



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**EL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO:
PROBLEMAS EN TORNO A LA CAPTURA DE SU
REPRESENTACIÓN**

**Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

SOFÍA PAZ MURRAY MORA

PROFESOR GUÍA: JORGE ARANDA ORTEGA

Santiago de Chile

2020

DEDICATORIA

A la Naturaleza, confiando en que muy pronto la Humanidad toda la valore,
salve y proteja.

*Aquí, yace el agua,
La cordillera de los Andes
durmiendo de muerte
bajo el reflejo oscuro de la Cruz del Sur.*

*Sin rostro, sin sonidos,
desaparecida en el Wallmapu
en la cólera de un tiempo interrumpido,
zozobrando de lluvia,
en la tristeza majestuosa de los ríos.*

*Aquí, yace el bosque milenario,
derribado como un tronco entumecido,
sin hojas, ni raíces,
llorando toda la sequía en el universo
al final del mar.*

*Aquí, yace el hueco de la sangre
dejado en la marea
junto a los roqueríos y lejanas latitudes.*

*Aquí, nadie lo sabe...
Sólo el albatros, cerrando sus ojos,
en el umbral de la vida,*

*naciendo, nuevamente,
de sus plumas brillantes en su infinita
caída.*

*Lo sabe, el silencio de la corriente
arrastrando en el viento
el cuerpo salado del mar.*

*Y entonces, se apaga,
el último canto de los peces en el
subsuelo abisal.*

*Sólo queda flotando,
una gaviota, sin alas,
sobre la piel rota de la espuma.*

*Y se escucha el grito desesperado
de la Pacha Mama,
la invocación del desierto florido*

*en una noche de tormenta
abandonando sus huesos,
en el espectro enterrado y roído del
agua.*

ECOSISTEMA

Carla Andrea Zapata Zapata

Abogada y poetisa chilena

AGRADECIMIENTOS

A mi hermosa y adorada familia: mi madre, mi hermano, Chispita y Polvorita; que sin ustedes nada hubiese sido posible. Apoyo incondicional y motor principal para todos los proyectos, ya sean concretados, fallidos y no tan exitosos que he emprendido en lo que va de mi vida. Por siempre animarme a seguir, a perseverar y a reflexionar. A mi cuñada por su cariño y apoyo de toda índole, sobre todo por temas de salud y risas varias. Y a mi tía Magaly por su amor sincero y tierno, y por siempre, siempre confiar en mí.

A mis preciosas amistades y a las amigas de mi mamá que me han acompañado en distintos momentos y me han cobijado con un amor y comprensión invaluable; por estar de cualquier manera, de forma genuina y siempre con palabras de aliento y un abrazo tierno. Por leerme y, en especial, por apoyarme en este proceso con sus invaluable comentarios o palabras de aliento.

A aquellas personas que surgieron en el camino de mi vida en esta etapa de creación, que me apoyaron con insumos, reflexiones, motivación y cariño.

Y también a mi profesor guía porque sin él esto, materialmente, no hubiese sido factible. Por creer y por apoyarme en la idea del Medio Ambiente como un sujeto de Derecho. Sin conocernos previamente, aceptó ser mi guía, confiando y creyendo en mí como estudiante y persona. Y, asimismo, por darme la tremenda posibilidad de aprender sobre temas económicos que jamás pensé que podría estudiar y conocer.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	11
 INTRODUCCIÓN: PRIMEROS HITOS MUNDIALES EN PRO DEL RECONOCIMIENTO DEL MEDIO AMBIENTE COMO “SUJETO DE DERECHO”	 12
 CAPÍTULO I: ¿EL MEDIO AMBIENTE COMO “SUJETO DE DERECHO” EN CHILE?	 16
1. Primeros acercamientos a un nuevo paradigma en nuestro país	16
2. Aspectos por considerar en una futura agenda legislativa en Chile	18
2.a. Naturaleza jurídica del Medio Ambiente como sujeto de Derecho...	19
2.b. Intereses, derechos subjetivos y obligaciones de la persona ambiental	23
2.c. Determinación de la persona ambiental	25
2.d. Atributos de la personalidad del Medio Ambiente como sujeto de Derecho	27
2.e. Representación de la persona ambiental	31
2.f. Régimen de responsabilidad y acciones judiciales	32
 CAPÍTULO II: DEL COMPORTAMIENTO COLECTIVO A LA CAPTURA INSTITUCIONAL	 35
1. Teorías sobre la regulación	36
2. Sobre el comportamiento de grupos según “La lógica de la acción colectiva” de Mancur Olson	38
3. De “La teoría de la regulación económica” de George Stigler	49
4. Algunas críticas a “La lógica de la acción colectiva”	51
5. Sobre la teoría de la captura institucional	59
6. Precisiones ulteriores respecto de la captura	63
7. Algunos comentarios sobre el comportamiento colectivo y la captura	71

CAPÍTULO III: DE LAS INSTITUCIONES QUE PODRÍAN REPRESENTAR AL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO	75
1. Sobre las instituciones jurídicas	75
2. Nociones en torno a la representación	78
3. Observaciones preliminares de las instituciones jurídicas que podrían, eventualmente, llegar a representar a la persona ambiental	80
4. Análisis de las instituciones jurídicas que, eventualmente, podrían llegar a representar al Medio Ambiente según su carácter de Derecho Público o de Derecho Privado, tamaño, intereses, sobre sus ventajas y desventajas, y de la posibilidad de captura	84
4.a. Oficina especializada en Medio Ambiente de la Corporación de Asistencia Judicial	85
4.b. Clínicas jurídicas ambientales de universidades reconocidas por el Estado	89
4.c. Fundaciones, corporaciones, organizaciones comunitarias funcionales o agrupaciones de éstas	94
4.d. Ombudsman o Defensoría del Medio Ambiente	98
4.e. Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas	103
4.f. Acción colectiva ambiental	106
4.g. Acción individual ambiental	110
4.h. Comunidades indígenas a través de una acción colectiva indígena ambiental	112
5. Reflexiones finales sobre las posibles instituciones con capacidad de representación de la persona ambiental	121

CAPÍTULO IV: DE LA CAPTURA EN LA INSTITUCIONALIDAD QUE, EVENTUALMENTE, PODRÍA REPRESENTAR AL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO”	123
1. Recapitulando sobre la captura	124
2. ¿Es posible de resolver el fenómeno de la captura en las instituciones que podrían representar al eventual Medio Ambiente como sujeto de Derecho?	126
3. ¿Qué soluciones podrían plantearse para evitar, enmendar o aminorar la captura en las instituciones que representarían al Medio Ambiente? ...	128
4. Comentarios finales respecto a las soluciones de la captura regulatoria o institucional	142
CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	149

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto principal hacer un aporte al debate nacional en torno a la posibilidad de establecer un nuevo paradigma en lo que se refiere a los “Sujetos de Derecho” en Chile, *i.e.* contemplar al Medio Ambiente (o a la Naturaleza, términos empleados indistintamente durante esta memoria) como una nueva persona en el ordenamiento nacional y, de modo tal, lograr su eficaz protección, restauración y conservación ante los daños provocados por la sociedad en su empleo como medio económico.

Así las cosas, en primer lugar, se desarrollarán los argumentos jurídicos para efectuar la construcción legal del Medio Ambiente como sujeto de Derecho. En segundo término, se abordará lo referente al comportamiento colectivo a partir de las premisas expuestas por distintos autores para, seguidamente, exponer la teoría de la captura y los problemas que ésta genera en la institucionalidad tanto pública como privada. Posteriormente, se presentarán distintas alternativas de organizaciones o instituciones que podrían llegar a representar al Medio Ambiente como una persona. Y, finalmente, se efectuará un análisis sobre los problemas específicos de la captura en la eventual institucionalidad ambiental y poder, así, abordar si es o no posible de resolver el fenómeno de la captura regulatoria o institucional; y, de ser viable su solución, parcial o total, plantear algunos remedios o mecanismos para resolver dicha captura en las instituciones ambientales propuestas.

En consecuencia, en esta memoria se pretende demostrar, *a priori*, que sí es posible y factible establecer al Medio Ambiente como un nuevo sujeto de Derecho (o persona) en Chile y que, a pesar de estar latente el fenómeno de la captura en toda institucionalidad o agrupación, en especial las de índole ambiental, y si es posible de ser evitada, eliminada o, a lo menos, controlada.

INTRODUCCIÓN

PRIMEROS HITOS MUNDIALES EN PRO DEL RECONOCIMIENTO DEL MEDIO AMBIENTE COMO “SUJETO DE DERECHO”

La Naturaleza, desde tiempos inmemoriales, ha sido objeto de curiosidad y fascinación para la Humanidad¹. Han sido varios los pueblos indígenas y tribales que en un pasado desarrollaron y/o que actualmente siguen desarrollado su vida en torno a la Naturaleza, desde una actitud respetuosa y consciente de su vitalidad y dimensión dentro de ella; hasta que, en los tiempos modernos, las sociedades llegaron a emplearla indiscriminadamente como un medio productivo para alcanzar el desarrollo económico.

Empero, en las últimas dos décadas, ha comenzado a surgir un movimiento hacia el reconocimiento de la Naturaleza o Medio Ambiente con cierta personalidad y, como corolario, con derechos propios; con motivaciones ecocéntricas, biocéntricas y antropocéntricas que confluyen en un denominador común: proteger a la Naturaleza aquí y ahora porque no hay segundas oportunidades; no existe un “planeta B” y, por tanto, debemos revertir, en la medida de lo posible, lo que hemos hecho, además de establecer límites a futuras actividades dañinas al Medio Ambiente.

Así, en Latinoamérica, países como Ecuador² y Bolivia³ cambiaron sus Constituciones Políticas, estableciendo y otorgando a la Pacha Mama y a la Madre Tierra, respectivamente, derechos como reconocimiento histórico a la comprensión de la relación de igualdad entre los seres vivos Naturaleza-Humanidad, desde la perspectiva histórica indígena del “Sumak Kawsay”^{*} o filosofía del “buen vivir”, “en

¹ CUDRIS-GUZMÁN et RUCINQUE (2003), pp. 66-70

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (2008)

³ LEY N°071, Ley de Derechos de la Madre Tierra de la República Plurinacional de Bolivia (2010)

* *Sumak Kawsay* es el término, en quechua, que se le otorga a una cosmovisión de los pueblos indígenas cordilleranos de Sudamérica. Engloba un estilo de vida con pleno respeto y armonía con la Naturaleza ya que las personas son parte de ella, debiendo buscar únicamente el bienestar social, no individual. Por ende, no se ha de observar una actitud egoísta de acumular riqueza; y lo que debe ser resuelto, han de ser las necesidades presentes, sin depredar los recursos naturales.

*referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis (...) significa la plenitud de la vida*⁴. Y, siguiendo en la región, Colombia también ha sentado un precedente judicial al fallar, por ejemplo, a favor de los ríos Blanco⁵ y Atrato⁶, y de las comunidades indígenas, prohibiéndose proyectos mineros por el alto riesgo de afectar los cauces y recursos hídricos ya que dichas corrientes naturales han sido catalogadas como entidades vivientes que sostienen vida y, por ende, son sujetos de especial protección estatal.

Asimismo, Nueva Zelanda también ha establecido acuerdos y legislaciones a favor de la tribu maorí (iwi⁷ y hapu⁸) para proteger ríos, montañas y bosques como sujetos de Derecho. En la misma línea, India también ha marcado un hito al fallar su Tribunal Supremo de Uttarakhand a favor del Río Ganges⁹, reconociéndole derechos como una persona para establecer una protección medioambiental más eficaz.

Por lo tanto, graficado brevemente el panorama mundial y regional sobre el nuevo reconocimiento legal hacia el Medio Ambiente, es importante consignar que en Chile la idea ha existido desde la década del 70 del siglo pasado. Al respecto, don Godofredo Stutzin, abogado y fundador de la organización no gubernamental Comité Nacional pro-Defensa de la Flora y Fauna (por sus siglas, CODEFF) sostuvo que *“el reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituye un imperativo, una verdadera conditio sine qua non, para estructurar un auténtico Derecho Ecológico capaz de frenar el acelerado proceso de destrucción de la biosfera*¹⁰. *“[Su] reconocimiento (...), lejos de atentar contra los derechos de los seres humanos, constituye una garantía de que estos derechos sean apreciados en su*

ARTEAGA-CRUZ (2017), pp. 911

BUSTAMANTE (2015), pp. 4-7

⁴ MURCIA (2012), pp.13

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil, AHC4806-2017 (2017)

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, T-622-16 (2016)

⁷ GOBIERNO DE NUEVA ZELANDA, Acuerdos entre la Corona Británica y Pueblo Maorí en representación de Whanganui Iwi (2014)

⁸ LEGISLACIÓN DE NUEVA ZELANDA, Ley del Te Urewera (2014)

⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE UTTARAKHAND DE LA REPÚBLICA DE LA INDIA. Petición Escrita (PIL) N°126 de 2014 (2017)

¹⁰ STUTZIN (2010), pp. 97

verdadero significado y alcance y de que sean debidamente resguardados ante las presiones ejercidas por una tecnocracia deshumanizada.”¹¹ “Mientras siga siendo meramente un bien, la naturaleza estará subordinada a los intereses utilitarios de [la sociedad] y su valor se medirá con la vara de estos intereses que, por muy generales que sean, siempre reflejan de alguna manera las tendencias propias de la tecnósfera (...).”¹²

Luego, a más de cuarenta años, y *ad-portas* de una posible catástrofe ambiental mundial producto del cambio climático, como país sí estamos preparados para establecer al Medio Ambiente como sujeto de Derecho y, así, poder lograr una real “justicia ecológica” o ambiental. Un argumento para sostener al Medio Ambiente como sujeto es, por ejemplo, si existe la ficción legal de las personas jurídicas, ¿por qué no puede existir la Naturaleza como persona si, efectivamente, es real y puede ser percibida por los sentidos?

Ahora bien, de existir el Medio Ambiente como un sujeto o persona, ¿a quién o quiénes les podría ser otorgada su representación? ¿Cómo se pueden estructurar las instituciones para que se cumpla el objetivo primordial de salvaguarda y no sea un medio o modo para que las personas naturales y/o jurídicas satisfagan sus intereses personales o particulares? ¿El Estado lograría, de forma adecuada, fomentar los intereses comunes y salvaguardar correctamente al Medio Ambiente? Respecto a estas y a otras interrogantes se buscará respuestas y se intentará configurar alguna solución al fenómeno de la captura, esto es, que estas instituciones sean apropiadas por grupos de interés especial.

En las siguientes páginas se desarrollará la posibilidad de contemplar al Medio Ambiente como persona, pasando por relevantes aspectos del comportamiento colectivo para introducir la eventual nueva institucionalidad ambiental, además de los problemas que podrían generarse respecto a su establecimiento y de la captura en la representación de estas posibles instituciones, desarrollando posteriormente algunas ideas para resolver, aminorar o evitar dicha

¹¹ STUTZIN (2010), pp. 98

¹² Ibid., pp. 102

captura en el ámbito medioambiental. Con esto se espera lograr ofrecer, ante una eventual discusión nacional sobre el tema, una posible y viable solución frente al deterioro, conservación y regeneración ambiental.

CAPÍTULO I

¿EL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO EN CHILE?

1. Primeros acercamientos a un nuevo paradigma en nuestro país

En el año 1980 se promulgó la Constitución Política de la República de Chile, pactándose una serie de garantías fundamentales. Entre éstas, el artículo 19 N°8 dispuso “[e]l derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.” Para esto “[l]a ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”

Luego, el año 1994 marcó un antes y un después en Chile respecto a la protección medioambiental con la promulgación de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, estableciéndose que “[e]l derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”¹³; fortaleciéndose la legislación en pro del reconocimiento y de la protección del Medio Ambiente.

Pero, una década antes de que se plasmara constitucionalmente el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, se levantaron voces que proponían considerar a la Naturaleza o Medio Ambiente de otra manera legalmente, alejada de la vertiente antropocentrista con la que se pactó su protección.

Uno de sus principales exponentes fue don Godofredo Stutzin, abogado y fundador de CODEFF¹⁴, que apostaba por reconocer los “derechos de la naturaleza” ya que “[c]ada día es más evidente que, si queremos aspirar a soluciones viables y duraderas de los problemas ecológicos que hemos creado, no podemos seguir

¹³ LEY N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 1°

¹⁴ CODEFF (Comité Pro Defensa de la Fauna y Flora)

ignorando la existencia de una naturaleza poseedora de intereses propios cuya vulneración es la causa de aquellos problemas."¹⁵ Más aún, argumentaba que era necesario que nuestra legislación contase con un nuevo "sujeto de Derecho", principalmente, porque si se promulgaban otros instrumentos con un foco en el "interés público", podrían interpretarse tan etéreamente que se seguiría haciendo el paralelismo entre el interés de las personas con el interés de los tecnócratas¹⁶ (es decir, por aquellas personas que abogan por la industrialización y desarrollo económico pero sin tener conciencia de las consecuencias que esto provoca en el Medio Ambiente), perpetuándose situaciones de abuso y explotación indiscriminada de los recursos naturales.

Por ende, Stutzin concluía que *"la naturaleza debe convertirse en sujeto del 'interés jurídicamente protegido' en el sentido de 'derecho' (según la definición de Ihering [, i.e. como facultad o poder]) para que la norma pueda realizar su función de promover [realmente] la justicia ecológica."*¹⁷ En otras palabras, es preciso efectuar un cambio de paradigma lo más pronto posible para que, de alguna manera, se puedan aminorar o frenar los acelerados desgastes y cambios que está sufriendo el medio natural por el desarrollo industrial y la contaminación en sus distintas formas.

Para esta nueva protección legal, Stutzin desarrolló algunos puntos claves para llegar a determinar la nueva institución de la Naturaleza como sujeto de Derecho, a saber: **(i)** reconocimiento de su entidad real con intereses propios, **(ii)** naturaleza jurídica como persona jurídica *sui generis*, **(iii)** con el atributo de la personalidad de patrimonio y **(iv)** una representación.

A continuación, se analizarán estos y otros antecedentes, y se efectuará una nueva propuesta jurídica para considerar al Medio Ambiente o Naturaleza como un sujeto de Derecho en nuestro país.

¹⁵ STUTZIN (2010), pp. 97

¹⁶ Ibid., pp. 98

¹⁷ Ibid., pp. 102

2. Aspectos por considerar en una futura agenda legislativa en Chile

La doctrina nacional ha entendido a los “Sujetos de Derecho”¹⁸ como todos los seres capaces de tener derechos y ejercer obligaciones conforme al Derecho Objetivo¹⁹, denominándoseles personas; y que, a su vez, se clasifican en personas naturales y personas jurídicas.

Las personas naturales, según el artículo 55 del Código Civil²⁰, son “*todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. (...)*.” Ergo, son los seres humanos y están dotados de capacidad jurídica²¹, *i.e.* de aptitud legal para ser titular de derechos subjetivos y de obligaciones, y ser parte de relaciones jurídicas.

Luego, las personas jurídicas, en observancia al artículo 545 del Código Civil²², son entendidas como “*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente.*” Por lo tanto, don Andrés Bello estableció esta institución jurídica liberal con la morfología de entes ficticios en los que confluyen un elemento material (conjunto de personas y/o bienes) con un elemento ideal (capacidad para actuar), para perseguir fines de utilidad pública y los cuales la ley les reconoce capacidad como medio para conseguir sus objetivos diversos pero lícitos.

Luego, tradicionalmente, ambas personas poseen atributos de la personalidad²³, calidades trascendentales para su correcto desenvolvimiento como sujetos de Derecho, tales como el nombre, la capacidad, nacionalidad, domicilio y patrimonio. Y, para las personas naturales, ha de agregarse el estado civil (y los derechos de la personalidad según la doctrina moderna). Asimismo, el Código Civil regula tipos de responsabilidad que han de poseer tanto las personas naturales como jurídicas.

¹⁸ VODANOVIC (2006), pp. 197

¹⁹ *Ibid.*, pp. 17

²⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000)

²¹ VODANOVIC (2006), pp. 197

²² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000)

²³ VODANOVIC (2006), pp. 223

Así las cosas, para configurar al Medio Ambiente como un nuevo “Sujeto de Derecho” hemos de hacernos cargo de las siguientes características configurativas:

2.a. Naturaleza jurídica del Medio Ambiente como sujeto de Derecho

Stutzin sostuvo que la Naturaleza, en cuanto a sus cualidades, “*no solamente tiene existencia [real o] “natural”** [. Más aún,] reúne condiciones inigualables de organización, estabilidad, vitalidad y autonomía, [y, además,] cumple la [trascendental] función de mantener en nuestro planeta la esfera de la vida de la cual depende nuestra existencia.”²⁴

Empero, esa cualidad incuestionable de poseer existencia real no se ha tornado aún en un motivo legal en nuestro ordenamiento para establecer el cambio de paradigma de objeto a sujeto.

Si bien existe una rama del Derecho que apunta a la protección jurídica de intereses medioambientales (*i.e.* Derecho Medioambiental), nada contraría la posibilidad de elevar la protección como la poseen las personas naturales o jurídicas, incluso en aquellos casos en que el ser real de la Naturaleza sea algo difuso y se asemeje más a una ficción²⁵.

Ergo, velamos por un importante cambio de paradigma y no se busca que la Naturaleza sea considerada como bien público, es decir, según Mancur Olson, como aquella cosa que el Estado suministra y son bienes de los cuales todas las personas (naturales y jurídicas) pueden participar de su consumo y explotación, sin exclusiones ni impedimentos por parte de los demás miembros de la sociedad o de grupos especiales²⁶. Tampoco se quiere que el Medio Ambiente sea considerado como un bien común o recurso de uso común²⁷, *i.e.* “*de propiedad de un colectivo, [cuyos elementos] pueden estar caracterizados por el acceso restringido o por la*

* Énfasis añadido

²⁴ STUTZIN (2010), pp. 104

²⁵ *Ibid.*, pp. 104

²⁶ OLSON (1992), pp. 24-25

²⁷ OSTROM (2000), pp. 66-70

*libertad de acceso*²⁸. Respecto a esta última modalidad, dada su explotación sin control, es evidente *“que lleva a su degradación y desaparición como tal recurso económico”*²⁹. Y si bien existen casos exitosos en los que una colectividad³⁰ ha logrado cuidar los recursos naturales, no es menos cierto que la visión económica como un bien en el que cualquiera puede explotar el medio natural puede terminar en una desaparición completa de éste y, como consecuencia, nuestra vida humana.

Igualmente, el establecimiento de este nuevo sujeto en países como Ecuador y Bolivia estuvo fuertemente marcado por el argumento de que *“[a]sí como se reconoce en el [D]erecho occidental la ficción de la personalidad jurídica que permite la existencia de colectivos sociales o entidades políticas y económicas – como las empresas – para que puedan ejercer sus derechos, reconocer a la sujeto Pachamama experimentada vívidamente como tal, por los pueblos y nacionalidades indígenas, no es sino demostración de que la titularidad de derechos evoluciona históricamente hacia la **recuperación de la relevancia de la relación entre los seres humanos y la naturaleza.**”*³¹

Así las cosas, Stutzin fue de la idea de sostener que el Medio Ambiente, en relación con su naturaleza jurídica, correspondería a la de una persona jurídica *sui generis*³², similar a una de Derecho Público de la índole “Fundación para la Vida”³³ por tener el exclusivo potencial de albergar un sistema propicio para el desarrollo de la civilización. Por ende, *“tanto por ‘antigüedad’ como por ‘mérito’ [,] la naturaleza puede reclamar para sí la calidad de persona jurídica; y al Derecho Ecológico le conviene otorgársela.”*³⁴

Luego, respecto a si la personalidad de la persona ambiental ha de ser de Derecho Público o de Derecho Privado, es menester hacer una precisión previa.

²⁸ AZQUETA (2007), pp. 48

²⁹ Ibid., pp. 48

³⁰ MEINZEN-DICK et DI GREGORIO (2004)

OSTROM (2000)

ROMERO NAVARRETE (2008)

* Énfasis añadido

³¹ MURCIA (2012), pp. 89-90

³² Ibid., pp. 105

³³ Ibid., pp. 105

³⁴ MURCIA (2012), pp. 105

Teniendo en cuenta que si bien “*lo público aparece como sinónimo de lo estatal*”³⁵ y lo privado está asociado a las libertades y a los intereses particulares³⁶, y como bien lo expresa Elinor Ostrom, en el sentido de que, en la práctica, “[r]ara vez las instituciones son privadas o públicas (...) [ya que m]uchas instituciones (...) son fértiles mezclas de instituciones de “tipo privado” o “tipo público”, que desafían las clasificaciones en una dicotomía estéril”³⁷; hay que reconocer que existe una interesante fraternidad entre el Derecho Público y el Derecho Privado, no siendo ni la una ni la otra totalmente puras; *i.e.* una tiene aspectos de la otra, siendo indispensable “establecer un vínculo coherente entre el Derecho Privado y el sistema político”³⁸ entorno a los derechos de libertad, dejando que “un juez independiente decida lo que es el derecho de cada cual, aún en circunstancias excepcionales.”³⁹

Sin embargo, pese a que se ha planteado la idea de abandonar el binomio público-privado de la clasificación del Derecho, aún acudiremos a la concepción tradicional y, por tanto, en lo que concierne a la categorización de Derecho Público o de Derecho Privado del Medio Ambiente como persona, ésta quedará definida a partir de la naturaleza jurídica de la posible nueva institucionalidad que se decida como su representante o representantes conjuntamente*.

En consecuencia, el Medio Ambiente como sujeto en sí no puede construirse a partir de lo que es una persona jurídica, ni siquiera *sui generis* o especial como lo propuso Stutzin, sin perjuicio de que la institución que llegue a representarle sí se organice y estructure como una persona jurídica. Luego, la Naturaleza no puede ostentar la naturaleza jurídica de persona jurídica porque, primeramente, **(i)** no se concibe como un ente ficticio por poseer una innegable existencia real, además, **(ii)** se contempla una particularidad de que no puede contraer obligaciones dada su composición, trascendencia y “lugar” donde se desarrolla la vida humana, y **(iii)** su

³⁵ BARROS (2001), pp. 5

³⁶ VODANOVIC (2006), pp. 20

³⁷ OSTROM (2000), pp. 43

³⁸ BARROS (2001), pp. 26

³⁹ *Ibid.*, pp. 34

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

personalidad quedará definida según la institución o instituciones que efectuarán su representación.

En otras palabras, la persona ambiental no podría tener una naturaleza jurídica de persona jurídica. En primer lugar, el Medio Ambiente no es un ente ficticio (como lo son las sociedades anónimas), pues la Naturaleza posee, como una individualidad o como un ecosistema integrado, un ser real y completamente perceptible por los sentidos o a través de instrumentos tecnológicos; sin perjuicio de que la consagración de su personalidad jurídica se circunscriba dentro de parámetros de ficción legal.

Luego, en un segundo aspecto, el Medio Ambiente tampoco surge o se organiza voluntariamente con el fin de perseguir un propósito específico y común como lo hacen las sociedades, fundaciones o corporaciones. Si bien existe un inherente fin de utilidad pública para su protección, conservación y restauración (*i.e.* que la naturaleza pueda existir y que nosotros logremos vivir y desarrollarnos de forma sana y respetuosa con ella), el Medio Ambiente no representaría a la autoridad en sus funciones administrativas y tampoco se agruparía con fines o no lucrativos como las personas naturales o jurídicas.

Y, finalmente, la representación de la Naturaleza ha de quedar entregada por ley o por convención a una o varias posibles instituciones ambientales con capacidades orgánicas para ello; y, como se señaló precedentemente, este ámbito sí quedará comprendido dentro de los parámetros de una ficción legal como persona jurídica. Es menester que alguien tome la decisión de que un grupo institucional u organizado hará las de representante del Medio Ambiente para cumplir los fines primordiales de su eficaz protección, conservación o restauración.

2.b. Intereses, derechos subjetivos y obligaciones de la persona ambiental

Sobre los intereses del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, en su momento Stutzin sostuvo que *“[e]l interés básico de la naturaleza, lo mismo que el [de la Humanidad], consiste en poder vivir y desarrollarse libre y plenamente. Al igual que [los humanos], la naturaleza desea que la dejen vivir tranquila y le permitan realizarse en armonía con sus finalidades y posibilidades.”*⁴⁰

Pero, conjuntamente, también existe un legítimo interés de defender *“todo lo creado[,] por insignificante e inútil que pueda parecer [ya que debe igualmente considerarse] la limitada visión que [la sociedad] tiene, por lo general, de las creaciones de la naturaleza y de sus cualidades intrínsecas.”*⁴¹ Lo anterior resulta importante de ser desatacado porque *“[s]iendo la naturaleza una entidad esencialmente dinámica, su existencia se confunde con el desarrollo [económico de una sociedad]”*⁴². Por ende, hay una inseparable correspondencia entre el interés de poder existir con el interés de la Humanidad de poder desarrollar actividades creativas (y de también existir o sobrevivir).

Luego, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 estableció que *“[t]oda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral.”*⁴³

En línea con lo anterior, en Chile los profesores Víctor Vial y Alberto Lyon, estipularon que *“desde el punto de vista jurídico, el término “persona” no indica una cosa o entidad que posea una existencia natural, así como tampoco desde el punto de vista del derecho podemos concebir al hombre como esa unidad específica que denominamos persona [...] la “personalidad” es, en consecuencia, un producto del orden jurídico que éste puede ligar a cualquier sustrato de base estable [...] el*

⁴⁰ STUTZIN (2010), pp. 103

⁴¹ Ibid., pp. 104

⁴² Ibid., pp. 103

⁴³ CARTA MUNDIAL DE LA NATURALEZA (1982), preámbulo

*hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del [D]erecho. No necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad ni **tampoco necesariamente debe ser la única cosa o entidad que sea considerada por el [D]erecho como persona.***”⁴⁴

Pues bien, a partir de lo anteriormente señalado, y dado que el Derecho Objetivo es el que otorga y garantiza⁴⁵ derechos subjetivos, es plausible sostener la efectividad de pactar el reconocimiento del Medio Ambiente o de la Naturaleza como sujeto de Derecho en nuestro país, pero no como lo propuso

Stutzin, a saber, a partir de una persona jurídica *sui generis*, sino con una naturaleza jurídica diversa, con estatuto propio: como una “**persona ambiental**”; sumándose, así, a las categorías de personas naturales y personas jurídicas.

Ergo, respecto a los intereses de la persona ambiental (pese a que el biocentrismo esté subordinado al antropocentrismo), estos consisten en garantizar su debida protección, conservación y, en caso de daño, velar por una reparación o restauración íntegra, sostenida en el tiempo, sana y acorde a sus calidades naturales.

En relación con los derechos y deberes del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, es preciso señalar que la persona ambiental sólo sería digna de derechos y no de deberes correlativos para con las demás personas (naturales y jurídicas). Por el contrario, las instituciones que lleguen a representarle sí tendrán derechos y obligaciones para con su representado y con la colectividad en resguardo de su fundamental existencia, preservación y restauración.

Vale decir, la sociedad quedará obligada a respetar, a no dañar y a contribuir en garantizar a que el Medio Ambiente, como una nueva persona, pueda existir. Y la o las instituciones ambientales que se crearían para representarla también tendrán derechos y obligaciones respecto al Medio Ambiente y la sociedad. Pero la

* Énfasis añadido

⁴⁴ VIAL et LYON (1985), pp. 224-225

MORALES (2018), pp. 380-381

⁴⁵ VODANOVIC (2016), pp. 17

persona ambiental no tendrá obligación para con las demás personas e instituciones que la representen dada su conformación y relación con la Humanidad; similarmente como ocurre en materias de Derecho Internacional de los Derechos Humanos o de la incapacidad absoluta⁴⁶ o relativa⁴⁷ en el Derecho Civil.

En efecto, la particularidad de la persona ambiental de tener derechos y no obligaciones no obstará a que la Naturaleza pueda ser titular de derechos y de ejercerlos a través de las eventuales instituciones que podrían representarla (propuestas en el capítulo III*) y de ser parte de una relación jurídica; pero con la categoría de una nueva persona (sujeto de Derecho) y no como una nueva categoría de objeto-bien con una legislación específica.

Asimismo, tampoco el establecimiento de la persona ambiental sería comparable o que sea observado como un deber de cuidado especial ya que no es que se deba actuar con un estado de diligencia diferente y que, al no hacerlo, se presuma la culpabilidad en favor de la víctima (en este caso, la Naturaleza), además de que fácticamente no es posible que el Medio Ambiente, como “víctima”, pueda asumir medidas de cuidado por sí misma; sin perjuicio de que, en nuestro ordenamiento jurídico, existan organismos especializados en prevenir el ejercicio de actividades que causen daño al Medio Ambiente (por ejemplo, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental) y que exista un régimen especial de atribución de responsabilidad por daño ambiental.

2.c. Determinación de la persona ambiental

En cuanto a la definición de la persona ambiental como un nuevo sujeto de Derecho, ha de emplearse la misma proposición usada por la Ley N°19.300 para definir Medio Ambiente, *i.e.* como un “*sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural [,] y que*

⁴⁶ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 1447

⁴⁷ *Ibid.*

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”⁴⁸

Por tanto, sobre cómo se determinaría físicamente el sujeto, se propone fijar a la persona ambiental comenzando desde una **(i) unidad determinada identificable** (v.g. “Abuelo Alerce Milenario”⁴⁹, el Parque Nacional⁵⁰ Pan de Azúcar, Monumento Nacional⁵¹ Salar de Surire, mar adyacente⁵² de la Región de Arica y Parinacota, área protegida privada⁵³, glaciar La Paloma, etc.; empleando instituciones jurídicas de áreas protegidas ya consideradas en la legislación nacional) o como un **(ii)** conjunto de elementos naturales y/o artificiales en cierto medio (v.g. Río Itata, contemplando la fauna y flora adyacente y, además, de los elementos artificiales, sociales y culturales según amplitud⁵⁴ de concepto legal de Medio Ambiente; como lo sería, en el ejemplo, en virtud al significado cultural de cierto pueblo indígena⁵⁵ y que se situó en tierra indígena⁵⁶).

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda variar en el tiempo, constituyéndose otras personas ambientales a través de una acción de determinación o de re-determinación⁵⁷.

En relación con su nombre y demás atributos de la personalidad, en seguida se expondrán.

⁴⁸ LEY N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 2° letra m).

⁴⁹ CONAF (CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL)

⁵⁰ LEY N°18.362, que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (1984), artículo 5°

⁵¹ Ibid., artículo 6°

⁵² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 593

⁵³ LEY N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 35

⁵⁴ ÁVILA (2003), pp. 65-91, 91-104, 104-162

⁵⁵ LEY N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (1993), artículo 7°

⁵⁶ Ibid., artículos 12-19

⁵⁷ VER: CAPÍTULO I, pp. 34

2.d. Atributos de la personalidad del Medio Ambiente como sujeto de Derecho

Los atributos de la personalidad⁵⁸ son aquellas cualidades o propiedades inherentes a toda persona y estrictamente necesarios para su correcto desenvolvimiento como sujeto de Derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla los atributos del nombre, capacidad, patrimonio, nacionalidad, domicilio y estado civil para las personas naturales; y para las personas jurídicas todos los enunciados menos el atributo del estado civil.

Ahora bien, para la persona ambiental, hemos de aventurarnos a determinarle un nombre, nacionalidad, domicilio, patrimonio y capacidad.

No se consigna el estado civil en el Medio Ambiente porque, a pesar de que la Naturaleza genera constantemente vida, no se contemplan, en esta pasada, relaciones de familia y la respectiva habilitación para ejercer ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones.

i. Nombre

Se entiende por nombre al conjunto de palabras que sirven para individualizar a la persona en su vida social y jurídica; y para distinguirla de los demás individuos de forma legal.⁵⁹ Se caracteriza por ser un bien extrapatrimonial, indivisible, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, inembargable e intransmisible. Y está compuesto por el nombre propiamente tal y el apellido.

Por ende, el nombre cumple una doble funcionalidad: sirve para otorgar identidad e individualiza a determinada persona.

En el caso de la persona ambiental, el nombre ha de ser asignado por la institución que represente y podría quedar configurado a partir de un código

⁵⁸ VODANOVIC (2006), pp. 223

⁵⁹ Ibid., pp. 228

numérico y alfabético según unidad o conjunto de elementos que lo forman. Asimismo, podría hacerse una alusión a su georreferencia para distinguirlo de otro ser de similares características en otro lugar.

ii. Nacionalidad

La nacionalidad⁶⁰ es el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado determinado, dándole la calidad de miembro, nacional y ciudadano; y creándose derechos y deberes recíprocos. Según lo establece el artículo 56 del Código Civil⁶¹, son chilenos lo que la Constitución Política señala como tales y los demás son extranjeros.

La persona ambiental situada en Chile, que surge de manera originaria o de forma artificial, gozará ineludiblemente de la nacionalidad chilena.

En el supuesto de que la extensión de la persona ambiental implique dos o más naciones, se aconseja tratar bilateral o multilateralmente el asunto, acordándose un tratado para la protección y conservación, pero quedando expresamente establecido que la extensión que queda comprendida en suelo nacional tendrá un amparo jurídico especial.

iii. Domicilio

El artículo 59 del Código Civil señala que el *domicilio*⁶² “consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.”⁶³ Por lo tanto, se concibe como el lugar donde una persona está establecida o se le supone establecida para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

⁶⁰ VODANOVIC (2006), pp. 225

⁶¹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000)

⁶² VODANOVIC (2006), pp. 238-247

⁶³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000)

En el caso de la persona ambiental, el domicilio quedará fijado a partir de su lugar geográfico o producto de una estipulación entre el Estado y la institución que llegue a representar al Medio Ambiente para centrar el lugar donde se ejercerán los derechos y, en particular, precisar la competencia del tribunal que conocerá de los problemas que se susciten al respecto cuando el sujeto abarque una gran extensión territorial.

Para efectos de su registro, podría, asimismo, adjuntarse un mapa o plano con la locación georreferencial exacta empleando las coordenadas que arroja el Sistema de Posicionamiento Global (en sus siglas en inglés, GPS).

iv. Patrimonio

El patrimonio⁶⁴ está conceptualizado doctrinariamente como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria. Y, al respecto, existen varias teorías para explicar la naturaleza jurídica del patrimonio.

En nuestro caso, la persona ambiental tendría un patrimonio que obedecería a un “patrimonio de afectación” (*i.e.* un conjunto de derechos y obligaciones no vinculados directamente con las personas, pero que están afectos a una misma finalidad), al igual como lo postuló inéditamente Stutzin, comprendiendo “*la totalidad de los elementos del mundo natural, animados e inanimados.*”⁶⁵

Sin embargo, enfrentaría otra peculiaridad en el sentido de que no afectaría el patrimonio (y el pleno dominio) que poseen las personas naturales y las personas jurídicas. Sólo instauraría una limitación en función ambiental de la propiedad, obligando a los sujetos ejercer acciones tendientes a la conservación y protección del patrimonio ambiental⁶⁶.

⁶⁴ VODANOVIC (2006), pp. 248-255

⁶⁵ STUTZIN (2010), pp. 106

⁶⁶ LEY N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 2° letra b)

v. Capacidad

La capacidad⁶⁷ es la aptitud legal para ser sujeto o titular de derechos, y la facultad legal de ejercerlos. Así, se distingue entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce⁶⁸ es la aptitud legal para ser titular de derechos y para gozar de todos aquellos que son inherentes a la naturaleza humana. Serán incapaces aquellas personas que la ley, según lo establece el artículo 1446 del Código Civil, declare que son incapaces. En cambio, la capacidad de ejercicio⁶⁹ es la idoneidad de un sujeto para que, por su propia voluntad, ejerza derechos y contraiga obligaciones. Por ende, se exige la real y concreta posibilidad de que la persona logre discernir con responsabilidad y conciencia lo que desea concretar.

Así las cosas, en virtud de los conceptos jurídicos tradicionales y en observancia a la realidad innegable, a todas luces el Medio Ambiente adolece de capacidad de ejercicio ya que no puede expresar su voluntad como lo haría una persona natural capaz o una persona jurídica a través de sus miembros, socios o representantes. Empero, a la Naturaleza sí se le puede otorgar capacidad de goce y reconocer, conjuntamente, capacidad de ejercicio; actuando a través de una institución representante* que velará por su debida protección y conservación.

A modo conclusivo, se puede sostener que la materialización de los atributos de la personalidad del Medio Ambiente, como asimismo de la institución que ostente de su representación como unidad o conjunto ambiental, podría establecerse mediante la inscripción en un Registro Público de Personas Ambientales y, adicionalmente, consultar su estado con un código de barras en cada unidad o conjunto ambiental.

⁶⁷ VODANOVIC (2005), pp. 182

⁶⁸ Ibid., pp. 182

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículos 1446 y 1447

⁶⁹ VODANOVIC (2005), pp. 183

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 1445

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

2.e. Representación de la persona ambiental

Nuestra legislación no contempla una definición de representación propiamente tal. Al respecto, el Código Civil introduce un concepto de tal en el sentido de que “[l]o que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”⁷⁰

Luego, por representación ha de entenderse una institución jurídica en virtud de la cual las consecuencias jurídicas de un acto, contrato, acuerdo o convención que una persona ejecuta o celebra en nombre de otra persona, se radicarán en forma directa e inmediata en el patrimonio de esta última, considerándose como una ficción el hecho de que la persona representada haya concurrido, personalmente, con su voluntad, a dicho otorgamiento o decisión.

Así, la representación puede proceder por diversos motivos y, en el caso específico de la persona ambiental, ha de ser estrictamente necesario que “su voluntad” o todo lo referente a la toma de decisiones sobre su desenvolvimiento, deba ser tomada o dirigida por una o varias instituciones jurídicas con competencia específica para aquello.

Por tanto, en lo tocante a la representación y a las instituciones jurídicas de carácter ambiental que podrían llegar a ejercer la representación del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, se abordarán detalladamente en el capítulo III* de esta memoria.

⁷⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 1448

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

2.f. Régimen de responsabilidad y acciones judiciales

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico, en observancia a lo establecido en la Ley N° 19.300, contempla que el daño ambiental es “*toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.*”⁷¹ Y, con relación a la responsabilidad que deriva del daño al Medio Ambiente, el ordenamiento jurídico nacional establece que “[t]odo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.”⁷²

Así las cosas, la responsabilidad por daño ambiental se circunscribe dentro de un régimen de responsabilidad extracontractual, pero de índole subjetiva atenuada. Esto significa que se establece una presunción legal⁷³ de culpabilidad y de causalidad en ciertos casos. Sin perjuicio de que, al existir normas especiales que regulan la materia⁷⁴, han de aplicarse dichas reglas particulares⁷⁵, configurándose algunos casos dentro de lo que es la responsabilidad extracontractual objetiva o estricta (v.g. daños por derrame de hidrocarburos al mar⁷⁶, perjuicios por empleo de pesticidas⁷⁷, accidente nuclear⁷⁸).

Sin embargo, para el caso del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, se propone, en primer lugar, la idea de que se cambie el régimen de responsabilidad, precisamente, a uno del tipo escrito u objetivo⁷⁹ y, asimismo, que se consagre la imprescriptibilidad de la acción por daño ambiental (como, por ejemplo, lo contempla la legislación ecuatoriana⁸⁰), poniendo los focos en que **(i)** todo aquel que efectuó una actividad riesgosa que afecte al Medio Ambiente deberá pagar y, asimismo, **(ii)**

⁷¹ LEY N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 2° letra e)

⁷² Ibid., artículo 51

⁷³ Ibid., artículo 52

⁷⁴ LEY N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículo 51 inciso 2°.

⁷⁵ SAAVEDRA (2011), pp. 158

⁷⁶ DECRETO LEY N° 2.222, Ley de Navegación, (1978), Título IX: De la contaminación

⁷⁷ DECRETO LEY N° 3.557, que establece disposiciones sobre protección agrícola (1980), artículos 7°, 8°, 11 y 36

⁷⁸ LEY N° 18.302, de Seguridad Nuclear (1984), Título V: De la responsabilidad civil por daños nucleares

⁷⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (2008), artículo 397

⁸⁰ Ibid., artículo 396

que se pueda responder, a todo momento, por la alteración de los ciclos vitales de la Naturaleza. De este modo, a se podría dar cabal cumplimiento a los principios ambientales de responsabilidad⁸¹, “quien contamina paga”⁸², preventivo⁸³ y precautorio⁸⁴.

En este sentido, una variación de esta índole provocaría que las externalidades negativas⁸⁵ que implica la actividad económica extractiva o explotadora de recursos naturales serán asumidas en todo el ciclo productivo por las empresas y no por los usuarios-consumidores-ciudadanos. Y, además, evitaría los problemas jurídicos⁸⁶ que se suscitan respecto a la prueba y atribución de responsabilidad por daño ambiental, v.g. como una “prueba diabólica del daño ambiental”⁸⁷.

Respecto a la eventual posibilidad de daño transfronterizo⁸⁸, ha de estarse a lo que señala la Declaración de Río de 1992, *i.e.* de proveer una solución internacional entre los Estados que se ven ambientalmente afectados.

Y, en segundo lugar, también habría responsabilidad individual (o funcionaria) e institucional referente a incumplimiento de normas internas de comportamiento institucional⁸⁹ como en los deberes de representación⁹⁰ por parte de las instituciones que puedan llegar a desempeñar la representación del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, sea en forma legal o convencionalmente.

Luego, en lo que se refiere a las acciones judiciales respecto a la eventual nueva persona ambiental, se contemplan las ya existentes en el ordenamiento

⁸¹ LEY N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículos 3° y 52

⁸² *Ibid.*, artículos 3°, 32, 40, 45

⁸³ MENSAJE DEL EJECUTIVO, Proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (1992) septiembre de 1992

⁸⁴ DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1992), principio 15

⁸⁵ AZQUETA (2007), pp. 44-45

⁸⁶ FEMENÍAS (2017), pp. 236-238, 244, 248-249, 257

SAAVEDRA (2011), pp. 153-154,

⁸⁷ MURCIA (2012), pp. 68

⁸⁸ DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1992), principios 12 y 19

⁸⁹ *VER*: CAPÍTULO III, pp. 80-82

⁹⁰ *Ibid.*

jurídico (*i.e.* de Derecho Civil, de Derecho Constitucional, de Derecho Ambiental y de Derecho Penal); además de poder establecerse tres nuevas acciones: **(i)** en relación a la determinación de la persona ambiental, podría contemplarse una acción de determinación creándose unidades determinadas identificables⁹¹ o conjuntos ambientales⁹², y de re-determinación para nuevas unidades o conjuntos a partir de las ya existentes. Luego, **(ii)** respecto a la representación⁹³, estaría la posibilidad de que la institución ambiental solicite judicial o administrativamente poder representar a la persona ambiental. Y, finalmente, **(iii)** una acción judicial de revisión, *ex ante*⁹⁴ y *ex post*⁹⁵, ante situaciones en las que se sospeche captura institucional⁹⁶.

⁹¹ VER: CAPÍTULO I, pp. 25-26

⁹² Ibid.

⁹³ VER: CAPÍTULO I, pp. 31
CAPÍTULO III, 78-80, 85-121

⁹⁴ VER: CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁹⁵ VER: CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁹⁶ VER: CAPÍTULO II, pp. 59-70

CAPÍTULO II

DEL COMPORTAMIENTO COLECTIVO A LA CAPTURA INSTITUCIONAL

En el capítulo anterior se esbozaron relevantes elementos a considerar para establecer al nuevo sujeto de Derecho del Medio Ambiente o “persona ambiental”.

Ahora bien, en el presente apartado nos adentraremos en presentar un análisis de distintas formas de organización colectiva hasta llegar a una de índole regulatorio, pasando por evidenciar una indiscutible falla del Estado que, al querer fomentar los intereses comunes de sus miembros y de proveer el bienestar general (*i.e.* bienes comunes, públicos o colectivos para todos), termina, intencional o indirectamente, favoreciendo a unos pocos individuos que, previamente, se han organizado de manera tal que infiltran sus intereses en las políticas públicas. *A priori*, ha de entenderse que “*las regulaciones constituyen decisiones acerca de políticas públicas y no la aplicación de una regla o principio jurídico.*”⁹⁷

Enseguida, surgen algunas preguntas básicas: ¿qué es aquello que motiva a las personas a agruparse y a organizarse para lograr sus objetivos comunes? ¿Por qué algunos grupos pareciesen organizarse y funcionar de forma más eficaz que otros? ¿Se puede lograr que los grupos (formando una naciente institución que represente al Medio Ambiente) accionen en pro del interés común, con foco en lo medioambiental, y que no se hayan organizado como una forma para sólo satisfacer los propios intereses, de unos pocos, a costa de la mayoría? Y, en caso de que esto último ocurriese, ¿se puede solucionar dicho problema (*i.e.* de la captura)?

Estas interrogantes expresadas, junto a otras que vayan surgiendo en el camino, serán analizadas a partir de un enfoque grupal a institucional o regulatorio.

⁹⁷ BARROS (2001), pp. 14

1. Teorías sobre la regulación

Para comenzar, antes de exponer sobre el comportamiento colectivo y la captura, es menester hacer una breve introducción a las diferentes teorías en torno a la regulación, cuyos surgimientos buscan responder a los motivos por los cuales, finalmente, se regula. Así, se diferencian en teorías del interés público y del interés privado.

La “Teoría del interés público” (o funcionalista de la regulación⁹⁸) sostiene que *“la regulación persigue objetivos que constituyen intereses públicos, es decir, que beneficien a toda la colectividad y no a un grupo, a un sector, o a determinados individuos.”*⁹⁹ Por tanto, los reguladores buscan de buena fe satisfacer el interés público, como se expresa en los instrumentos normativos¹⁰⁰, y lo ideal es que se obtenga una regulación en la cual se fomente y facilite la participación de distintos grupos, así como el acceso a la información a toda escala (v.g. acceso a registros, intereses de los miembros, cómo fue la elaboración de las políticas públicas, etc.).¹⁰¹

En cambio, en el ámbito privado, existe la “Teoría de la elección pública” (o elección racional), Esta teoría se concentró en las conductas cotidianas e institucionalizadas¹⁰²; y, como primera conclusión, se señaló que *“sólo la esperanza de conseguir beneficios privados motiva la participación de los individuos y grupos, tanto pequeños como grandes.”*¹⁰³ Por tanto, la teoría se concentra en los intereses individuales y la acción colectiva, y la relación que versa entre ellos. Y, en segundo lugar, las decisiones individuales, en lo que respecta a la política, no se diferencian de la forma en que se toman las decisiones económicas según las reglas del mercado.

En consecuencia, las personas, ya sea de forma individual o grupal (y, en este último supuesto, de forma pequeña o grande) actúan de manera tal para lograr

⁹⁸ ROMERO GUZMÁN (2008), pp. 11-12

⁹⁹ DE LA CRUZ (2002), pp. 4

¹⁰⁰ ROMERO GUZMÁN (2008), pp. 12

¹⁰¹ DE LA CRUZ (2002), pp. 6

¹⁰² JIMÉNEZ (2007), pp. 3

¹⁰³ Ibid., pp. 9

maximizar sus beneficios. En otras palabras, cuando desean relacionarse e intervenir como una acción colectiva, lo hacen sólo porque esperan recibir más ganancias, en comparación al costo de lo que implica su participación. De esta manera, las personas son seres meramente calculadores, no existiendo ningún interés moral, altruista, cultural o social que los incentive a participar.

Asimismo, para la teoría de la elección pública, “*la relación de intercambio[,] que es la esencia de los mercados[,] también se concibe que desarrolla un papel crucial en el sistema político.*”¹⁰⁴ No obstante, la acción colectiva no es más que una reacción de las personas a los mecanismos funcionales del sistema económico y político.

Luego, otros académicos sintetizaron la teoría de la elección colectiva y progresaron en torno a la “Teoría económica de la regulación”, como George Stigler, partiendo de la premisa que “*como regla general, la regulación se consigue por la industria y es diseñada y operada principalmente para su beneficio.*”¹⁰⁵ Es decir, un grupo de interés puede lograr convencer a los políticos y, sucesivamente, al gobierno para que actúen, legislen y gobiernen en beneficio de ellos; como una forma o mecanismo para lograr maximizar su propio bienestar.¹⁰⁶

Ergo, si se logra tal cometido, entonces los organismos, las instituciones y/o gobierno (hasta el Estado mismo) se entienden que han sido “capturados” por los grupos de interés que deben regular. Tal evento constituye una falla del gobierno o del Estado, que repercute directamente en el bienestar general de la sociedad, acentuando la desigualdad en todo sentido.

A continuación, se desarrollarán las principales ideas de la teoría económica de la acción colectiva y de la teoría económica de la regulación hasta, finalmente, profundizar sobre la captura institucional.

¹⁰⁴ JIMÉNEZ (2007), pp. 9

¹⁰⁵ STIGLER (1971), pp. 3

¹⁰⁶ DE LA CRUZ (2002), pp. 10

2. Sobre el comportamiento de grupos según “La lógica de la acción colectiva” de Mancur Olson

En 1965, Mancur Olson, economista y sociólogo estadounidense, publicó su obra “La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y la teoría de grupos” en la cual intentó otorgar una explicación en torno al comportamiento de los grupos que actúan colectivamente, dentro y fuera del mercado, y sobre cómo es que estos se organizan para conseguir sus intereses colectivos en virtud de su tamaño y de incentivos sociales.

Su teoría se halla dentro de un postulado mayor, la “Teoría de la elección pública”, que, a grandes rasgos, sostiene que el Estado funcionaría como lo hace un mercado, equiparándose la toma de decisiones regulatorias con la toma de decisiones de mercado. Así, las instituciones legislativas, regulatorias y de interés serían una “economía” en la que las personas (ciudadanos, legisladores, agencias y grupos) intercambiarían “bienes regulados” bajo los principios de la oferta y la demanda de lo que son los bienes económicos ordinarios. Luego, los recursos necesarios para satisfacer las necesidades políticas son “el precio” de los bienes regulados.¹⁰⁷

Enseguida, Olson emplea el concepto de “acción colectiva” para explicar una conducta grupal de organización con el objeto de tomar decisiones políticas, sociales y/u organizacionales. Así, aborda la premisa generalizada de que *“los grupos de personas con intereses comunes tratan, normalmente, de favorecer esos intereses [y, por ende,] se espera que esos grupos actúen a favor de sus intereses comunes, así como se espera que los individuos actúen en nombre de sus intereses personales.”*¹⁰⁸ Esto respondería a un comportamiento racional egoísta de parte de los miembros que, lógicamente, se agruparían para alcanzar un objetivo común en el supuesto de que los deje en una mejor situación. Empero, este postulado no sería del todo cierto¹⁰⁹, como se explicará más adelante, ya que, para la teoría olsoniana,

¹⁰⁷ CROLEY (2008), pp. 19-20

¹⁰⁸ OLSON (1992), pp. 11

¹⁰⁹ Ibid., pp. 12

previamente, la organización solo funciona cuando existe un grupo pequeño o cuando existe un mecanismo especial (personal) que incentive a sus miembros o los coaccione para que las personas accionen en pos del interés común que a todos los beneficiaría.

Dicho de otra manera, desde un principio, Olson nos expone que no es dable que los grupos de personas con intereses comunes busquen agruparse para favorecer dichos intereses, a no ser que concurra, como se expresó anteriormente, de un elemento que los motive a agruparse para lograr un interés colectivo.

Por tanto, las organizaciones o grupos (entendido éste como “*un número de personas con un interés común*”¹¹⁰) no poseen una finalidad única, sino que en ellos confluyen distintos objetivos o motivos por los cuales los llevarán a agruparse. No obstante, hay un factor común: la mayoría se caracteriza por proteger los intereses de sus miembros¹¹¹. Y, como corolario, se tiene que se van a ver favorecidos, en alguna proporción, los intereses personales de los sujetos que conforman el grupo¹¹² (aunque, es menester recalcar, que las satisfacciones de los intereses individuales no constituyen el motivo principal para el surgimiento de la organización).

Asimismo, Mancur Olson sostiene que es esperable que el Estado fomente los intereses comunes de sus miembros¹¹³. Sin embargo, éste, por sí mismo, no cuenta con los medios patrimoniales y emocionales para solventar las necesidades más básicas de sus administrados debiendo, necesariamente, recurrir a determinadas obligaciones para que todos puedan disfrutar de los bienes básicos sociales¹¹⁴, denominados, también, bienes comunes.

Ahora bien, por bienes comunes, públicos o colectivos¹¹⁵ hemos de entender aquellos que el Estado proporciona y de los cuales todos pueden participar de su

¹¹⁰ OLSON (1992), pp. 18

¹¹¹ Ibid., pp. 15

¹¹² Ibid., pp. 16-17

¹¹³ Ibid., pp. 17

¹¹⁴ Ibid., pp. 23-24

¹¹⁵ Ibid., pp. 24-25

consumo, sin exclusiones ni impedimentos por parte de los demás miembros. Extrapolando a los grupos privados, ya que si bien la “teoría tradicional del comportamiento de grupos”¹¹⁶ sostiene que se comportan de manera distinta a las relaciones del Estado para con sus administrados o del Estado con las empresas en el mercado, estos grupos también buscarán otorgar bienes colectivos a sus miembros; sólo que el acceso al bien no será del todo universal ya que dependerá del objetivo¹¹⁷ que la asociación persiga, de cómo se organizan¹¹⁸ y de cómo manejan sus relaciones internas¹¹⁹.

Ergo, pertenecer a una organización o grupo otorga beneficios inseparables y generalizados a sus miembros. Por ende, es de la esencia de la organización la provisión de bienes colectivos¹²⁰.

Sobre el porqué surge una asociación de índole privada, Olson expresa que la “teoría tradicional del comportamiento de grupo”, en su vertiente informal¹²¹, considera que las agrupaciones u organizaciones surgen en virtud de un instituto, de una necesidad humana de (re)unirse. En cambio, la corriente formal¹²² de la teoría en comento sostiene que la agrupación obedece a la evolución de las sociedades industriales como “grupos primarios” y, así, van surgiendo estructuras y se va complejizando y especializando la sociedad.

Luego, ha de añadirse el elemento del tamaño¹²³ del grupo (pequeño, grande, intermedio, privilegiado) para analizar su conducta. En este sentido, los grupos pequeños¹²⁴ son aquellos conformados por un reducido número de miembros y que pueden funcionar sin convenio u organización interna, sin perjuicio de que sus miembros acuerden cómo distribuir los costos y/o beneficios para todos. Y, por otro lado, están los grupos grandes¹²⁵, que son los que se forman a partir de un gran

¹¹⁶ OLSON (1992), pp. 26

¹¹⁷ Ibid., pp. 48

¹¹⁸ Ibid., pp. 50-51

¹¹⁹ Ibid., pp. 52

¹²⁰ Ibid., pp. 25-26

¹²¹ Ibid., pp. 27

¹²² Ibid., pp. 28-29

¹²³ Ibid., pp. 33

¹²⁴ Ibid., pp. 56

¹²⁵ Ibid., pp. 56

número de personas y en los que, ineludiblemente, deberá existir algún acuerdo o convenio para que los miembros obtengan bienes colectivos.

También los grupos pueden ser intermedios u oligopolizados¹²⁶, concebidos éstos como aquellos “*en [los] que ningún miembro obtiene un beneficio suficiente que le sirva de incentivo para proporcionar él mismo el bien, pero el número de miembros no es tan grande que ninguno de ellos advierta si algún otro está o no ayudando a obtener el bien colectivo.*” Así, podrán existir dos o más miembros que puedan actuar simultáneamente, pudiendo o no obtener el bien; pero si se logran adquirir bienes, necesariamente serán dentro de un contexto de una organización establecida. Ergo, deberá existir, aunque sea mínimamente, un acuerdo tácito¹²⁷ entre los miembros para proveerse de bienes colectivos.

Asimismo, Olson señala que existen los grupos privilegiados¹²⁸, siendo aquellos “*en [los] que cada uno de sus miembros, o por lo menos algunos de ellos, tienen un incentivo para ver que se proporcione el bien colectivo, aunque el miembro tenga que soportar toda la carga de proporcionarlo.*”¹²⁹ Luego, existe una presunción de que el bien colectivo será obtenido y será sin necesidad de una organización formal.

Y, finalmente, existen los grupos latentes¹³⁰ en los que, si una persona ayuda o no a obtener el bien colectivo, ningún otro momento se verá afectado apreciablemente que no lo vaya a motivar a actuar por no ser incentivo para trabajar por un interés común. Pueden estructurarse, igualmente, como grupos pequeños, intermedios o grandes. Y será un grupo latente movilizado¹³¹ cuando trabaje por los intereses del grupo bajo coacción o por recompensas.

Al efecto, Olson enuncia que resulta evidente que el comportamiento de los grupos estará en estrecha y directa relación con las acciones individuales de sus

¹²⁶ OLSON (1992), pp. 60

¹²⁷ Ibid., pp. 56

¹²⁸ Ibid., pp. 59

¹²⁹ Ibid., pp. 59

¹³⁰ Ibid., pp. 60

¹³¹ Ibid., pp. 61

miembros. Y, sucesivamente, lo que dichas personas realicen dependerá de las ventajas asociadas a las acciones alternativas de la organización.

En relación con lo anterior, respecto a las decisiones¹³² de un grupo, éstas son vistas como bienes públicos tanto para sus miembros como para aquellos que no participan de los propios grupos. Así, *“la contribución de cada participante para lograr o mejorar esos bienes públicos se volverá más pequeña a medida que aumente el número de asistentes”*¹³³ a la junta o reunión.

En este sentido, los grupos pequeños serían capaces de aprovechar más efectivamente sus recursos *“mientras que, los grupos grandes, las fuerzas permanecen latentes con mucha más frecuencia.”*¹³⁴ Por tanto, Olson está conteste en lo que señalaba John James en el sentido de que *“los comités deben ser pequeños cuando se espera acción y relativamente grandes cuando se buscan puntos de vista, reacciones, etc.”*¹³⁵ Y, en consecuencia, los grupos pequeños o privilegiados están, desde un comienzo, en una situación más ventajosa¹³⁶ ya que sus miembros se encontrarán con mayores incentivos para que la organización no fracase. No así, como se puede dilucidar en virtud de lo que se ha venido expresando, respecto a los grupos grandes.

Sin embargo, la idea de que lo estudiado para los grupos pequeños es posible de aplicar, proporcionalmente, para los grupos es improcedente, no siendo correcta la teoría tradicional para estos casos. Y tampoco el comportamiento será igual para los grupos latentes (con incentivos), para los grupos pequeños y para los grupos grandes.

Olson señala que *“[e]l grupo pequeño privilegiado puede esperar que sus necesidades colectivas serán satisfechas probablemente de un modo u otro y el grupo bastante pequeño (o intermedio) tiene buenas probabilidades de que*

¹³² OLSON (1992), pp. 63

¹³³ Ibid., pp. 63

¹³⁴ Ibid., pp. 64

¹³⁵ JAMES (1951), pp. 474-477

OLSON (1992), pp. 61

¹³⁶ OLSON (1992), pp. 67

*la acción voluntaria resuelva sus problemas colectivos, mientras que el grupo grande latente no puede actuar de acuerdo con sus intereses comunes en tanto sus miembros sean libres de favorecer sus intereses individuales, [no habiendo, en consecuencia, asociación ni participación voluntaria en estos grupos grandes].*¹³⁷

Así, los grupos pequeños, ya sean privilegiados o intermedios, podrán sobreponerse por sobre los grupos grandes (o latentes) en virtud de que a los grupos privilegiados e intermedios les es más fácil organizarse a través de un grupo formal y activo, y porque existen motivos económicos e incentivos sociales para que sus miembros actúen a favor del interés común¹³⁸.

Por el contrario, en los grupos grandes o latentes¹³⁹, por lo general, hay desorganización e inactividad de parte de los integrantes ya que lo que haga un miembro no marcará gran diferencia en el grupo. *“No se puede suponer (...) que los incentivos sociales inducirán a los miembros del grupo latente a obtener un bien colectivo.”*¹⁴⁰ Sin embargo, pueden llegar a tener un comportamiento individualista, pero lo determinante será que su conducta deba de *“ser racional en el sentido de que sus objetivos, sean egoístas o desinteresados, deben ser perseguidos por medios que sean eficientes y eficaces.”*¹⁴¹

Así las cosas, las personas formarán voluntariamente grupos privilegiados e intermedios¹⁴² para favorecer sus intereses comunes (y, consecuentemente, se verán beneficiados sus intereses individuales). Por consiguiente, no es factible poder ocupar el mismo modelo predictivo, de forma proporcional, para los grupos grandes o latentes. No es correcto sostener que el comportamiento normal será que los grupos pequeños primarios, a medida que vayan surgiendo problemas que no puedan manejar, irán asociándose voluntariamente en grandes grupos económicos

¹³⁷ OLSON (1992), pp. 68

¹³⁸ Ibid., pp. 142

¹³⁹ Ibid., pp. 72

¹⁴⁰ Ibid., pp. 72

¹⁴¹ Ibid., pp. 75

¹⁴² Ibid., pp. 141

como método de solución a dichos inconvenientes¹⁴³. De esta manera, la “teoría de grupos” no es aplicable para los grandes grupos económicos.

Empero, de todas maneras, es posible que los grandes grupos económicos se organicen solo que estos *“grupos económicos de presión grandes y fuertes son, en realidad, productos secundarios de organizaciones que obtienen poder y apoyo porque desempeñan alguna función, además de cabildear para lograr bienes colectivos”*¹⁴⁴, denominándose a este fenómeno “teoría de producto secundario”. En efecto, es posible que existan grandes organizaciones que “muevan” grandes latentes ya que ofrecen “incentivos selectivos”¹⁴⁵.

Sin embargo, la “teoría de producto secundario” no tiene asidero en los grupos privilegiados o intermedios *“porque [estos] grupos más pequeños pueden, con frecuencia, proporcionar [lobby]* o algún otro beneficio sin incentivos selectivos.”*¹⁴⁶ Sólo ha de aplicarse en los grupos grandes o latentes ya que sus miembros, dado su tamaño, no están incentivados a sacrificar voluntariamente sus recursos y tiempo para obtener bienes colectivos. No obstante, si se obtienen bienes colectivos gracias al esfuerzo de los demás miembros, inevitablemente podrá disfrutar del bien colectivo¹⁴⁷. Así, la persona asociada al grupo grande actuará apoyando¹⁴⁸ a la gran organización para la provisión de bienes colectivos cuando **(i)** exista membresía o cuota obligatoria que lo comprometa a actuar y **(ii)** pueda verse beneficiado con otros bienes no colectivos.

Ahora, no es menos cierto que hay factores de índole social que no pueden ser ignorados al momento de intentar predecir el comportamiento de grupo. Olson ya nos señaló que los grupos grandes y los grupos pequeños no se asocian bajo las mismas causas; pero, además, se diferencian en cuanto a los incentivos sociales.

¹⁴³ OLSON (1992), pp. 141, 145

¹⁴⁴ Ibid., pp. 148

¹⁴⁵ Ibid., pp. 148

* Se reemplazó la expresión “cabildeo” por “lobby” para una mejor comprensión según léxico chileno

¹⁴⁶ OLSON (1992), pp. 148

¹⁴⁷ Ibid., pp. 149

¹⁴⁸ Ibid., pp. 149-150

En concreto, *“la observación cotidiana revela que la mayoría de las personas valoran la compañía de sus amigos y asociados, lo mismo que a posición social, el prestigio personal y la autoestimación.”*¹⁴⁹ Así, por ejemplo, si en un grupo pequeño sus miembros fueran amigos o adhieren al mismo grupo social o político y dejaran que algunos integrantes soportaran la carga de proporcionar el bien colectivo a la asociación, *“podrían, aunque ganaran económicamente con ese curso de acción, perder socialmente con ello y tal vez la pérdida social excediera a la ganancia económica.”*¹⁵⁰

Luego, se puede sostener que *“la posición social y la aceptación social son bienes individuales, no [son] colectivos. Las sanciones y las recompensas sociales son ‘incentivos sociales’, es decir, figuran entre los tipos de incentivos a los que se puede recurrir para movilizar a un grupo latente.”*¹⁵¹ Pero dichos incentivos sociales sólo funcionan en grupos pequeños cuyos miembros son capaces de conocerse directamente, es decir, interactúan cara a cara¹⁵² dado que en aquellas asociaciones los acuerdos son más factibles de lograr por los argumentos que se han esgrimido anteriormente.

Otro aspecto relevante en los grupos serán los costos de establecimiento¹⁵³ de la organización. Esto se traduce en que la primera unidad del bien colectivo, como va a ser proporcionada en el origen o puede resultar de un gran esfuerzo inicial de todos los miembros, será de un elevado (y desproporcionado) costo tanto para la organización como para los asociados. Como efecto, producirá que existirá un costo mínimo a escala según el tamaño y, en consecuencia, los individuos se agruparán para que la obtención del bien sea más sencilla y lo menos onerosa posible¹⁵⁴. Sin embargo, Olson destaca que *“lo que más importa no es qué tanto del*

¹⁴⁹ OLSON (1992), pp. 70

¹⁵⁰ Ibid., pp. 70

¹⁵¹ Ibid., pp. 71

¹⁵² Ibid., pp. 71

¹⁵³ Ibid., pp. 32-33

¹⁵⁴ Ibid., pp. 37

bien colectivo se proporcionará, si es que se obtiene alguno, sino más bien si se [distribuirá] algo del bien colectivo [a cada miembro del grupo].”¹⁵⁵

Asimismo, otro factor relevante por considerar será la dimensión del miembro individualmente considerado¹⁵⁶ dentro del grupo. Cada asociado soporta de manera distinta los beneficios y los sacrificios en torno a un bien, existiendo una desproporción o “explotación” entre la ganancia y la carga.

Igualmente, en lo que concierne a la categorización entre organizaciones inclusivas y exclusivas en torno a un bien, también habrá diferencias en las relaciones internas del grupo. Mientras que en las organizaciones exclusivas¹⁵⁷ habrá mayor control entre los miembros y más interacciones para lograr establecerse como grupo organizado, quien logre adivinar o predecir su comportamiento obtendrá mayores ventajas en cuanto al poder de negociación. En cambio, en las organizaciones inclusivas¹⁵⁸, no existe gran presencia de negociaciones y de interacciones estratégicas porque no existen intenciones de sacar a nadie del grupo y porque no se necesitan de decisiones unánimes para funcionar.

Y, finalmente, ha de ser igualmente relevante la concordancia de intereses en los miembros¹⁵⁹ de la organización. Al respecto, la suboptimalidad (o ineficiencia en la distribución del bien) en los grupos pequeños será menos grave o más atenuada en aquellas agrupaciones en las cuales los miembros poseen distinto interés en el bien común. Pero la distribución se tornará aún más arbitraria ya que el miembro más pequeño obtendrá menos beneficios, generándole menos incentivos para proporcionar bien adicional para el bien colectivo.

Por tanto, para Mancur Olson, las personas con intereses comunes se agrupan, ineludiblemente, para favorecer sus propios intereses. Sin embargo, la

¹⁵⁵ OLSON (1992), pp. 34

¹⁵⁶ Ibid., pp. 38-39

¹⁵⁷ Ibid., pp. 52

¹⁵⁸ Ibid., pp. 52-53

¹⁵⁹ Ibid., pp. 44-45

racionalidad individual de agruparse en pro de los intereses personales no es suficiente para lograr una racionalidad de índole colectiva.

Si bien el interés propio (y de satisfacerlo a través del grupo organizado) ha de constituir el factor determinante a la hora de formar la organización o la institucionalidad para protegerlo y para, asimismo, salvaguardar los intereses colectivos; dicho interés individual sigue siendo primordial tanto para la acción individual como para una acción colectiva. Por lo tanto, la racionalidad de acción en los grupos pequeños radica en el propio interés individual; y en los grupos grandes en los incentivos sociales.

Y, ya sea para los grupos grandes como para los pequeños, la adopción a un determinado sistema de gobernanza obedece a una nueva forma de grupo, con una capacidad de coerción (política) más grande y efectiva.

Luego, una persona, para decidir si formará parte de un grupo¹⁶⁰, va a tener que reflexionar sobre dos aspectos relevantes: **(i)** ¿el beneficio total que obtendría proporcionando alguna parte del bien colectivo podría ser mayor al costo total de la fracción del bien común? y **(ii)** de proporcionarse algún bien, ¿cuánto debería de entregar la organización? Asimismo, para el evento que el grupo sea pequeño, **(iii)** ¿lo obtenido ayudará a maximizar el beneficio del grupo?

Al respecto, “[n]ormalmente, la provisión de [un] bien colectivo será notablemente subóptima y la distribución de la carga será altamente arbitraria (...) [porque] la cantidad de bien colectivo que la persona obtiene para sí misma les tocará también automáticamente a las demás.”¹⁶¹ Pero dicho problema podría ser resuelto si el costo marginal de las unidades adicionales al bien es “*compartido exactamente en la misma proporción que los beneficios adicionales.*”¹⁶²

Lo que conlleva a la tendencia ¹⁶³ de que a medida que el grupo aumente su tamaño, más difícil será la provisión óptima de bien colectivo para los miembros,

¹⁶⁰ OLSON (1992), pp. 37

¹⁶¹ Ibid., pp. 38

¹⁶² Ibid., pp.40

¹⁶³ Ibid., pp. 46

favoreciéndose menos los intereses comunes, pues será menos probable que las personas actúen para obtener, aunque sea, una mínima fracción del bien. Y, consecuentemente, la posibilidad de que un grupo se proporcione o no un bien colectivo sin la intervención de coacción o de estímulo externo “*depende, por lo tanto, en medida sorprendente del número de personas que haya en el grupo*”¹⁶⁴ pero “*no se puede decir con toda exactitud que depende exclusivamente del número de personas.*”¹⁶⁵ “*La norma para determinar si un grupo tendrá capacidad para actuar, sin coacción ni estímulos externos, a favor del interés del grupo es (como debe serlo) la misma para los grupos de mercado y para los ajenos a él: depende de si las acciones individuales de uno o más miembros cualquiera de un grupo son perceptibles para cualesquiera otros.*”¹⁶⁶

En suma, resulta lógico concluir¹⁶⁷ que, a medida que el grupo sea de mayor tamaño, más dificultoso será organizarse, más difícil será llegar a acuerdos, más altos resultarán los costos de organización y “*más lejos se estará de obtener una provisión óptima de un bien colectivo.*”¹⁶⁸

Sin embargo, es importante señalar que, pese a la organización de las personas en grupos para conseguir sus intereses, puede darse el caso de ciertos individuos que aporten muy poco o que, en definitiva, no aporten en lo absoluto para lograr el bien colectivo, pese a la existencia de incentivos o de coacción; pero que, aun así, se ven beneficiadas del actuar de la organización. Estos individuos, identificados y referenciados por Olson (y bautizados, unas décadas más tarde, por Elinor Ostrom como “*free riders*”¹⁶⁹ o polizones*), en definitiva, se aprovechan del

¹⁶⁴ OLSON (1992), pp. 55

¹⁶⁵ Ibid., pp. 55

¹⁶⁶ Ibid., pp. 55

¹⁶⁷ Ibid., pp. 56-57

¹⁶⁸ Ibid., pp. 58

¹⁶⁹ OSTROM (2000), pp. 32

* La figura del polizón o “*free rider*” es aquella persona que no colabora dentro de un grupo organizado y se sirve del esfuerzo mancomunado. “*Cuando una persona no puede ser excluida de los beneficios que otros procuran, [esta] está motivada a no contribuir en el esfuerzo común y a [“arrimarse” a] los esfuerzos de los otros. [Así, s]i todos los participantes eligieran [aprovecharse del esfuerzo del otro] no se produciría el esfuerzo común.*”

trabajo de los demás miembros, quedando más en evidencia en los grupos intermedios¹⁷⁰ cuando, por ser un grupo no tan grande, se puede notar si alguna persona está o no ayudando a alcanzar la obtención del bien colectivo.

En efecto, las consecuencias de la presencia de polizones se acentúan cuando se advierte que la contribución o no aportación de un miembro considerado individualmente no marca una diferencia significativa en la obtención de bien colectivo en el grupo. Y, como resultado, se podría observar, incluso, que no participar podría conllevar beneficios personales mayores en comparación a las pérdidas a nivel colectivo. Por tanto, resulta prudente pensar que podría ser, de hecho, más racional beneficiarse del actuar colectivo sin siquiera participar activamente en el grupo.

3. De “La teoría de la regulación económica” de George Stigler

En 1971, George Stigler, economista estadounidense y premio Nobel de Economía, publicó “La teoría de la regulación económica”, trabajo que desarrolla la idea de que la regulación (económica) tiene por finalidad “*la protección y los beneficios del público en general o de algún sector del público*”¹⁷¹, buscando, asimismo, “*explicar quién recibirá los beneficios o las cargas de la regulación, qué forma adoptará la regulación y qué efectos [tendrá] la regulación en la asignación de los recursos.*”¹⁷²

Si bien “*el proceso de toma de decisión [política-regulatoria] es fundamentalmente diferente a la del mercado*”¹⁷³, la teoría también intenta “*descubrir cuándo y por qué una industria (u otro grupo del mismo parecer) es capaz de utilizar al Estado para sus propósitos o es escogido por el Estado para ser*

Por otro lado, se reemplazó la expresión de “gorrón” de la versión traducida al castellano y empleada en el libro de Elinor Ostrom por la palabra “polizón” para mejor entendimiento en nuestra realidad idiomática.

¹⁷⁰ OLSON (1992), pp. 60

¹⁷¹ STIGLER (1971), pp. 3

¹⁷² Ibid., pp. 3

¹⁷³ Ibid., pp. 10

utilizado para propósitos ajenos”¹⁷⁴, actuándose, finalmente, bajo las mismas reglas que rigen para las decisiones de mercado, *i.e.* las leyes de la oferta y de la demanda.

Pues bien, Stigler sostiene que el Estado, a través de su poder de coerción, ejerce una función de protección y fomento de los intereses de la industria a través de **(i)** subsidios directos¹⁷⁵, **(ii)** control de entrada a nuevos competidores¹⁷⁶, **(iii)** eliminación de competencia sustitutiva¹⁷⁷ y mediante la **(iv)** fijación y control de precios¹⁷⁸.

Así, cuando la industria (como grupo de interés) recibe ciertas regalías o concesiones del Estado, para que aquélla pueda obtener lo máximo de beneficios económicos posibles (o deseados), es necesario que tenga cierta injerencia en el proceso político de toma de decisiones¹⁷⁹.

¿Y cómo se logra? *“La industria que persiga el poder político debe ir al vendedor apropiado: el partido político.”*¹⁸⁰ Y, de este modo, *“[l]a industria que busque la regulación debe estar preparada para pagar las dos cosas que un partido requiere: votos y recursos.”*¹⁸¹

Asimismo, Stigler manifiesta que *“los sistemas políticos son diseñados y aplicados racionalmente, que equivale a decir que son instrumentos apropiados para satisfacer los deseos de los miembros de una sociedad. Lo cual no quiere decir que el Estado servirá al concepto de interés público que tenga cualquier persona.”*¹⁸²

Luego, la regulación, *“por regla general, es adquirida por la industria y es diseñada y operada primordialmente para su beneficio.”*¹⁸³ Es decir, el Estado, sus poderes y su gobierno son dirigidos e influenciados por individuos que se agrupan para perseguir sus propios intereses, dictándose legislaciones y las políticas

¹⁷⁴ STIGLER (1971), pp. 4

¹⁷⁵ Ibid., pp. 4

¹⁷⁶ Ibid., pp. 5

¹⁷⁷ Ibid., pp. 6

¹⁷⁸ Ibid., pp. 6

¹⁷⁹ Ibid., pp. 11

¹⁸⁰ Ibid., pp. 12

¹⁸¹ Ibid., pp. 12

¹⁸² Ibid., pp. 4

¹⁸³ Ibid., pp. 3

públicas en servicio directo para con dichos grupos y no a interés general, capturándose el órgano institucional en pro de cierto(s) grupo(s) de poder.

Por tanto, según Stigler, la regulación termina perjudicando el bienestar social y se convierte en la mejor herramienta de los grupos de poder para que el Estado se desarrolle entorno y defienda los intereses particulares de tales grupos.

No obstante, pese a lo anteriormente señalado, es válido dudar de que los intereses privados de las industrias (en la regulación) siempre se traduzcan en transferencias desde el mercado hacia la arena política.

En resumen, se puede sostener que la teoría de la regulación económica busca explicar cómo o porqué los intereses regulatorios de cierto(s) grupo(s) estrechos prevalecen por sobre los intereses de los demás y terminan influyendo abusivamente en las reformas institucionales.

Lo anterior, asimismo, ha sido denominado como el fenómeno o “teoría de la captura” regulatoria o institucional.

4. Algunas críticas a “La lógica de la acción colectiva”

Sin duda que Mancur Olson realizó un gran aporte a la “Teoría de grupos” en el sentido de contribuir en leyes y principios que regulasen la organización de grupos de personas para lograr tanto sus objetivos individuales como comunes. Al respecto, su postulado se resume, esencialmente, en que las personas nunca podrán organizarse voluntariamente para perseguir sus intereses comunes y los individuos actuarán racionalmente cuando tomen decisiones enfocadas en sus propios intereses (personales), sin perjuicio de que es dable una organización estructurada bajo un grupo pequeño o que, ante la existencia de incentivos sociales o coerción, los miembros del grupo actuarán mancomunadamente en pro de los intereses comunes.

Empero, la forma en que construyó sus postulados, *i.e.* la metodología empleada, ha sido objeto de críticas por parte de varios estudiosos

estadounidenses, entre ellos, Donald Green con Ian Shapiro y Steven Croley, en el sentido de que el modo de comprobar la teoría de la acción colectiva olsoniana no es, ciertamente, del todo efectiva ya que, para justificar sus afirmaciones, Olson incurrió en ciertos sesgos en la selección de ejemplos, empleando sólo aquellos que servían para confirmar sus hipótesis.

Así las cosas, por un lado, Donald Green e Ian Shapiro criticaron los modelos de la teoría de la elección pública, incluyendo a la clásica lógica de la acción colectiva de Mancur Olson¹⁸⁴, en lo que dice relación con la metodología empleada para formular las hipótesis, ajustando los datos para adaptar las predicciones y así, consecuentemente, probar su teoría; sin perjuicio de que no es imposible que algunos planteamientos resulten ser ciertos realmente.¹⁸⁵

Al respecto, Green y Shapiro son contestes en que Olson se habría enfocado en la base lógica de los miembros de los grupos de interés y su participación¹⁸⁶, ofreciendo un elemento radicalmente diferenciador de los demás desarrolladores a la teoría de la elección pública en el sentido de que solo un incentivo separado y selectivo estimularía un individual racional en un grupo latente para actuar en pro de su grupo. En otras palabras, ha de ser un incentivo que es propio de los miembros que contribuyen con acciones para favorecer al grupo de los que son parte¹⁸⁷.

En este sentido, principalmente, Green y Shapiro llegaron a las siguientes deficiencias o fallas características¹⁸⁸ de la teoría: **(i)** las predicciones son resbaladizas y **(ii)** vagamente operacionales, **(iii)** buscan confirmar y **(iv)** proyectar la evidencia, y **(v)** se restringe arbitrariamente el dominio de aplicación.

En primer lugar, existen predicciones resbaladizas¹⁸⁹ porque la teoría comprende una serie de entidades que se tornan, actualmente, inobservables o no

¹⁸⁴ GREEN et SHAPIRO (1994), pp. 7

¹⁸⁵ Ibid., pp. 35

¹⁸⁶ Ibid., pp. 8

¹⁸⁷ Ibid., pp. 9

¹⁸⁸ CROLEY (2008), pp. 33-46

¹⁸⁹ GREEN et SHAPIRO (1994), pp. 40

medibles, resultando difícil establecer si los datos empleados confirman o rechazan los postulados de la teoría.

En segundo lugar, las predicciones son vagamente operacionales¹⁹⁰ por cuanto *“la conjetura de Olson de que, en ausencia de incentivos selectivos o [de] coerción, los miembros de los grupos grandes no participará en la acción colectiva para promover intereses conjuntos”*¹⁹¹ resulta ser un porcentaje de la predicción total, haciendo un enfoque estratégico en lo que se quiere sostener y comprobar. Por lo tanto, se producen resultados predictivos no equilibrados e irreales. Se acomodan los efectos con el fin de presentar al modelo como perfecto.

Como tercer punto, se busca confirmar la evidencia a través de un *“procedimiento de aducir instancias que confirman una hipótesis [siendo] quizás más transparente en algunos dominios como regulación y políticas burocráticas, donde los intereses ideológicos son más altos [, que en otros ámbitos].”*¹⁹² Pese a ello, no hacer referencia a las dificultades o logros de los competidores provoca que se piense que la predicción, en estudio, resulta ser completamente exitosa. Pero, como consecuencia, *“los experimentos hechos de esta manera ilustran en lugar de probar.”*¹⁹³ Por tanto, la construcción predictiva y la teoría, en general, resulta débil porque los problemas no son inseparables de la teoría.

En cuarto término, equivocadamente se proyecta una evidencia desde la teoría¹⁹⁴ insistiendo que el modelo otorga una descripción realista del sistema, no siendo del todo verídico.

Y, finalmente, *“en ocasiones, los teóricos de la elección racional consentirán que hay dominios (...) en la que ninguna variable plausible de la teoría parece funcionar, (...) [inclinándose] a retirarse, optando por concentrarse en aplicaciones en las que la teoría parece tener mejor éxito.”*¹⁹⁵ Así, se restringe arbitrariamente las

¹⁹⁰ GREEN et SHAPIRO (1994), pp. 41-42

¹⁹¹ Ibid., pp. 41

¹⁹² Ibid., pp. 42-43

¹⁹³ Ibid., pp. 43

¹⁹⁴ Ibid., pp. 43-44

¹⁹⁵ Ibid., pp. 45

explicaciones de la teoría sobre aquellas situaciones en las que no funciona del todo bien y resulta derrumbarse lo que se está tratando de establecer.

Y, por otro lado, Steven Croley, en su libro “Regulación e intereses públicos. La posibilidad de un buen gobierno regulador”^{*} en el cual desarrolló su “Teoría procesal administrativa”, sostuvo que, si bien el Estado funcionaría como un mercado, existen tres diferencias cruciales entre las regulaciones y las decisiones competitivas del mercado¹⁹⁶: **(i)** las decisiones regulatorias son decisiones de “todo o nada” ya que, una vez que el Estado toma una determinación sobre lo que va a regular, los ciudadanos no podrán “salir” del mercado regulatorio; **(ii)** las decisiones regulatorias son más duraderas que las decisiones de mercado, y **(iii)** las decisiones regulatorias son de índole colectivo y se toman de forma simultánea. Las decisiones de mercado no son simultáneas¹⁹⁷, como las políticas; además de que tampoco son masivas¹⁹⁸, pues no participa toda la sociedad.

Asimismo, como formula Croley, la teoría predeciría que los intereses de los grupos organizados van a prevalecer por sobre los intereses de los grupos de mayor tamaño. Y, en efecto, cuando los grupos se movilizan en pro de sus intereses para influir sobre resultados regulatorios, serían capaces de lograr su cometido.¹⁹⁹

No obstante, la teoría no predeciría la presencia de numerosos participantes con objetivos parcial o completamente incompatibles entre sí al momento de tomar decisiones normativas²⁰⁰. Y, por otra parte, la teoría también se aventura en sostener que la regulación a nivel de los procesos de toma de decisiones es, principalmente, de alcance solo para los grupos bien organizados. Por tanto, resulta evidente que sólo unos pocos participarían en el desarrollo y adopción de políticas regulatorias.²⁰¹

^{*} “*Regulation and public interests. The possibility of good regulatory government*” (2008)

¹⁹⁶ CROLEY (2008), pp. 20

¹⁹⁷ STIGLER (1971), pp. 10. (Como se cita en CROLEY (2008), pp. 20)

¹⁹⁸ Ibid., pp. 11. (Como se cita en CROLEY (2008), pp. 20)

¹⁹⁹ CROLEY (2008), pp. 23

²⁰⁰ Ibid., pp. 24-25

²⁰¹ Ibid., pp. 25

Ahora bien, considerando que la regulación se regiría bajo las mismas normas de la oferta-demanda, entonces si las personas pudiesen superar las fallas propias del mercado no habría necesidad, en consecuencia, de contar con un Estado Regulador. Pero, dados los obstáculos propios de alcanzar el progreso (v.g. construir carreteras, inspeccionar alimentos, cuidar del medio ambiente, etc.), conseguir tales avances por ellos mismos implicarían grandes cantidades de coordinación y cooperación²⁰². Así, los costos son vistos como males privados y los beneficios son como bienes públicos²⁰³.

Luego, según lo planteado por Mancur Olson, y en palabras de Croley, *“cuanto más grande sea el ‘público’ en cuestión, más abajo del nivel deseable será la oferta de bienes públicos.”*²⁰⁴ *“Los grupos numéricamente grandes tienden a no producir ningún efecto grupal, mientras que los grupos pequeños tienden a producir una cantidad positiva, pero subóptima, de bienes de grupo.”*²⁰⁵ Por ende, para Olson, muchos grupos (latentes) no podrán producir bienes colectivos y ningún grupo (privilegiado) producirá un nivel óptimo de un bien colectivo²⁰⁶.

Sin embargo, *“[d]esafortunadamente, el argumento de Olson no siempre distingue cuidadosamente sus afirmaciones empíricas de sus afirmaciones analíticas, a pesar de que sus conclusiones dependen de varias condiciones.”*²⁰⁷ Por tanto, que a medida que el grupo sea más grande será menor el incentivo para contribuir por cada miembro es, ciertamente, falso. La provisión de un bien no es inversamente proporcional al tamaño de un grupo²⁰⁸.

Para Olson, su “lógica de la acción colectiva” lograría predecir que los grupos intermedios y los grupos latentes carecerían de una forma organizacional y, como consecuencia, no tendrían bienes públicos que proporcionarles a sus miembros. Empero, los grupos empleados en su libro, que data del año 1965, si bien en esa

²⁰² CROLEY (2008), pp. 30

²⁰³ Ibid., pp. 30

²⁰⁴ Ibid., pp. 30

²⁰⁵ Ibid., pp. 30-31

²⁰⁶ Ibid., pp. 30-31

²⁰⁷ Ibid., pp. 31

²⁰⁸ Ibid., pp. 32

época no tenían una estructura definida, actualmente sí cuentan con una forma organizada.²⁰⁹ Y, por otro lado, la teoría del subproducto presentada por Olson tampoco logra explicar quién o quiénes estarían al otro extremo de las organizaciones o grupos de interés, fuente que resultaría ser la que realmente suministra bienes colectivos a dichos grupos. En efecto, estando así planteado este último elemento, da la impresión de que no habría ningún verdadero proveedor de bienes colectivos.

Enseguida, otra falla de la “lógica de la acción colectiva” estriba en los mecanismos o motivos por los que los grupos se movilizan, siendo catalogada por Croley como “*la mayor dificultad que presenta la teoría.*”²¹⁰ En concreto, la misma lógica que concluye que los grandes grupos tenderán o no a organizarse debería predecir lo mismo para cualquier grupo, sin importar el tamaño.²¹¹ Ergo, “*si un grupo no tiene privilegios, entonces ninguno de sus miembros esperará recibir beneficios de las contribuciones a la empresa de grupo que compensa los costos privados de un miembro.*”²¹² Así las cosas, “*la lógica de la acción colectiva realmente implica[ría] que los grupos como tales, a diferencia de los miembros individuales del grupo cuyo comportamiento proporciona una externalidad beneficiosa para los miembros, no son tan centrales para comprender el comportamiento político como se supone comúnmente.*”²¹³ Sin embargo, “*existen respuestas: los miembros de los grupos pueden movilizarse por razones que tienen relación con su propio sentido de justicia, por razones políticas o por motivos ideológicos e, incluso, para demostrar solidaridad.*”²¹⁴ Croley sostiene que las motivaciones morales y solidarias funcionan como catalizadores para superar la lógica de la acción colectiva.²¹⁵

Asimismo, Steven Croley sostiene que la teoría también es vulnerable en el sentido de que, si bien los grupos de interés buscan defender las políticas regulatorias que beneficien más los intereses de sus propios miembros, compitiendo

²⁰⁹ CROLEY (2008), pp. 33

²¹⁰ Ibid., pp. 44

²¹¹ Ibid., pp. 44

²¹² Ibid., pp. 44

²¹³ Ibid., pp. 44

²¹⁴ Ibid., pp. 44

²¹⁵ Ibid., pp. 41

por el “favor legislativo”, los legisladores poseen intereses mixtos y las agencias reguladoras actúan como si buscasen promover los intereses de los grupos especiales. La búsqueda de rentas en los grupos de interés es inevitable. Pero, a pesar de todo, dichas agencias no logran brindar los beneficios regulatorios que exigen los intereses especiales y, por tanto, resulta del todo cuestionable si la teoría resulta ser, del todo, dominante. Por tanto, la regulación promueve intereses públicos e, incluso, especiales, implicando que el Estado Regulado llega a ser más meritorio y ventajoso que perjudicial y poco benéfico²¹⁶.

Y, siguiendo en este razonamiento, la teoría tampoco se hace cargo sobre los procesos de toma de decisiones regulatorias o institucionales, a pesar de que impliquen procesos que resultan capaces de generar resultados regulatorios.²¹⁷ Al respecto, las agencias evitarán la transparencia y emplearán su discreción para obtener y entregar rentas regulatorias.²¹⁸ Luego, los casos ejemplificados por Olson (v.g. sindicatos de trabajadores²¹⁹, gremios de profesionales²²⁰, grupos empresariales²²¹, cooperativas agrícolas²²², entre otros) y mencionados por Croley (por ejemplo, Administración de Alimentos y Medicamentos – FDA-, Oficina del Contralor de la Moneda -OCC-, Comisión Federal de Comercio -FTC-, etc.)²²³ ilustrarían la posibilidad de lograr una regulación socialmente beneficiosa porque involucran iniciativas cuyos beneficios sociales superan los costos sociales.²²⁴ De esta manera, aquellos que consideran que se llevan la mayor parte de los costos directos de la regulación han de ser quienes merezcan de una reasignación distributiva a su favor. Y, en este sentido, la teoría acentúa una distribución ilícita de la regulación, redistribuyendo desde los intereses difusos hacia intereses poco merecedores, demostrando todo lo contrario los ejemplos expresados por Olson²²⁵.

²¹⁶ CROLEY (2008), pp. 50-51

²¹⁷ Ibid., pp. 241

²¹⁸ Ibid., pp. 243

²¹⁹ OLSON (1992), pp. 150-152

²²⁰ Ibid., pp. 152-156

²²¹ Ibid., pp. 156-168

²²² Ibid., 168-173

²²³ ARANDA (2019), pp. 14

²²⁴ CROLEY (2008), pp. 254

²²⁵ Ibid., pp. 254-255

En definitiva, para Croley, la forma en que fue desarrollada la teoría por Mancur Olson ha de ser rica en ideas, pero muy pobre en evidencia²²⁶. Como bien lo comenta, no existe conexión entre el tamaño del grupo pequeño, la “escala” de grupo y la capacidad de asegurarse bienes regulatorios.

La escala no es algo que, a los miembros individualmente hablando, les interese más que la fracción total de bien que su participación genera. Asimismo, si los beneficios pueden justificar costos, estos tampoco poseen relación con agrupar a los grupos por tamaño. En consecuencia, el tamaño no importa ya que la contribución hecha por un miembro va a beneficiar a todos los que integren el grupo, pero bajo un costo exclusivo para dicho miembro. Y, por este costo (y razón), es que el miembro no participará en todo o lo hará en algún nivel subóptimo²²⁷.

Igualmente, si el tamaño tiene que ver con la capacidad de asegurarse bienes del grupo, esto conllevaría que los recursos políticos de un grupo aumentarían con su tamaño ya que los grupos grandes acarrean más votos a los legisladores y, por efecto, tendrán un considerable poder político. Cuestión que tampoco resulta ser así²²⁸.

Al fin y al cabo, Croley concluye que *“la influencia de la teoría de la elección pública no se debe a su poder irresistible, sino a la ausencia de cualquier alternativa.”*²²⁹ *“La verdad es que la regulación es demasiado compleja y variable para una rápida medición o una generalización concisa.”*²³⁰

Por tanto, en resumidas cuentas, Olson logró sostener que el interés propio es la base de la acción colectiva. Además, consiguió desarrollar a los grupos como agentes de decisiones económicas, estableciendo que, respecto a los grupos pequeños o grandes de acción colectiva, el sistema de gobierno es un grupo más, pero con la peculiaridad de poseer capacidad política y poder de coerción.

²²⁶ CROLEY (2008), pp. 305

²²⁷ Ibid., pp. 42

²²⁸ Ibid., pp. 43

²²⁹ Ibid., pp. 306

²³⁰ Ibid., pp. 306

Sin embargo, el poder de la acción colectiva sigue concentrando un gran interés y aceptación en el mundo económico, principalmente, porque no se ha presentado una teoría más completa que sea capaz de hacer frente a los problemas que se susciten en su desarrollo teórico y en su comprobación empírica.

5. Sobre la teoría de la captura institucional

No existe un concepto unívoco de “captura”. Sin embargo, distintas entidades y autores han hecho un importante ejercicio de aproximación para lograr entender dicho fenómeno a partir de una definición más precisa.

Ergo, Stigler enunció que la captura (regulatoria) refiere a *“los usos potenciales de recursos y poderes públicos para mejorar el estatus económico de grupos económicos. [Así] cada industria u ocupación que tiene suficiente poder político para utilizar el Estado buscará controlar la entrada [de nuevos competidores].”*²³¹

En la misma línea, el Banco Mundial también ha entregado un concepto de captura, a saber, entendida ésta como la *“capacidad de algunos actores en la arena política de ser capaces de diseñar o implementar una política que maximiza sus beneficios privados ante el bienestar social debido a su mayor poder de negociación.”*²³²

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (por sus siglas, OCDE) ha sostenido que *“[l]a captura de políticas se entiende como aquel proceso mediante el cual las decisiones de política pública [sobre leyes, reglamentos o políticas] se desvían constante y sistemáticamente desde el interés público hacia intereses particulares de personas o grupos específicos. La captura es lo opuesto a*

²³¹ OXFAM (2018b), pp. 15

²³² WORLD BANK (2017)
OXFAM (2018b), pp. 15

generar políticas incluyentes y justas, y siempre socava los valores centrales de la democracia.”²³³

Por otro lado, Oxfam América expresa que la captura se concibe como un “proceso en que actores, difuminando el poder oficial y privado, transforman un sistema, parcial o totalmente, para que favorezca a una élite minoritaria a expensas de la mayoría no privilegiada.”²³⁴ Existe un “ejercicio de influencia abusiva por parte de élite(s) extractiva(s) (a favor de sus intereses y prioridades, y en detrimento del interés general) sobre el ciclo de políticas públicas y los organismos del Estado (...) con efectos potenciales en la desigualdad (económica, política o social) y en el correcto desempeño de la democracia.”²³⁵

La captura, igualmente, es considerada como “el proceso a través del cual se afecta la intervención estatal en cualquiera de sus formas, que puede incluir áreas tan diversas como la configuración de impuestos, la elección de política exterior o monetaria, o la legislación que afecta a la [investigación y desarrollo]. De acuerdo con la interpretación estrecha, la captura regulatoria es, específicamente, el proceso mediante el cual el monopolio regulado termina manipulando las agencias estatales que se supone son controladas por ellas.”²³⁶

“[E]s el resultado (...) por el cual la regulación, en la ley o aplicación, es consistente o reiteradamente dirigida lejos del interés público y hacia intereses de la industria regulada, por la intención y acción de la propia industria.”²³⁷

Entonces, la captura “ocurre cuando un grupo de interés especial logra obtener un resultado regulatorio que no está en el ‘interés público’.”²³⁸ Y, “a menudo, se equipara con corrupción, influencia y fallas regulatorias.”

Ahora bien, a propósito de lo explicitado por Steven Croley, existen ciertas premisas cruciales respecto a la teoría de la acción colectiva y la captura. Vale

²³³ OCDE (2018), pp. 11

²³⁴ Ibid., pp. 15

²³⁵ OXFAM (2018b), pp. 14

²³⁶ DAL BÓ (2006), pp. 203

²³⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 13

²³⁸ GREEN et SHAPIRO (1994), pp. 404

decir²³⁹, **(i)** los grupos con intereses afines no se organizarán voluntariamente para conseguir políticas regulatorias que promuevan sus propios intereses, más bien van a intentar participar en políticas regulatorias para lograr beneficiar a sus miembros sin importarles las implicancias que dichas políticas generen en el bienestar social; **(ii)** la competencia que se da entre los grupos de interés es desigual respecto a la política regulatoria; y **(iii)** los legisladores buscarán un tratamiento regulatorio favorable para los grupos de interés con tal de poder conservar sus escaños.

De esta forma, para Croley, la teoría de la captura se basa en que la regulación beneficiará sí o sí a ciertos grupos de interés, asignándole rentas o beneficios colectivos ya que ellos, además de superar problemas propios de la coordinación por ser un grupo pequeño y poseer intereses afines, haciendo más fácil la acción colectiva; logran una gran influencia en dicha política regulatoria ante su relación de interdependencia con los legisladores y administradores (que, para mantener sus cargos, realizan acciones legislativas y administrativas directas en beneficio de dichos grupos de interés), haciendo, así, el sistema a su favor.

Luego, se puede sostener que la teoría de la captura “*establece el tipo de grupos de interés que hacen las demandas más efectivas a los legisladores y administradores*”²⁴⁰, pero como algunos grupos prevalecen por sobre otros, provocan que los resultados de la política regulatoria no sean pluralistas ni socialmente deseables.²⁴¹

A su respecto, Stigler manifestó que la captura reposa en “*los sistemas políticos [que] son diseñados y aplicados racionalmente [por ciertos grupos de interés], que equivale a decir que son instrumentos apropiados para satisfacer los [propios] deseos de [ciertos] miembros de una sociedad.*”²⁴² Por tanto, la regulación se da sólo en beneficio de individuos que buscan sólo satisfacer sus propios intereses y no el interés general; obteniéndose, como resultado, un perjuicio al

²³⁹ CROLEY (2008), pp. 27

²⁴⁰ Ibid., pp. 28

²⁴¹ STIGLER (1971), pp. 4

²⁴² Ibid., pp. 4

bienestar social y una forma de perpetuar la desigualdad económica, política y cultural.

Ergo, las acciones de estos grupos de interés, que logran capturar las políticas públicas, ejercen una influencia abusiva en el sentido de que si bien no poseen una autoridad legal-formal²⁴³, sí cuentan con un considerable poder político (y económico), empleando su “*capacidad desproporcionada para influenciar el sistema político*”²⁴⁴ y echando mano a sus “*habilidad[es] para condicionar, modificar y controlar el comportamiento de los decisores políticos oficiales que sí poseen la capacidad para hacer e implementar las decisiones.*”²⁴⁵ Como consecuencia, se tiene que la asignación de beneficios colectivos se torna en un gran problema público, debilitando el rol de las autoridades políticas y del Estado.

También se hace el distingo de la captura institucional de lo que se denomina captura del Estado. Esta última se expresa en una forma de “*corrupción a gran escala en la que agentes privados influyen en la formulación de leyes, normas, decretos, regulaciones y políticas públicas, en la búsqueda de favorecer sus propios intereses egoístas y en detrimento del bienestar general [con efectos] permanentes y de largo plazo*”²⁴⁶ y que se presenta en las etapas de desarrollo legislativo o regulatorio de un Estado²⁴⁷ e, incluso, jurisdiccional²⁴⁸.

Y, asimismo, la captura del Estado se diferencia de la captura administrativa en el sentido de que ésta se observa explícitamente en las etapas de implementación y ejecución de las normativas.²⁴⁹

Por tanto, “*la captura es instrumental porque sirve de procedimiento intermedio para acceder a la maquinaria estatal.*”²⁵⁰

²⁴³ OXFAM (2018b), pp. 23

²⁴⁴ Ibid., pp. 23

²⁴⁵ Ibid., pp. 23

²⁴⁶ GARAY et al. (2008), pp. 10

²⁴⁷ Ibid., pp. 16

²⁴⁸ Ibid., pp. 19

²⁴⁹ Ibid., pp. 16

²⁵⁰ Ibid., pp. 72

Así las cosas, entonces, se puede sostener que la teoría de la captura institucional busca explicar cómo o porqué los intereses regulatorios de ciertos grupos estrechos prevalecen por sobre los intereses de los demás y terminan influyendo abusivamente en las políticas o reformas institucionales, en la capacidad de decisión y de acción de un órgano o institución, en la debida implementación de dichas políticas, en su control o fiscalización.

6. Precisiones ulteriores respecto de la captura

La captura aparece como un componente importante dentro de las principales crisis humanas y ambientales de nuestros tiempos.²⁵¹ *“Al ejercer influencia indebida en decisiones públicas relativas a leyes y políticas, [de las más diversas formas o mecanismos], (...) los grupos de intereses estrechos [son] los que definen directamente el ambiente legal y regulatorio futuro, sacando el mayor partido a los vacíos legales y áreas grises que dan paso a la discrecionalidad.”*²⁵² Y, de esta manera, obtener la satisfacción de sus intereses por encima del bien común en diversos ámbitos de la esfera pública de un país o sociedad.

Luego, sobre cómo se ejerce la captura, ante todo, es necesario entender la forma en que se presenta. Por tanto, la captura admite distintas clasificaciones que se describen inmediatamente.

i. Tipos de captura

En primer lugar, existe la captura en sentido amplio (cuando situaciones puntuales afectan la intervención estatal) y en sentido estricto (cuando agentes regulados intervienen en las decisiones de agencias encargadas de regular)²⁵³.

²⁵¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 2

²⁵² OCDE (2018), pp. 26-27

²⁵³ LOPES (2018), pp. 38
DAL BÓ (2006), pp. 203-204

En segundo lugar, la captura puede ser fuerte (como aquella que transgrede de tal manera los intereses públicos que sería mejor no contar con regulación alguna) o débil (como aquella que no compromete tanto la capacidad regulatoria ya que el público aún puede verse beneficiado)²⁵⁴.

En tercer lugar, la captura puede presentarse ex ante (que recae en el proceso de creación de las normas o políticas) o ex post (que se observa en el funcionamiento de las políticas públicas)²⁵⁵.

Como cuarta categorización, existe la captura de decisiones (cuando versa sobre el modo en que influyen las políticas en los grupos y le son favorables) y la captura de información (cuando recae sobre la asimetría de información entre los actores, afectando la toma de decisiones al punto de optar erróneamente por aquellas que menos favorezcan los propósitos individuales)²⁵⁶.

En quinto lugar, la captura puede ser directa (en la cual existe relación entre los grupos de interés reguladores y los órganos o instituciones) o indirecta (en la cual existe un grupo intermedio que influencia o manipula la toma de decisiones regulatorias)²⁵⁷.

A su vez, puede distinguirse entre captura corrosiva (que ocurre cuando los grupos grandes, como empresariales, logran hacer una regulación menos fuerte que la prevista)²⁵⁸ y captura robusta (que es aquella que se observa tanto en un ámbito legislativo como administrativo)²⁵⁹.

Y, finalmente, existe un tipo especial de captura, denominada captura cultural o cognitiva. Esta *“no es necesariamente captura como se define (...). Es una de las razones por las cuales puede ocurrir la captura.”*²⁶⁰ *“[E]s un canal a través del cual*

²⁵⁴ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11

²⁵⁵ LOPES (2018), pp. 38

²⁵⁶ Ibid., pp. 38

²⁵⁷ Ibid., pp. 38

²⁵⁸ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 16

²⁵⁹ Ibid., pp. 19

²⁶⁰ Ibid., 79

la captura puede ocurrir en paralelo al canal materialista tradicional. (...) [Y] es aún más difícil de identificar empíricamente porque siempre hay múltiples explicaciones de porqué alguien forma las creencias que tiene (...)."²⁶¹ Por tanto, resulta ser "el producto inevitable de las interacciones entre la industria regulada y las agencias reguladoras,"²⁶² que no logra ser ciento por ciento económico. Sí o sí tiene como componente un elemento humano, íntimo, personal o ideológico²⁶³, y que incide en la forma en que interactúan los actores en la captura tradicional.

ii. ¿Cómo se sabe que hubo captura?

No es una pregunta fácil de responder ya que, en primer lugar, "*la evidencia empírica sobre las causas y consecuencias de la captura regulatoria es escasa*"²⁶⁴ y, en segundo lugar, porque pareciese ser que la captura es muy improbable cuando las irregularidades son visibles para los ciudadanos.²⁶⁵

Empero, "*la investigación (...) aún no ha confirmado completamente esta presunción*"²⁶⁶ porque "[l]a literatura empírica sobre la captura, especialmente en sus primeros años, dio más atención al rol de las características individuales de los reguladores que a los efectos de las puertas giratorias."²⁶⁷

Así las cosas, aparenta ser que la forma más real y efectiva de saber si hubo o no captura es haciendo una comparación entre "*cuál hubiera sido el resultado de[l] interés público y compararlo con el resultado adoptado [u obtenido]*."²⁶⁸ En otras palabras, un cotejo sobre lo que pudo ser y lo que efectivamente es, *i.e.* cuando existe una captura *ex post*.

²⁶¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 79

²⁶² Ibid., pp. 95

²⁶³ DURAND (2016), pp. 40-41

²⁶⁴ DAL BÓ (2006), pp. 220

²⁶⁵ Ibid., pp. 220

²⁶⁶ Ibid., pp. 220

²⁶⁷ Ibid., pp. 220

²⁶⁸ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 401

Ergo, algunas formas que prevén o que sancionan la captura *ex post* se observan en mecanismos **(a)** que establecen una conexión entre el sector público y privado (lobby y movimientos de altos cargos desde el sector privado al público y viceversa), **(b)** que están asociados al sistema político-electoral (financiamiento de la política, aportes económicos a candidatos, delito de corrupción, influencia en los procesos legislativos, nombramiento de cargos), **(c)** de creación de agendas políticas (recayendo en la información, generación de conocimiento y manejo en los medios de comunicación) y en **(d)** mecanismos informales (en el sentido de que moldean el comportamiento de las autoridades y funcionarios y producen una alteración en las normas formales, principalmente, a través del otorgamiento de incentivos económicos).²⁶⁹

Sin perjuicio de lo anterior, implica un gran desafío para las sociedades, gobiernos y las distintas formas de organización el desarrollo de métodos preventivos o limitativos de la captura *ex ante*.

Ahora bien, sobre las posibles soluciones o mecanismos con las que se podría evitar la captura, éstas han de ser tratadas en el Capítulo IV*.

iii. ¿Qué consecuencias trae aparejada la captura?

La captura produce diversos efectos a nivel político, económico, social y emocional.

En primer lugar, *“conduce a la asignación errónea de recursos públicos y privados, lo que genera actividades de captación de rentas e ineficiencia en la productividad y determinación del presupuesto [y] pone en peligro el crecimiento sostenible [de una sociedad]”*.²⁷⁰

²⁶⁹ OXFAM (2018b), pp. 61-68

* VER: CAPÍTULO IV, pp. 123-142

²⁷⁰ OCDE (2018), pp. 12

En segundo lugar, acentúa las desigualdades sociales, económicas, políticas, culturales y de género. “*Los beneficios obtenidos por medio de la captura permiten al grupo de interés seguir invirtiendo en la búsqueda de influencias para mantener y expandir su riqueza y poderío; por ende, nutre el ciclo vicioso de la desigualdad.*”²⁷¹ E, incluso, genera problemas para que el propio gobierno pueda “*acceder a grupos sociales difíciles de alcanzar [y] poblaciones de baja representación particular*”²⁷² (v.g. pueblos indígenas, zonas extremas, personas analfabetas, personas con discapacidad, etc.).

Como tercer aspecto, la captura puede o, lisa y llanamente, bloquea reformas y políticas públicas.²⁷³ Los grupos de poder influyen de manera tal que logran que sus intereses sean considerados en la toma de decisiones políticas, desviándose recursos fiscales para lograr sus intereses tanto individuales como del grupo. Se genera una resistencia de los grupos poderosos a cambios estructurales en pos del bienestar general.

Asimismo, repercute en la confianza hacia las instituciones, gobierno y partidos políticos, provocando que las personas y la ciudadanía perciba a la política como injusta.²⁷⁴ Los delitos como corrupción²⁷⁵, malversación de caudales públicos²⁷⁶ y prevaricación²⁷⁷, no poseen sanciones ejemplificadoras o que eviten una conducta desleal en el ejercicio de las funciones públicas de las autoridades, además de que existen conflictos de intereses de las propias autoridades o funcionarios públicos.

E, igualmente, la captura provoca una “*pérdida de credibilidad en la solución de conflicto, ya que puede haber mayor propensión a la aceptación de argumentos presentados por determinados grupos de interés.*”²⁷⁸

²⁷¹ OCDE (2018), pp. 12

²⁷² Ibid., pp. 74-75

²⁷³ Ibid., pp. 12

²⁷⁴ Ibid., pp. 12

²⁷⁵ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2019), artículos 287 bis y 287 ter

²⁷⁶ Ibid., artículos 233-238

²⁷⁷ Ibid., artículos 233-232

²⁷⁸ LOPES (2018), pp. 41

En otro punto, la captura también genera la sensación de malestar hacia los grandes grupos económicos que influyen en las políticas públicas o que poseen cierto poder de regulación ya que pueden optar a beneficios o regalías que los ciudadanos comunes no poseen (v.g. concesiones sistemáticas de contratos públicos, exoneración de impuestos o subsidios estatales, acceso a créditos públicos, posiciones monopólicas en los mercados, venta privilegiadas de activos o bienes, etc.)²⁷⁹. Por tanto, se perpetúan conductas como el clientelismo²⁸⁰ y la corrupción²⁸¹.

En séptimo lugar, “conlleva amenazas a la salud, al medio ambiente y a la seguridad, al proporcionar, por ejemplo, servicios de menor calidad o descuidando sectores de la salud.”²⁸² Como, también, repercutiendo en la educación, en el derecho a hacer peticiones al gobierno²⁸³ y en el acceso a la justicia, debilitando al Estado en su rol de velar por el bienestar social, la equidad y las plenas libertades para la sociedad toda, ya que “[e]l Estado cumple un papel indispensable en la defensa activa de la cohesión social y la lucha contra la pobreza.”²⁸⁴ Luego, como los grandes grupos de poder están en estrecha relación con las empresas, éstas suelen tener un comportamiento altamente contaminador y evasor de herramientas ambientales; y las posibles sanciones ambientales no logran tener un efecto también ejemplificador de las conductas abusivas con la biodiversidad, los ecosistemas y las poblaciones humanas.

En octavo lugar, la captura también repercute en la asimetría en el acceso a la información (transparencia) de las actuaciones institucionales como para la toma de decisiones ciudadanas (participación ciudadana) y en el lobby²⁸⁵. “La transparencia es la clave para garantizar que los intereses personales no tengan

²⁷⁹ OCDE (2018), pp. 42

²⁸⁰ GARAY et al. (2008), pp. 33
OXFAM (2018a), pp. 16

²⁸¹ GARAY et al. (2008), pp. 34
OXFAM (2018a), pp. 16

²⁸² OCDE (2018), pp. 12

²⁸³ Ibid., pp. 67

²⁸⁴ IGLESIAS (2006), pp. 12

²⁸⁵ LEY N°20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios (2014), artículo 2° numeral 1

*prioridad sobre el interés general.*²⁸⁶ Y el lobby es utilizado como “*una estrategia de la élite empresarial para influir en las decisiones públicas, tanto hacia el ejecutivo como hacia el legislativo.*”²⁸⁷ Incluso, existe un lobby informal ya que “[*]as élites se conocen, muy a menudo estudiaron en los mismos colegios o han compartido en espacios de recreo y, por tanto, tienen vínculos primarios entre ellas.*”²⁸⁸

Asimismo, la captura afecta a la sociedad misma al contar con información tendenciosa proporcionada por los grupos de interés²⁸⁹, repercutiendo también en la participación ciudadana. “*La falta de transparencia usualmente está acompañada de obstáculos y barreras a la competencia económica y, en general, a la participación de distintos sectores sociales en la toma de decisiones. [Además,]la falta de mecanismos efectivos de petición y rendición de cuentas contribuye a perpetuar un régimen de baja responsabilidad.*”²⁹⁰

Consiguientemente, la captura se observa en que se delegan las facultades de regulación en grupos sin una autoridad política formal o que se constituyen “poderes” paralelos que ejercen facultades de legislación y de justicia, afectando la legitimidad de representación de los intereses sociales. “[*C]uando las empresas no encuentran medios para ser representados y para defender sus intereses en los procesos de formulación e interpretación de leyes, o cuando tienen un gran poder de mercado, buscan la manera de establecer procedimientos informales y directos para lograr dicho objetivo.*”²⁹¹

Como decimoprimer consecuencia, existen fallas en establecimiento de mecanismos para establecer situaciones de captura, de labores de supervisión o monitoreo de las normas institucionales y carencia de recursos para fiscalizar situaciones irregulares en el ámbito institucional²⁹².

²⁸⁶ OCDE (2016), pp. 124

²⁸⁷ OXFAM (2018a), pp. 88

²⁸⁸ Ibid., pp. 88

²⁸⁹ OCDE (2018), pp. 47

²⁹⁰ GARAY et al. (2008), pp. 67

²⁹¹ Ibid. pp. 67

²⁹² OCDE (2018), pp. 96

En otro aspecto, la observa captura en la elección de las directivas de las instituciones o nombramiento de los distintos cargos. Este fenómeno también es conocido como la “puerta giratoria”²⁹³, en la cual existe fuga o traslado de profesionales y personas que ostentan altos cargos entre el mundo público y privado.

Por otro lado, también repercute en cuanto influencia a los medios de comunicación. *“Las élites empresariales han invertido fuertemente en [ellos, siendo los mass media] grupos de medios con fuertes capitales detrás que, en ocasiones, impulsan sus intereses como si fueran información objetiva y rompiendo los límites de la ética periodística.”*²⁹⁴ Y, también, *“ejercen su control impulsando sus intereses en los medios. [Incluso, a] veces utilizan la televisión pública como propaganda gubernamental (...) [limitándose] la independencia y la información plural (...)”*²⁹⁵ Todo esto provoca, en definitiva, que los grupos de presión impongan sus intereses por sobre las de las personas o ciudadanía.

Y, finalmente, en cuanto a la regulación, la captura provoca *“aumento en los costos de la regulación, ya que habrá una tendencia a hacer interpretaciones benéficas a determinados grupos de interés debido a presiones externas, lo que significará [desmedros a otros grupos sociales]”*²⁹⁶, una *“disminución de la eficacia de la regulación [porque] las normas sectoriales y [las] acciones de fiscalización no atenderán al objetivo esperado”*²⁹⁷, un aumento de las externalidades económicas en la toma de decisiones públicas²⁹⁸, y una reducción en la calidad de los servicios públicos²⁹⁹ por el simple hecho de que los grupos de presión que tienen cierta intromisión en dichos servicios harán lo posible por obtener lo máximo de utilidades a costa de la calidad de los servicios.

²⁹³ LOPES (2018), pp. 45

OXFAM (2018a), pp. 84

²⁹⁴ OXFAM (2018a), pp. 83

²⁹⁵ Ibid., pp. 83

²⁹⁶ LOPES (2018), pp. 41

PINTO JR. et PINTO PIRES (200)

²⁹⁷ LOPES (2018), pp. 41

²⁹⁸ Ibid., pp. 41

PINTO JR. et PINTO PIRES (200)

²⁹⁹ LOPES (2018), pp. 41

7. Algunos comentarios sobre el comportamiento colectivo y la captura

Una acción será racional si coinciden tres elementos copulativos. En primer lugar, tal acción colectiva debe servir como medio para obtener los intereses de la persona (en una relación medio-fin). En segundo lugar, la acción debe efectuarse con la creencia de que será el medio eficaz e idóneo en virtud de la información de la cual se dispone para tomar la decisión. Y, en tercer lugar, la acción debe servir para maximizar tanto los beneficios que se desean obtener como la información a partir de los costos asociados a la organización y a la transacción.³⁰⁰

Luego, el enfoque de la acción colectiva está puesto en la racionalidad del actuar de las personas, tanto a nivel individual como grupal, para conseguir sus fines. Si no hay incentivos o coerción para actuar como grupo, no existe acción colectiva o esta es irracional, según el enfoque olsoniano.

Sin embargo, *“la evidencia histórica muestra lo contrario y la gente sí participa de movimientos colectivos [por incentivos morales, sociales, culturales, altruistas, etc. Por ende,] Olson se equivoca al asumir que quienes se movilizan o no en una acción colectiva son individuos aislados [ya que,] en realidad, están ya organizados en grupos solidarios, en comunidades viables o en asociaciones en torno a ‘intereses colectivos’.”*³⁰¹

Por tanto, la presencia de “*free riders*” en estos grupos de acción colectiva, no aplica para toda forma de organización. Existen motivaciones propias del “*altruismo, [de] la cooperación, [de] la solidaridad desinteresada o [d]el compromiso con valores ajenos a la racionalidad instrumental*”³⁰² económica o social que, incluso, pueden actuar conjuntamente o de forma proporcional.

Por tanto, la dinámica propuesta por Olson se equivoca en cuanto a que sí existen movimientos sociales cuyas metas son la obtención de bienes colectivos de carácter general y no metas de grupos de interés puramente individualistas.³⁰³ “*E*

³⁰⁰ AGUIAR et DE FRANCISCO (2007), pp. 75-76

³⁰¹ TORRES (2005), pp. 6

³⁰² Ibid., pp.6

³⁰³ JIMÉNEZ (2007), pp. 11

*modelo de Olson choca y es incompatible con una gran cantidad de movimientos sociales cuyos fines tienen una relación estrecha con la obtención de bienes colectivos u objetivos de carácter universalista y no de metas atribuibles a un interés de clase, grupo o meramente individuales.*³⁰⁴

En lo que refiere a lo expresado por Croley sobre la teoría de la captura, de que algunos grupos de interés logran prevalecer por sobre otros, provocando que los resultados de la política regulatoria no sean pluralistas ni socialmente deseables³⁰⁵; si bien Croley busca responder sobre si es o no inevitable la captura regulatoria³⁰⁶, el aporte más importante que hace Croley, en su teoría procesal administrativa, a la discusión de la teoría olsoniana fue desglosar las fallas conceptuales y metodológicas de Olson, además de introducir el procedimiento administrativo como forma de enmendar lo propuesto por Olson. En otras palabras, *“apunta a explicar por qué la captura de los órganos de la administración del Estado por parte de grupos de interés especial no es algo inevitable, o al menos, irrefutable, centrándose en el estudio de casos del proceso regulador estadounidense.”*³⁰⁷

Ahora bien, *“[partiendo] con Olson y Stigler, la literatura económica sobre captura regulatoria comienza desde dos premisas: las opiniones de los reguladores pueden ser influenciados, y no todos los grupos tienen las mismas oportunidades para influir en ellas.”*³⁰⁸

*“[L]a captura ocurre cuando algún interés especial, típicamente un grupo industrial, persuade a los actores gubernamentales para que ejerzan el poder coercitivo del Estado de manera que no sea in el ‘interés público’.”*³⁰⁹

Por lo tanto, el punto de partida de la captura está en el interés público³¹⁰, luego de haber pasado por el interés privado o particular. Y, si bien resulta difícil definir lo que se entiende por interés público, no es menos cierto que una forma de

³⁰⁴ JIMÉNEZ (2007), pp. 11

³⁰⁵ Ibid., pp.11

³⁰⁶ Ibid., pp. 26-52

³⁰⁷ ARANDA (2019), pp. 10

³⁰⁸ CARPENTER et MOSS (2014), pp, 126

³⁰⁹ Ibid., pp. 401

³¹⁰ Ibid., pp. 58-59

comprender lo que implica es a partir de lo que produce la captura en cuanto “*ocurre cuando un grupo de interés especial logra obtener un resultado regulatorio que no es un ‘interés público’.*”³¹¹

*“[L]as causas y consecuencias de la captura del Estado pueden exceder la esfera de lo económico, sobre todo, cuando se amplía el tipo de actores interesados en capturar y cuando se reconoce que[,] en Estados de Derecho no consolidados, los actores ilegales son también potenciales captores. A su vez, estas consideraciones permiten reconocer que los procedimientos de captura van más allá del soborno y que los objetivos van más allá del favorecimiento económico.”*³¹²

No obstante lo anterior, a pesar de que los grupos de interés generan consecuencias negativas para con el bienestar común al capturar las políticas públicas y/o las instituciones, no es menos cierto que poseen dos grandes atributos, dignos de ser destacados: una capacidad de organización y de influencia.

Y, asimismo, destacan ciertos aspectos relevantes³¹³ que, paradójicamente, podrían aportar a los movimientos sociales, grupos y a la sociedad en cuanto a la forma en que podrían llegar a organizarse para lograr el bienestar general.

En primer, los grupos de interés poseen un fin y una organización estables, ya que existe cierto vínculo o membresía de forma invariable en el tiempo.

En segundo lugar, gozan de una gran habilidad organizacional, con medios eficaces para lograr captar y unificar la voluntad de sus miembros.

En tercer punto, cuentan con una facilidad para tomar decisiones respecto a su gobernanza, pues cuentan con información respecto de sus intereses individuales y colectivos.

En cuarto término, siguen distintos objetivos y, dentro de estos, pueden tener diversos grados de influencia sobre las políticas públicas.

³¹¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 403-404

³¹² GARAY et al. (2008), pp. 95

³¹³ RUIZ (2016), pp. 3-4

Y, finalmente, los grupos de interés o de presión pueden actuar tanto dentro como fuera del ámbito institucional, recopilando bastamente información sobre otros grupos y sobre las personas comunes tanto desde la arena privada como de la pública.

CAPÍTULO III

DE LAS INSTITUCIONES QUE PODRÍAN REPRESENTAR AL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO

En el capítulo I* se presentó la posibilidad de que el Medio Ambiente sea considerado como un sujeto de Derecho o como una persona propiamente tal, denominada persona ambiental, exponiéndose los primeros aspectos jurídicos a considerar para su configuración como tal.

Luego, en el capítulo II** se hizo un análisis del comportamiento colectivo hasta llegar a la captura institucional o regulatoria. Importante es destacar los efectos que genera la captura, desde un nivel micro (en un grupo pequeño) hasta nivel macro (un Estado completo), pudiendo llegar a afectar los grupos de interés o de presión a cualquier institución con el fin de lograr sus intereses.

A partir de esto, en la presente sección se presentarán una serie de posibles instituciones que podrían llegar a representar al Medio Ambiente como sujeto de Derecho. Dicho análisis se efectuará a partir de la naturaleza jurídica, tamaño, intereses, fines, ventajas y desventajas en el ejercicio de la representación de la persona ambiental, y de la probabilidad de que dichas instituciones sean o no capturadas por los grupos de interés.

1. Sobre las instituciones jurídicas

En primer lugar, es menester aclarar que las personas que estudian dentro del ámbito económico tienen un concepto no unívoco de lo que se entiende por institución³¹⁴, o resulta ser muy laxo; cuestión que en la obra de Mancur Olson no

* VER: CAPÍTULO I, pp. 16-34

** VER: CAPÍTULO II, pp. 35-74

³¹⁴ HODGSON (2011), pp. 21, 28, 44-45

fue esbozada. Sin embargo, en la esfera jurídica, sí existe un concepto unívoco de lo que se entiende por institución.

Así pues, una institución “*es un núcleo organizado dentro del orden jurídico con la mira de realizar una idea directriz de bien común y dotado de la estructura autoritaria y de los órganos necesarios para establecer y perdurar, adquiriendo individualidad propia.*”³¹⁵ “[E]s la consolidación permanente, uniforme y sistemática de conductas, usos e ideas mediante instrumentos que aseguran el control y cumplimiento de una función social.”³¹⁶

En cuanto a sus elementos, la institución es una comunidad humana³¹⁷, que está organizada dentro del orden jurídico³¹⁸, que posee una idea directriz de orden común³¹⁹, con una estructura interna autoritaria y con órganos establecidos para ejercer una función institucional determinada³²⁰, con cierta duración y permanencia temporal³²¹, y con una individualidad objetiva (*i.e.* existe y se puede identificar socialmente, aunque no cuente con una estructura u organización formalmente establecida).

Existen dos tipos de instituciones: las instituciones-personas y las instituciones-cosas. Las instituciones-personas son aquellas que surgen “*a partir de la unión de voluntades humanas en una idea directriz, formándose un nuevo ser con personalidad jurídica propia*”³²², como las fundaciones. Y las instituciones-cosa nacen a partir del “*principio de orientación o limitación que no engendra comunidad propia*”³²³, como una norma jurídica.

Ergo, las instituciones-personas nacen, viven y mueren jurídicamente. Y para que funciones, es menester³²⁴ que **(i)** existan reglas institucionales para su propia

³¹⁵ HÜBNER (1951); pp. 161

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 84

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 161

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 162

³¹⁹ *Ibid.*, pp. 163-164

³²⁰ *Ibid.*, pp. 164-165

³²¹ *Ibid.*, pp. 165-166

³²² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (1962), pp. 111

³²³ *Ibid.*, pp. 111

³²⁴ HÜBNER (1951), pp. 146

gobernanza (Derecho estatutario y disciplinario); que **(ii)** exista interiorización sobre las fuerzas internas colectivas e individuales, fuerzas materiales, fuerzas morales, etc., y su debido control; que **(iii)** exista un grado de incorporación en los órganos de gobierno (como continuidad del poder socialmente organizado); y, en último lugar, que exista una **(iv)** personificación de las voluntades de los miembros (conquistando adeptos).

Por otro lado, las instituciones jurídicas *“son entidades jurídico-sociales, es decir, que están regladas, sistematizadas y coordinadas por normas jurídicas con eficacia social organizada.”*³²⁵ Y, en el ámbito del Derecho, una institución jurídica es *“el conjunto de relaciones jurídicas que presentan caracteres comunes y se encuentran sometidas a los mismos principios”*³²⁶ o como un *“conjunto de normas que [,] sistematizadas dentro del ordenamiento jurídico, regulan esas relaciones.”*³²⁷ Entonces, en ellas, su elemento central, es su positivización o marco institucional y, en especial, el establecimiento de reglas de conducta y sanciones³²⁸.

En cuanto a la estructura de una institución, se compone de un sistema interno y otro externo. El interno³²⁹ hace alusión a los mecanismos por los cuales la institución asegura su existencia y estabilidad. Y el externo *“comprende todas las actividades con que la institución afronta su ambiente: a) establecer y modificar objetivos, b) asegurar soporte ambiental para su desarrollo y mantenimiento, [y] c) modos de enfrentar otras instituciones”*³³⁰ como normas de conflicto, formas de colaboración, etc.

Por ende, una institución *“no sólo favorece la creación de determinadas situaciones jurídicas, sino que además engendra reglas de [D]erecho.”*³³¹ Sin embargo, es preciso resaltar que no se debe fiar completamente en éstas ya que *“detrás (...), y dentro de ellas, están [las personas], las grandes, mediocres e ínfimas*

³²⁵ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA (1968), pp. 86

³²⁶ VODANOVIC (2006), pp. 171

³²⁷ Ibid., pp. 171

³²⁸ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA (1968), pp. 86

³²⁹ Ibid., pp. 119-120

³³⁰ Ibid., pp. 119

³³¹ HÜBNER (1951), pp. 146

personalidades, que con su actuación genial, discreta o negativa ensalzan o desprestigian, en el grado correspondiente, a su estatura política, la importancia y la efectividad de las instituciones.”³³²

Por tanto, para efectos de esta memoria, una institución jurídica será un organismo con un carácter formalmente estructurado, con competencias específicas o provisto de la legitimidad de ejercer una acción jurídica procesal determinada cuyo titular será una persona en específico o un conjunto de personas, con el fin de ejercer la representación y, consecuentemente, conducción del Medio Ambiente como sujeto de Derecho o como persona ambiental.

2. Nociones en torno a la representación

El Código Civil señala que “[l]o que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”³³³ Así, se consagra la representación, institución jurídica en virtud de la cual los efectos de un acto, contrato, acuerdo o convención que una persona celebra o ejecuta en nombre de otra se radicarán en forma directa e inmediata en el patrimonio de esta última, como si hubiese concurrido personalmente, con su voluntad, al otorgamiento o decisión.³³⁴

Posee una gran utilidad práctica ya que se constituye como “el único medio para suplir la falta de voluntad o discernimiento (...) [y] en su reemplazo actúa la voluntad de los representantes (...) encargados de velar por los intereses [del representado].”³³⁵

Así pues, en el ámbito civil, la representación puede ser legal, o voluntaria o convencional. Y, asimismo, existe la representación judicial en sede procesal.

³³² NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA (1968), pp. 88

³³³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 1448

³³⁴ VODANOVIC (2005), pp. 285

³³⁵ Ibid., pp. 285

La representación legal (o forzada)³³⁶ es aquella que se origina por mandato de la ley para el caso de que una persona esté imposibilitada de ejercer sus derechos por sí misma o se ve impedida de valerse por sí sola, actuando a través de un representante legal.

La representación voluntaria (o convencional)³³⁷ es aquella en la cual la persona, de manera discrecional, le entrega poder de representación a otra para que realice ciertos actos. Es decir, existe acuerdo entre las partes para que una actúe en nombre y cuenta de la otra.

La representación judicial³³⁸ es aquella que en la cual una determinada persona, ya sea dotado de poder de representación a través de la ley o de una convención o mandato, comparece en juicio o efectúa actuaciones ante los Tribunales de Justicia a nombre de otra persona.

Luego, en el caso de la persona ambiental, es estrictamente necesario que “su voluntad” (o la toma de decisiones sobre su desenvolvimiento) sea desplegada por medios de personas naturales y/o jurídicas, organizadas estas a través de instituciones debidamente establecidas para el cumplimiento de los fines primordiales de protección y conservación de la Naturaleza.

Por tanto, primeramente, la representación sería de índole legal, ya que una ley facultaría a una o a varias instituciones para representar al Medio Ambiente; sin perjuicio de que se podrían dar casos de representación convencional en el supuesto de que se traspase dicha representación desde una institución a otra. Y, en consecuencia, dependiendo de quién represente civilmente hablando, ejercerá, asimismo, la representación procesal.

Ahora bien, en lo que se refiere a cómo se materializaría la representación de la persona ambiental, como ocurre en la representación de alguna institución o litigio, habría personas determinadas que tendrían la calidad de representantes y

³³⁶ VODANOVIC (2005), pp. 289

³³⁷ Ibid., pp. 290

³³⁸ LEY N°18.120, que establece normas sobre comparecencia en juicio (1982)

bajo su cargo o encomienda la organización propiamente tal llevaría cabo los actos correspondientes para una representación efectiva y responsable de la Naturaleza.

3. Observaciones preliminares de las instituciones jurídicas que podrían, eventualmente, llegar a representar a la persona ambiental

Como se analizó anteriormente, el interés personal o individual es la base de la acción colectiva. Luego, lo obvio sería que las personas con intereses afines (racionalmente) se agrupasen en pos de beneficiar dichos intereses de la mejor manera posible (*i.e.* proveerse de bienes colectivos³³⁹), independientemente de si existen o no incentivos (sociales) y coerción.

Así, dichos grupos, según tamaño³⁴⁰, podrían ser pequeños, intermedios o grandes no teniendo relación su volumen con los beneficios que podrían llegar a obtener. Además, según comportamiento de sus miembros³⁴¹, podrían ser privilegiados o latentes.

Por otra parte, Elinor Ostrom, una destacada economista estadounidense, estableció ocho elementos o principios fundamentales³⁴² generales para que una institución logre perdurar en el tiempo, independientemente de la posibilidad de que las personas puedan variar las normas por las cuales decidieron regirse en las instituciones de acción colectiva para la administración de recursos de uso común.

Ergo, extrapolando lo anterior, habrían seis principios fundamentales en las instituciones que podrían representar al Medio Ambiente como sujeto de Derecho; a saber: **(a)** se deben contar con límites claramente definidos (de la institución); **(b)** han de tenerse arreglos de elección colectiva (*i.e.* normas para definir la toma de decisiones); **(c)** debe haber un sistema de supervisión de parte de los miembros o de un agente externo para la observancia de las reglas internas de gobernanza o

³³⁹ OLSON (1992), pp. 23-26

³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 33, 56, 59-61

VER: CAPÍTULO II, pp. 40-41

³⁴¹ OLSON (1992), pp. 68, 72, 141, 142, 145, 148

VER: CAPÍTULO II, pp. 40-44

³⁴² OSTROM (2000), pp. 331, 148-163

reglas institucionales; **(d)** se tienen que establecer sanciones graduadas ante incumplimiento de las reglas institucionales propias y generales; **(e)** se deberá contar con mecanismos para la solución de conflictos; y, finalmente, **(f)** ha de instaurarse un reconocimiento mínimo de derechos de organización interna.

Por gobernanza se entiende “*la capacidad de integrar y dar forma a intereses locales, organizaciones y grupos sociales y, por otro lado, la capacidad de representarlos afuera, para desarrollar estrategias más o menos unificadas hacia el mercado, el Estado y otros niveles de gobierno*”.³⁴³ Luego, respecto a las reglas internas de gobernanza o institucionales, la Unión Europea propone cinco principios básicos³⁴⁴: **(i)** apertura, **(ii)** participación, **(iii)** responsabilidad, **(iv)** eficacia y **(v)** coherencia.

La apertura³⁴⁵ tiene relación con otorgarle más importancia a la transparencia y comunicación de las decisiones de la institución. La participación³⁴⁶, en cambio, pone su énfasis en el otorgamiento de posibilidades a las personas para elaborar y aplicar decisiones. Por su parte, el principio de responsabilidad³⁴⁷ establece que cada persona debe tener claramente determinado su rol en la toma de decisiones y, por tanto, quedará limitado hasta qué punto deberá asumir sus responsabilidades. En otro aspecto, el principio de eficacia³⁴⁸ hace referencia a que las decisiones tomadas deben producir los resultados esperados. Y, por último, la coherencia³⁴⁹ implica que las decisiones deben tener una conexión o interrelación tal que el funcionamiento de la institución se entienda de determinada manera, bajo ciertos lineamientos, sin contradicciones.

³⁴³ DE BARBIERI et ZURBRIGGEN (2011), pp. 61
LE GALÈS (1998), pp. 496

³⁴⁴ UNIÓN EUROPEA (2001), pp. 11
DE BARBIERI et ZURBRIGGEN (2011), pp. 83

³⁴⁵ UNIÓN EUROPEA (2001), pp. 11

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 11

³⁴⁷ *Ibid.*, pp. 11

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 11

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 11

Por ende, todos estos principios deben coexistir de manera tal que permita el proceso de toma de decisiones (o arreglos institucionales) de parte del organismo y pueda, finalmente, funcionar la institución acorde a las metas e intereses colectivos.

Acto seguido, a propósito de lo anterior, en las instituciones con aptitud de representación de la persona ambiental han de considerarse aspectos tan relevantes como los objetivos o la motivación del grupo³⁵⁰ por los cuales se movilizan, un compromiso transversal de sus miembros, la gobernabilidad del grupo mismo (v.g. mecanismos de toma de decisiones³⁵¹, la información disponible sobre diversos aspectos de la institución³⁵², las reglas por las cuales se regirán -reglas institucionales-), la distribución de los bienes colectivos³⁵³, entre otros.

En otro ámbito, desde un aspecto más íntimo de la organización, las diferencias individuales o simetría/asimetría de intereses entre los miembros es otro aspecto relevante ya que aquellos que poseen más poder o autoridad dentro del grupo harán prevalecer su interés³⁵⁴; de la misma manera que lo hace un grupo de presión por sobre otros³⁵⁵.

De ahí es que se sostiene que la identidad colectiva o de un grupo ofrezca ciertas orientaciones y significados especiales³⁵⁶ de la acción misma, además de símbolos y representaciones compartidas³⁵⁷. Empero, a pesar de los intereses similares o simétricos, la identidad colectiva *“no se canaliza por el hecho de compartir con un gran grupo de población un rasgo específico identificador (el color de la piel o la edad), sino por nuestra pertenencia a un pequeño grupo creado ex*

³⁵⁰ CROLEY (2008), pp. 44

³⁵¹ OSTROM (2000), pp. 151-152

CROLEY (2008), pp. 20

STIGLER (1971), pp. 10

³⁵² OSTROM (2000), pp. 302

³⁵³ Ibid., pp. 60, 148-153

CROLEY (2008), pp. 245-255

³⁵⁴ OLSON (1992), pp. 16-17, 44-45

³⁵⁵ CROLEY (2008), pp. 28

STIGLER (1971), pp. 12

³⁵⁶ DELGADO (2007), pp. 47

³⁵⁷ Ibid., pp. 58

profeso para obtener algún bien público (del que se benefician quienes participan y quienes no) o colectivo (del que se beneficia sólo quien participa)”³⁵⁸.

Por tanto, la identidad del grupo no puede ser tomada como un mero y puro dato sobre *“un producto, sino [como] el resultado de la interacción dinámica entre los diversos actores sociales, y que constituye la base para la expresión pública de la acción colectiva.”³⁵⁹*

Luego, la identidad grupal y la identidad social explican porqué existe una cooperación colectiva, que es, entonces, en virtud de características o pretensiones similares y compartidas por las personas que se sienten parte de dicho grupo o sociedad.³⁶⁰

Ahora bien, acorde a la opinión de Steven Croley, en caso de que existan grupos con intereses afines, estos no van a organizarse voluntariamente entre ellos para conseguir políticas públicas que logren promover sus intereses; sino que, más bien, van a procurar penetrarse en el sistema para participar directamente en el proceso de toma de decisiones políticas para beneficiar a sus propios miembros. Así, resulta evidente que existe una fuerte competencia entre los grupos para lograr sus objetivos mayores y, como consecuencia, se afecta el bienestar social de una comunidad o sociedad, a pesar de que no todos sus administrados no hayan participado.³⁶¹

Y, por último, debe ser tomado en cuenta el rol del Estado ante la nueva institucionalidad ambiental y su grado de intervención en cada institución.

Delimitados estos aspectos relevantes en el establecimiento de una institución jurídica con posibilidad de representación de la persona ambiental, corresponde hacer un análisis caso a caso según su carácter de Derecho Público o de Derecho Privado, tamaño, intereses, ventajas y desventajas, y posibilidad de captura.

³⁵⁸ AGUIAR et DE FRANCISCO (2007), pp. 69

³⁵⁹ ZIZUMBO et al (2009), pp. 4

³⁶⁰ AGUIAR et DE FRANCISCO (2007), pp. 69-70

³⁶¹ CROLEY (2008), pp. 27

4. Análisis de las instituciones jurídicas que, eventualmente, podrían llegar a representar al Medio Ambiente según su carácter de Derecho Público o de Derecho Privado, tamaño, intereses, sobre sus ventajas y desventajas, y de la posibilidad de captura

Como se señaló anteriormente, para el análisis que a continuación se hará se empleará la clasificación tradicional de personas jurídicas de Derecho Público e instituciones de Derecho Privado para categorizar a las posibles instituciones jurídicas (con una orgánica del tipo colectiva) que podrían llegar a tener la capacidad de representación de la persona ambiental.

En lo que respecta al tamaño, de las instituciones propuestas, se contempla una de carácter individual y otras de manera colectiva que dependerá del grado de organización el tamaño final que alcance la institución propiamente tal.

Respecto a los intereses, pueden coexistir varios y de diversa índole como bien lo expresó Croley³⁶² (políticos, económicos, sociales, culturales, religiosos, morales, etc.). Por ejemplo, Stutzin caracterizó algunos intereses como ambientales³⁶³ y que provocan una gran motivación en la defensa del Medio Ambiente como sujeto de Derecho, v.g. interés material inmediato, interés material mediato, interés inmaterial e interés moral.

El interés material inmediato responde a una protección de la Naturaleza por los nocivos efectos de la contaminación y del deterioro natural. El interés material mediato consiste en el resguardo tanto del ambiente como de los recursos naturales. El interés inmaterial obedece a los deseos de conservación por razones afectivas, espirituales e intelectuales. Y el interés moral estriba en el cuidado y defensa de las distintas formas y condiciones de la vida natural en respuesta a su valor intrínseco.

³⁶² CROLEY (2008), pp. 41, 50-51

VER: CAPÍTULO II, pp. 54-57

³⁶³ STUTZIN (2010), pp. 100

Así las cosas, se proponen como instituciones jurídicas que podrían representar a la persona ambiental las siguientes:

4.a. Oficina especializada en Medio Ambiente de la Corporación de Asistencia Judicial

En nuestra institucionalidad, existen las Corporaciones de Asistencia Judicial (en adelante, por sus siglas, CAJ) que son servicios públicos descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que no persiguen fines de lucro (*i.e.* de Derecho Público) y cuya “*finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos.*”³⁶⁴

Dentro de la organización territorial de la CAJ está la Oficina Regional Metropolitana que, a su vez, cuenta con una oficina especializada en Derechos Humanos.

Por tanto, aprovechando la instancia de la existencia de una oficina con una competencia especializada, podría establecerse una nueva oficina con competencia ambiental que haga las de representante del Medio Ambiente a solicitud de un grupo de personas que no cuenten con los medios económicos y quieran velar por la protección y conservación de la Naturaleza, o deseen exigir la responsabilidad por daño ambiental.

En este sentido, esta institución de Derecho Público sería, por lo demás, una organización inclusiva³⁶⁵ y tendría como motivaciones la de materializar el acceso a la justicia socioambiental, así como de colaborar con una asistencia legal gratuita, comprometida y profesional a todas las personas que lo necesiten. Y, asimismo, adquiriría la forma de un grupo latente movilizado³⁶⁶, ya que los miembros funcionarían la bajo coacción de trabajar para cumplir con una función legal.

³⁶⁴ LEY N°17.995, que concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica que se indican en las regiones que se señalan (1981), artículo 2°

³⁶⁵ OLSON (1992), pp. 52-53
VER: CAPÍTULO II, pp. 46

³⁶⁶ OLSON (1992), pp. 61

Luego, una oficina especializada en medioambiente de la CAJ tendría como ventajas las de poder seguir representando a personas de escasos recursos (bajo el privilegio de pobreza) y de constituirse como un organismo con competencias específicas en el ámbito medioambiental y, por tanto, podría efectuar una representación responsable y comprometida.

Asimismo, debido a su configuración como Persona Jurídica de Derecho Público, no perseguiría lucro. Como tercer aspecto, sus arreglos de elección colectiva³⁶⁷ quedarían fijados de la misma manera en que se dirige administrativamente la Corporación de Asistencia Judicial.

En cuanto a sus aspectos de gobernanza, existiría un alto compromiso de sus miembros en velar tanto por el acceso a la justicia de parte de personas con menos recursos como de la justicia ambiental en específico; y, relacionado con esto, habría una simetría de intereses entre los miembros para alcanzar un alto grado de protección y conservación o, en su defecto, de restablecimiento del estado natural en caso de daño ambiental.

Y, finalmente, se podría solicitar acceso a información (vía transparencia) para conocer sobre su funcionamiento, desempeño y actuar de sus funcionarios y autoridades.

Sin embargo, sus desventajas estarían dadas por los inconvenientes que representa ser un órgano descentralizado y bajo supervigilancia (objeto de decisiones de un jerárquico, habiendo intromisión de otras personas o autoridades en su funcionamiento, ajenas a su quehacer); la disponibilidad presupuestaria de establecer oficinas a nivel nacional; la ubicación de dichas oficinas en regiones por su carácter descentralizado; y la representación, en la práctica, estaría siendo decidida por postulantes en el contexto de una práctica profesional, no existiendo total experiencia y conocimientos que exige una labor de tal envergadura. Además,

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

³⁶⁷ VER: CAPÍTULO III, pp. 80-82

se ejercería una labor profesional sin remuneración o estipendio alguno por parte de los estudiantes practicantes, precarizando el trabajo.

Sobre lo anterior, y a propósito de la discusión que se dio durante los años 2006-2008 en torno a la institución del abogado de turno en Chile³⁶⁸. En su momento, el Colegio de Abogados de Chile A.G. presentó una reclamación a la Organización Mundial del Trabajo en la cual se solicitaba pronunciamiento sobre un posible incumplimiento de parte del Estado Chileno al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930.

Chile argumentó que *“los abogados chilenos están obligados a efectuar trabajos obligatorios y no pagados a favor de particulares. En primer lugar, durante los estudios universitarios, los futuros abogados trabajan un año estudiantil a favor de personas de escasos recursos a través de las llamadas Clínicas Jurídicas. Esta práctica, habitual en todas las profesiones, constituye una complementación necesaria de los estudios. Después, una vez terminados los estudios universitarios, para recibir el título de abogado se requiere del postulante que haya cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por seis meses en las Corporaciones de asistencia judicial, servicio público que depende del Ministerio de la Justicia. Esta práctica consiste en un trabajo obligatorio gratuito para el Estado, pero a favor de personas de escasos recursos. Por fin, luego de recibir su título profesional, el abogado es obligado a continuar trabajando gratis a favor de particulares a través del sistema de abogados de turno.”*³⁶⁹

Y esto, más bien, fue aceptado en su época y con los años porque era un buen mecanismo para garantizar el acceso a la justicia. Empero, el abogado de turno, como institución, ya no se justificaba porque la educación universitaria no es gratuita; y existe un elevado número de abogados y, consecuentemente, al aumentar la oferta, disminuyen los precios de los honorarios. Y, por lo mismo, en virtud de un argumento *a fortiori*, la práctica profesional resulta ser igualmente injusta en cuanto a su característica de trabajo no remunerado y obligatorio para

³⁶⁸ ILTMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°755-2007 (2008)

³⁶⁹ OIT, Introducción, punto N°12

postulantes que requieren desempeñarse así para recibir, posteriormente, su título de abogados o abogadas.

Retornando a las desventajas, existiría probabilidad de captura institucional v.g. quedando al arbitrio de los propios funcionarios o del jefe superior del servicio la forma en que se desempeñaría la función representativa sin afectar a los intereses de los peticionarios y del espíritu del establecimiento de la persona ambiental. Al respecto, se manifestaría la captura en la elección de la jefatura superior o de cargos de autoridad, en la fiscalización de irregularidades, en la resistencia a ciertas decisiones o actuaciones institucionales, en la permeabilidad o traspaso de información sensible o privilegiada a la arena privada, conflicto de intereses entre los grupos y los funcionarios, etc.

Por tanto, la captura en esta institución sería débil³⁷⁰; ex ante³⁷¹ y ex post³⁷²; directa³⁷³ e indirecta³⁷⁴; de decisiones³⁷⁵ y de información³⁷⁶; robusta³⁷⁷; y cultural³⁷⁸.

Por otro lado, la oficina especializada también sería susceptible de lobby informal³⁷⁹ en el caso de que los funcionarios y funcionarias hayan tenido una vida personal y social en contacto con personas que forman parte de grupos de poder o de presión con intereses contrapuestos a la protección o conservación medioambiental. Y, relacionado con esto último, podría haber traspaso de

³⁷⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

³⁷¹ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

³⁷² LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

³⁷³ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

³⁷⁸ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95
VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

³⁷⁹ OXFAM (2018a), pp. 88

información sensible o privilegiada desde el sector público al sector privado y viceversa.³⁸⁰

Y, como último aspecto, respecto a la responsabilidad, si bien se cuenta con una especial para los funcionarios (responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la aplicación de otro tipo de responsabilidades) y de sanciones disciplinarias hacia los postulantes; muchas veces puede ocurrir que, ante situaciones irregulares (v.g. soborno, cohecho, corrupción, etc.), se sancione a aquella persona que menos injerencia o responsabilidad tenía en el hecho para dar la sensación de que se eliminó toda corrupción y todo puede funcionar nuevamente y de forma normal.

4.b. Clínicas jurídicas ambientales de universidades reconocidas por el Estado

Las universidades en Chile son *“institución[es] de educación superior de investigación, raciocinio y cultura que, en el cumplimiento de sus funciones, debe[n] atender adecuadamente los intereses y necesidades del país, al más alto nivel de exigencia”*.³⁸¹ Dentro de sus funciones se encuentran las de *“[p]romover la investigación, creación, promoción y transmisión del saber universal y el cultivo de las artes y de las letras; (...) [c]ontribuir al desarrollo espiritual y cultural del país, de acuerdo con los valores de su tradición histórica”*³⁸²; entre otros.

En relación con los principios, las universidades se inspiran en la responsabilidad, participación, flexibilidad, transparencia, integración, sustentabilidad e interculturalidad.

La responsabilidad implica que *“[t]odos los actores del proceso educativo deben cumplir sus deberes y rendir cuenta pública cuando corresponda”*³⁸³. El principio de participación establece que *“[l]os miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en*

³⁸⁰ OXFAM (2018a), pp. 85, 88

³⁸¹ DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1, que fija normas sobre universidades (1980), artículo 1°

³⁸² Ibid., artículo 2° letras a) y b)

³⁸³ LEY N°20.310, Ley General de Educación (2009), artículo 3° letra f)

*conformidad a la normativa vigente*³⁸⁴. A su vez, el principio de flexibilidad contempla que “[e]l sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales”³⁸⁵.

Como principio de transparencia se establece que “[l]a información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo los ingresos y gastos y los resultados académicos debe estar a disposición de los ciudadanos, a nivel de establecimiento, comuna, provincia, región y país”³⁸⁶. Luego, el principio de integración dispone que “[e]l sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales”³⁸⁷.

La sustentabilidad, como principio, dispone que “[e]l sistema fomentará el respeto al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, como expresión concreta de la solidaridad con las futuras generaciones”³⁸⁸. Y, finalmente, el principio de interculturalidad sostiene que “[e]l sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia.”³⁸⁹

En cuanto a la constitución de las universidades chilenas, éstas pueden crearse a partir de una ley o a través de una escritura pública o mediante instrumento privado reducido a escritura pública³⁹⁰. Y, en este último supuesto, además, deberán ser depositadas en el Ministerio de Educación las copias debidamente autorizadas de los instrumentos constitutivos de cada universidad privada para gozar de personalidad jurídica³⁹¹.

El primer caso origina a las universidades públicas³⁹², cuya naturaleza jurídica será de personas jurídicas de Derecho Público, autónomas, y con personalidad jurídica y patrimonio propios. Con la segunda forma de constitución se

³⁸⁴ LEY N°20.310, Ley General de Educación (2009), artículo 3° letra g)

³⁸⁵ Ibid., artículo 3° letra h)

³⁸⁶ Ibid., artículo 3° letra i)

³⁸⁷ Ibid., artículo 3° letra j)

³⁸⁸ Ibid., artículo 3° letra k)

³⁸⁹ Ibid., artículo 3° letra l)

³⁹⁰ LEY N°18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza (2005), artículo 44

³⁹¹ Ibid., artículo 46

³⁹² LEY N°21.094, sobre Universidades del Estado (2018), artículo 1°

crean las universidades privadas³⁹³ como personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro.

Ergo, una vez que las universidades privadas hayan cumplido los requisitos formales que establece la ley, el Ministerio de Educación dictará un decreto de reconocimiento oficial (por el Estado) con el cual podrán funcionar académicamente³⁹⁴.

Así las cosas, para la carrera de Derecho, se contempla el ramo de Clínica Jurídica cuyo objetivo es que las y los estudiantes de pregrado adquieran conocimientos y puedan aplicarlos en casos reales, supervisados por un profesor o profesora de forma tal que su desempeño sea similar a la del ejercicio profesional. Y, actualmente existen diversas clínicas jurídicas de distintas universidades reconocidas por el Estado que otorgan asistencia jurídica a la comunidad a través de tales cursos.

En el mismo sentido que la Oficina especializada en medioambiente de la Corporación de Asistencia Judicial, el establecimiento de una clínica jurídica especializada en Derecho Ambiental implica que sea una institución con competencias técnicas, de la cual se estima que hará un buen desempeño en un rol de representación; y, por tanto, las referencias a sus ventajas y desventajas se tendrán aquí por reproducidas.

Empero, respecto a las desventajas, se añade, en primer lugar, la provisión de recursos y el presupuesto para funcionamiento no sería similar entre universidades estatales y universidades privadas e, incluso, entre planteles de la misma categoría. Existirán algunas que contarán con mayores recursos para financiar sus actividades, pudiendo incidir esto en la toma de decisiones y en un actuar más limitado. Además, se producen “*actividades de captación de rentas e ineficiencia en la productividad y determinación del presupuesto [, poniéndose] en peligro el crecimiento sostenible [de una institución, organismo o sociedad]*”.³⁹⁵

³⁹³ DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1, que fija normas sobre universidades (1980), artículo 15

³⁹⁴ LEY N°21.094, sobre Universidades del Estado (2018), artículo 51

³⁹⁵ OCDE (2018), pp. 12

En segundo lugar, muchas personas podrían llegar a preferir algunas casas de estudios por sobre otras, existiendo también una desproporción en la carga de trabajo.

Por otro lado, la representación, en la práctica, estaría siendo llevada a cabo por estudiantes de pregrado, no existiendo una experiencia y conocimientos acordes a la función representativa; además de que tampoco estarían recibiendo alguna remuneración o sueldo por la labor desempeñada. Y, muy posiblemente, habría estudiantes que se comportarían como “*free riders*”³⁹⁶, provocando que el resto del grupo trabaje más para alcanzar los objetivos del equipo.

En relación con lo anterior, ante incumplimiento o mal desempeño de los estudiantes, si bien existen normas disciplinarias, la sanción administrativa o interna aplicada a algún alumno o alumna no sería onerosa ni perniciosa en comparación a las consecuencias económicas y socioculturales que tendría la falta o deficiente representación del Medio Ambiente. Vale decir, una sanción individual del tipo interna o administrativa no puede verse como equivalente a las amplias secuelas que puede generar una mala gestión de representación de la persona ambiental.

En otra arista, respecto a la transparencia, la solicitud de información de lo realizado y sobre cómo se está desempeñando sería disímil entre las instituciones públicas y privadas, porque unas se sujetarían a la ley de transparencia (universidades públicas), y otras no al arbitrio o discrecionalidad de la autoridad a cargo (universidades privadas).

³⁹⁶ VER: CAPÍTULO II, pp.44-45
OSTROM (2000), pp. 32

En sexto lugar, en lo que concierne a la captura (débil³⁹⁷; *ex ante*³⁹⁸ y *ex post*³⁹⁹; directa⁴⁰⁰ e indirecta⁴⁰¹; de decisiones⁴⁰² y de información⁴⁰³; corrosiva⁴⁰⁴ y robusta⁴⁰⁵; y cultural⁴⁰⁶), existiría una alta probabilidad que en las clínicas jurídicas, en particular de las universidades privadas, proliferara de alguna u otra manera el interés de ciertos grupos de poder en la forma en que se tomarían las decisiones desde el nivel más bajo hasta la autoridad sobre cómo se efectuaría la representación y cómo se dirigiría, en sí, la institución (v.g. resistencia a ciertas decisiones o actuaciones institucionales, filtración de información sensible o privilegiada, etc.).

Sin embargo, en esta misma senda, las clínicas jurídicas de las universidades estatales tampoco quedarían totalmente impermeables de captura porque, igualmente, podrían alinearse con los intereses de su propio plantel o de otros organismos del Estado, viéndose afectadas las tomas de decisiones por la presencia de ciertos grupos de poder.

En efecto, lo anterior sería más patente en este tipo de planteles universitarios ya que se movilizarían por razones políticas y económicas como grupo secundario a organizaciones con más poder y apoyo económico⁴⁰⁷. Asimismo, en las clínicas de estas universidades, unos pocos participarían en el desarrollo y toma

³⁹⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

³⁹⁸ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

³⁹⁹ LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁴⁰⁰ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁰⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁰⁶ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95
VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁴⁰⁷ OLSON (1992), pp. 148

de decisiones⁴⁰⁸ debido a que han de preservarse los principales intereses económicos de los grupos que proveen recursos a las casas de estudios o de las cuales son dueños; pudiendo, por tanto, existir conflictos de intereses entre los grupos y los funcionarios, estudiantes y autoridades universitarias.

A propósito de lo precedentemente señalado, cuando se sostiene que podrían existir tales conflictos entre dichos sujetos es porque podrían tomarse decisiones que obedezcan, finalmente, a motivos económicos de parte de los grupos de poder sin importar si eran las más adecuadas al caso y dirigidas de lleno hacia sus intereses particulares; provocándose, en consecuencia, una merma en la credibilidad institucional para la solución de algún conflicto o litigio por la “*propensión a la aceptación de argumentos presentados por determinados grupos de interés*”⁴⁰⁹, alejándose extensamente del interés público⁴¹⁰ y tornándose el órgano e, incluso, el sistema a su favor.

4.c. Fundaciones, corporaciones, organizaciones comunitarias funcionales o agrupaciones de éstas

Una fundación de beneficencia pública es una persona jurídica de Derecho Privado que se constituye “*mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general.*”⁴¹¹ Asimismo, una corporación o asociación también es una persona jurídica de Derecho Privado que “*se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados.*”⁴¹² Y, además, ambas son sin fines de lucro.

En otro sentido, una organización comunitaria funcional es “*aquella con personalidad jurídica y sin fines de lucro, que tenga por objeto representar y*

⁴⁰⁸ CROLEY (2008), pp. 25

⁴⁰⁹ LOPES (2018), pp. 41

⁴¹⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 13

⁴¹¹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000), artículo 545, inciso 3°

⁴¹² Ibid., artículo 545, inciso 3°

*promover valores e intereses específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva.”*⁴¹³

Respecto a una agrupación de estas, se hace alusión a la reunión de corporaciones, fundaciones y/u organizaciones comunitarias funcionales para formar una estructura grupal de mayor tamaño con la finalidad de mejorar sus alcances y éxitos en la gestión y conservación ambiental, como ya existen en nuestro país.

Ergo, una fundación y una corporación pueden ser grupos intermedios⁴¹⁴ o grandes⁴¹⁵, privilegiados⁴¹⁶ o latentes⁴¹⁷, e inclusiva⁴¹⁸ o exclusiva⁴¹⁹ según el caso (es decir, como se dé el comportamiento en cada grupo en particular). Y la organización comunitaria funcional sería una organización inclusiva, intermedia y privilegiada. La organización, en tanto, sería un grupo grande, inclusivo o exclusivo y latente.

Sin embargo, a diferencia de la acción colectiva que se suscita en el ámbito de derechos de los consumidores⁴²⁰, la agrupación de esta índole no será considerada como parte en juicio alguno, sino sólo como una representante y, por tanto, estaría legitimada para actuar en cualquier contienda judicial.

Sobre las ventajas de este tipo de institución, podrían contar con un considerable o alcanzable grado de especialización y un alto estándar de compromiso (orgánico) entre sus miembros en pro del Medio Ambiente, debido al

⁴¹³ LEY N°19.418, que establece normas sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias (1995), artículo 2° letra d).

⁴¹⁴ OLSON (1992), pp. 60
VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁴¹⁵ OLSON (1992), pp. 56
VER: CAPÍTULO II, pp. 40

⁴¹⁶ OLSON (1992), pp. 59
VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁴¹⁷ OLSON (1992), pp. 60
VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁴¹⁸ OLSON (1992), pp. 52-53
VER: CAPÍTULO II, pp. 46

⁴¹⁹ OLSON (1992), pp. 52
VER: CAPÍTULO II, pp. 46

⁴²⁰ AGUIRREZABAL (2010), pp. 192-193

carácter voluntario de la agrupación y, en cierto modo, altruista o de cooperación solidaria⁴²¹.

Por otra parte, sería fácil llegar a arreglos institucionales⁴²², en virtud de su forma de constitución (acto fundacional), la posibilidad de modificar los estatutos y los mecanismos para acordar una decisión o postura general como entidad. Y, en especial, por el nivel de apertura y participación de los miembros.

En otro aspecto, habría cierta similitud o simetría de intereses entre los miembros. Es decir, la agrupación de las personas en un movimiento colectivo para satisfacer sus intereses personales hace que, implícitamente, se entienda que los intereses que las movieron para organizarse se vean como equivalentes, similares o concordantes. Y, luego, como la institución no responde a una orgánica jerárquica, centralizada o descentralizada; los vínculos entre sus miembros se ven como una relación de igualdad, propio del Derecho Privado.

Asimismo, si bien podrían existir “*free riders*”⁴²³, su presencia sólo afectaría si la proporción es considerablemente alta en comparación a los miembros que sí aportan al funcionamiento del grupo y logran, finalmente, que la institución marche.

Sobre sus desventajas, estribarían en la forma de proveerse financiamiento tanto para su funcionamiento como para ejercer acciones judiciales haciendo que, al momento de recaudar fondos, se penetren grupos (económicos) de presión que terminen definiendo y dirigiendo a toda la organización per se y, por tanto, se tornen en instituciones más “capturables”, con todas las consecuencias⁴²⁴ que esto conlleva; además (v.g. nombramiento de autoridades o cargos importantes, poca o nula voluntad respecto a la toma de determinadas decisiones, etc.).

Así pues, las donaciones de terceros (que pertenecen a grupos económicos o de poder) o los aportes económicos que hagan personas que logran formar parte

⁴²¹ TORRES (2005), pp.6

VER: CAPÍTULO II, pp. 71

⁴²² VER: CAPÍTULO III, pp. 80-82

⁴²³ VER: CAPÍTULO II, pp. 48-49

OSTROM (2000), pp. 32

⁴²⁴ VER: CAPÍTULO II, pp. 66-70

de las instituciones en comento, pueden afectar directamente la manera en que la institución se conforma y conduce, como también a las estrategias procesales de las causas en las que las fundaciones, corporaciones, organizaciones comunitarias funcionales o agrupaciones de éstas tengan interés y actúen como parte o terceros.

En consecuencia, las instituciones de este tipo serían susceptibles de captura débil⁴²⁵; *ex ante*⁴²⁶ y *ex post*⁴²⁷; directa⁴²⁸ e indirecta⁴²⁹; de decisiones⁴³⁰ y de información⁴³¹; robusta⁴³²; y cultural⁴³³.

En otro sentido, tales instituciones podrían presentar problemas para aportar información a la ciudadanía interesada en conocer de su desempeño y gobernabilidad ya que no sería tan fácil de obtener información por su carácter privado, no sujeto, por ejemplo, a la ley de transparencia.

Por otro lado, también serían susceptibles de *lobby* informal⁴³⁴ en el caso de que los miembros de las instituciones hayan tenido una vida personal y social en contacto con personas que forman parte de grupos de poder o de presión con intereses contrapuestos a la protección o conservación medioambiental.

⁴²⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁴²⁶ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁴²⁷ LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁴²⁸ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴³³ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95
VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁴³⁴ OXFAM (2018a), pp. 88

4.d. Ombudsman o Defensoría del Medio Ambiente

Ombudsman⁴³⁵ o “Defensor del Ciudadano” o “del Pueblo” es una institución de origen sueco que se establece como “*un órgano no jurisdiccional dotado de (..) [autoridad moral⁴³⁶] cuya función es ser un defensor y promotor de los derechos de las personas actuando como representante de ellas respecto de sus reclamaciones en las materias que le competen.*”⁴³⁷ Luego, se constituye para la defensa y promoción de derechos, y con cierta autonomía o independencia de otros organismos⁴³⁸.

En un momento de nuestro país, se presentó un proyecto de ley para establecer la figura del “Defensor del Ciudadano” como “*una garantía institucional de los derechos de las personas frente a la administración, en particular a las prestaciones que ésta debe realizar a las personas con el objeto de satisfacer sus necesidades públicas*”⁴³⁹ para que “*se realice con pleno respeto a los derechos y libertades de las personas.*”⁴⁴⁰ Sin embargo, tal proyecto no prosperó en su momento, pero de la cual sí se logró la creación de un Ombudsman en el ámbito de la infancia: la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

La Defensoría de los Derechos de la Niñez (más conocida como Defensoría de la Niñez) se constituye “*como una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio*”⁴⁴¹, “[*desempeñando*] *sus funciones con autonomía de las instituciones públicas.*”⁴⁴²

Dentro de sus funciones, a la Defensoría de la Niñez le corresponden las de “[*d*]ifundir, promover y proteger los derechos de los niños”⁴⁴³, “[*i*]nterponer acciones y deducir querellas”⁴⁴⁴, “[*r*]equerir antecedentes o informes a los órganos de la

⁴³⁵ MOURE (2004), pp. 8

⁴³⁶ LILLO (2009), pp. 5

⁴³⁷ Ibid., pp. 5

⁴³⁸ Ibid., pp. 5

⁴³⁹ PROYECTO DE LEY QUE CREA EL DEFENSOR DEL CIUDADANO (2003), pp. 6

⁴⁴⁰ Ibid., pp. 1

⁴⁴¹ LEY N°21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (2018), artículo 1°

⁴⁴² Ibid., artículo 3°

⁴⁴³ Ibid., artículo 4° letra a)

⁴⁴⁴ Ibid., artículo 4° letra b)

*Administración del Estado o a aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de los derechos de los niños (...) de posibles vulneraciones a tales derechos por actos u omisiones de dichas entidades*⁴⁴⁵, “[d]enunciar vulneraciones a los derechos de los niños ante los órganos competentes”⁴⁴⁶, “[a]ctuar como *amicus curiae*”⁴⁴⁷, entre otras atribuciones.

Por tanto, tal Defensoría tiene por objetivo preservar los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, ante situaciones abusivas, discriminatorias y vulneradoras de sus derechos; procurando que el Estado y las instituciones cumplan con sus obligaciones para con la niñez y la adolescencia.

Ahora bien, en Chile también se planteó la idea de que existiese un Ombudsman ambiental, entregándosele atribuciones especiales para la fiscalización de derechos constitucionales ambientales conferidos a las personas.⁴⁴⁸ En el Derecho Comparado existe tal institución, ejerciendo competencias y emitiendo informes sobre el Medio Ambiente (v.g. España, Argentina, Perú, Inglaterra y México⁴⁴⁹).

Como ejemplo, en el año 1999 México creó la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México⁴⁵⁰ (por sus siglas PAOT), con importantes facultades, a saber: denunciar hechos, actos u omisiones que atenten contra el Medio Ambiente y el ordenamiento territorial de carácter administrativo y penal, como de índole animal; conocer e investigar dichos eventos; emitir recomendaciones a organismos públicos para promover el cumplimiento de la normativa ambiental mexicana; fiscalizar el cumplimiento de la normativa ambiental; formular y validar informes periciales y técnicos sobre daños ambientales, entre otros⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ LEY N°21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (2018), artículo 4° letra e)

⁴⁴⁶ Ibid., artículo 4° letra g)

⁴⁴⁷ Ibid., artículo 4° letra j)

⁴⁴⁸ LILLO (2009), pp. 6

⁴⁴⁹ Ibid., pp. 7-11

⁴⁵⁰ LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA AMBIENTAL Y DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO (2001)

⁴⁵¹ Ibid., artículo 5°

Ergo, la institución del Ombudsman mexicano otorga claras luces de la importancia y factibilidad del ejercicio de un organismo de tales características en el ámbito medioambiental, existiendo un organismos especializado y autónomo que interceda por los derechos e intereses uno o más ciudadanos en el resguardo ambiental por actos que vulneran la administración.

Empero, el organismo mexicano no aplicaría para hechos, actos u omisiones de privados; siendo éste una grave falencia, cuyas consecuencias serán sí o sí asumidas por el Estado y, finalmente, por la sociedad. Pero que tal deficiencia institucional es posible de mejorar si se decide importar el modelo.

Aplicando todo lo anterior, una eventual institución de Ombudsman o Defensoría del Medio Ambiente chilena implicaría que podría llegarse a obtener una protección mucho más efectiva, y no tan solo declarativa, de los derechos de la Naturaleza, desempeñándose exclusivamente para resguardar su condición o estado natural como persona ambiental y, en caso de daño ambiental, alegar su reparación y velar por su correcta restauración o a un estado cercano a su condición ex ante del daño.

Asimismo, adquiriría la forma de un grupo grande⁴⁵² y latente movilizad⁴⁵³, ya que los miembros trabajarían bajo coacción, *i.e.* cumplir con una función legal. Y, por otro lado, también sería una organización inclusiva⁴⁵⁴.

Luego, el establecimiento de la Defensoría del Medio Ambiente tendría las ventajas, *a priori*, de gozar de confianza ciudadana por constituirse como un organismo público nuevo, especializado y autónomo. Sobre esto último, tendría grandes implicancias ya que no estaría sujeto a jerarquía ni supervigilancia como sí lo están los organismos descentralizados.

⁴⁵² OLSON (1992), pp. 56
VER: CAPÍTULO II, pp. 40-41

⁴⁵³ OLSON (1992), pp. 61
VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁴⁵⁴ OLSON (1992), pp. 52-53
VER: CAPÍTULO II, pp. 46

Asimismo, contaría con facultades de patrocinar causas judiciales, para actuar como tercero coadyuvante⁴⁵⁵ o para “*negociar la visión de la naturaleza, es decir, los límites a la medioambientalización del tema [judicial]*”⁴⁵⁶, colaborando en las “*estrategias de seguimiento e incidencia en la ejecución de la sentencia [judicial] y la participación ciudadana.*”⁴⁵⁷ Y, también, podría establecer alianzas con la sociedad civil para incidir en la política ambiental.⁴⁵⁸

Por otro lado, podría contar con financiamiento vía presupuesto para costear tanto su funcionamiento como todo aquello atinente a la defensa judicial del Medio Ambiente.

Además, tal institución tendría un alto compromiso orgánico, dados los pilares con que se crearía la institución, aportando considerablemente en disminuir la brecha de la justicia socioambiental y de género para aquellos grupos de población que acuden a la institución motivados por intereses netamente ambientales.

Luego, las normas internas de gobernanza o institucionales serían fáciles de determinar debido a su establecimiento como una institución administrativa, contando, además, con normas propias y administrativas generales para sancionar incumplimientos o infracciones funcionarias (códigos de conducta).

En otro sentido, existiría una cierta simetría entre los intereses de las personas que acudan a la Defensoría del Medio Ambiente para que represente al Medio Ambiente como sujeto de Derecho, similar a lo que ocurre con las fundaciones, corporaciones, organizaciones comunitarias funcionales o agrupaciones de éstas⁴⁵⁹. Es decir, las personas que pudiesen concurrir al Ombudsman ambiental para su representación estarían en una situación de igualdad ya que, primeramente, nadie ostentaría un rango de jerarquía o autoridad como en un organismo o institución gubernamental; y, segundo, tendrían como

⁴⁵⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE (2019), artículo 23

⁴⁵⁶ SPADONI (2013), pp. 55

⁴⁵⁷ Ibid., pp. 56

⁴⁵⁸ Ibid., pp. 57

⁴⁵⁹ VER: CAPÍTULO III, pp. 94

denominador común un rasgo identitario⁴⁶⁰ que, precisamente, las llevó a acudir a la institucionalidad.

Y, finalmente, se podría solicitar información respecto a su desempeño en virtud de la ley de transparencia.

Sin embargo, las desventajas se podrían presentar en el sentido de que el costo de establecimiento institucional sería elevado (costo de organización).

Asimismo, la jefatura del servicio y/o algún(os) cargo(s) de autoridad son altamente “capturables” (del tipo fuerte⁴⁶¹ y débil⁴⁶²; *ex ante*⁴⁶³ y *ex post*⁴⁶⁴; directa⁴⁶⁵ e indirecta⁴⁶⁶; de decisiones⁴⁶⁷ y de información⁴⁶⁸; corrosiva⁴⁶⁹ y robusta⁴⁷⁰; y cultural⁴⁷¹), en el sentido de que podrían representar intereses de grupos económicos o políticos que concentran gran poder, v.g. llegando a esos cargos mediante trueque de directivas desde el mundo privado al mundo público, y viceversa (“puerta giratoria”⁴⁷²), o por favores políticos -regulatorios-, recibiendo incentivos económicos de dichos grupos, fallas en la supervisión o, lisa y llanamente, se deciden no estudiar irregularidades institucionales; existiendo,

⁴⁶⁰ DELGADO (2007), pp. 47

ZAMORA (2016), pp. 156

⁴⁶¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁴⁶⁴ LOPES, pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁴⁶⁵ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁷⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁷¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95

VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁴⁷² OXFAM (2018a), pp. 84-85

asimismo, conflicto de interés entre los miembros y los funcionarios y/o autoridades, etc.

Por otra parte, también podría existir filtración de información de carácter sensible o privilegiada al sector privado producto de la “puerta giratoria”.

Asimismo, dadas las relaciones de amistad, familiares o sociales entre los funcionarios del sector público y trabajadores del sector privado (o que anteriormente estuvieron del otro lado), podría existir, igualmente, *lobby* informal⁴⁷³.

Y, finalmente, todo el sistema se concentraría en una misma institución, existiendo un alto riesgo que se configure un fracaso institucional por establecer un organismo con competencias privativas y excluyentes a otras posibles instituciones.

4.e. Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas

La Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 34, dispuso que “[e]l Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. La administración y supervisión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.”⁴⁷⁴

El actual proyecto de ley que contempla la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP) plantea que el servicio tendrá por finalidad “la conservación de la biodiversidad biológica y la protección del patrimonio natural del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas”⁴⁷⁵; siendo la conservación in situ⁴⁷⁶ (componentes de la

⁴⁷³ OXFAM (2018a), pp. 88

⁴⁷⁴ LEY N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente (1994), artículos 34 y 35

⁴⁷⁵ PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS (2014), artículo 1°, inciso 1°

⁴⁷⁶ Ibid., artículo 1°, inciso 3°; artículo 3° numeral 6

biodiversidad biológica en hábitat natural) y ex situ⁴⁷⁷ (componentes fuera de hábitat natural).

Asimismo, dentro de sus funciones, se contemplan las de “[g]estionar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado y supervisar la administración de las áreas protegidas privadas”⁴⁷⁸; “[p]romover, diseñar e implementar redes de monitoreo de la biodiversidad y administrar un sistema de información de la biodiversidad”⁴⁷⁹; “[e]laborar, ejecutar y coordinar la implementación así como velar y fiscalizar el cumplimiento de los planes de recuperación, conservación y gestión de especies; los planes de prevención, control y erradicación de especies exóticas invasoras; los planes de manejo para la conservación; y los planes de restauración ecológica”⁴⁸⁰; y de “[e]jecutar las políticas, planes y programas dictados en conformidad a la letra i) del artículo 70* de la ley N° 19.300”⁴⁸¹.

En otro orden de cosas, el proyecto de ley tiene la intención de que se categoricen⁴⁸² las áreas protegidas en Reserva de Región Virgen, Parque Marino, Parque Nacional, Monumento Natural, Reserva Marina, Reserva Nacional, Santuario de la Naturaleza, Área Marina Costera Protegida de Múltiples Usos, Humedal de Importancia Internacional o Sitio Ramsar, y área de Conservación de Pueblos Indígenas.

En consecuencia, la institucional en comento tendrá la facultad de integrar las distintas categorías de la Naturaleza, unificándose, por otro lado, la gestión en lo que respecta a las áreas protegidas en Chile, permitiendo el fortalecimiento de

⁴⁷⁷ PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS (2014), artículo 1°, inciso 3°; artículo 3° numeral 7

⁴⁷⁸ Ibid., artículo 5° letra b)

⁴⁷⁹ Ibid., artículo 5° letra d)

⁴⁸⁰ Ibid., artículo 5° letra e)

* “Proponer políticas y formular planes, programas y acciones que establezcan los criterios básicos y las medidas preventivas para favorecer la recuperación y conservación de los recursos hídricos, genéticos, la flora, la fauna, los hábitats, los paisajes, ecosistemas y espacios naturales, en especial los frágiles y degradados, contribuyendo al cumplimiento de los convenios internacionales de conservación de la biodiversidad.”

⁴⁸¹ PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS (2014), artículo 5° letra a)

⁴⁸² Ibid., artículos 56 y siguientes

los instrumentos de conservación existentes, es decir, terrestres o marinos, públicos o privados.

Luego, en el hipotético caso de que se extiendan sus facultades, agregándose la de ejercer acciones judiciales, y, por tanto, pueda ejercer como eventual institución que represente al Medio Ambiente como sujeto de Derecho, sus ventajas y desventajas se estiman que serían las mismas que se podrían presentar para el caso de la Defensoría del Medio Ambiente⁴⁸³; sin perjuicio de que se agregaría las ventajas de que, como se cuenta con el dato económico de que el gasto público para la protección del medio ambiente se concentra en la diversidad biológica⁴⁸⁴, se constituye como un punto a favor para otorgar una función adicional al organismo por el grado de conocimiento e interiorización con la Naturaleza.

Y, por el contrario, se agregarían las desventajas de que estarían dadas por el hecho de que tendría que reformularse el proyecto de ley para contemplar la posibilidad de estar dotada de legitimidad para accionar judicialmente y de actuar como tercero coadyuvante; y que, dada como está planteada, se contempla más como un organismo técnico y funcional en la preservación y restauración del Medio Ambiente, alejándose un poco de su propósito si se constituye como una institución que ejerza una función jurídica de representación.

Asimismo, no estaría ajena a la captura (del tipo fuerte⁴⁸⁵ y débil⁴⁸⁶; *ex ante*⁴⁸⁷ y *ex post*⁴⁸⁸; directa⁴⁸⁹ e indirecta⁴⁹⁰; de decisiones⁴⁹¹ y de información⁴⁹²;

⁴⁸³ VER: CAPÍTULO III, pp. 98

⁴⁸⁴ CEPAL et OCDE (2016), pp. 155

⁴⁸⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁴⁸⁸ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁴⁸⁹ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

⁴⁹² *Ibid.*

corrosiva⁴⁹³ y robusta⁴⁹⁴; y cultural⁴⁹⁵), ya que podrían infiltrarse tanto “free riders”⁴⁹⁶ como personas pertenecientes a grupos de poder desde la máxima autoridad hacia abajo, incidiendo en la toma de decisiones de todo tipo para favorecer los intereses particulares de la élite.

4.f. Acción colectiva ambiental

Por acción colectiva se entiende aquella “acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada).”⁴⁹⁷

En nuestra legislación, existe la acción colectiva en el ámbito del Derecho del Consumidor⁴⁹⁸, entendida ésta como una “acción judicial que puede iniciar el [Servicio Nacional de Consumidores], una Asociación de Consumidores legalmente constituida o un grupo de consumidores que no pueden ser inferior a 50 afectados, éstos últimos se denominan legitimados activos [y] (...) permite que, en un sólo juicio, se persiga la responsabilidad infraccional e indemnizatoria de una empresa, por vulneración a los derechos de un grupo de consumidores.”⁴⁹⁹ Y se puede clasificar en acción de interés colectivo y acción de interés difuso.

Así las cosas, la acción de interés colectivo es aquella que promueve la defensa de los derechos comunes de un grupo determinado o determinable de consumidores ligados contractualmente con un acreedor proveedor.⁵⁰⁰ Y las

⁴⁹³ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁴⁹⁴ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp.140

⁴⁹⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95

VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁴⁹⁶ VER: CAPÍTULO II, pp. 48-49

OSTROM (2000), pp. 32

⁴⁹⁷ GIDI (2004), pp. 15

⁴⁹⁸ LEY N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (1997), artículo 50, inciso 3°

⁴⁹⁹ SERNAC (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR)

⁵⁰⁰ LEY N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (1997), artículo 50 inciso 4°

acciones de interés difuso son aquellas que pretenden la defensa de un grupo indeterminado de consumidores afectados.⁵⁰¹

En lo que se refiere al procedimiento judicial de la acción colectiva de los consumidores por interés colectivo o difuso, ésta se iniciará a partir de una demanda presentada por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), por una asociación de consumidores constituida con seis meses de antelación y debidamente autorizada por su directorio, o por un grupo⁵⁰² de consumidores afectados (no menor a 50 personas debidamente individualizadas)⁵⁰³.

La asociación de consumidores es una organización constituida ya sea por personas naturales o personas jurídicas, con independencia de todo interés económico, comercial o política; y que tiene por finalidad proteger, informar y educar sobre los derechos de consumidores y, asimismo, asumir la representación en la defensa de sus afiliados y/o de otras personas consumidoras que se vean vulneradas en sus derechos del consumidor.⁵⁰⁴ En otras palabras, *“la asociación de consumidores y usuarios puede actuar en defensa de un derecho individual de uno o varios de sus asociados, pero siempre tratándose de situaciones jurídicas individuales.”*⁵⁰⁵

Luego, respecto al representante de este tipo de acción colectiva de consumidores, su tipo de representación *“es solamente un aspecto incidental del concepto de acción colectiva. Lo importante es que el representante sea una persona (física o legal) diferente del grupo titular de los derechos que se están tutelando en juicio.”*⁵⁰⁶ Ergo, es menester aclarar que si bien *“[s]uele confundirse la legitimación colectiva con situaciones de representación [, sin embargo,] (...)*

⁵⁰¹ LEY N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (1997), artículo 50 inciso 5°

⁵⁰² AGUIRREZABAL (2018), pp. 373

⁵⁰³ LEY N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (1997), artículo 51

⁵⁰⁴ Ibid., artículo 5°

⁵⁰⁵ AGUIRREZABAL (2010), pp. 188

⁵⁰⁶ GIDI (2004), pp. 16

*aunque cada miembro del grupo tenga personalidad propia, la colectividad por sí misma no puede actuar en el proceso por carecer de personalidad jurídica.”*⁵⁰⁷

Luego, señalado lo precedentemente y llevándolo al ámbito ambiental que nos convoca, podría establecerse una acción colectiva ambiental, la cual sería aquella ejercida por una asociación o grupo de personas (naturales y/o jurídicas) con la intención de representar al Medio Ambiente y velar, así, por su protección, restauración y conservación, quedando circunscrita dentro de lo que se entiende como una institución del orden del Derecho Privado, pero con una disposición de interés público. Por tanto, tendría normas de orden público⁵⁰⁸ porque tendería a resguardar los intereses generales de una sociedad.

Ergo, el grupo podría ser pequeño⁵⁰⁹ o intermedio⁵¹⁰, inclusivo⁵¹¹ y puede funcionar como latente movilizad⁵¹² o privilegiado⁵¹³. Y, en cambio, la asociación sería intermedia, inclusiva y también podría reunir la característica de latente movilizad⁵¹⁴ o privilegiada.

Luego la representación que ejercerían los grupos o asociaciones bajo la acción colectiva ambiental sería similar a la figura del demandante ideológico, *i.e.* aquel “*que porta el interés colectivo, de grupo o de clase, y que se funda en la necesidad de superación de garantismo individualista y de nacimiento de un nuevo tipo, social o colectivo, concebido como salvaguardia, no sólo del individuo en un proceso individualista, sino que de los nuevos grupos y cuerpos intermedios.*”⁵¹⁴

⁵⁰⁷ AGUIRREZABAL (2010), pp. 177

⁵⁰⁸ VODANOVIC (2006), pp. 19

⁵⁰⁹ OLSON (1992), pp. 56

VER: CAPÍTULO II, pp. 40

⁵¹⁰ OLSON (1992), pp. 60

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁵¹¹ OLSON (1992), pp. 52-53

VER: CAPÍTULO II, pp. 46

⁵¹² OLSON (1992), pp. 61

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁵¹³ OLSON (1992), pp. 59

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁵¹⁴ AGUIRREZABAL (2010), pp. 178

Entonces, manifestado esto, la acción colectiva ambiental presentaría como ventajas de que existiría una gran motivación y compromiso por parte de los miembros, ya sea en grupo o en asociación, pudiendo actuar de forma más rápida porque no tendrían que acudir a ningún órgano de la administración del Estado o constituirse como una persona jurídica previamente.

En segundo lugar, sería una institución difícilmente capturable, o menos en comparación a otras instituciones, ya que en ella confluirían personas cuyos intereses responden a un ámbito ambiental más que puramente económico (de extracción o explotación de materias primas). De ser posible la captura, sería estricta⁵¹⁵, débil⁵¹⁶; *ex post*⁵¹⁷, indirecta⁵¹⁸; de decisiones⁵¹⁹ y de información⁵²⁰, robusta⁵²¹, y cultural⁵²².

Como tercera virtud, se podría sostener que en la acción colectiva ambiental habría similitud de intereses entre las personas que la ejerzan ya que habría un rasgo identitario⁵²³ a propósito de los fines que se buscan lograr con la representación de la persona ambiental, vinculándose bajo una relación de igualdad, también, en el sentido de que la acción colectiva ambiental no responde a una institución de orgánica jerárquica, centralizada o descentralizada. Ergo, los vínculos entre sus miembros se ven como de igualdad, como lo son las relaciones dentro del Derecho Privado.

⁵¹⁵ LOPES (2018), pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 63; CAPÍTULO IV, pp. 137

DAL BÓ (2006), pp. 203-204

⁵¹⁶ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁵¹⁷ LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁵¹⁸ LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵¹⁹ LOPES, pp. 38
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19
VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵²² CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95
VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁵²³ AGUIAR et DE FRANCISCO (2007), pp. 69
DELGADO (2007), pp. 47
ZAMORA (2016), pp. 156

En cuarto lugar, los arreglos institucionales⁵²⁴ (o toma de decisiones) serían más posibles de obtener por el sólo hecho de la participación⁵²⁵ o involucramiento en definir posiciones o directrices.

Y, en cambio, las desventajas estarían dadas por la obtención de financiamiento para su funcionamiento, constituyendo este un aspecto, excepcionalmente, susceptible de captura. Asimismo, habría una alta tendencia a existir “*free riders*”⁵²⁶, haciendo que el trabajo duro sea realizado por unos pocos.

Por otra parte, como su formación es más bien temporal, sería difícil materializar la fiscalización o control de normas internas, así como de las sanciones en caso de incumplimiento de reglas internas de gobernanza.

Y, por último, no habría una institucionalidad a quién hacer responsable por los perjudiciales resultados de la representación y de la litigación ambientales, como ocurre en las anteriormente tratadas; además de que podría configurarse una hipótesis de responsabilidad específica por mala praxis legal de las y los profesionales que ejerzan el patrocinio o poder de la acción colectiva ambiental.

4.g. Acción individual ambiental

Como se señaló anteriormente, existe la posibilidad de establecer una acción colectiva ambiental que podría ser ejercida por una asociación o grupo de personas (naturales y/o jurídicas) con la finalidad de representar al Medio Ambiente y velar por su protección, restauración y conservación.

Sin embargo, si bien el actuar colectivo ambiental puede maximizar la obtención de beneficios, no es menos cierto que también puede existir el deseo de una persona particular de actuar de forma individual para representar al Medio Ambiente.

⁵²⁴ VER: CAPÍTULO III, pp. 80-82

⁵²⁵ UNIÓN EUROPEA, pp. 11

⁵²⁶ VER: CAPÍTULO II, pp. 48-49
OSTROM (2000), pp. 32

Como Olson lo expreso, “[l]os intereses puramente personales o individuales pueden ser favorecidos, normalmente en forma demás eficiente, por la acción individual no organizada.”⁵²⁷

Luego, tal acción individual presentaría ciertas ventajas, v.g. la persona que represente a la persona ambiental recibiría para sí misma las ganancias ambientales y económicas que se obtendrían con las acciones judiciales y/o administrativas. Asimismo, todas las decisiones recaerían en una sola persona, no tendría que aportar para hacer frente a los costos de organización y tampoco tendría que verse en la obligación de tener que lidiar con una asimetría de intereses dentro de un grupo.

No obstante, este tipo de acción presenta las desventajas de que la persona natural o jurídica que la ejerza deberá resistir por sí mismo las pérdidas asociadas a una mala representación. Como en cierto modo, la representación ambiental tiene por finalidad tutelar y conservar la Naturaleza, siendo, así, dicho objetivo un interés común para las personas naturales y jurídicas; “*la acción individual no organizada (...) no será capaz de favorecer en absoluto ese interés común o no podrá favorecerlo adecuadamente*”⁵²⁸.

En otro sentido, la persona que represente deberá soportar una elevada carga de trabajo y un alto costo de financiamiento, tanto para adquirirlo como para destinarlo a las funciones propias de la representación; y, asimismo, este ámbito es altamente susceptible de ser “capturable” por grupos económicos, siendo la persona una pieza más para lograr los objetivos superiores de aquellos que ostentan poder. Por tanto, la captura en la acción individual ambiental sería del tipo estricta⁵²⁹,

⁵²⁷ OLSON (1992), pp. 17

⁵²⁸ Ibid., pp. 17

⁵²⁹ LOPES (2018), pp. 38
DAL BÓ (2006), pp. 203-204

débil⁵³⁰; *ex post*⁵³¹, indirecta⁵³²; de decisiones⁵³³ y de información⁵³⁴, robusta⁵³⁵, y cultural⁵³⁶.

4.h. Comunidades indígenas a través de una acción colectiva indígena ambiental

El Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, además de reconocer “*la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales*”⁵³⁷, consagró una serie de derechos para con los pueblos y, desde la otra vereda, un conjunto de obligaciones de los Estados en pro de asegurarle un acceso a derechos libremente y sin discriminación, protección y conservación cultural, consulta⁵³⁸ y participación⁵³⁹ en toma de decisiones de índole políticas y ambientales, etc.

Sin perjuicio de que en nuestro país se haya dado la discusión respecto a si dicho tratado internacional es o no autoejecutable⁵⁴⁰; y si el proceso de consulta sea también vinculante o no⁵⁴¹, cabe considerar la posibilidad de que los pueblos

⁵³⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁵³¹ LOPES, pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁵³² LOPES, pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵³³ LOPES, pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵³⁶ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95

VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

⁵³⁷ CONVENIO N°169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009), preámbulo

⁵³⁸ *Ibid.*; artículo 6

⁵³⁹ *Ibid.*; artículos 7 y 15

⁵⁴⁰ ILTMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°309-2000 (2000)

Ibid., Rol N°1050-2008 (2008)

⁵⁴¹ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO et OXFAM (2015)

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N°148-2010 (2010)

indígenas chilenos se organicen y, eventualmente, puedan llegar a representar al Medio Ambiente como sujeto de Derecho en los términos que más adelante se expresarán.

Asimismo, también en el ámbito internacional, la Declaración de Río estableció que “[l]as poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.”⁵⁴² Igualmente, “[d]eben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.”⁵⁴³

En este sentido, el proyecto de ley que busca crear el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas contemplaría una forma de conservación específica de los pueblos indígenas, cumpliendo, de alguna medida, con los acuerdos internacionales de respeto a la cultura, cosmovisión y Derecho indígena, estableciéndose una forma legal de salvaguarda de especies nativas, ecosistemas y hábitats relevantes para la conservación⁵⁴⁴ situados en tierras indígenas⁵⁴⁵.

Luego, es importante destacar que “*el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas podría expresarse no sólo en soluciones de papel sino, particularmente, en las prácticas concretas y el respeto a las formas de vida distintas a las hegemónicas. La ampliación de una ciudadanía moderna sobre la base del respeto a la diversidad, el multiculturalismo, la pluralidad cultural y el reconocimiento de derechos colectivos es una exigencia y un reto, porque mediante estos principios y normas será menos dificultoso abatir las barreras y mecanismos de la*

EXCMA. CORTE SUPREMA DE CHILE, Rol N°4078-2010 (2010)

Ibid., Rol N°1525-2010 (2010)

⁵⁴² DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1992), principio 22

⁵⁴³ Ibid., principio 23

⁵⁴⁴ PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS, (2014), artículo 66

⁵⁴⁵ LEY N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (1993), artículos 12-19

*discriminación y la exclusión [de los pueblos indígenas] (...).*⁵⁴⁶ Generalmente, los pueblos indígenas “*buscan en los distintos mecanismos existentes dentro de las Naciones Unidas [,] del sistema interamericano [y en otros organismos internacionales] instrumentos que garanticen el respeto a sus derechos y libertades.*”⁵⁴⁷

Pero es imperioso que se deseche la actitud reduccionista y opresiva que se ha empleado en las últimas décadas, dándole real cabida a la importancia de los pueblos indígenas y buscando satisfacer sus demandas, planteadas por ellos mismos y no por lo que cree la ciudadanía que necesitan.

Por tanto, en nuestro caso, el Estado Chileno debe sí o sí adecuar su institucionalidad y crear entidades nuevas para lograr un respeto a la identidad⁵⁴⁸ de los pueblos indígenas⁵⁴⁹ y propender a la debida protección de ellos, como un grupo distinto a la mayoría de la sociedad, con necesidades y pretensiones especiales.

Luego, es importante “*entender la problemática de la ciudadanía étnica a partir de una comprensión distinta del fenómeno de la etnicidad y los llamados “conflictos étnicos”, procurando interpretar este tipo de movimientos sociales dentro de una categoría de comprensión más amplia, como es la de “acción colectiva”, que vincula la cotidianidad de los sujetos con distintos niveles y procesos. Uno de los factores que hace distintos a los movimientos étnicos respecto de otros movimientos es, probablemente, su capacidad de moverse en las diferentes esferas de lo político, por medio de diversos grados y formas de demandas que conectan lo local con lo nacional, lo material con lo simbólico, la democracia con los derechos territoriales y la autonomía con programas de urbanización o mejoramiento sanitario.*”⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ BELLO (2004), pp. 24

⁵⁴⁷ Ibid., pp. 80

⁵⁴⁸ Ibid., pp. 69

⁵⁴⁹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA DE CHILE (2018), pp. 100
INE (2018a), pp. 3

⁵⁵⁰ BELLO (2004), pp. 15-16

Así las cosas, en consideración a las características especiales y únicas que poseen los pueblos indígenas, es dable sostener que podrían constituirse como instituciones jurídicas que ejerzan la representación del Medio Ambiente, pero cuyo ejercicio de representación se encuentre circunscrito concreta y especialmente a **(i)** una unidad determinada identificable⁵⁵¹ o a **(ii)** conjunto de elementos naturales y/o artificiales en cierto medio⁵⁵², como se plasmó en el Capítulo I* en lo que concierne a la individualización de la persona ambiental.

Esta aclaración es importante porque, en suma, se buscaría evitar problemas en la aplicación de uno u otro Derecho, además de posibles cuestionamientos éticos o morales en el ejercicio de las funciones como institución que represente al Medio Ambiente.

Luego, empleando la terminología de esta memoria, se propone su participación a través de una acción colectiva indígena ambiental; organizándose como un grupo intermedio⁵⁵³, inclusivo⁵⁵⁴ y privilegiado⁵⁵⁵;

Ahora bien, en primer lugar, el establecimiento de este tipo de institución correspondería a un compromiso de parte del Estado de otorgar oportunidades a los pueblos indígenas para participar en la planificación estratégica del Estado sobre el desarrollo y extracción de los recursos naturales, ya que las actividades económicas extractivas pueden tener profundos efectos en el goce de sus derechos, aunque sus efectos no sean percibidos de forma inmediata.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ VER: CAPÍTULO I, pp. 26

⁵⁵² Ibid.

* VER: CAPÍTULO II, pp. 16-34

⁵⁵³ OLSON (1992), pp. 60

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁵⁵⁴ OLSON (1992), pp. 52-53

VER: CAPÍTULO II, pp. 46

⁵⁵⁵ OLSON (1992), pp. 59

VER: CAPÍTULO II, pp. 41

⁵⁵⁶ ONU (2013), disposición N°51

ONU (2017)

ANAYA

En segundo lugar, la acción colectiva indígena ambiental tendría las mismas características que la acción colectiva ambiental⁵⁵⁷, sin perjuicio de que se añaden, dentro de sus ventajas, la existencia de una identidad⁵⁵⁸ con un gran compromiso de preservación y protección por la Naturaleza porque, como los pueblos indígenas viven en entornos naturales y con irrestricto apego a lo que significa la Naturaleza en su cosmovisión, presentarían un elevado conocimiento de la realidad y, en especial, del entorno natural y de las reales necesidades a satisfacer del Medio Ambiente; cuestión que es objeto de grandes controversias, disputas y vulneraciones por parte del Estado como de privados, pero no sólo por los recursos, sino también por el territorio.⁵⁵⁹

También, respecto a la presencia de “*free riders*”⁵⁶⁰, si bien en la acción colectiva ambiental habría posibilidad de que existan, en el caso de la acción indígena su presencia sería menor por la trascendencia identitaria de las personas que se agrupan en este tipo de acción y, asimismo, su existencia no dificultaría la obtención de los intereses como grupo.

Por otra parte, concurriría similitud o simetría de intereses entre los miembros ya que dichas personas, además de pertenecer a un grupo que históricamente ha sido excluido y discriminado por el Estado y la sociedad, se agrupan en un movimiento colectivo en virtud de intereses o pretensiones que se miran como equivalentes, similares o concordantes. Esto debido a factores culturales e identitarios⁵⁶¹, fuertemente relacionados con el valor de los recursos naturales y del territorio.

En cuanto a su organización interna, sin perjuicio de la existencia de conflictos⁵⁶² entre comunidades de un determinado pueblo indígena o entre distintos pueblos indígenas; se estima que podrían alcanzar decisiones organizacionales o

⁵⁵⁷ VER: CAPÍTULO III, pp. 106

⁵⁵⁸ BELLO (2004), pp. 196

⁵⁵⁹ DEL POPOLO (2017), pp. 90

⁵⁶⁰ VER: CAPÍTULO II, pp. 48-49

OSTROM (2000), pp. 32

⁵⁶¹ DELGADO (2007), pp. 47

ZAMORA, pp. 156

⁵⁶² BELLO (2004), pp. 204

institucionales⁵⁶³ de forma factible y manejable, posibilitando que varios puedan participar en el desarrollo y adopción de decisiones debido a su Derecho Consuetudinario Indígena⁵⁶⁴ que contempla mecanismos propios según el grupo indígena; porque “[l]os procesos de inclusión ciudadana de los pueblos indígenas adquieren una mayor complejidad, porque constituidos en entidades colectivas y en actores sociales desean ser reconocidos a partir de la diferencia o sobre la base de sus identidades sociales, y desde ahí reivindican recursos como tierra y agua, autonomía, derechos colectivos y la apertura de mecanismos de participación en la vida nacional”⁵⁶⁵ y porque dichos “proyectos indígenas son el resultado de su historicidad y contexto; asimismo, son el reflejo de las luchas políticas y las relaciones con el poder del Estado.”⁵⁶⁶

Y, en último término, serían instituciones difícilmente “capturable” por grandes o medianos grupos económicos y políticos ya que los miembros de los pueblos indígenas obedecen, fundamentalmente, a intereses religiosos, ambientales y culturales. La protección y conservación de la Naturaleza no es para fines puramente individuales y colectivos comerciales, sino para resguardar una cosmovisión y patrimonio cultural en constante peligro y agresivamente mermada por la proliferación de grupos económicos extractivos, explotadores y consumidores o transformadores de los recursos naturales⁵⁶⁷; y de la pérdida de su cultura por la discriminación de la sociedad imperante.

Como bien lo sostuvo el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya, en su informe del año 2013, respecto al impacto empírico y las graves consecuencias que ha provocado la industria extractiva en los pueblos indígenas, “[en dicho] contexto (...), la obligación del Estado de proteger los

⁵⁶³ DEL POPOLO (2017), pp. 83-113, 217

VER: CAPÍTULO III, pp. 80-82

⁵⁶⁴ DONOSO et PALACIOS (2018)

FAO. *Base de datos género y Derecho a la Tierra*. [En línea] <http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/listcountries/customarylaw/es/?country_iso3=PAN>

⁵⁶⁵ BELLO (2004), pp. 26

⁵⁶⁶ Ibid., pp. 204

⁵⁶⁷ DEL POPOLO (2017), pp. 58, 69, 84, 186, 188, 216
DURAND (2016), pp. 19, 39, 63, 64, 90

derechos humanos implica necesariamente garantizar un marco regulatorio que reconozca plenamente los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales y otros derechos que puedan resultar afectados por las operaciones de extracción, que ordene el respeto de esos derechos, tanto en toda la toma de decisiones estatales correspondientes, como en el comportamiento de las empresas extractivas, y que prevea sanciones y recursos eficaces cuando esos derechos son infringidos, ya sea por el Gobierno o los agentes empresariales.”⁵⁶⁸

Luego, cuando se sostiene que la posibilidad de captura es baja se debe a que las personas pertenecientes a los pueblos indígenas buscan resguardar su patrimonio del actuar de grandes grupos económicos (o de poder). Pero esta menor probabilidad no las hace inmune pues puede infiltrar la captura, por ejemplo, en acuerdos extrajudiciales, en las personas que se les confía la representación judicial, en donaciones por parte de terceros ligados a grandes o influyentes grupos de interés, en ofrecimientos para financiar campañas políticas o para ser representados en el sistema político⁵⁶⁹, etc.

Por tanto, si llegase a ser objeto de captura la acción colectiva indígena ambiental, dicha captura sería del tipo débil⁵⁷⁰; ex ante⁵⁷¹ y ex post⁵⁷²; indirecta⁵⁷³; de decisiones⁵⁷⁴ y de información⁵⁷⁵; robusta⁵⁷⁶; y cultural⁵⁷⁷.

Ahora bien, las desventajas se verían reflejadas, en primer lugar, en que, en nuestro país, los pueblos indígenas están asociados a un bajo nivel de

⁵⁶⁸ ANAYA (2013a)

⁵⁶⁹ DURAND (2016), pp. 36-42

⁵⁷⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137

⁵⁷¹ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 137-139

⁵⁷² LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 138-139

⁵⁷³ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵⁷⁴ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 139

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19

VER: CAPÍTULO II, pp. 64; CAPÍTULO IV, pp. 140

⁵⁷⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95

VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65; CAPÍTULO IV, pp. 141

alfabetización⁵⁷⁸, a altos índices de pobreza⁵⁷⁹ y de vulnerabilidad⁵⁸⁰, además de discriminación⁵⁸¹ como pueblos y respecto a indígenas mujeres⁵⁸². Por ende, esto traería aparejado un desigual acceso a medios económicos y culturales que los provean de una especialización y de poder acceder a justicia socioambiental; perpetuando, asimismo, situaciones de desigualdad social, económica, cultural y de género.

En relación con lo precedentemente señalado, existen “*factores de carácter cultural e histórico, como la negación y la discriminación de grupos indígenas en el interior de las sociedades nacionales, [que] siguen teniendo un peso específico dentro de la dinámica en que se mueve la acción colectiva indígena*”⁵⁸³, dificultando su visualización en el espacio político y al acceso a leyes, servicios, instituciones, autoridades o reformas como el resto de los ciudadanos o personas. Y, en consecuencia, no existe una real igualdad ante la ley; profundizando, como corolario, fallas en la democracia y en la participación política-ciudadana.

Igualmente, se debe considerar que los pueblos indígenas “*comparten y viven otros niveles de identidad (la identidad individual, de clase, de género, y otras) [, cuyas] identidades dependen de manera permanente de los distintos contextos sociales en que se desenvuelven.*”⁵⁸⁴ Ergo, es importante “*entender la producción de la identidad étnica dentro de este marco teórico, [que] aleja la posibilidad de comprenderla como una categoría circular, elusiva o manipulable, que en definitiva tienda a una opción racional (rational choice) del individuo o del grupo, lo que no significa que los individuos sean constreñidos por la estructura identitaria.*”⁵⁸⁵

Por tanto, y en sintonía con lo que se ha venido sosteniendo, existe una barrera cultural identitaria de la cual el Estado debe hacerse cargo y revertir para

⁵⁷⁸ INE (2018a), pp. 18, 19
Ibid. (2018b)

⁵⁷⁹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA DE CHILE (2018), pp. 17, 22, 24, 102

⁵⁸⁰ DEL POPOLO (2017), pp. 185-219

⁵⁸¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 59, 68, 129, 159, 185-186, 230

⁵⁸² Ibid., pp. 59, 68, 105
INE (2018a), pp. 4, 19

⁵⁸³ DEL POPOLO (2017), pp. 27

⁵⁸⁴ Ibid., pp. 24

⁵⁸⁵ Ibid., pp. 24

garantizar tanto sus derechos constitucionales como derechos indígenas, así como un Medio Ambiente protegido y sano.

Ahora bien, relacionado con la situación de pobreza, “[l]a situación de desprotección de los derechos indígenas y su empobrecimiento progresivo está íntimamente ligada, además, a la creciente demanda externa por recursos naturales provenientes de territorios reclamados o en posesión de comunidades indígenas, así como al avance de megaproyectos que afectan al hábitat y los recursos naturales productivos de esas comunidades⁵⁸⁶ Esta situación ha sido consignada en diversos documentos y reuniones internacionales, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁵⁸⁷ o la ya mencionada Conferencia de Durban en Sudáfrica, en 2001.”⁵⁸⁸ Y también a múltiples expresiones de inequidad que, a estas alturas, son consideradas como un grave problema estructural.⁵⁸⁹

Por lo tanto, también existe la desventaja de que existe un impedimento institucional orgánico para con los pueblos indígenas, dentro del contexto de las desigualdades de toda índole, discriminación y pobreza.

Y, finalmente, y en relación a lo que sostuvo respecto a la captura, la forma de financiar la actividad de la acción colectiva indígena ambiental es el ámbito más “capturable” ya que, como por lo general las personas que pertenecen a pueblos indígenas poseen considerables índices de pobreza y de escasez económica, pueden entrometerse en la agrupación terceros a partir de acuerdos extrajudiciales, en personas específicas que ejerzan las acciones judiciales, en donaciones, financiamiento de campañas, promesas de representación en organismos o cargos públicos⁵⁹⁰, por ofrecimientos para mejorar la calidad de vida, etc.; en los cuales, en todos estos supuestos, mediando sumas de dinero para poder subsistir como

⁵⁸⁶ DAES (1997)
HOEKEMA et ASSIES (1999)
URTEAGA (1999)
IWGIA (2002)

⁵⁸⁷ DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1992)

⁵⁸⁸ BELLO (2004), pp. 81

⁵⁸⁹ Ibid., pp. 90

⁵⁹⁰ DURAND (2016), pp. 36-42

colectividad a cambio de que los grupos de poder puedan tomar las decisiones para maximizar sus intereses propios.

5. Reflexiones finales sobre las instituciones que podrían ejercer la representación de la persona ambiental

Como se pudo apreciar, existe una amplia gama de potenciales instituciones y favorablemente idóneas para representar a la Naturaleza o el Medio Ambiente como sujeto de Derecho. Sin embargo, se han descartado organismos existentes como el Consejo de Defensa del Estado, las Municipalidades, Intendencias, Gobernaciones y la Superintendencia del Medio Ambiente por los motivos que se indicarán.

A su respecto, el Consejo de Defensa porque es una entidad eminentemente litigante en favor de los intereses del Fisco⁵⁹¹, pudiendo existir grandes controversias y conflicto de intereses con la población; además de ser parte y contraparte en cuanto a judicialización. Asimismo, su alto presupuesto puede influir en el sentido de que se cuentan con los medios económicos para desvirtuar cualquier alegación en contra del Estado.

Las Municipalidades⁵⁹² tampoco serían instituciones idóneas ya que, si bien su factor local podría ser un aspecto favorable por ser la autoridad más inmediata a la hora de hacer peticiones y plantear problemas debido a su función legal de satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas⁵⁹³; tendría más la aptitud de un órgano ejecutor de normativas y de apoyo en la fiscalización de normas y políticas ambientales; además de que no podría ejercer la representación de forma exclusiva o preferente dada la multitud de funciones orgánicas que debe cumplir con la población comunal.

⁵⁹¹ DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado (1993), artículo 2°

⁵⁹² LEY N°18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (2006)

⁵⁹³ Ibid., artículo 1°

Las Intendencias y Gobernaciones⁵⁹⁴ también se excluyen porque representan natural e inmediatamente al presidente de la República en su territorio jurisdiccional y al intendente en una determinada unidad territorial, respectivamente; no son organismos autónomos y presentándose un problema similar en cuanto a ser parte y contraparte en juicios por la protección, responsabilidad y conservación del Medio Ambiente.

Y, finalmente, la Superintendencia del Medio Ambiente⁵⁹⁵ tampoco resulta ser una institución apta para representar a la persona ambiental por ser una entidad especialmente fiscalizadora y sancionadora ambiental, y que, principalmente, ante un litigio ambiental, actuaría como parte, contraparte y juez.

Por ende, las instituciones anteriores quedaron descartadas, a grandes rasgos, debido a sus orgánicas, por contar con competencias específicas y que resultan incompatibles con el ejercicio de la representación del Medio Ambiente como sujeto de Derecho; sin perjuicio de que dichas institucionalidades también pueden ser objeto de captura.

Con todo lo anterior, se estima que es posible una nueva institucionalidad como las que se han propuesto a lo largo de estas páginas, buscando quizás, así, lograr una protección más eficaz de la Naturaleza.

Por consiguiente, si bien implica un gran desafío en lo que concierne al establecimiento propiamente tal de las instituciones jurídicas que representen al Medio Ambiente como sujeto de Derecho, su financiamiento y funcionamiento; y, en particular, a las desventajas señaladas para cada caso; en primer lugar, es viable una nueva institucionalidad ambiental como mecanismo para lograr una debida protección de la Naturaleza; independientemente si se opta por un modelo determinado o varios de forma conjunta y no excluyente.

⁵⁹⁴ LEY N°19.175, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (2005)

⁵⁹⁵ LEY N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (2010); artículo segundo, artículo 2°

CAPÍTULO IV

DE LA CAPTURA EN LA INSTITUCIONALIDAD QUE, EVENTUALMENTE, PODRÍA REPRESENTAR AL MEDIO AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO

En el capítulo I* se efectuó una pincelada de propuesta para un cambio de paradigma sobre la Naturaleza o el Medio Ambiente, buscando establecerlo como un sujeto de Derecho o persona, denominada “persona ambiental”. Luego, en el capítulo II** se hizo una introducción a la teoría de la captura institucional o regulatoria a partir de lo desarrollado por varios connotados estudiosos estadounidenses en sus respectivas teorías (y en distintas décadas) en torno al comportamiento de grupos, su estructuración y consecuencias. Y en el capítulo III***, además de hacer una breve presentación al concepto y características de las instituciones, se exhibieron diversas posibilidades de instituciones idóneas para ejercer la representación de la Naturaleza.

Hecha la aclaración anterior, corresponde aterrizar la teoría de la captura de lleno a la institucionalidad ambiental anteriormente propuesta para el posible nuevo sujeto de Derecho.

Luego, en las siguientes líneas se tratará de dar una respuesta, esperando que, en el supuesto de que surja la nueva institucionalidad de la persona ambiental, se pueda echar mano a estos postulados para que exista un buen y correcto funcionamiento del organismo o de los organismos que le lleguen a representar, además del debido respeto y observancia de los principios medioambientales para una eficaz protección y conservación del Medio Ambiente.

* VER: CAPÍTULO I, pp. 16-34

** VER: CAPÍTULO II, pp. 35-74

*** VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

1. Recapitulando sobre la captura

La captura institucional⁵⁹⁶ genera, como algunas consecuencias⁵⁹⁷, **(i)** una influencia en los procesos legislativos⁵⁹⁸ de creación o de reforma de las instituciones en sí⁵⁹⁹, como **(ii)** en la implementación de las normas o de la institución y su funcionamiento orgánico o gobierno corporativo⁶⁰⁰.

En este sentido, los grupos de presión o de poder, sobre todo del tipo extractivos, explotadores, de transformación o consumo del Medio Ambiente; se infiltrarán en la(s) institución(es) para dirigirla, de forma interna y externa; y, de esta manera, vean aumentada su influencia y puedan lograr la completa satisfacción de sus intereses particulares a través, *v.g.* de la “puerta giratoria”⁶⁰¹ en altos cargos o funciones directivas en las instituciones con estructura organizada, recibiendo incentivos económicos fuera del ámbito de su cargo laboral por tomar determinadas decisiones que benefician al grupo de poder, constituyendo poderes paralelos⁶⁰² que dirijan a la institución, existencia de asimetría de información para tomar decisiones, etc..

También provoca **(iii)** una desacertada asignación⁶⁰³ de recursos económicos, tanto públicos como privados, y de los recursos materiales y humanos, haciendo ineficiente la determinación y aplicación del presupuesto institucional, poniendo en riesgo el crecimiento sostenible del grupo o institución; **(iv)** aumenta y profundiza las desigualdades⁶⁰⁴ sociales, económicas, políticas, culturales y de

⁵⁹⁶ VER: CAPÍTULO II, pp. 59-66

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 66-70

⁵⁹⁸ GARAY et al. (2008), pp. 10, 15
OCDE (2018), pp. 12, 22, 27-28, 68
OXFAM (2018a), pp. 16

⁵⁹⁹ GARAY et al. (2008), pp. 10, 15
OCDE (2018), pp. 12, 22, 27-28
OXFAM (2018a), pp. 16, 80

⁶⁰⁰ GARAY et al. (2008), pp. 10
OCDE (2018), pp. 12, 27-28
OXFAM (2018a), pp. 16, 80

⁶⁰¹ LOPES (2018), pp. 45
OXFAM (2018a), pp. 84

⁶⁰² GARAY et al. (2008), pp. 34, 72

⁶⁰³ OCDE (2018), pp. 12

⁶⁰⁴ *Ibid.*, pp. 12

género; **(v)** y acentúa los problemas de acceso a justicia y representación de grupos sociales difíciles de alcanzar⁶⁰⁵ (v.g. pueblos indígenas, zonas extremas, personas analfabetas, personas con discapacidad, etc.).

Y, a propósito de todo lo anterior, se produce, finalmente, **(vi)** un bloqueo de reformas y políticas públicas⁶⁰⁶, afectando cambios de reformas, institucionales y/o estructurales.

Asimismo, la captura **(vii)** afecta la confianza que las personas tienen en las instituciones, en el gobierno, en sus representantes políticos y en los partidos políticos, provocando que la ciudadanía y la sociedad en general perciba que la política es injusta⁶⁰⁷. También **(viii)** se produce una pérdida en la credibilidad por la forma en que se resuelven los conflictos (administrativos, judiciales, políticos) ya que existe propensión de los grupos de poder en que éstos sean resueltos acorde a sus propios intereses⁶⁰⁸ o que las leyes⁶⁰⁹ sean a favor de ellos mismos.

Y, en otro sentido, la presencia de la captura institucional igualmente **(ix)** amenaza el medioambiente, la salud y la seguridad social ya que se tiende a suministrar servicios públicos de menor calidad que la esperada y descuidando a la sociedad⁶¹⁰; **(x)** repercutiendo también en la educación, en el derecho a hacer peticiones al Estado⁶¹¹, el acceso a la justicia y en la equidad/inequidad social⁶¹².

Incluso **(xi)** incide en la transparencia⁶¹³, lobby (formal⁶¹⁴ e informal⁶¹⁵); **(xii)** en la participación ciudadana⁶¹⁶; **(xiii)** acentúa el fenómeno de la “puerta

⁶⁰⁵ OCDE (2018), pp. 74-75

⁶⁰⁶ Ibid., pp. 12

⁶⁰⁷ Ibid., pp. 12

⁶⁰⁸ LOPES (2018), pp. 41

⁶⁰⁹ Ibid., pp. 67

⁶¹⁰ OCDE (2018), pp. 12

⁶¹¹ Ibid., pp. 67

⁶¹² IGLESIAS (2006), pp. 12

⁶¹³ OCDE (2016), pp. 124

⁶¹⁴ OXFAM (2018a), pp. 88

⁶¹⁵ Ibid., pp. 88

⁶¹⁶ LEY N°20.730, regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios (2014), artículo 2° numeral 1

giratoria”⁶¹⁷; **(xiv)** induce el aumento de los costos regulatorios⁶¹⁸ y, por consiguiente, de sus externalidades⁶¹⁹; como, asimismo, **(xv)** puede afectar en la reducción de la calidad de los servicios públicos⁶²⁰; entre otros efectos negativos⁶²¹.

Y, finalmente, la captura incide en **(xvi)** en los procesos de denuncia, control y fiscalización⁶²² del funcionamiento de la institucionalidad, además de una ineficacia en la regulación misma y en el cumplimiento de los objetivos sociales.

2. ¿Es posible de resolver el fenómeno de la captura en las instituciones que podrían representar al eventual Medio Ambiente como sujeto de Derecho?

Como bien se expresó, la teoría de la captura⁶²³, en líneas generales, tiene por objeto dilucidar y otorgar una explicación racional sobre los motivos y los mecanismos en que ciertos grupos de interés o de presión logran determinado nivel de poder político-económico haciendo que, finalmente, prevalezcan sus intereses por sobre otros grupos o del bienestar general; dando, como resultado, una influencia abusiva en el sistema político, ya sea en una regulación específica o dentro de toda una institución.

Enseguida, el Estado, sus organismos, las personas jurídicas e instituciones varias no están ajenas de ser alcanzadas por el fenómeno de la captura. En otras palabras, es ciertamente posible que en dichas organizaciones institucionales se agrupen personas que representan y/o buscan determinados intereses particulares, filtrándose dichos intereses en las decisiones políticas; y, como resultado, se vean

⁶¹⁷ LOPES (2018), pp. 45,
OXFAM (2018a), pp. 84

⁶¹⁸ LOPES, pp. 41
PINTO JR. et PINTO PIRES (2000)

⁶¹⁹ LOPES (2018), pp. 41
PINTO JR. et PINTO PIRES (2000)

⁶²⁰ Ibid., pp. 41

⁶²¹ VER: CAPÍTULO II, pp. 66-70

⁶²² LOPES (2018), pp. 41
PINTO JR. et PINTO PIRES (2000)

⁶²³ VER: CAPÍTULO II, pp. 59-70

afectados transversalmente todos los niveles en la toma de decisiones políticas y regulatorias y, finalmente, la sociedad.

Ahora bien, sobre el tema que nos conlleva, a priori, es posible que exista captura en las instituciones propuestas para representar al Medio Ambiente como sujeto de Derecho (o persona ambiental), pero, como se mencionó en su oportunidad, bajo distintos tipos de captura⁶²⁴. Y, a partir de esto, es la forma en que se abordaría y también las posibles soluciones específicas, en relación con las propuestas para cada problema identificado como posible nueva institucionalidad.

Luego, respondiendo a la pregunta principal, y asumiendo sus consecuencias: sí, se estima que sería posible resolver, de algún u otro modo, o, a lo menos, evitar, enmendar o aminorar la captura en la eventual nueva institucionalidad ambiental.

Al respecto, las instituciones (de índole colectiva o de aspecto individual) que podrían llegar a representar al Medio Ambiente, ya sea de forma excluyente o conjuntamente, sería(n) capturada(s) como organismo propiamente tal, bajo diversos tipos y, asimismo, sería observable el fenómeno en distintas actuaciones o decisiones de la entidad.

Pues bien, se sostiene esta opinión bajo una mirada muy positiva ya que existen estudios internacionales⁶²⁵ en los cuales se han sugerido y aplicado procedimientos, remedios, mecanismos o recomendaciones contra la captura, visualizándose, en la experiencia comparada, sustantivas mejoras en el sistema o en las instituciones reformadas. E, incluso en nuestro país, se han observado

⁶²⁴ VER: CAPÍTULO II, pp. 63-65

⁶²⁵ CARPENTER et MOSS (2014)
DURAND (2016)
GARAY et al. (2008)
LOPES (2018)
OCDE (2018)
OXFAM (2018a)
OXFAM (2018b)

mejoras orgánicas con la implementación de nuevas leyes⁶²⁶ que fomentan los principios de la transparencia, equidad y control de la democracia.

Sin embargo, no es menos cierto que se cree que la captura no puede ser evitada del todo o no podrá ser erradicada completamente en caso de que haya permeado las estructuras más internas de una institución o el sistema político en su totalidad.

Por consiguiente, a continuación, se intentará formular una serie de viables soluciones respecto a la captura en las instituciones propuestas que podría llegar a representar a la persona ambiental.

3. ¿Qué soluciones podrían plantearse para evitar, enmendar o aminorar la captura en las instituciones que representarían al Medio Ambiente?

En primer lugar, en el Capítulo III se presentaron diversas instituciones⁶²⁷ que podrían representar a la Naturaleza o Medio Ambiente como sujeto de Derecho o persona ambiental, en el supuesto de que legalmente así se disponga. Y, en segundo lugar, se identificaron las ventajas y desventajas en cada institución, haciendo especial mención a los problemas de la captura en la representación de estas organizaciones.

Luego, en la posible nueva institucionalidad ambiental, se han identificado como principales inconvenientes asociados a la captura regulatoria o institucional, **(i)** la obtención y distribución del presupuesto institucional, **(ii)** el origen y legalidad de aportes o donaciones de terceros que pertenecen a grandes grupos económicos o de interés, **(iii)** problemas respecto a la transparencia o acceso a la información, en especial en instituciones de Derecho Privado; **(iv)** dificultades en relación a la participación ciudadana, **(v)** conflictos en torno al *lobby* (formal e informal), **(vi)** fuerte presencia del fenómeno de la “puerta giratoria” y los problemas asociados respecto al manejo y confidencialidad de información sensible o privilegiada, **(vii)**,

⁶²⁶ OCDE (2016)

⁶²⁷ VER: CAPÍTULO III, pp. 85-122

(viii) irregularidades o conflictos en la responsabilidad personal e institucional, y (ix) presencia de personas que integran o representan intereses particulares de los grupos de poder e influyen en la toma de decisiones institucionales, desde su origen hasta fiscalización⁶²⁸.

Dicho lo anterior, para evitar la captura en el ámbito presupuestario, es preciso que se promueva la rendición de cuentas⁶²⁹ en las instituciones ambientales, sean éstas públicas o privadas, para poder conocer sobre el origen de sus dineros y los intereses que hay en juego. Lo anterior es porque es dable pensar que existan grandes aportes de parte de grupos de poder con el fin de que las cosas se hagan de tal manera para que sus intereses se vean maximizados considerablemente. Por tanto, este es, sin lugar a duda, un aspecto muy expuesto a la captura⁶³⁰, debiéndose dictar normativas atinentes a propiciar una mayor transparencia en la información económica de las instituciones para intentar evitar o, por lo menos, aminorar la captura. Lo ideal sería acabarla, pero se reconoce que este evento es muy difícil de lograr.

De esta forma, como la provisión de recursos es un factor de alto riesgo de captura, se ha señalado certeramente que *“las élites económicas tienen la posibilidad de movilizar vastos recursos financieros para influir en la formulación de políticas”*⁶³¹, no quedando exentas las industrias extractivas, explotadoras o productivas de recursos naturales.

Asimismo, en aquellas instituciones con influencia social y/o económica, *“los flujos recurrentes de rentas permiten a sus beneficiarios del sector privado y del público planear con antelación y conformar una red de influencia estable”*⁶³². Por ende, las instituciones ambientales que podrían ser de menor densidad, influencia

⁶²⁸ OCDE (2018), pp. 27-28

⁶²⁹ Ibid., pp. 13, 64-65, 83-84

⁶³⁰ Ibid., pp. 13

⁶³¹ Ibid., pp. 49

⁶³² Ibid., pp. 49

o poder se encontrarían en una desventaja recurrente⁶³³ ante las entidades con capacidad de ejercer influencia indebida en lo medioambiental.

Y, encima, confluyen también en este problema la desigualdad económica⁶³⁴ entre las propias posibles instituciones ambientales y las conexiones estables en política y grandes grupos económicos⁶³⁵, afectando los procesos de toma de decisiones debido a los vínculos cercanos que se establecen entre los actores.

Por lo tanto, en este aspecto económico de las eventuales nuevas instituciones ambientales, se podría sugerir, además del fomento a la transparencia en las cuentas y la publicidad de dicha información, que el Estado provea de mayores aportes económicos a aquellas organizaciones que posean menores ventajas socioeconómicas, como parte de las recomendaciones internacionales de aumentar el gasto público en el ítem medioambiental⁶³⁶, para intentar resolver, evitar o aminorar lo más posible la captura regulatoria o institucional.

Por lo que se refiere a los aportes y donaciones de terceros con nexos a grupos de poder, una idea que se ha propuesto es “[i]ncluír donaciones privadas en los reportes, además de información sobre cómo se gastaron los fondos públicos”⁶³⁷. Y, esto mismo, se podría replicar en el sector privado, para tomar conocimiento de los movimientos de información y de recursos materiales y económicos, nombres de los donadores⁶³⁸ y tipo de donaciones, con su respectiva cuantía.

En relación con los problemas de transparencia, es menester que se asegure el acceso a la información para universalizar, principalmente, los derechos democráticos de transparencia, publicidad y del respeto a los Derechos Humanos; además de que se certifique que tal información es confiable, oportuna, relevante⁶³⁹,

⁶³³ OCDE (2018), pp. 49

⁶³⁴ Ibid., pp. 49

⁶³⁵ Ibid., pp. 50

⁶³⁶ CEPAL et OCDE (2016), pp. 154-175

⁶³⁷ OCDE (2018), pp. 71

⁶³⁸ Ibid., pp. 83

⁶³⁹ Ibid., pp. 13

accesible e inteligible⁶⁴⁰ para el debido conocimiento de las personas, no siendo tergiversada o manipulada por aquellos que buscan favorecer sus intereses particulares.

Igualmente, se ha observado que “*la captura prospera cuando las decisiones no son visibles para el público*”⁶⁴¹. Por tanto, una transparencia limitada torna propensa a la institución ambiental de sufrir captura. Ergo, sería interesante otorgar un acceso justo y equitativo a todos los grupos de interés⁶⁴², independientemente de su tamaño⁶⁴³ o forma de organización⁶⁴⁴ y sus propósitos o intereses afines⁶⁴⁵, en especial, relacionados con lo que nos convoca: sus motivaciones para proteger y representar al Medio Ambiente⁶⁴⁶; a través de consultas públicas⁶⁴⁷ mediante reuniones públicas, grupos consultivos y metodología online (datos abiertos⁶⁴⁸), entre otras propuestas.

Y, análogamente, se podría permitir el escrutinio⁶⁴⁹ público, en el sentido de divulgar información, informes, decisiones y otros aspectos que resulten igualmente importantes y útiles; además de contemplar la creación de “*un registro público accesible, actualizado, indexado y clasificable*”⁶⁵⁰ de información pública relevante y expresar cómo es que se llegó a tal decisión; permitir el seguimiento⁶⁵¹ de decisiones institucionales; y fomentar instancias públicas en las cuales grandes audiencias puedan compartir sus observaciones y evaluaciones⁶⁵².

Todo lo anterior, en efecto, debe contemplar mecanismos especiales para que grupos generalmente excluidos por la sociedad o que son difíciles de

⁶⁴⁰ OCDE (2018), pp. 80

⁶⁴¹ Ibid., pp. 48-49

⁶⁴² Ibid., pp. 67

⁶⁴³ OLSON (1992), pp. 33, 56, 59, 60, 61

⁶⁴⁴ Ibid., pp. 55-58, 141, 145, 148-150

⁶⁴⁵ Ibid., pp. 44-45

CROLEY (2008), pp.41, 50-51

⁶⁴⁶ STUTZIN (2010), pp. 100

⁶⁴⁷ OCDE (2018), pp. 67, 71

⁶⁴⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “*Linked open data: ¿qué es?* [En línea] <<https://datos.bcn.cl/es/informacion/que-es>>

⁶⁴⁹ OCDE (2018), pp. 68

⁶⁵⁰ Ibid., pp. 68

⁶⁵¹ Ibid., pp. 73

⁶⁵² Ibid., pp. 73

alcanzar⁶⁵³ (v.g. pueblos indígenas, personas en situación de discapacidad, mujeres, localidades en zonas extremas, personas con problemas de analfabetismo, etc.) puedan contar con las mismas oportunidades que los demás ciudadanos y, así, participar en los procesos de formulación de política y de decisiones institucionales⁶⁵⁴ de carácter ambiental.

Y, en particular, sobre la transparencia en instituciones cuya orgánica obedece más a personas jurídicas o acciones de Derecho Privado (universidades privadas⁶⁵⁵; fundaciones, corporaciones y organizaciones comunitarias funcionales o agrupaciones de éstas⁶⁵⁶, acción colectiva ambiental⁶⁵⁷, acción individual ambiental⁶⁵⁸, acción colectiva indígena ambiental⁶⁵⁹), se cree posible que se aplique una ley similar a la de acceso a la información pública (Ley N°20.285), como una “*ley de libertad de información*”⁶⁶⁰ general; resguardando, obviamente, aquella información que resulta ser sensible (como ocurre, por ejemplo, cuando la Superintendencia del Medio Ambiente reserva⁶⁶¹ información de antecedentes presentados por una empresa sujeta a procedimiento administrativo sancionatorio).

Ejemplo de que ha dado resultado el fortalecimiento de la transparencia consiste en que un 91%⁶⁶² de los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publican información sobre candidatos y partidos políticos, demostrando que “*las organizaciones de la sociedad civil tienen la capacidad de convertirse en vigías eficaces y cuentan con instrumental comprobado para impulsar los esfuerzos de la transparencia y anticorrupción en el financiamiento de campañas.*”⁶⁶³

⁶⁵³ OCDE (2018), pp. 74-75

⁶⁵⁴ Ibid., pp. 72, 74-75

⁶⁵⁵ VER: CAPÍTULO III, pp. 89-94

⁶⁵⁶ VER: CAPÍTULO III, pp. 94-97

⁶⁵⁷ VER: CAPÍTULO III, pp. 106-110

⁶⁵⁸ VER: CAPÍTULO III, pp. 110-112

⁶⁵⁹ VER: CAPÍTULO III, pp. 112-121

⁶⁶⁰ OCDE (2018), pp. 76

⁶⁶¹ LEY N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (2010); artículo segundo, artículo 34

⁶⁶² OCDE (2018), pp. 68

⁶⁶³ Ibid., pp. 70

Asimismo, en lo referente a la participación ciudadana en las instituciones, se ha propuesto “*nivelar el campo de juego*”⁶⁶⁴ en el sentido de equilibrar la intervención, en distintas instancias, de personas con intereses diversos y que pueden fomentar y garantizar la toma de decisiones institucionales más inclusivas, integrales y transparentes. Asimismo, se debe fomentar la creación de espacios de consulta pública⁶⁶⁵ y de decisiones ciudadanas, e impulsar reformas de participación tanto de los miembros de una institución o grupo, como respecto de la ciudadanía o personas particulares con intereses generales.

Transparencia y participación ciudadana tienen una conexión tal que siendo débil la transparencia, no puede haber participación efectiva.⁶⁶⁶

La evidencia empírica ha demostrado que “*la transparencia es capaz de generar legitimidad. [Y que, i]ncluso, la transparencia incompleta, desprovista de un proceso de toma de decisión completamente abierto, llega a mejorar la legitimidad con solo justificar a posteriori una decisión tomada detrás de puertas cerradas.*”⁶⁶⁷ Y también posee “*efectos positivos sobre la corrupción [ya que l]a transparencia eleva la peligrosidad de los actos corruptos [y] vuelve a los políticos más responsables ante lo público, facilita[ndo] que el público seleccione a políticos honestos y eficientes, y ayuda a sostener estándares de integridad y confianza.*”⁶⁶⁸

Por lo tanto, si ha sido posible en el sector público, nada obsta pensar que podría replicarse la transparencia en el sector privado, y, muy especialmente, en las instituciones ambientales propuestas, proporcionándosele a las personas la posibilidad de acceder a información, datos, evolución de decisiones o huellas legislativas y administrativas⁶⁶⁹, intereses privados relacionados⁶⁷⁰, reuniones,

⁶⁶⁴ OCDE (2018), pp. 12-13

⁶⁶⁵ Ibid., pp. 67

⁶⁶⁶ Ibid., pp. 12-13

⁶⁶⁷ Ibid., pp. 79

FINE LICHT et al. (2014)

⁶⁶⁸ OCDE (2018), pp. 79

KOLSTAD et WIIG (2009)

⁶⁶⁹ OCDE (2018), pp. 83

⁶⁷⁰ Ibid., pp. 83

razones subyacentes⁶⁷¹ y cualquier otro aspecto relacionado con determinaciones medioambientales.

Sobre el *lobby*, ya sea éste formal o informal, podría regularse a través de un reglamento especial o código de conducta, estableciéndose claramente lo que se entiende por actividades lobistas⁶⁷², además de normar los tipos de comunicaciones entre las personas⁶⁷³, aunque no sean consideradas como dentro del lobby formal; y de “*garantizar (...) espacios formales en las [que] las instituciones [en los que] las personas u organizaciones puedan presentar sus propuestas e intereses en el debate [institucional].*”⁶⁷⁴

Dicho de otra manera, se podría construir un código conductual específico que contemple normas sobre conductas lobistas, comunicaciones, conflicto de intereses y sanciones disuasivas⁶⁷⁵; para que así, por ejemplo, no se traspase información desde un sector al otro, se restrinja la actividad como sujeto pasivo⁶⁷⁶, lobista⁶⁷⁷ o gestor de interés⁶⁷⁸ temporalmente⁶⁷⁹.

En cuanto a la “puerta giratoria”, considerada como una de las diversas formas en las que se manifiesta la captura institucional⁶⁸⁰, se ha recomendado “*regular el ingreso, tránsito y egreso de los funcionarios públicos mediante leyes y códigos precisos*”⁶⁸¹, pudiendo aplicarse análogamente al sector privado; “*establecer períodos de ‘enfriamiento’ previos y posteriores a ocupar los cargos públicos [o privados]*”⁶⁸², dictar códigos de conducta y sanciones, cambiándose la

⁶⁷¹ OCDE (2018), pp. 83

⁶⁷² Ibid., pp. 67

⁶⁷³ Ibid., pp. 67

⁶⁷⁴ OXFAM (2018a), pp. 89

⁶⁷⁵ OCDE (2018), pp. 71

⁶⁷⁶ LEY N°20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios (2014), artículos 3° y 4°

⁶⁷⁷ Ibid., artículo 2° numeral 5) primera parte

⁶⁷⁸ Ibid., artículo 2° numeral 5) segunda parte

⁶⁷⁹ OCDE (2018), pp. 68

⁶⁸⁰ LOPES (2018), pp. 45

BETANCOR (2016)

⁶⁸¹ OXFAM (2018a), pp. 85

⁶⁸² Ibid. pp. 85

LOPES (2018), pp. 47

forma en que se nombran autoridades⁶⁸³ en el sector público y privado; entre otros posibles remedios.

Y, sobre sus repercusiones en la información, se ha propuesto establecer sanciones “*de forma efectiva y ejemplificadora [al] pago de sobornos o el tráfico de influencias en la gestión pública*”⁶⁸⁴, además de asegurar la independencia de la institución, en este caso, ambiental.

Asimismo, en lo que se refiere a la responsabilidad personal y a la responsabilidad institucional, al igual de lo que se recomienda para el lobby, se deberían fijar los roles y responsabilidades de los actores relacionados con la representación de la persona ambiental y su nivel de participación⁶⁸⁵; además de que podrían establecerse sanciones disuasivas y ejecutorias⁶⁸⁶, en el sentido de castigar efectivamente a las organizaciones, grupos, instituciones y personas que tengan conductas que propicien la captura, para así poder complementar lo que ya existe en el ámbito administrativo, civil y penalmente hablando. Por ejemplo, aplicación de multas, limitar la participación de funcionarios o personas con posibles conflictos de interés durante todo el proceso de toma de decisiones de una política institucional determinada, etc.

Y, en lo que atañe a la presencia de personas que integran o representan intereses particulares de los grupos de poder e influyen en la toma de decisiones institucionales, se ha sostenido que la “*discrecionalidad sin control*”⁶⁸⁷, *i.e.* una autoridad sin rendición de cuentas y sin criterio, abre las puertas para la captura⁶⁸⁸. Por tanto, se ha observado que “[*m*]ientras menor es el número de funcionarios requeridos para sellar e instrumentar un trato, más sencillo es establecer y mantener una relación de captura (...)”⁶⁸⁹.

⁶⁸³ OCDE (2018), pp. 83

⁶⁸⁴ OXFAM (2018a), pp. 94

⁶⁸⁵ OCDE (2018), pp. 76

⁶⁸⁶ *Ibid.*, pp. 71

⁶⁸⁷ *Ibid.*, pp. 48

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 48

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 48

Así las cosas, es dable pensar y recomendar que exista un protocolo de toma de decisiones en la que, necesariamente, tengan injerencia varias personas. No se descarta la idea de que sean, asimismo, funcionarios o trabajadores de distinto rango de autoridad o especialidad para tornar las decisiones más democráticas e inclusivas.

Pues bien, en lo que se refiere a control y fiscalización, se ha sugerido, la destinación de fondos económicos especialmente destinados⁶⁹⁰ para el reforzamiento de las actividades inspectoras, en el ámbito público, a través de entidades fiscalizadoras superiores⁶⁹¹. Y, además, el desarrollo de procedimientos de monitoreo para detectar cualquier incumplimiento⁶⁹² o infracción a normas internas como leyes generales, fomentando los mecanismos de denuncia ambiental como de delitos asociados a la corrupción. Por tanto, se considera que todo lo anterior sí podría ser replicado en el sector privado y, evidentemente, en la institucionalidad sugerida, otorgándole una recompensa a las personas que desenmascaren situaciones de captura (como ocurre con la delación compensada⁶⁹³ en materia de libre competencia).

En otro aspecto, pero relacionado con lo anterior, si la toma de decisiones recae sobre un aspecto de alta “*complejidad técnica*”⁶⁹⁴, “*que puede ser objeto de interés público y control limitado*”, la opinión de terceros con conocimientos especiales en el tema, pero pertenecientes o representante de intereses particulares, puede afectar esencialmente las decisiones institucionales medioambientales.

También se puede buscar “*impulsar foros de investigación públicos que puedan colaborar con las organizaciones o grupos que no cuentan con recursos para pagar asesoría[s] externa[s]*”⁶⁹⁵ y “*facilitar acciones colectivas entre intereses*

⁶⁹⁰ OCDE (2018), pp. 71

⁶⁹¹ Ibid., pp. 83-84

⁶⁹² Ibid., pp. 96

⁶⁹³ LEY N°20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009), artículo 39 bis

⁶⁹⁴ OCDE (2018), pp. 48

⁶⁹⁵ OXFAM (2018a), pp. 90

en confrontación para una organización y participación efectivas”⁶⁹⁶ de modo tal que el sistema sea realmente integrado, considerando las opiniones de diversas personas.

E, incluso, se puede fomentar la colaboración entre instituciones de diversos sectores o entre las misma ambientales y entre los propios miembros de la organización o personas externas interesadas, buscando una fórmula para una *“mezcla correcta de participantes y [, así, poder] garantizar que ningún grupo [social] quede excluido inadvertidamente.”*⁶⁹⁷

Ahora bien, respecto a cada tipo particular de captura, en el caso de captura en sentido amplio⁶⁹⁸, es necesario observar aquellas situaciones puntuales que afectan la intervención institucional (estatal o grupal per se) para luego buscar una solución adecuada al caso particular y, quizás, implementarla en situaciones similares. Siempre será adecuado estudiar el fenómeno antes de aplicar cualquier mecanismos o remedio para evitar la captura. Y, luego, para la captura en sentido estricto⁶⁹⁹, si intervienen personas específicas y/o perfectamente identificables que buscan intervenir en las decisiones institucionales, como se señaló precedentemente, se podría sancionar con medidas ejemplificadoras y disuasivas a las personas propiamente tales como a la institución, con medidas políticas y económicas para intentar aminorar o evitar la captura.

Respecto a la captura fuerte⁷⁰⁰ y a la captura débil⁷⁰¹, en primer lugar, será necesario observar cuáles son los intereses públicos para, enseguida, verificar si se compromete profundamente la capacidad regulatoria o institucional en las decisiones o políticas que afecten al bienestar social. Pese a ello, se estima que

⁶⁹⁶ OCDE (2018), pp. 73

⁶⁹⁷ Ibid., pp. 76

⁶⁹⁸ LOPES (2018), pp. 38
DAL BÓ (2006), pp. 203-204
VER: CAPÍTULO II, pp. 63

⁶⁹⁹ LOPES (2018), pp. 38;
DAL BÓ (2006), pp. 203-204
VER: CAPÍTULO II, pp. 63

⁷⁰⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 11
VER: CAPÍTULO II, pp. 64

⁷⁰¹ Ibid.

esta categorización de captura es útil para dilucidar la profundidad de las medidas a tomar *ex ante*, es decir, para, esencialmente, prevenir la captura regulatoria o institucional. No son para aminorar o enmendar la captura *ex post*.

Luego, respecto a la captura *ex ante*⁷⁰², es posible trabajar en mecanismos preventivos como, por ejemplo, **(a)** identificar aquellas áreas de trabajo más susceptibles de sufrir captura institucional⁷⁰³, **(b)** establecer procedimientos de publicidad justa y equitativa de información, además de una consulta pública; **(c)** instaurar protocolos de toma de decisiones con participación de todos los niveles de una organización, **(d)** crear protocolos para rendir cuentas de acciones efectuadas y sobre la participación de cada miembro en la institución representativa, **(e)** contemplar un código de conducta en torno al *lobby*, conflicto de intereses, divulgación de intereses particulares, comunicaciones y reuniones, donaciones, etc.; **(f)** desarrollar un sistema de monitoreo y fiscalización de las actividades institucionales susceptibles de captura; **(g)** limitar la actuación de personas ligadas a grupos de poder o en situaciones de conflicto de intereses; **(h)** estipular también protocolos de prestación de asesorías en materia ambiental; entre otras consideraciones preventivas.

Y, para el supuesto de captura *ex post*⁷⁰⁴, ha surgido la idea de contemplar una revisión o control judicial⁷⁰⁵ a situaciones sospechosas de captura (y que podríamos homologar, en nuestro ordenamiento jurídico, a la teoría de la imprevisión⁷⁰⁶). Por consiguiente, un juez competente de la jurisdicción donde se ha producido la captura podría efectuar una revisión de los hechos que le permita presumir que ha ocurrido captura.

Sin embargo, los estudiosos en el tema han considerado que sólo sería posible la revisión para la captura *ex post* porque los jueces evaluarían las

⁷⁰² LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

⁷⁰³ OCDE (2018), pp. 13

⁷⁰⁴ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

⁷⁰⁵ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 409-410,

⁷⁰⁶ ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N°6.812-2001 (2006)

decisiones incipientes o ya tomadas que sean irracionales o mal razonadas⁷⁰⁷, para enervar, en concreto, la captura.

Ahora bien, pese a la propuesta de revisión judicial, se ha sostenido que ésta “*también podría fallar en detectar y prevenir la captura*”⁷⁰⁸ además de que tampoco estaría “*disponible cuando ninguna de las partes impugna la acción de gobierno*”⁷⁰⁹, es decir, que aplicaría sólo para examinar decisiones privadas.

No obstante, lo anterior, en nuestro caso sí podría aplicar una revisión judicial tanto para situaciones *ex ante* como *ex post* y para cuestiones del ámbito público como privado.

En una posible captura *ex ante*, un juez podría determinar que cierto proceso de toma de decisión que aún no se ejecuta o no entra en vigencia, posee ciertos vicios que harían que dicho proceso se haya originado para favorecer intereses particulares de ciertos grupos de poder asociados a la explotación del Medio Ambiente, y en el sentido de prevenir la consumación de delitos de corrupción⁷¹⁰, cohecho⁷¹¹, malversación de fondos⁷¹², etc. Y, para la eventual captura *ex post*, se podría ordenar la modificación de las decisiones tomadas, además de otro tipo de sanciones a quienes participaron de la captura, para así eliminarla.

Luego, frente a la captura de decisiones⁷¹³, como se planteó anteriormente, se pueden establecer protocolos o mecanismos formales para la toma de informaciones, además de publicitar los procesos de toma de decisiones y tutelarlas mediante un código de conducta que establezca una esfera de comportamientos que se circunscriben dentro de la captura regulatoria o institucional, además de sanciones para desincentivar las conductas corruptivas. Y, en lo que concierne a la

⁷⁰⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 409-410

⁷⁰⁸ Ibid., pp. 410

⁷⁰⁹ Ibid., pp. 410

⁷¹⁰ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2019), artículos 287 bis y 287 ter

⁷¹¹ Ibid., artículos 233-238

⁷¹² Ibid., artículo 248-251 ter

⁷¹³ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

captura de información⁷¹⁴, e igualmente como se señaló en líneas anteriores, se podrían implementar mecanismos que robustezcan la transparencia en el sector público y que se lleven a cabo en el ámbito privado para que, así, exista libre y equitativo acceso a cualquier tipo de información de carácter ambiental de parte de las personas; y, consecuentemente, se pueda lograr evitar o enmendar la captura.

En lo relativo a la captura directa⁷¹⁵ e indirecta⁷¹⁶, y en concordancia a lo expuesto en las eventuales soluciones previamente presentadas, se puede fomentar la transparencia de información, intereses, vínculos, etc., que tenga relación con actividades que puedan afectar o involucrar al Medio Ambiente; además de contemplar el ya mencionado código de conducta, entre otras medidas que resulten útiles según la forma en que se presenta o identifica la captura.

Por otra parte, en cuanto a la captura corrosiva⁷¹⁷, además de modificar la legislación o regulación que logró o logra beneficiar los intereses de los grupos grandes empresariales ambientales, se sugiere que se podría, como en la captura ex ante, establecer protocolos y normativas para identificar las áreas de trabajo que son más “capturables”, como rendir cuentas, mejorar métodos de transparencia y publicidad de información, desarrollar algún sistema de monitoreo o fiscalización de actividades y toma de decisiones, limitar las actuaciones de personas o acciones institucionales que resultan especialmente propensas a ser capturadas, etc. Y, a su vez, en la captura robusta⁷¹⁸, sería primordial la dictación tanto de leyes generales y como normativas especiales medioambientales que fortalezcan el sistema político y prevengan fuertemente la captura dentro de los tres poderes del Estado. Se estima que la herramienta legislativa sería el mecanismo clave, orgánico o prístino que permita, seriamente, prevenir la captura como una política estatal.

⁷¹⁴ LOPES (2018), pp. 38

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

⁷¹⁵ Ibid.

⁷¹⁶ Ibid.

⁷¹⁷ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 16

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

⁷¹⁸ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 19

VER: CAPÍTULO II, pp. 64

Y, en último término, frente a la captura cultural o cognitiva⁷¹⁹, en primer lugar, como *“los mecanismos que producen la captura cultural son características básicas de las interacciones humanas y, por lo tanto, son anteriores al ciclo reciente de desregulación financiera”*⁷²⁰, resultando ser un *“producto inevitable de las interacciones necesarias entre los seres humanos”*⁷²¹, y que se observa mediante una *“influencia indebida [que] puede incluso consolidarse sin involucrar directamente a los tomadores de decisiones públicas (y sin su conocimiento), al manipular la información o creando lazos sociales o emocionales cercanos a ellos”*⁷²²; importante sería ahondar los esfuerzos por un fortalecimiento del lobby (formal⁷²³ e informal⁷²⁴) para provocar una costumbre social sobre buenas prácticas institucionales; además del ya tan mencionado código de conducta.

Y, para ir terminando, sería muy interesante, como se expresó en el problema económico de las instituciones ambientales propuestas, que el Estado aporte económicamente a aquellas organizaciones colectivas o instituciones que cuenten con menores ventajas socioeconómicas, al hacer un parangón de la situación financiera de todas, como ha sido sugerido internacionalmente en lo que se refiere al aumento de gasto público en el punto medioambiental ⁷²⁵, y, asimismo, que también promueva la defensa de la Naturaleza, en todos sus ámbitos y esferas; dictando leyes y actos administrativos con especial foco en un posible y naciente principio *“in dubio pro natura”*. Estos dos aspectos se tornan fundamentales para el hecho del establecimiento de cualquier nueva institucionalidad ambiental con el fin de lograr su protección, conservación o restauración de manera más eficaz.

⁷¹⁹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 79

DURAND (2016), pp. 40-41

VER: CAPÍTULO II, pp. 64-65

⁷²⁰ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 95

⁷²¹ Ibid., pp. 95

⁷²² Ibid., pp. 22

⁷²³ Ley N°20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios (2014), artículo 2° numeral 1

⁷²⁴ OXFAM (2018a), pp. 88

⁷²⁵ CEPAL et OCDE (2016), pp. 154-175

4. Comentarios finales respecto a las soluciones para la captura regulatoria o institucional

Como se pudo apreciar en las líneas anteriores, existen diversas recomendaciones para solucionar la captura que podría suscitarse, eventualmente, en la o las instituciones que llegasen a representar al Medio Ambiente como sujeto de Derecho o persona ambiental, dependiendo, esencialmente, del tipo de captura y del problema específico identificado, en virtud de la experiencia comparada o local y de las observaciones y propuestas personales.

Pese a ello, estamos conscientes de que las soluciones planteadas, caso a caso, no sean suficientes, las más idóneas o las únicas para solucionar, evitar o aminorar la captura. Además de que no debe perderse de vista que se ha trabajado en base a un escenario doblemente teórico, a saber, en cuanto al supuesto de que se cree la persona ambiental y que se instauren las diversas figuras jurídicas desarrolladas en el Capítulo III*.

Pero, en definitiva, pese al escenario un tanto desfavorable para efectuar el análisis, se mantiene el optimismo en cuanto a se podría resolver, aminorar o evitar el fenómeno de la captura en la eventual nueva institucionalidad ambiental.

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

CONCLUSIONES

Tal como hemos podido leer en esta memoria, se plantearon tres grandes objetivos: en primer lugar, analizar la factibilidad legal de que el Medio Ambiente sea considerado como un sujeto de Derecho en nuestro país, expresándose los primeros argumentos para su constitución como persona ambiental además de ofrecer un catálogo de posibles instituciones que puedan ejercer su representación. Y, en tercer lugar, dada la ilustración hecha de las teorías económicas sobre comportamiento colectivo y captura regulatoria o institucional, se plasmaron sucintamente varias sugerencias de soluciones para poder evitar, enmendar o aminorar la captura en cada tipo y problema identificado dentro de la institucionalidad propuesta que podría llegar a representar al Medio Ambiente.

Por tanto, podemos armar a algunas interesantes conclusiones. Ante todo, se estima que es posible una nueva institucionalidad ambiental como un inédito mecanismo o herramienta jurídica en Chile para intentar otorgarle al Medio Ambiente una protección más eficaz dado que, en la práctica, pese a todos los esfuerzos y aportes que han venido desde la Academia, de instituciones ambientales y de grupos socialmente organizados en gestionar y lograr grandes avances en materia medioambiental en el país, lamentablemente, además de los logros ambientales que el Estado ha conseguido y que han sido destacados internacionalmente⁷²⁶; el Estado, aun así, en varios casos, ejerció o ha ejercido un desilusionante desempeño y/o ha obtenido negativos resultados al intentar garantizar un Medio Ambiente libre de contaminación; existiendo o trayendo consigo, en varias ocasiones, una desprolijidad en el mantenimiento y aseguramiento del ecosistema, en el equilibrio ecológico, en la equidad social y en el acceso a justicia socioambiental, entre otros aspectos. Por ende, sería una interesante oportunidad para, por último, intentar aventurarse como una nueva forma complementaria para proteger al Medio Ambiente.

⁷²⁶ CEPAL et OCDE (2016)
FAO (2016), pp. 20-60

Luego, sobre aquello que motiva a las personas a agruparse y organizarse para alcanzar sus objetivos comunes, logrando que ciertos grupos funcionen más eficazmente que otros (en el sentido de obtener sus intereses), pareciese ser que no puede ser mirado y analizado, exclusivamente, desde una arista económica. Es un punto de partido muy importante, pero, ciertamente, no todo se puede basar, presuponer ni dar bajo las leyes de la oferta y la demanda.

Vale decir, que ciertos grupos se unan en pro de un interés común, en nuestro caso, medioambiental, formando una identidad grupal o colectiva característica, obedece más bien a factores sociológicos y culturales derivados de los movimientos sociales, *i.e.*, de *“una forma organizativa cohesionada por lazos identitarios, culturales y solidarios, tendientes a buscar el cambio social desde la presión hacia el poder político instituido, a partir de estrategias y recursos para la acción colectiva.”*⁷²⁷ En este sentido, *“los movimientos sociales constituyen el elemento dinámico en los procesos que podrían convertir en realidad los potenciales positivos de las sociedades civiles modernas.”*⁷²⁸

El mercado no puede otorgar respuestas a todas las demandas y problemas sociales y políticos (y tampoco se puede forzar a una resultado -conveniente- bajo estos estándares). Su funcionamiento se basa en la exclusión de determinadas personas o grupos para obtener rentas o beneficios económicos. Por lo tanto, la teoría planteada por Mancur Olson sí nos sirve para justificar el porqué las personas, con intereses similares o comunes se terminan agrupando y accionan para perseguir un objetivo específico. Pero, a su vez, la teoría olsoniana nos resulta errónea en el sentido de que las personas sí pueden (re)unirse por factores predominantemente sociales, políticos, morales y/o culturales para intentar ellas mismas, organizadas formalmente, salvaguardar el Medio Ambiente y/o para exigir el establecimiento de una nueva institucionalidad ambiental como la propuesta en este trabajo.

⁷²⁷ ZAMORA (2016), pp. 156

⁷²⁸ *Ibid.*, pp. 156

En este sentido, Steven Croley acierta en lo de las motivaciones y que éstas funcionan como catalizadores para superar la lógica de la acción colectiva. Sin embargo, también comente un error en su crítica a Olson: la organización de los grupos con intereses ambientales podría ser perfectamente voluntaria e, incluso, darse pro-bono, altruista o sin fines de lucro.

Ahora bien, lo anteriormente señalado para la organización de un grupo es sin perjuicio de que, ya sea durante el origen o funcionamiento de las diversas acciones colectivas o movimientos sociales, se dé la captura regulatoria o institucional y, finalmente, los intereses de unos pocos o de grandes grupos de poder se conviertan en políticas públicas del aparato institucional o estatal, viciando todo el sistema democrático. No podemos invisibilizar que, quiérase o no, “[e]l beneficio económico va acompañado de poder político, impunidad y legitimidad social”.⁷²⁹

Así, respecto a la captura, se sigue sosteniendo la opinión optimista e ilusionada de que sería posible, como mínimo, solucionarla dentro de las posibles instituciones jurídicas que representarían al Medio Ambiente como sujeto de Derecho.

Teóricamente se han planteado varias alternativas para corregir el fenómeno de la captura. Pero se reconoce que hay que darle especial énfasis a “*la posición social y la aceptación social*”⁷³⁰, como Olson expresó; ya que los vínculos de amistad, parentesco o vecindad inciden profunda e importantemente en la captura (cognitiva o cultural).

Luego, se invita al desafío de seguir trabajando en diversos mecanismos preventivos o solucionadores, además de intentar materializar dichos mecanismos en acuerdos que incluyan a grupos excluidos o discriminados por la sociedad. “[L]a posibilidad de prevenir o limitar la captura llega a ser una posibilidad distinta y crea una nueva y emocionante frontera en la investigación científica social.”⁷³¹

⁷²⁹ GARAY et al (2008), pp. 84

⁷³⁰ OLSON (1992), pp. 70-71

⁷³¹ CARPENTER et MOSS (2014), pp. 452

Por otra parte, y enfocándonos en el Estado, éste *“ha sido el modelador de la nación y [de] la identidad nacional. La democracia, en cambio, ha ido por derroteros muy difíciles y se ha desarrollado al amparo de diversas formas de tutelaje y de fuerzas que han impedido su crecimiento y profundización. (...) [Y s]e consideró que, en el caso de América Latina, la democracia era condición ineludible para el buen éxito de las reformas económicas y del Estado (...).”*⁷³²

Pero, en Chile, después del estallido social del 18 de octubre de 2019, hemos sido testigos que el modelo económico mantenido al momento del retorno a la democracia, y vigente en nuestros días, no ha sido suficiente para satisfacer el bienestar social; más aún, ha acentuado las desigualdades de todo tipo y ha puesto gravemente en riesgo el ecosistema ante una explotación agresiva de recursos naturales, carencia o deficiente aplicación o fiscalización de instrumentos ambientales, sentencias por daño ambiental que son dictadas a años de producirse el hecho u omisión dañina y cuando, a veces, no es mucho lo que se puede restaurar, etc.

Por tanto, es importante tener de vista que *“la democracia no se agota en lo institucional ni en la lógica electoral, sino que se puede ampliar a través de conflictos sociales que inauguran movimientos sociales.”*⁷³³ Es fundamental recalcar que *“la democracia no es sólo la facultad de los individuos para elegir a un gobierno; [sino que, también] está relacionada de manera directa con el régimen jurídico.”*⁷³⁴

Dicho lo anterior, si bien es importante exigirle al Estado políticas realmente públicas (incluidas las medioambientales), es necesario que la ciudadanía misma se organice, exija participación y que se decida tomando en cuenta sus opiniones y observaciones.

Pero ¿es necesario que los movimientos sociales y las acciones colectivas con motivaciones ambientales se institucionalicen para conseguir sus objetivos?⁷³⁵

⁷³² CEPAL (2006), pp. 70

⁷³³ ZAMORA (2016), pp. 156

⁷³⁴ Ibid., pp. 163

⁷³⁵ Ibid., pp. 166

Ante esta pregunta, consideramos que sí, teniendo en especial observancia lo que ocurre con los pueblos indígenas y “*la acelerada depredación del Medio Ambiente y de los recursos naturales en tierras indígenas*”⁷³⁶. Se estima como la única manera en que los deseos y las necesidades de las personas (y de la sociedad en general) sean escuchados y se vele por un real bienestar social, más que por intereses de grupos de poder o de presión; buscando así, igualmente, poder establecer un mecanismo de defensa más eficaz del Medio Ambiente.

En consecuencia, en virtud de la institucionalidad propuesta en el Capítulo III*, en aquellas en las que existe la posibilidad de conformar un órgano del Estado, si éste da fuertes y significativas señales de políticas públicas contra todo tipo de captura, las instituciones de carácter público (como lo sería la Defensoría del Medio Ambiente) podrían otorgar resultados interesantes, en comparación a lo que localmente ha venido haciendo la Defensoría de los Derechos de la Niñez. En cambio, aquellas instituciones en las que existe un componente más social o voluntario de organizarse y que no pertenecerían a la Administración del Estado, podrían resultar más eficaces para la protección de la persona ambiental, como las acciones colectivas ambientales y acciones colectivas indígenas ambientales

De esta manera, estas conclusiones abren la puerta a nuevas interrogantes: ¿cómo podríamos llegar a acuerdos que tiendan a establecer el nuevo paradigma del Medio Ambiente como sujeto de Derecho o persona ambiental? ¿Hasta cuándo podríamos esperar evaluar esta alternativa sin que pongamos en riesgo la Naturaleza y nuestra vida debido a los fenómenos del calentamiento global⁷³⁷ y el cambio climático⁷³⁸?

Si bien estamos *ad portas* de iniciar un proceso constituyente para reformar la Constitución Política de 1980, quizás sea ésta la mejor instancia, y la más inmediata, para plantearse y abrirse a esta posibilidad. Pero si algo es cierto, es que no podemos seguir en la situación en la que estamos, respecto al Medio Ambiente

⁷³⁶ CEPAL (2006), pp. 58

* VER: CAPÍTULO III, pp. 75-122

⁷³⁷ NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION (2019)

⁷³⁸ CORDERO et al. (2019)

y a las instituciones. Es menester eliminar y reformar prontamente ciertas conductas que atentan contra la democracia y contra lo ambiental, reemplazándolas por otras que trasciendan y nos transformen en una sociedad realmente democrática e inclusiva. La invitación está hecha. Ojalá podamos progresar.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES, PROYECTOS DE LEY Y OTRAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DE CHILE:

- **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE**, Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 16 de mayo de 2000. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>
- **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE**, Ley N°1552, de 13 de mayo de 2019. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>>
- **CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DE CHILE**, Ley N°7.421, de 07 de febrero de 2020. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>>
- **CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE**, Ley N°21.170, de 26 de julio de 2019. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>
- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE**, Decreto N°100, 22 de septiembre de 2015. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>
- **DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1**, del Ministerio de Educación Pública, de 30 de diciembre de 1980, que fija normas sobre universidades. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=3394>>
- **DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1**, del Ministerio de Hacienda, de 28 de julio de 1993, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. [En línea] <<https://www.cde.cl/transparencia/docs/Facultades/LeyOrganica.pdf>>
- **DECRETO LEY N°2.222**, que sustituye Ley de Navegación, de 31 de mayo de 1978. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6855>>
- **DECRETO LEY N°3.557**, que establece disposiciones sobre protección agrícola, de 09 de febrero de 1981. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7178>>

- **LEY N°17.995**, que concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica que se indican en las regiones que se señalan, de 08 de mayo de 1981. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29425>>
- **LEY N°18.120**, que establece normas sobre comparecencia en juicio, de 18 de mayo de 1982. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29544&idParte=0&idVersion=>>
- **LEY N°18.302**, de Seguridad Nuclear, de 02 de mayo de 1984. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29719>>
- **LEY N°18.362**, que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, de 27 de diciembre de 1984. [En línea] <https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=29777&org=nxc2%3Fid_c%3D1032>
- **LEY N°18.962**, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, de 14 de noviembre de 2005. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=247551>>
- **LEY N°18.695**, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, de 09 de mayo de 2006. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251693>>
- **LEY N°19.175**, Ley Orgánica Constitucional sobre gobierno y administración regional, de 05 de noviembre de 2005. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243771>>
- **LEY N°19.253**, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, de 05 de octubre de 1993. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>>
- **LEY N°19.300**, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 09 de marzo de 1994. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>>
- **LEY N°19.418**, que establece normas sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, de 09 de octubre de 1995. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30785>>
- **LEY N°19.496**, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 07 de marzo de 1997. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>>

- **LEY N°20.310**, Ley General de Educación, de 12 de septiembre de 2009. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=284140&tipoVersion=0>>
- **LEY 20.361**, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 13 de julio de 2009. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004121>>
- **LEY N°20.417**, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de 26 de enero de 2010; artículo segundo. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459>>
- **LEY N°20.930**, que crea la Defensoría de los derechos de la Niñez, de 29 de enero de 2018. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1114173>>
- **LEY N°20.730**, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, de 08 de marzo de 2014. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1060115>>
- **LEY N°21.094**, sobre Universidades del Estado, de 25 de mayo de 2018. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1119253>>
- **PROYECTO DE LEY QUE CREA EL DEFENSOR DEL CIUDADANO**, 04 de diciembre de 2003. [En línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3748>
- **PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS**, actualmente está en tramitación en la Cámara de Senadores del Congreso Nacional de Chile, de 18 de junio de 2014. [En línea] <<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=25749&tipodoc=ofic>>

LEGISLACIÓN EXTRANJERA:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.** Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008
- **LEY N°071 DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.** Ley de Derechos de la Madre Tierra. Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz, Bolivia, 21 de diciembre de 2010.
- **GOBIERNO DE NUEVA ZELANDA,** Acuerdos entre la Corona Británica y Pueblo Maorí en representación de Whanganui Iwi, agosto de 2014. [En línea] <<https://www.govt.nz/treaty-settlement-documents/whanganui-iwi/>>
- **LEGISLACIÓN DE NUEVA ZELANDA,** Oficina del Consejo Parlamentario del Gobierno Británico, Ley del Te Urewera, octubre de 2014. [En línea] <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>>
- **LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA AMBIENTAL Y DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO,** del 04 de agosto de 2017. [En línea] <<http://aldf.gob.mx/archivo-4142b42b02af646033e6fee456fcb0e0.pdf>>

SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES CHILENOS:

- **ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO,** Rol N°6812-2001, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2006
- **ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA,** Rol N°148-2010, sentencia de fecha 26 de mayo de 2010
- **ILTMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE,** Rol N°755-2007, sentencia de fecha 31 de marzo de 2008
- **ILTMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE,** Rol N°309-2000, sentencia del 4 de agosto de 2000
- **ILTMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE,** Rol N°1050-2008, sentencia de fecha 3 de abril de 2008

- **EXCMA. CORTE SUPREMA DE CHILE**, Rol N°4078-2010, sentencia de fecha 14 de octubre de 2010 (Caso “*Javier Nahuelpán y otros con COREMA Región de los Ríos*”)
- **EXCMA. CORTE SUPREMA DE CHILE**, Rol N°1525-2010, sentencia de fecha 17 de mayo de 2010 (Caso “*Lof Palguín*”)

SENTENCIAS INTERNACIONALES:

- **CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-622-16. Bogotá D.C., Colombia, de fecha 10 de noviembre de 2016 (Caso “*Río Atrato*”, Cocomopoca). [En línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>>
- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. AHC4806-2017, Radicación N°17001-22-13-000-2017-00468-02; Bogotá D.C., Colombia, sentencia de fecha 26 de julio de 2017. Caso “*Reserva de Río Blanco*”, ciudad de Manizales). [En línea] <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>>
- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. STC4360-2018, Radicación N°11001-22-03-000-2018-00319-01; Bogotá D.C., Colombia, sentencia de fecha 5 de abril de 2018. (Caso sobre “*la deforestación de la Amazonía Colombiana*”). [En línea] <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAY2018/STC4360-2018.doc>>
- **SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS**. *Sierra Club v. Morton*; Washington D.C., Estados Unidos, sentencia de fecha 19 de abril de 1972. [En línea] <https://scholar.google.com/scholar_case?case=15417249624067275504>
- **TRIBUNAL SUPREMO DE UTTARAKHAND DE LA REPÚBLICA DE LA INDIA**. Petición Escrita (PIL) N°126 de 2014, sentencia de fecha 20 de marzo de

2017 (Casos sobre Río Ganges y Río Yamana. [En línea] <https://hindi.indiawaterportal.org/sites/default/files/library/WPPIL-126-14_HC-UTTARAKHAND_ORDER_ON_GANGA_AND_YAMUNA_RIVER_RIGHTS-1.pdf>

TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN MATERIA AMBIENTAL EN CHILE:

- **ACUERDO DE PARÍS**, Decreto N°30 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de mayo de 2017. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1103158>>
- **CONVENIO N°169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**, Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de octubre de 2008. [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>>
- **DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO**, Río de Janeiro, Brasil, junio de 1992
- **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**, Carta Mundial de la Naturaleza, 28 de octubre de 1982

LIBROS:

- **AZQUETA, Diego.** *Introducción a la Ecología Ambiental*. 2° Ed. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España. 2007
- **BELLO, Álvaro.** *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*. Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) y Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ). Santiago, Chile. 2004. [En línea] <<https://www.cepal.org/mujer/noticias/noticias/9/26089/libroetnicidadciudadania.pdf>>

- **CANUT DE BON, Alejandro.** *Ecología y Sociedad. Sobre la influencia de la Ecología en la formación de un nuevo paradigma ético, económico y jurídico.* 1° Ed. Ediciones Universidad Finis Terra. Santiago, Chile. 2016
- **CAPRA, Fitjof et MATTEI, Ugo.** *The Ecology of Law. Towards a legal system in tune with nature and community.* 1° Ed. Berrett-Koehler Publishers Inc. United State of America. 2015
- **CARPENTER, Daniel; MOSS, David.** *Preventing regulatory capture. Special interest influence and how to limit it.* Editado por Daniel Carpenter y David Moss. Cambridge University Press. Cambridge, Inglaterra. 2014
- **COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL).** *El papel del Estado y los paradigmas económicos en América Latina.* Revista de la CEPAL N°90, 2006. [En línea] <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/11134-papel-estado-paradigmas-economicos-america-latina>>
- **COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) et ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE).** *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016.* OCDE Publishing, Santiago, Chile. 2016. [en línea] <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf>
- **CROLEY, Steven.** *Regulation and public interests. The possibility of good regulatory government.* Princenton University Press, Estados Unidos, 2008.
- **DE BARBIERI, María; ZURBRIGGEN, Cristina.** *Acción colectiva, gobierno y territorio. Experiencias Cono Sur.* FLACSO Uruguay. Montevideo, Uruguay. 2011. [En línea] <<http://web.flacso.edu.uy/assets/acci%C3%B3n-colectiva-gobierno-y-territorio.-flacso-uy.pdf>>
- **DE LA CRUZ, Juan.** *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea,* capítulo sexto. Centro Europeo de Regulación Económica y Competencia. 2002. [En línea] <<http://www.cerecom.org/publicaciones/LIBRO%20PRINCIPIOS%20REGULACI%C3%93N%20CAP%206.pdf>>

- **DEL POPOLO, Fabiola.** *Los pueblos indígenas en América (Abya Yala): desafíos para la igualdad en la diversidad.* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago, Chile. Diciembre 2017. [En línea] <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43187>>
- **DURAND, Francisco.** *Cuando el poder extractivo captura El Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú.* OXFAM, OXFAM América Inc. Junio 2016. [En línea] <https://peru.oxfam.org/sites/peru.oxfam.org/files/file_attachments/capturadura%20VF.pdf>
- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.** Tomo XVI. Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L. Buenos Aires, Argentina. 1962
- **FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO et OXFAM.** *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú.* 2015. [En línea] <http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf>
- **GARAY Luis; SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo; DE LEÓN-BELTRÁN, Isaac; GUERRERO, Bernardo.** *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008. [En línea] <https://moe.org.co/home/doc/moe_mre/CD/Otros%20mapas%20y%20documentos/Captura%20y%20Reconfiguraci%F3n%20Cooptada%20del%20Estado%20Colombiano.pdf>
- **GREEN, Donald et SHAPIRO, Ian.** *Pathologies of rational choice theory. A critique of applications in political science.* Yale University Press. Unites State of America. 1994
- **HÜBNER, Jorge.** *Introducción a la teoría de la norma jurídica y la teoría de la institución.* Colección de Estudios Jurídicos y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Vol. XIII. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1951

- **IGLESIAS, Enrique.** *El papel del Estado y los paradigmas económicos en América Latina.* Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal). Revista de la CEPAL N°90. Diciembre 2006. [En línea] <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11134/1/090007015_es.pdf>
- **JAMES, John.** *A preliminary Study of the Size Determinant in Small Group Interaction.* American Sociological Review, XVI. Agosto 1951
- **MURCIA, Diana.** *La naturaleza con derechos. Un recorrido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Ambiente y del desarrollo.* Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, Ecuador; Universidad del Bosque, Colombia. 2012. [En línea] <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Ecuador/ieetm/20170626043529/pdf_1395.pdf>
- **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.** Editada por Mascareñas, Carlos; Pellisé, Buenaventura. Tomo XIII. Editorial Francisco Seix. S.A. Barcelona, España. 1968
- **OLSON, Mancur.** *La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y la Teoría de grupos.* Limusa Noriega Editores. México D.F., México. 1992
- **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO).** *Casos ejemplares de manejo forestal sostenible en Chile, Costa Rica, Guatemala y Uruguay.* Santiago, Chile. 2016. [En línea] <<http://www.fao.org/3/a-i6003s.pdf>>
- **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE 2005).** *El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Herramientas y Enfoques Empresariales.* Éditions OECD. 2005. [En línea] <<https://www.oecd.org/env/35914152.pdf>>
- **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE 2018).** *Contra la captura de políticas públicas. Integridad en la toma de decisiones públicas.* OECD Publishing. Octubre 2018. [En línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/contra-la-captura-de-politicas-publicas_9789264306769-es#page1>

- **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE 2016).** *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*. Capítulo 7. OECD Publishing. Febrero 2016. [En línea] < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/financing-democracy_9789264249455-en#page1>
- **OSTROM, Elinor.** *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F., México. 2000
- **OXFAM (OXFAM 2018a).** *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos. Mecanismos de captura de la política fiscal por parte de las élites y su impacto en la desigualdad en América Latina y El Caribe (1990-2017)*. Oxfam Internacional. Noviembre 2018. [En línea] <https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/democracias_capturadas_full_es.pdf>
- **OXFAM (OXFAM 2018b).** *El fenómeno de la captura: desenmascarando el poder. Guía de análisis de la captura de políticas públicas y su efecto sobre la desigualdad*. Mayo 2018. [En línea] <https://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/OXFAM_Intermon_Metodolog%C3%ADa_captura_2018.pdf>
- **VIAL, Víctor; LYON, Alberto.** *Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 1985.
- **VODANOVIC, Antonio.** *Manual de Derecho Civil. Tomo I, Parte Preliminar y General*. 4° Ed. Abeledo Perrot (Legal Publishing). Santiago, Chile. 2006
- **VODANOVIC, Antonio.** *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar general*. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005
- **COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (UNIÓN EUROPEA).** *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*. Comunicación de la Comisión. Bruselas, Bélgica. 2001. [En línea] <<http://www.bioeticanet.info/documentos/GobernanzaEuropea01.pdf>>
- **WORLD BANK.** *World Development Report. Governance and the Law*. World Bank Publications, The World Bank Group. 2017. [En línea] <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>>

- **ZAFFARONI, Eugenio.** *La Pachamama y el humano*. 1° Ed. Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Ediciones Colihue. Buenos Aires, Argentina. 2011. [En línea] <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20180808_02.pdf>

ARTÍCULOS, TESIS, PÁGINAS WEB Y OTRAS FUENTES:

- **AGUIAR, Fernando; DE FRANCISCO, Andrés.** *Siete tesis sobre racionalidad, identidad y acción colectiva*. Revista Internacional de Sociología (IS). Vol. LXV, N°46. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). España. Enero-Abril, 2007 [En línea] <<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/4/4>>
- **AGUIRREZABAL, Maite.** *El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas*. Revista de Derecho Vol. XXIII, N°2, Valdivia. Chile. 2010. [En línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200009>
- **AGUIRREZABAL, Maite.** *Capacidad y legitimación del grupo de afectados en la ley de protección de consumidores y usuarios*. Revista Chilena de Derecho Privado, N°31, pp.367-377. Chile, 2018.
- **ANAYA, James (ANAYA 2013a).** Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas. *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Ginebra. Julio 2013. [En línea] <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf> >
- **ANAYA, James (ANAYA 2013b).** Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas. *Derechos de los pueblos indígenas*. Ginebra. Agosto 2013. [En línea] <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/593/Reporte%20anual%202013?sequence=1&isAllowed=y>>

- **ANAYA, James (ANAYA 2013c).** Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas. *Condiciones mínimas para el consentimiento libre, previo e informado ante proyectos extractivos.* Ginebra. Diciembre 2013.
- **ARANDA, Jorge.** *La falibilidad de la captura del Estado en la evaluación de impacto ambiental en Chile.* Revista Direito GV, Vol. 25, N°3. Brasil. 2019. [En línea]
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80710>>
- **ARTEAGA-CRUZ, Erika.** *Buen Vivir (Sumak Kawsay): definiciones, crítica e implicaciones en la planificación del desarrollo en Ecuador.* Revista Saúde Debate, Brasil. 2017. [En línea]
<<https://www.redalyc.org/html/4063/406353329020/>>
- **ÁVILA, Mariela.** *Amplitud de la definición legal de Medio Ambiente en Chile. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Universidad Arturo Prat, Iquique, Chile. 2003. [En línea]
<https://www.archivochile.com/tesis/08a_maecologia/08a_maecologia00001.pdf>
- **BARROS, Enrique.** *Lo público y lo privado en el Derecho.* Revista Estudios Públicos N°81. 2001. [En línea]
<https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183623/rev81_barros.pdf>
- **BETANCOR, Andrés.** *Puertas giratorias: regulación y control.* En: VILLORIA, Manuel; GIMENO, José; TEJEDOR, Julio; ASENSIO, Rafael. *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos.* Barcelona, España. 2016
- **BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE.** “*Linked open data: ¿qué es?* [En línea] <<https://datos.bcn.cl/es/informacion/que-es>>
- **BUSTAMANTE, Rosalinda.** *La protección a la Naturaleza desde el Sumak Kawsay. Una mirada a la Constitución Ecuatoriana.* Revista Sapere, Facultad de Derechos de la Universidad de San Martín de Porres, Chiclayo, Perú. 2015 [En línea]<https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_9/articulos_investigadores/La_proteccion_Naturaleza_desde_Sumak_Kawsay.pdf>

- **COMITÉ PRO-DEFENSA DE LA FAUNA Y FLORA (CODEFF).** *Nuestra historia.* [En línea] <<https://www.codeff.cl/mision-y-vision/nuestra-historia/>>
- **COLWELL, Renata.** *Legal Personality of Natural Features: recent international developments and applicability in Canada.* Revista Environmental Law Clinic, Universidad de Victoria, Canadá. 2017. [En línea] <http://www.elc.uvic.ca/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/2017-02-03-LegalPersonalityNatural-Features_web-version.pdf>
- **CORDERO, Raúl; FERON, Sara; DAMIANI, Alessandro; LLANILLO, Pedro; CARRASCO, Jorge; JORQUERA, José; SEPÚLVEDA, Edgardo; CARRERA, Juan.** (ANTARCTIC RESEARCH GROUP, Universidad de Santiago de Chile). *“Cambio climático. Respuestas a las Preguntas Claves.”* Santiago, Chile. 2019 [En Línea] <<http://antarctica.cl/wp/wp-content/uploads/2019/11/CambioClimatico-komprimiert.pdf>>
- **CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (CONAF).** *Parque Nacional Alerce Costero, Región de Los Ríos, Chile.* [En línea] <<http://www.conaf.cl/parques/parque-nacional-alerce-costero/>>
- **CUDRIS-GUZMÁN, E., et RUCINQUE, F.** *La interacción hombre-naturaleza: Vigencia de una de las temáticas más entrañables de la tradición geográfica.* Revista Geotrópico, Colombia. 2003 [En línea] <<http://geotropico.homestead.com/files/PDF-Cudris-1-1.pdf>>
- **DAYA-WINTERBOTTOM, Trevor.** *Personality and representation in Environmental Law.* Environmental Frontiers IV Colloquium, University of Tasmania, Australia. 2018. [En línea] <<https://researchcommons.waikato.ac.nz/bitstream/handle/10289/11874/Conference%20-%20Personality%20and%20representation%20in%20environmental%20law.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>
- **DAES, Érica-Irene.** *Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra.* Anuario indigenista, vol. 36. Diciembre 1997

- **DAL BÓ, Ernesto.** *Regulatory Capture: A Review.* Oxford Review of Economic Policy, Volume 22, N°2. Reino Unido. Julio 2006. [En línea] <<https://academic.oup.com/oxrep/article-abstract/22/2/203/334718>>
- **DE FINE LICHT, Jenny.** *The Effect of Transparency in Decision Making for Public Perceptions of Legitimacy in different Policy-areas.* Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido. Agosto 2013. [En línea] <<https://pdfs.semanticscholar.org/9ed9/edb236d19bb977edd0f22994f8e87b3d03ac.pdf>>
- **DE FINE LICHT, Jenny; NAURIN, Daniel; ESAIASSON, Peter; MIKAEL GILLJAM.** *When does transparency generate legitimacy? Experimenting on a context-bound relationship.* Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions. Vol. 17, N°1. Wiley Periodicals, Inc. Universidad de Gothenburg. Gothenburg, Suiza. Enero 2014. [En línea] <https://www.academia.edu/5906077/When_Does_Transparency_Generate_Legitimacy_Experimenting_on_a_Context-Bound_Relationship>
- **DELGADO, Ricardo.** *Los marcos de acción colectiva y sus implicaciones culturales en la construcción de ciudadanía.* Revista Universitas Humanistica, N°64, pp. 41-66. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, Colombia. Julio-diciembre 2007. [En línea] <<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/2165>>
- **DONOSO, Sebastián; PALACIOS, Camila.** *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate.* Temas de la agenda pública Año 13, N°103. Centro de Políticas Públicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Enero 2018. [En línea] <<https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/PDF-Temas-103-Indigenas.pdf>>
- **FEMENÍAS, Jorge.** *La Culpabilidad en la Responsabilidad por Daño Ambiental y su relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°.48 Valparaíso, Chile. Julio 2017. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n48/0718-6851-rdpucv-48-00233.pdf>>

- **GIDI, Antonio.** *El concepto de acción colectiva.* En: GIDI, Antonio y FERRER, Eduardo. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica.* Ed. Porrúa México. México, 2004. [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706527>
- **GORDON, Gwendolyn.** *Environmental Personhood.* Columbia Journal of Environmental Law, Vol. 43: 50-91; Columbia University, Estados Unidos. 2017. [En línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2935007>
- **GUDYNAS, Eduardo.** *Ecología Política de la Naturaleza en las Constituciones de Bolivia y Ecuador.* [en línea] <<https://www.rosalux.org.ec/ecologia-politica-de-la-naturaleza-en-las-constituciones-de-bolivia-y-ecuador/>>
- **GUDYNAS, Eduardo.** *¿Por qué Bolivia no reconoce los derechos de la Naturaleza?* Nature Rights Watch. [en línea] Publicado el 8 de junio 2018. <<http://naturerightswatch.com/por-que-bolivia-no-reconoce-los-derechos-de-la-naturaleza/>>
- **HODGSON, Geoffrey.** *¿Qué son las instituciones?* Revista CS N°8: 17 - 53, Colombia. Diciembre 2011. [En línea] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rece/n8/n8a02.pdf>>
- **HOEKEMA, André; ASSIES, Willem.** *La administración de recursos entre autonomía y autogestión.* En: ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma; HOEKEMA, André (comps.). *El reto de la diversidad.* México, D.F., El Colegio de Michoacán. 1999
- **INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE CHILE (INE 2018a).** *Radiografía de género: pueblos originarios en Chile 2017.* Unidad de estudios y estadísticas de género. Diciembre 2018. [En línea] <<https://historico-amu.ine.cl/genero/files/estadisticas/pdf/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-originarios-chile2017.pdf>>
- **INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE CHILE (INE 2018b).** *Segunda entrega de resultados definitivos, Censo 2017.* [En línea] <<http://www.censo2017.cl/wp->

[content/uploads/2018/05/presentacion de la segunda entrega de resultados_censo2017.pdf](content/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017.pdf)>

- **IORNS, Catherine.** *Nature as an Ancestor: two examples of legal personality for nature in New Zealand.* Vertigo, la revue électronique en sciences de l'environnement. 2015. [En línea] <<https://journals.openedition.org/vertigo/16199>>
- **IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas).** *El mundo indígena 2001-2002.* Copenhague. 2002. [En línea] <<https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones?start=60>>
- **JAYATILAKA, Tamlyn.** *Rights of Nature: The Right approach to Environmental standing in the EU?* Ghent University, Belgium. 2017. [En línea] <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/349/652/RUG01-002349652_2017_0001_AC.pdf>
- **JIMÉNEZ, Carlos.** *Acción colectiva y movimientos sociales. Nuevos enfoques teóricos y metodológicos.* Departamento de Historia Contemporánea, Universidad de Granada, España. 2007. [En línea] <http://www.contemporaneaugr.es/files/Tema%201_%20Teor%C3%ADas%20Movimientos%20Sociales.pdf>
- **KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne.** *Is transparency the key to reducing corruption in resource-rich countries?* World Development, vol. 37, N°3. Elsevier, Amsterdam. Marzo 2009. [En línea] <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X08002246>>
- **LE GALÈS, Patrick.** *Regulation and governance in European cities.* International Journal of Urban and Regional Research. 1998. [En línea] <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2427.00153>>
- **LILLO, Diego.** *Fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental. Análisis del proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano y propuestas alternativas para Chile.* Centro de Estudios de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), 2009. [En línea] <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/OMBUDSMAN-AMBIENTAL-Diego-Lillo.pdf>>

- **LOPES, Rodrigo.** *Mitigación de la captura regulatoria para reducir los riesgos de corrupción en las agencias reguladoras federales brasileñas.* Trabajo final para optar al Máster Universitario de Estrategias anticorrupción y políticas de integridad. Escuela de Derecho y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca. Salamanca, España. 2018. [En línea] <<https://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Disserta%C3%A7%C3%A3o+Rodrigo+2018.pdf/ae9f3f68-4fcd-9451-147c-4ec3d61ffecb>>
- **MALONEY, Michelle.** *Building an alternative jurisprudence for the Earth: the international rights of Nature Tribunal.* Revista Vermont Law Review, Vol. 41: 130-142; Vermont Law School, Estados Unidos. 2016. [En línea] <<http://lawreview.vermontlaw.edu/wp-content/uploads/2016/12/06-Maloney.pdf>>
- **MARTÍNEZ, Esperanza; et ACOSTA, Alberto.** *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible.* Revista Direito & Praxis, Rio de Janeiro, Brasil: pp. 2927-2961. 2017. [En línea] <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-2927.pdf>>
- **MATTEI, Ugo.** *Las Leyes de la Naturaleza y la naturaleza del Derecho.* Revista Derecho & Sociedad, N°48, marzo 2017. [En línea] <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18982/19207>>
- **MEINZEN-DICK, Ruth; DI GREGORIO, Monica (comp).** *Acción colectiva y propiedad para el desarrollo sostenible.* Instituto internacional de investigación sobre políticas alimentarias (IFPRI). Febrero 2004. [En línea] <<https://core.ac.uk/download/pdf/6288829.pdf>>
- **MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA DE CHILE.** *Informe de Desarrollo Social 2018.* Diciembre 2018. [En línea] <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/Informe_de_Development_Social_2018.pdf>
- **MOLINA, Alfredo.** *La irrupción del Biocentrismo Jurídico. Los derechos de la Naturaleza en América Latina y sus desafíos.* Revista del Doctorado Interinstitucional de Ciencias Ambientales, Universidad Externado de Colombia;

- Bogotá, Colombia: pp. 64-79. 23 de noviembre de 2016. [En línea] <<http://revistaambiente.univalle.edu.co/index.php/ays/article/view/4291/6511>>
- **MORAGA, Pilar.** *Los principios del Derecho Ambiental según la jurisprudencia nacional.* Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema (Informes Académicos). 2015. [En línea] <http://decs.pjud.cl/documentos/academicos/Jurisprudencia_Principios_Derecho_Ambiental_Pilar_Moraga.pdf>
 - **MORALES, Héctor.** *El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas.* Revista *Ius et Praxis*, vol. 24, N°1. Chile. Junio 2018. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00361.pdf>>
 - **MOURE, Ana María.** *El Defensor del Pueblo y su establecimiento en Chile.* Universidad de Alcalá. Enero 2004. [En línea] <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1863/doc-moure.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
 - **NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION.** *Climate Monitoring.* [En línea] <<https://www.ncdc.noaa.gov/climate-monitoring/global/globe/1/201912>>
 - **O'DONNELL, Erin; et TALBOT-JONES, Julia.** *Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand and India.* Revista *Ecology & Society* Vol. 23, 2018. [En línea] <<https://www.ecologyandsociety.org/vol23/iss1/art7/>>
 - **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU 2013).** Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 24º período de sesiones, Tema 3 de la agenda: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo; de fecha 1º de julio de 2013.
 - **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU 2017).** Sexagésimo octavo período de sesiones. Tema 66 a) del programa provisional sobre Derechos de los pueblos indígenas; de fecha 14 de agosto de 2017
 - **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO).** *Base de datos género y Derecho a la Tierra.* [En

línea] <http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/listcountries/customarylaw/es/?country_iso3=PAN>

- **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).** *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Chile del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Colegio de Abogados de Chile A.G. Reclamación (artículo 24), Chile, C029-2008.* [En línea] <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507273,es>
- **ORTNER, Sherry.** *¿Es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura?* Cholonautas, Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales, Perú. 1991
- **ORTNER, Sherry.** *Entonces, ¿es la mujer al hombre lo que la naturaleza a la cultura?* Revista de Antropología Iberoamericana. Madrid, España. 2006
- **PAREJO, Luciano.** *Los principios de la “gobernanza europea”.* Revista de Derecho de la Unión Europea. 2004. [En línea] <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19144&dslID=PrincGbzaEu.pdf>>
- **PINTO, Irene; CARNEIRO, Patricia; DA SILVA, Sérgio; MALUF, Fabiano.** *La Naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia.* Revista Latinoamericana de Bioética. 2017
- **PINTO JR., Helder; PINTO Pires, Melissa.** *Assimetria de informações e problemas regulatórios.* Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Brasil. 2000. [En línea] <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=1992>>
- **QUEIROLO, María Teresa.** *El abogado de turno. Un sistema inconstitucional de trabajo forzoso.* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de Montevideo. Montevideo, Uruguay. 2011. [En línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14261.pdf>>
- **RAMÍREZ, Silvina.** *Derechos de los Pueblos Indígenas y Derechos de la Naturaleza: encuentros y desencuentros.* Observatório do Governo Eletrônico.

2014. [En línea]
 <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj_12.2_silvina_ram.pdf>
- **ROMERO GUZMÁN, Juan.** *¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones.* Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N°1. 2008. [En línea]
 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art02.pdf>>
 - **ROMERO NAVARRETE, Lourdes.** *Experiencias de acción colectiva frente a la problemática ambiental en México.* 2008. [En línea]
 <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rmcps/v50n203/0185-1918-rmcps-50-203-157.pdf>>
 - **RUIZ Soto, Mónica.** *Los grupos de interés y sus efectos sobre las políticas públicas: el caso del FUT.* Santiago, Chile, Universidad de Chile. Junio 2016. [En línea]
 <http://www.uchile.cl/documentos/los-grupos-de-interes-y-sus-efectos-sobre-las-politicas-publicas-el-caso-del-fut_103786_1_3949.pdf>
 - **SAAVEDRA, Rubén.** *La doctrina de la Excma. Corte Suprema en materia de Responsabilidad Ambiental en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado.* Revista de Derecho, N°26, pp. 151 – 174. Chile. 2011. [En línea]
 <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/f3004b85-5b94-4fa0-b02e-75796949f483/rev+26_10+la+doctrina+de+la+excma+corte+suprema+en+materia+de+responsabilidad+ambiental.pdf?MOD=AJPERES>
 - **SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC).** *¿Qué es una demanda colectiva?* [En línea] <<https://www.sernac.cl/portal/617/w3-article-12215.html>>
 - **SIMON, Farith.** *Derechos de la Naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?* Revista Iuris Dictio, Vol. 15, Año 13. Quito, Ecuador. Febrero 2013. [En línea]
 <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/iurisDictio_15/iurisDictio_015_001.pdf>
 - **SPADONI, Eliana.** *El rol de la Defensoría del Pueblo en los conflictos ambientales: el caso de la cuenca Matanza Riachuelo.* Revista Ambiente & Sociedade, vol.16, N°2, pp.47-62. São Paulo, Brasil. 2013 [En línea] <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n2/04.pdf>>

- **STIGLER, George.** *The Theory of Economic Regulation.* The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, N°1, pp. 3-21. Estados Unidos, 1971. [En línea] <https://www.jstor.org/stable/3003160?seq=1#page_scan_tab_contents>
- **STUTZIN, Godofredo.** *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza.* 2010. [En línea] <<http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>>
- **TORRES, Alfonso.** *Las lógicas de la acción colectiva. Aportes para ampliar la comprensión de los movimientos sociales.* 2005. [En línea] <http://aprendeonline.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/180/Seminario_Investigacion_y_Movimientos_Sociales/Ponencias_centrales/Ponencia_Alfonso_Torres.pdf>
- **URTEAGA, Patricia.** *Derechos territoriales y Ley Indígena: una aproximación alternativa.* En: ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma; HOEKEMA, André (comps.). *El reto de la diversidad.* México, D.F., El Colegio de Michoacán. 1999
- **ZAMORA, Carla.** *Movimientos sociales, democracia y Estados de derecho. Una mirada a la contribución de los movimientos sociales a la democratización e institucionalización del Estado de derecho.* Revista Tla-melaua, vol. 9, N°39, pp.152-171. 2016. [En línea] <<http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n39/1870-6916-tla-9-39-00152.pdf>>
- **ZIZUMBO, Lilia; PÉREZ, Carlos; QUINTANILLA, Ana.** *La construcción social de la acción colectiva y los desafíos del medio rural en el contexto del desarrollo turístico.* XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires. 2009. [En línea] <<http://cdsa.aacademica.org/000-062/370.pdf>>