel Ángel, “El valor persuasivo u obligatorio de los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Furche Rossé, Juan Eduardo, “Chile y su política exterior en América Latina: ¿están justificadas las críticas?”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Galdámez, Liliana, “El Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

García Pino, Gonzalo, “Análisis del parámetro de control de convencionalidad en el sistema interamericano y derecho interno (Convención Americana y corpus iuris interamericano y los estándares de la Corte IDH)”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Landa, César, “Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Landa, César, “Mecanismos procesales domésticos para la ejecución de las sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Machado, Priscila, “El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Martínez Layuno, Juan José, “El derecho de acceso a la justicia: perspectivas y desafíos para la construcción de un acervo interamericano”, en Martínez Layuno, Juan José [Editor], *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo Latinoamericano*, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la CADH”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Osorio Sánchez, Eduardo Gabriel y Perozo Hernández, Javier Andrés, “Análisis multinivel del acceso a la justicia. Los estándares mínimos de protección a través de una perspectiva nacional e interamericana”, en Martínez Layuno, Juan José [Editor], *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo Latinoamericano*, (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2017.

Robledo, Miguel, “La doctrina de la cosa interpretada (res interpretata). Fundamentos, alcances, límites y proyecciones”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá,

Humberto [Coordinadores], *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Editorial Triángulo), 2017.

Derechos Humanos

Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El principio de solidaridad en la jurisprudencia constitucional e internacional de los derechos humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Alston, Philip, “Los Derechos Humanos como el arte de lo posible”, en Universidad de Chile, *En conquista de los derechos humanos: homenaje a José Zalaquett Daher*, (Thomson Reuters), 2017.

Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La Ley penal como acto estatal de afectación de derechos fundamentales”, en Universidad de Chile, *En conquista de los derechos humanos: homenaje a José Zalaquett Daher*, (Thomson Reuters), 2017.

Biacchi, Eduardo y Brandalise Goncalves, Ane Elise, “La protección al trabajo infantil como derecho humano y fundamental y el control de convencionalidad como técnica interpretativa”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Couso, Javier, “Sine Qua Non”: Sobre el rol de la independencia judicial para la protección de los Derechos Humanos en Latinoamérica.”, en Universidad de Chile, *En conquista de los derechos humanos: homenaje a José Zalaquett Daher*, (Thomson Reuters), 2017.

Henríquez, Tomas, “La política y politización de los derechos humanos”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Squella, Agustín, “Derechos humanos, democracia y Estado de Derecho”, en Universidad de Chile, *En conquista de los derechos humanos: homenaje a José Zalaquett Daher*, (Thomson Reuters), 2017.

Derecho del Trabajo

Becerra Valdivia, Katherine, “La indemnidad laboral como un derecho fundamental de los trabajadores: análisis de su configuración”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Buendía, Ricardo y Leyton García, Jorge, “La reforma laboral y el derecho a huelga: Un análisis crítico”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián

[Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Marzi, Daniela, “La protección constitucional del trabajo y los pactos de adaptabilidad”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Monsalve Basaul, Fernando, “El deber de negociar colectivamente. Y, frente a su inexistencia, el remedio de la huelga laboral”, en Céspedes Muñoz, Carlos [Director], *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, (Thomson Reuters), 2017.

Zúñiga Urbina, Francisco, “La huelga como hecho social y como derecho fundamental”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier y Nogueira Alcalá, Humberto [Coordinadores], *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*, (Editorial Triángulo), 2017.

Derecho Ambiental

Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Los derechos ambientales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier [Coordinador], *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2017.

Barros, Manuel José, “Descentralización y modernización de la gestión ambiental en Chile”, en Schalper, Diego [Editor], *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile*, (Fundación Idea País), 2017.

Braumbach Cubillos, Susanne y Espinoza Ansietta, Esteban, “Chile sustentable: los desafíos al 2030”, en Cifuentes Ovalle, Javier; Pérez Lillo, Claudio; Rivera Aburto, Sebastián [Editores], *¿Qué políticas públicas para Chile?: propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia*, (Centro de Estudios del Desarrollo), 2017.

Galdámez Zelada, Liliana, “Estado subsidiario y medio ambiente”, en Obando Camino, Iván Mauricio [Compilador], *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, (RiL Editores), 2017.

Henríquez, Cristián; Borchers, Nicolás y Arenas, Federico, “Sustentabilidad y medio ambiente. Avances impulsados por el sistema de Evaluación Ambiental Chileno”, en Vial Cossani, Camilo y Hernández Bonivento, José [Editores], *¿Para qué descentralizar?: centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, (Universidad Autónoma de Chile), 2017.

Ochoa, Fernando, “Sobre las competencias municipales en materia ambiental-sectorial en cinco momentos”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Pinilla Rodríguez, Francisco, “La intervención de las municipalidades en el contencioso ambiental”, en Huepe Artigas, Fabián Andrés y Santibáñez Yáñez, Francisco [Coordinadores], *Sistema municipal chileno: desafíos y perspectivas para el siglo XXI*, (Editorial Librotecnia), 2017.

Metodología para la confección de la sección de libros y capítulos de libros. Criterios de inclusión y exclusión.

Se seleccionaron libros y capítulos de libros de derecho y ciencias sociales cuyo objeto de estudio o tema principal es jurídico, publicados en Chile, aunque el autor fuere extranjero. Para estos efectos, se utilizaron los siguientes criterios de búsqueda: Derecho Público, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Indígena, Derecho del Trabajo, Derecho Eléctrico, Derecho Ambiental, Derecho Minero y Derecho de Aguas. En el caso del derecho internacional público, se agregaron obras y capítulos en la medida en que versaran sobre esta rama del derecho, o se refirieran al trabajo de Organizaciones Internacionales, o a la relación entre los Estados, o entre estos y Organizaciones Internacionales. Finalmente, se incluyeron obras de ciencias sociales y políticas que tuvieran alguna relación con los temas descritos anteriormente, aunque no fueren propiamente textos jurídicos. Se mantuvo el criterio de años anteriores de incorporar las nuevas ediciones de un libro ya publicado, cuando hubieren transcurrido a lo menos tres años desde la última edición. Cuando un autor publica una obra en distintas editoriales, ello queda recogido.

Se excluyeron las obras relacionados con el Derecho Privado y Comercial, los tratados de jurisprudencia, los compendios de normas, las publicaciones en blogs y las reseñas de obras.

Fuentes

Se buscó el portal electrónico de la Biblioteca del Congreso Nacional, utilizando los criterios de búsqueda antes detallados. Se consultaron también los portales electrónicos de las editoriales de nuestro país reconocidas por Conicyt: Catalonia, Edeval, Ediciones PUCV, Ediciones UAH, Ediciones UC, Ediciones UDP, Editorial Andrés Bello, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Universitaria, Fondo de Cultura Económica filial Chile, Editorial LOM, RIL Editores y Thomson Reuters Chile. Se utilizaron en la ventana de búsqueda de las editoriales los criterios de búsqueda antes indicados y también se revisaron las respectivas secciones de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público de los respectivos portales. Finalmente, se revisaron los portales electrónicos de las editoriales de universidades nacionales que no están contempladas en el listado de Conicyt, utilizando los mismos criterios de búsqueda ya señalados. Estas editoriales son: Ediciones Finis Terrae, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Ediciones Universidad Austral de Chile, Editorial Santo Tomás, Editorial Universidad de los Andes, Editorial Universidad de Talca, Editorial Universidad de Valparaíso y Sello Editorial Universidad de Concepción.

ARTICULOS DE REVISTAS ACADEMICAS

Derecho Constitucional

Albuquerque de Menezes, Newton y Moreira de Menezes, Ecila, “O golpe no Brasil como construção da “democracia” da subcidadania”, en Revista Polis n° 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

Alcaíno Arellano, Eduardo; Perret Neilson, Sabrina y Soto Delgado, Pablo, “Sename: el rol del Estado, la tutela judicial de niños, niñas y adolescentes y la relevancia penal de la crisis”, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Almagro, David. “La democracia directa y semidirecta en la Constitución federal brasileña de 1988: hacia la reforma ineludible”, en Revista de Estudios Constitucionales Año 15, N°1 (Universidad de Talca), 2017.

Alvear, Julio. “Elogio del Reino. Rafael Gambra y la Reivindicación del tradicionalismo político”, en Revista de Derecho, Vol. 48 N°1, (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Andrades, Eduardo. “El control constitucional de las leyes en Atenas”, en Revista de Estudios Históricos – Jurídicos N°39 (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Arana, Ignacio. “Chile 2016: ¿El nadir de la legitimidad democrática?” en Revista de Ciencia Política (Santiago), vol.37, N°.2, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Argas Ernesto. “Hacia un sistema de propiedad privada sobre el viento en Chile” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 44 N° 1, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Arroyo Morales, José María. “La práctica de la iniciativa legislativa en el constitucionalismo español reciente”. Revista de Derecho y Ciencia, Vol. 8, Núm. 2, (Política, Universidad Católica de Temuco) 2017

Beca Frei, Juan Pablo. “Modificación a la ley de partidos políticos: Más (y mejor) de lo mismo ... pero sigue siendo lo mismo”. Revista de Derecho y Ciencia Política, Vol. 8, Núm 2, (Universidad Católica de Temuco), 2017

Beltrán Aroca, Cristina Mffi, Girela López, Eloy, “¿Cómo afectan los medios sociales a la confidencialidad de los pacientes? Revisión de los potenciales problemas y recomendaciones”, en Acta Bioethica, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Benfeld, Johann, “El nuevo paradigma universitario de acceso universal: su origen, características y alcances en relación a la enseñanza del derecho”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 44 N° 2, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Bilbao, Alejandro, “Respecto de la noción de frontera: pensar contra la naturalización de las identidades”, en Revista de Humanidades, N° 35, (Universidad Andrés Bello), 2017.

Bittar, E. “Educación en derechos humanos como política pública: La experiencia de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía de la ciudad de São Paulo”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 97-109, (Universidad de Chile), 2017

Brahm García, Enrique. “El partido conservador frente a la crisis constitucional de 1925” en *Revista chilena de derecho*, Vol.44 N° 1 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Bronfman, Alan. “Génesis de la delegación legislativa en Chile” en *Revista de Estudios Históricos – Jurídicos* N°39, (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Camacho Céspedes, Gladys, “Nuevas reglas de probidad para la función pública: ¿avanzamos?” en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Candía Falcón, Gonzalo, “El Estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?” en *Revista de derecho* (Valdivia), Vol. XXX n°2, (Universidad Austral de Chile), 2017

Cano, Daniel. “Fernando Pairicán, Malón. La rebelión del movimiento mapuche. 1990-2013”, en *Revista Historia* (Universidad Católica de Chile), 2017.

Cantú, Francisco, & Hoyo, Verónica. (2017). “México 2016: El declive de la confianza institucional”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37 N°2 (Universidad Católica de Chile).

Carmona, E, “El derecho a un mínimo vital y el derecho a la renta básica” *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 199-209, (Universidad de Chile), 2017

Carvajal, Patricio. “Joaquín Fernandois, Historia, ideas y políticas. El fin del viaje y otros ensayos y estudios” en *Revista Historia* (Universidad Católica de Chile), 2017.

Castillo, M, Espinoza, C, Campos, L. “Régimen de desigualdad y pueblos indígenas en el período post dictatorial. Tres vías en la disputa por la igualdad”, *Revista Estudios Atacameños*. Núm. 54, (Universidad Católica del Norte), 2017

Castro, Claudia. “Los derechos culturales y su gestión en Honduras”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, N°1 (Universidad de Talca), 2017.

Céspedes, Rodrigo. “Cargas Públicas y Enriquecimiento Sin Causa. Un caso del S. XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 39, (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Collins, Cath, “Verdad, Justicia, Reparación y Memoria”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Contreras, Pablo, “El futuro de las leyes secretas”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Covarrubias, Ignacio. “La problemática aplicación del test de proporcionalidad en la tutela laboral de los derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 3, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Cunill Grau, Nuria, Leyton Navarro, Cristian y Peralta Rojas, Miski, “El peso de las Asociaciones Público Privadas en los Servicios para la primera infancia y los adultos mayores. Un estudio de casos en el marco de los derechos», en Revista Polis n° 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

De la Maza Vent, Camila, “La reforma a la institucionalidad en materia de infancia bajo la lupa de los derechos humanos”, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

De Rezende, Maria José, “Os Relatórios do Desenvolvimento Humano e a insegurança humana proveniente da crise da água e das mudanças climáticas», en Revista Polis n° 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

Díaz de Valdés, José Manuel. “Cuatro años de Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia”, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 15, vol N°2, (Universidad de Talca), 2017.

Domínguez Avila, Carlos Federico, “Impedimento presidencial de Dilma Rousseff, rendición de cuentas interinstitucional, estrategias de subversión, y calidad de la democracia en Brasil”, en Revista Polis, n° 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Driscoll, Amanda. “Bolivia’s “Democracy in Transition”: More Questions than Answers in 2016”, en Revista de Ciencia Política, Vol. 37 N°2 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Escobar, Javier. “¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde Facebook?: Comentario a la sentencia Rol. N° 3 – 2017 de la Corte Suprema”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, (Universidad de Talca), 2017.

Eterovic Barreda, P, “El derecho al nombre social en las atenciones de salud respecto de pacientes transgéneros menores de edad: El caso Araya Astudillo con Clínica Alemana”, Anuario de Derechos Humanos, (13), 149-160, (Universidad de Chile), 2017
Fernández, José Ángel. “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 44 N° 3, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Figuerola San Martín, F, “Internamientos involuntarios y tratamientos forzados en psiquiatría: Autonomía y no discriminación como estándar de derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, (13), 111-121, (Universidad de Chile), 2017

Frunzã, Ana, Sandu, Antonio, “Ethical acceptability of using generic consent for secondary use of data and biological samples in medical research”, en Acta Bioethica, Vol. 23, No 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Gajardo Jáuregui, Jean, Aravena, José Miguel, “Tensiones en torno a la inclusión de personas con diagnóstico de demencia en investigación científica”, en Acta Bioethica, Vol. 23, No 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017

Garrido, Becker, “La Biometría en Chile y sus riesgos”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 6 N°1, (Universidad de Chile), 2017.

González Cazorla, Fabián, “Un intento de conceptualización del derecho de propiedad a través de criterios de justicia distributiva”, en *Revista Ars Boni Et Aequi*, Vol. 13, N° 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2017.

González, Isaac y Amador Diego. “Referendums contemporáneos: deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales”, en *Revista de Estudios Constitucionales Año 15*, Vol. N°2 (Universidad Talca), 2017.

Guille, Gustavo Patricio, “La Constitución De Subjetividades Políticas en tiempos “Post-Estatales”: Un Contrapunto Entre Agamben, Negri y Laclau”, en *Revista de Humanidades*, N° 35, (Universidad Andrés Bello), 2017.

Gutiérrez Moya, Carlos, “La expulsión como pena contra un inmigrante: ¿Es un castigo o un premio para el condenado extranjero sin residencia legal?”, en *Revista Ars Boni Et Aequi*, Vol. 13, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2017.

Haime, Agustina. “What explains voter turnout in Latin America?: A test of effect of citizens’ attitudes towards the electoral process”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37 N°1 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Henríquez, Miriam, “¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, (Universidad de Talca), 2017.

Iosa, Juan, “Libertad negativa, autonomía personal y constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 2, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Jara, Rene. “Regularidad electoral, secreto de voto y exclusión. Las tesis dominantes en las memorias de prueba sobre el sufragio en Chile (1897 – 1920)”, en *Revista de Estudios Históricos – Jurídicos N°39* (Universidad Católica de Chile), 2017.

Lages, R., & Pardo, C, Francisco Tapia y Javiera Campos “(Desclasificación Popular) sobre los archivos de la Comisión Valech I: «La desclasificación debe ser total ya que en la lectura total está el verdadero secreto»”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 225-231, (Universidad de Chile), 2017.

Lathrop, Fabiola. “Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, (Universidad de Talca), 2017.

Lathrop, Fabiola, “Conflicto de derechos por exhumación de cadáver en juicios de filiación”. *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, (Universidad de Talca), 2017.

Lathrop, Fabiola, “Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Leyton, Jorge, “El derecho a la huelga como derecho fundamental: reconocimiento y limitaciones en el derecho internacional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 3, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Liñán, Ángeles. “Aspectos controvertidos de la libertad religiosa en España y Europa: alimentación halal y casher”, en *Revista de Estudios Constitucionales Año 15*, Vol. N°2, (Universidad de Talca), 2017.

Lovera, Domingo, “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Lozano Vicente, Agustín, “Bioética infantil: principios, cuestiones y problemas”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Luján Verón, David, “Entre la autonomía y la dependencia. Lobby, clientelismo político e idea de estado en los contextos locales chilenos”, en *Revista Polis*, n° 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Machado, Priscila. “El control constitucional de las leyes en Atenas”, en *Revista de Estudios Históricos – Jurídicos N°39* (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Mancilla, Alejandra. “Las poblaciones callampa como expresión del derecho de necesidad”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 37 N° 3 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Mancisidor, M, “El derecho humano a la ciencia: Un viejo derecho con un gran futuro”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 211-221, (Universidad de Chile), 2017
Mañalich, Juan Pablo, “Terrorismo y organización”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, Universidad de Talca), 2017.

Marshall Barberán, Pablo, “Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX n°2, (Universidad Austral de Chile), 2017

Marshall, Pablo. “El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral”, en *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, vol.37, N° 1, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, Cubides Cárdenas, Jaime, & Moreno Torres, María Camila. “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de los derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”, en *Revista de Estudios Constitucionales Año 15*, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Marzi Muñoz, Daniela, “Reforma a las relaciones sindicales en Chile, o sobre el legislador impasible”, en *Anuario de Derecho Público 2017*, (Universidad Diego Portales), 2017

McNulty, Stephanie. “Peru 2016: Continuity and Change in an Electoral Year”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37 N°2 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Meléndez, Carlos, & Moncagatta, Paolo. “Ecuador: Una década de correísmo”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37 N°2 (Universidad Católica de Chile).

Miranda Sánchez, Paula y Romero Mancheño, Ismael, “Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia», en *Revista Polis* N° 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

Mondaca, Alexis. “La relevancia que las Cortes de Apelaciones del denominado norte grande han contribuido a los vínculos de familia de inmigrantes, para efectos de acoger las acciones de amparo que buscan renovar las órdenes de expulsión”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, vol N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Muñoz, Fernando “La Reforma Laboral como crisis de la dinámica hegemónica transicional”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Nogueira, Humberto. “La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Nogueira, Humberto. “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, (Universidad de Talca), 2017.

Nunes, Felipe, & Melo, Carlos Ranulfo. “Impeachment, Political Crisis and Democracy in Brazil”, en *Revista de Ciencia Política* (Universidad Católica de Chile), 2017.

Núñez, José I. “El constitucionalismo y puzzle para armar (o desarmar)”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, (Universidad de Talca), 2017.

Núñez, Poblete, Manuel A, “La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXX n°1, (Universidad Austral de Chile), 2017

Núñez, Raúl, & Correa, Claudio. “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas” en *Revista Ius et Praxis*, (Universidad de Talca), 2017.

Nuria Cunill-Grau , Cristian Leyton Navarro , Miski Peralta Rojas, “El peso de las Asociaciones Público Privadas en los Servicios para la primera infancia y los adultos mayores. Un estudio de casos en el marco de los derechos”, *Revista Polis*, N° 46, Universidad, 2017

Pallister, Kevin. (2017). Guatemala: “The Fight for Accountability and the Rule of Law”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 32, N°2 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Palma, Eric. “El Estado socialista según la legislación irregular de Carlos Dávila (junio-septiembre de 1932)”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1 (Universidad de Talca), 2017.

Perea Sandoval, Carlos y Meneses Cabrera, Tania, “El amor eficaz como alternativa de resistencia democrática a la violencia neoliberal», en *Revista Polis* nffl 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

Pérez, Orlando. “Panama: Democracy Under the Shadow of Corruption”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37 N°2 (Universidad Católica de Chile), 2017. Perry, Mariana. “Transferencia política en el exilio chileno en los Países Bajos, 1973-1989: El caso del Instituto para el Nuevo Chile”, en *Revista de Historia*, vol. 50 N°1 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Petit, Luis Alberto. “El diálogo entre doctrina, constitución y cortes para el establecimiento de los contenidos mínimos de los derechos sociales fundamentales. La convergencia de categorías (con especial referencia al derecho mínimo vital), en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Ponce de León, Viviana. “La función de los deberes constitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 1, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Pressacco, Carlos Fabián y Salvat Bologna, Pablo, “Norbert Lechner: política y utopía en América Latina”, en *Revista Polis* nffl 47, (Universidad Bolivariana), 2017.

Ríos, Lautaro. “La soberanía, el poder constituyente y una nueva constitución para Chile”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Risso, Martín. “Mutuación e interpretación evolutiva de la Constitución: dos casos uruguayos”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, N°1 (Universidad de Talca), 2017.

Rivas, Antonia, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas en la política pública chilena”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Rivera Mir, Sebastián. “El otro exilio chileno en México y Guatemala, 1948-1951: Militancia transnacional en los orígenes de la Guerra Fría”, en *Revista Historia*, Vol. 50 N°1 (Universidad católica de Chile), 2017.

Rodríguez, Carlos Acevedo. Valenti, Giovanna. Exclusión social en Ecuador. Buen Vivir y modernización capitalista, en *Revista Polis* N° 46, (Universidad Bolivariana), 2017.

Salmeron, Juan. “Oposición a las vacunas en Chile: Análisis de un caso reciente”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 2, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Santos, Paulo, Hespanhol, Alberto, “Informed consent for case reports – An ethical perspective”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Sanz, Francisco. “Grado de equivalencia entre la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública”, en *Revista de Derecho*, Vol. 48 N°1, (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Siles, Abraham. “Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Silva Pinochet, Beatriz, “Democracia y conflicto: la democracia como movimiento histórico», en *Revista Polis nffl 46*, (Universidad Bolivariana), 2017.

Silva, Luis. “Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, Nffl 2, (Universidad de Talca), 2017.

Sosenski, Susana. “Silvia Dutrénit Bielous, Aquellos niños del exilio. Cotidianidades entre el cono Sur y México”, en *Revista Historia (Universidad Católica de Chile)*, 2017.

Trujillo, Lucía, “La Argentina kirchnerista: Alcances y límites de una experiencia democrática sobre la distribución del ingreso (2003-2015)», en *Revista Polis nffl 46*, (Universidad Bolivariana), 2017.

Ugarte Cataldo, José Luis, “Negociación colectiva, huelga y reforma: una nueva cartografía. Collective negotiation, strike and reform: a new mapping”, en *Anuario de Derecho Público 2017*, (Universidad Diego Portales), 2017.

Ugarte Vial, Fernando. “Cobro de impuesto territorial: a propósito de un fallo reciente del TC que declaró inaplicable la norma del inciso 4° del Art. 17 del Código Tributario, que permite notificar y requerir de pago a los ejecutados en el inmueble que causa el impuesto, en juicio en que se pretendió emplazar al deudor en un sitio eriazó”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 44 N° 3 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Ulianova, Olga. “El despliegue de un antagonismo: el ex presidente Frei Montalva y el dictador Pinochet en los archivos estadounidenses (1973 – 1982)” en *Revista Historia (Universidad Católica de Chile)*, 2017.

Valdivia Ortiz de Zarate, Verónica. “Los tengo plenamente identificados: Seguridad interna y control social en Chile, 1918-1925”, en *Revista Historia (Universidad Católica de Chile)*, 2017.

Valenzuela Van Treek, Esteban, “Despoder y progresismo federalista fraterno para superar la izquierda presicrática”, en *Revista Polis nffl 46*, (Universidad Bolivariana), 2017.

Valenzuela, Esteban y Kowszyk, Yanina, “Extractivas en transformación por la resistencia territorial en Chile: Giro 3 V (Verdes, Veraces y Valorativas)”, en *Revista Polis, nffl 48*, (Universidad Bolivariana), 2017.

Vargas, Macarena y Lillo, Ricardo, “El derecho de acceso a la justicia civil en Chile”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Varsi Rospigliosi, Enrique, “Clasificación del sujeto de derecho frente al avance de la genómica y la procreática”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Vidal, Carlos. “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Wilenmann, Javier. “Control institucional de decisiones legislativas político – criminales” en *Revista de Estudios Constitucionales* Año 15, vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Zañartu Canihuante, N, Aravena Reyes, A, Grandón Fernández, P, Sáez Delgado, F. “Identidad étnica, discriminación percibida y procesos afectivos en jóvenes mapuches urbanos”. *Cultura, Hombre, Sociedad (CUHSO)*, Vol. 27, N°2, (Universidad Católica de Temuco), 2017

Zúñiga, Francisco, y Osorio, Cristóbal. (2017). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol N o 58973-2016, “Universidad Autónoma de Chile contra Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol. 2, (Universidad de Talca), 2017

Zúñiga, Francisco. “Control difuso de normas: Comentario a la sentencia Rol N° 35236-2016 de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2016”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15 N°1 (Universidad de Talca), 2017.

Género

Álvarez, Juan José; Del Pino, Sebastián; Saavedra, María Belén y Vial, Tomás “Derechos de las personas LGTBI en Chile: una evaluación”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Gauché Marchetti, Ximena, “Planes de Acción Nacional sobre mujeres, paz y seguridad. Experiencias comparadas y proyecciones para el caso chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX n°2, (Universidad Austral de Chile), 2017

Mundaca Castillo, S, “Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 175-195, (Universidad de Chile), 2017

Piovesan, Flávia y Kamimura, Akemi, “Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de genero”, en *Anuario de Derecho Público 2017*, (Universidad Diego Portales), 2017.

Derecho Administrativo

Agüero San Juan, Claudio, “La especialidad jurídica en un caso atípico de Nulidad de Derecho Público (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, (UNIVERSIDAD), Vol. XXX, N°2, 2017

Agüero, Claudio. “Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público”, en Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 2 (Universidad de Talca), 2017.

Beltramino, Tamara Lucía y Filippon, Carolina, “Los riesgos en el tamiz de la agenda pública: la productividad política de los desastres », en Revista Polis, n° 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Delooz, Benoît. “Noción y elementos fundamentales de la acción territorial conjunta”, en Revista chilena de derecho, Vol. 44 N°3 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Flores Rivas, Juan Carlos, “La caducidad de los actos administrativos”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXX n°2, (Universidad Austral de Chile), 2017

Fuenzalida Bascuñán, Sergio. “La función administrativa discrecional y la consulta indígena”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Vol.24, N° 2, (Universidad Católica del Norte), 2017

Gómez González, Rosa Fernanda. “El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”. Revista de derecho Vol. 49 (Universidad Católica de Valparaíso).

Gray, Nora; Basualto, Cynthia y Sisto, Vicente, “Política pública sobre capacitación y empleo en Chile: Inclusión/exclusión de una fuerza laboral que envejece” en Revista Polis, n° 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Jiménez Rodríguez, José Manuel, “Planificación anticipada de las decisiones en el distrito sanitario Córdoba y Guadalquivir, España.”, en Acta Bioethica, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Letelier Wartenberg, Raúl, “garantías penales y sanciones administrativas”, Revista Política Criminal, N°23, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2017

Linares, María Dolores, “Política migratoria y capacidad estatal: la Dirección Nacional de Migraciones (República Argentina) entre los años 2004 y 2015.”, en Revisita Polis, n° 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Merino-Osorio, Catalina, Mattar T, Gustavo, Leppe Z, Jaime, Bahamondes M, Paz, Lecaros, Juan Alberto, “Encuesta sobre implementación de investigación en centros educacionales en Chile: cumplimientos de aspectos regulatorios éticos y legales”, en Acta Bioethica, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Morales, Diego y Lambeth, George, “La comisión para el mercado financiero y el perímetro regulatorio del regulador: algunas notas sobre sus implicancias”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Moya Marchi, Francisca, “La aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios a partir del último fallo Bocamina”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Olivares Jatib, Oscar, “La precariedad del empleo a contrata regulado en la ley n° 18.834: una crítica a la normativa vigente”, en *Revista Ars Boni Et Aequi*, Vol. 13, Nffl 2, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2017.

Roig, Francesc, Borrego, Ángel, “Declaraciones de conflictos de interés en las publicaciones biomédicas. Estudio de cuatro revistas clínicas españolas”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Romero Toledo, R, Videla, A, Gutiérrez, F. “Explorando conflictos entre comunidades indígenas y la industria minera en Chile: Las transformaciones socioambientales de la región de Tarapacá y el caso de Lagunillas”, *Revista Estudios Atacameños*. Núm. 55, (Universidad Católica del Norte), 2017

Salah Abusleme, María Agnes, “Las limitaciones a la constitución de servidumbres mineras”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Valdebenito Larenas, Caterine, “Requerimientos de calidad en el ejercicio de la mediación familiar licitada en Chile. Reflexiones para su conceptualización”, en *Revisita Polis*, nffl 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Van Weezel, Alex, “sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, *Revista Política Criminal*, N°23, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2017.

Zúñiga-Fajuri, Alejandra, “Transparencia y trasplantes: ¿Es posible? Dilemas bioéticos de la adjudicación de órganos”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 2, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Derecho Internacional

Apiolaza, Cristián; Díaz, Marcela; Sanzana, Gabriela y Schönsteiner, Judith, “Jurisprudencia de la Gran Sala y caso piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante el 2016”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Arlettaz, Fernando, “Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX n°1, Universidad Austral de Chile, 2017

Arrubia, E., & Brocca, M, “La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 87-96, (Universidad de Chile), 2017

Astudillo, Luis. “¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta de

los pueblos indígenas?: Una breve revisión a los D.S N°66 del Ministerio del Desarrollo social y N°40 del Ministerio del Medio Ambiente”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, (Universidad de Talca), 2017.

Barry, Christian y Overland, Gerhard. “Who owns it? Three arguments for lands claims in Latin America”, en Revista de Ciencia Política, Vol. 37 N°3 (Universidad Católica de Chile), 2017

Benavides, María Angélica. “El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia”, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 15, Vol. N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Díaz-Tendero Bollain, Aída, “La matriz de T.H. Marshall y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Gialdino, Rolando “Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina”, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 15, vol N°2 (Universidad de Talca), 2017.

González Morales, Felipe, “El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

González, Pablo. “La Doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, Nffl 1, (Universidad de Talca), 2017.

Hestermeyer, Holger y Ortino, Federico, “La política comercial del Reino Unido post-Brexit: el comienzo de un viaje complejo”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Hitters, Juan Carlos. “Control de convencionalidad: ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina)”. En Revista de Estudios Constitucionales, Año 15 Vol N°2 (Universidad de Talca), 2017.

Infante Caf, María Teresa, “Arbitraje Filipinas c. China en el Mar del Sur de China”, en Anuario de Derecho Público 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Kolers, Avery. “Latin America in theories of territorial rights”, en Revista de Ciencia Política, Vol. 37 N°3 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Leyton García, Jorge, “El derecho a la huelga como un Derecho Humano Fundamental: Reconocimiento y limitaciones en el Derecho Internacional”, Revista chilena de Derecho, (Pontificia Universidad Católica de Chile) vol. 44 N°3, 2017

Lidón Heras, Leonor. “El derecho de participación política de las personas con discapacidad: el caso de España tras más de una década de vigencia de la Convención Internacional Sobre los Derechos de las personas con discapacidad”. *Revista de Derecho y Ciencia*, Vol.8 Núm.2, (Política Universidad Católica de Temuco), 2017

López Escarcena, Sebastián. “Un derecho jurisprudencial. La Propiedad colectiva y la Corte Interamericana”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol.24, Núm.1, (Universidad Católica del Norte), 2017

Mancilla, Alejandra y Barry, Christian. “Introduction: Land claims in Latin America”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 37 N°3 (Universidad Católica de Chile), 2017.

Méndez, Daniela. “Evelyne Schmid. Taking economic, social and cultural rights seriously in international criminal law Cambridge” en *Revista de Estudios constitucionales*, Vol.15 N° 1 (Universidad de Talca), 2017.

Moreno, Ángela. “La influencia europea en el ámbito de los derechos fundamentales en España, en concreto, en el derecho a la intimidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, Vol N°2, (Universidad de Talca), 2017.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza, “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, Nffl 1 (Universidad de Talca), 2017.

Niño Hernández, Fanny Patricia, Mercado Duque, July Andrea, Bohada Rojas, Mayra Alejandra y Ramírez Bayona, Rusmary. “La obligatoriedad del Estado venezolano en el sistema de fuentes y los argumentos de la sala constitucional para ejecutar las sentencias de la Corte – IDH”, EN *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 15, N°1 (Universidad de Talca), 2017.

Paul Díaz, Álvaro. “Rechazo de Solicitudes de Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 8, Núm. 1, (Universidad Católica de Temuco), 2017

Ramos Pozón, Sergio, “Una visión más realista de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Acta Bioethica*, Vol. 23, No 1, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, (Universidad de Chile), 2017.

Ravetllat, Isaac. “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, Nffl 1 (Universidad de Talca), 2017.

Smart, S, “Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 123-133, (Universidad de Chile), 2017

Vecchioni, S, “El reconocimiento del estatuto de refugiado por motivo de violencia basada en el género durante situaciones de conflicto armado”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 43-62, (Universidad de Chile), 2017

Zafra, R., & Valle, P, “La “neutralidad” del crimen de guerra de violación sexual en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 63-84, (Universidad de Chile), 2017

Derecho Ambiental

Aguilar, Gonzalo. “Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1 (Universidad de Talca), 2017.

Alburquenque Troncoso, W., & Luengo Troncoso, S, “Las aguas del minero: definiciones jurisprudenciales, reforma al Código de Aguas y su necesaria reconfiguración práctica como solución a los desafíos ambientales contemporáneos” *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 141-160, (Universidad de Chile), 2017

Amstein Desplanque, S, “Los humedales y su protección en el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 114-140, (Universidad de Chile), 2017

Ávila Santamaría, R., Campusano Droguett, R., Galdámez Zelada, L., Jaria i Manzano, J., & Lucas Garín, A, “Medioambiente, conflictos socioambientales y derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*”, (13), 13-39, (Universidad de Chile), 2017

Avilés Bezanilla, S., Núñez Reyes, M., & Villanueva González, J, “El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 177-196, (Universidad de Chile), 2017

Burdiles, G., & Cofré, L, “La asistencia jurídica en materia ambiental: Desafíos en el marco del proceso de negociación del instrumento regional sobre los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 52-80, (Universidad de Chile), 2017

Candia Falcón, G, Urbina, F. “Estado de Derecho y Control Jurisdiccional: Desafíos y tensiones” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol.24, Núm 1, (Universidad Católica del Norte), 2017

Cannoni Mandujano, Nicolás y Crocco Carrera, Juan José, “Gobernanza y Derecho de Aguas en Chile”, en *Revista Ars Boni Et Aequi*, Vol. 13, N° 1, (Universidad Bernardo O’Higgins), 2017.

Carrasco, E., & Benítez, R, “Criterios para determinar la compatibilidad entre la potestad invalidatoria y los recursos administrativos y judiciales de acuerdo a lo dispuesto al inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600”, *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 102-129, (Universidad de Chile), 2017

Contreras, Macarena y Schönsteiner, Judith, “Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del Estado y de las empresas sanitarias”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*, Centro de Derechos Humanos UDP, (Universidad Diego Portales), 2017.

Costa Cordella, E, “La Justicia Ambiental en la Evaluación de Desempeño Ambiental: Chile 2016 de la OCDE”, *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 94-113, (Universidad de Chile), 2017

Costa Cordella, Ezio, “REDD+ en Chile: Análisis de las políticas públicas de Bosques y Cambio Climático y crítica al mercado de los servicios ecosistémicos”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Costa, E., & Belemmi, V, “¿Susurros al viento?: Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA” *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 7-29, (Universidad de Chile), 2017

Delgado, V., & Reicher, O, “La urgente incorporación del principio de participación ciudadana en el derecho de aguas chileno”, *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 154-183, (Universidad de Chile), 2017

Femenías, Jorge, “Los daños ambientales como única categoría jurídica cuya reparación regula la Ley N°19.300: comentario a la sentencia pronunciada por la excelentísima Corte Suprema de justicia, con fecha 28 de junio de 2016 en el Recurso de Casación en el Fondo causa Rol. N° 37.179 – 2015”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 N° 1, (Universidad Católica de Chile), 2017.

Femenías, Jorge. “La Culpabilidad en la Responsabilidad por Daño Ambiental y su Relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Católica de Valparaíso), 2017.

Galleguillos Alvear, M, “Superintendencia del Medio Ambiente, Infractor y Denunciante en el Procedimiento de Programas de Cumplimiento Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 161-176, (Universidad de Chile), 2017

Gapel Redcozub, Guillermo, Haraví Eloísa, Ruiz, “Reinterpretando la responsabilidad ambiental por daños a las personas derivados de actividades riesgosas: el caso de los contratos agroindustriales”, “*Revista de derecho* (Valdivia), Vol. XXX n°2, Universidad Austral de Chile, 2017

Guerra, F., & Lara-Sutulov, M, “¿Públicos o privados?: Desafíos para la protección de los humedales urbanos y periurbanos de Valdivia a partir de la regulación de los cauces naturales”, *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 184-206, (Universidad de Chile), 2017

Hernández Riera, J, “El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dèjà vu?”, *Revista de Derecho Ambiental*, (7), pp. 7-34, (Universidad de Chile), 2017

Jara, D., & Núñez, “El nudo gordiano de lo contencioso-administrativo ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, (8), pp. 130-153, (Universidad de Chile), 2017

Medel, Catalina, “¿Dónde están los límites de la revisión judicial? El caso de la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del Río Valdivia y los Tribunales Ambientales como entidad de control”, en *Anuario de Derecho Público* 2017, (Universidad Diego Portales), 2017.

Plaza Reveco, R, “¿Es necesario legislar sobre el uso del agua de mar y su desalinización?”

El marco jurídico actual de las aguas desaladas y el análisis de los proyectos de ley en curso” Revista de Derecho Ambiental, (7), pp. 60-93, (Universidad de Chile), 2017

Poklepovic, I., “Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA”, Revista de Derecho Ambiental, (8), pp. 30-51, (Universidad de Chile), 2017

Skewes Urtubia, F., “Autorización ambiental para actividades de desalinización de agua de mar” Revista de Derecho Ambiental, (7), pp. 35-59, (Universidad de Chile), 2017

Torres, P., & Ibarra, E., “Acceso a la Justicia Ambiental: Análisis del criterio jurisprudencial respecto de la legitimación activa para recurrir en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente”. Revista de Derecho Ambiental, (8), pp. 81-101, (Universidad de Chile), 2017

Valenzuela, Esteban y Kowszyk, Yanina, “Extractivas en transformación por la resistencia territorial en Chile: Giro 3 V (Verdes, Veraces y Valorativas)”, en Revista Polis, nffl 48, (Universidad Bolivariana), 2017.

Metodología para la confección de la sección sobre artículos académicos.

En primer lugar, se revisaron las revistas que se encuentran indizadas en el sitio web www.scielo.cl en la sección de ciencias sociales aplicadas. Tales revistas son: Acta Bioethica, Estudios Constitucionales, Historia, Ius et Praxis, Polis, Política Criminal, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Revista Chilena de Derecho, Revista de Derecho (Coquimbo), Revista de Derecho (Valdivia), Revista de Derecho (Valparaíso), *Última Década* y *Universum*. Se ingresó al portal de la respectiva revista y se revisaron los números del año 2017, seleccionando los artículos que tuvieron conexión temática con las áreas que cubre el Anuario. Se excluyeron las reseñas de libros.

En segundo lugar, se revisaron las publicaciones periódicas, como revistas y anuarios, de universidades chilenas, que estuvieran accesibles en internet y tuvieran relación con alguna de las tres áreas que cubre el Anuario, no limitándose a publicaciones de una Facultad de Derecho. Se utilizó el listado de universidades que aparece en el sitio web del Cruch y el listado de universidades del sitio web www.ues.cl. En el listado que se presenta más abajo, no están excluidas las universidades que tienen revistas indizadas en scielo.cl porque algunas de ellas también tienen publicaciones no indizadas. Las universidades cuyas publicaciones se revisaron son: Pontificia Universidad Católica de Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Alberto Hurtado, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Bernardo O’Higgins, Universidad Bolivariana, Universidad Católica de Temuco, Universidad Católica del Maule, Universidad Católica del Norte, Universidad Central de Chile, Universidad de Antofagasta, Universidad de Atacama, Universidad de Chile, Universidad de Concepción, Universidad de La Frontera, Universidad de La Serena, Universidad de Las Américas, Universidad de Los Andes, Universidad de los Lagos, Universidad de Magallanes, Universidad de Santiago de Chile, Universidad de Talca, Universidad del Bío-bío, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Finis Terrae, Universidad Mayor, Universidad San Sebastián y Universidad Santo Tomás.

REPORTES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES Y ORGANIZACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

Esta sección ha sido elaborada por Maximiliano Ramírez

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Programa mundial para la educación en derechos humanos*, (Naciones Unidas), 2017.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*, (Naciones Unidas), 2017.

Amnistía Internacional, *Ataques letales pero prevenibles. Asesinatos y desapariciones forzadas de quienes defienden los derechos humanos*, (Amnistía Internacional), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016, volumen II*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2017, volumen II*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, (OEA), 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, (OEA), 2017.

Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, *Informe Anual 2017*, (UNICEF), 2017.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público 2016*, (INDH), 2017.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017: Situación de los Derechos Humanos en Chile*, (INDH), 2017.

Organización Internacional del Trabajo, *Hacia un futuro mejor para las mujeres en el trabajo: la opinión de las mujeres y de los hombres*, (OIT), 2017.

Organización Internacional del Trabajo, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-19*:

La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, (OIT), 2017.

Organización Internacional del Trabajo, *Las mujeres en el trabajo, Tendencias 2016*, (OIT), 2017.

Organización Internacional del Trabajo, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias del empleo femenino 2017*, (OIT), 2017.

Metodología para la confección de esta sección

Se utilizó un listado de organismos internacionales, ONGs nacionales e internacionales, que se indican más abajo, incluidas en Anuarios previos. Se revisaron sus sitios web, seleccionando las publicaciones del año 2017 en las materias atinentes al Anuario. En el caso de ONGs chilenas y latinoamericanas, se utilizó como referencia el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente la sección de política exterior en donde estaba publicada una acotada lista de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, tales como FIMA, Programa Chile Sustentable y WWF. Este es el listado:

1. Amnistía Internacional
2. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
3. Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas
4. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas
5. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género
6. Human Rights Watch (HRW)
7. Human Rights Council
8. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)
9. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

