



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

FINES Y FUNCIONES DEL *AMICUS CURIAE*: PERSPECTIVAS PARA CHILE

MEMORIA DE GRADO
AUTOR: RICARDO HIDALGO GAJARDO
PROFESOR GUÍA: JORGE LARROUCAU TORRES

VALPARAÍSO, CHILE
2017

Contenido

Introducción	1
Capítulo 1. Fines y funciones del <i>amicus curiae</i>	3
I. Definición	3
II. Breve referencia histórica.....	6
1. Origen.....	6
2. El amicus sajón	8
III. De las funciones y fines de los amigos del tribunal	11
1. El amicus racional y argumentativo y la decisión judicial correcta.....	11
2. La representación de intereses y el acceso a la justicia.....	18
Capítulo 2. El <i>amicus curiae</i> en Chile	27
I. Reconocimiento normativo.....	27
II. El <i>amicus curiae</i> ambiental	32
1. Comentarios críticos.....	33
2. La jurisprudencia del Tribunal Ambiental	38
III. Las medidas para mejor resolver como fundamento normativo	41
Conclusiones	44
Bibliografía	46
I. Doctrina	46
II. Legislación	49
III. Jurisprudencia	49
IV. Documentos electrónicos.....	49

Introducción

El objeto de estudio de esta memoria de grado es el *amicus curiae* o amigo del tribunal. Se trata de un sujeto procesal que no se corresponde con la calidad de parte ni con ninguno de los terceros que intervienen en los procesos civiles de los sistemas de la tradición europea-continental.

Una de las características esenciales de los amigos del tribunal es que ofrecen voluntariamente una opinión fundamentada sobre el asunto litigioso. De este modo, su participación en los procesos judiciales es limitada, sin adquirir ningún otro derecho, obligación o carga procesal.

El rol que juega el *amicus curiae*, con todo, no es evidente, pues no se sabe cuál es la función y finalidad de la opinión de este tercero dentro de un proceso. Precisamente, en esta memoria intentaremos proponer una visión contemporánea de las funciones y fines que juega el *amicus curiae* en un ordenamiento jurídico.

Hemos decidido investigar este tema porque la figura no es ajena en nuestro derecho. El principal reconocimiento legislativo, pero no el único, ocurrió el año 2012 cuando se dictó la Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales como jurisdicción contenciosa-administrativa especial en nuestro país.

Por otra parte, pese al reconocimiento normativo, el conocimiento y estudio de la figura ha sido escaso. Así, la mayoría de los textos chilenos que se refieren al asunto lo hacen tangencialmente y sin ninguna sistematización adecuada.

Esta situación, creemos, debe ser superada. La figura en el derecho comparado ha tenido un desarrollo y una aplicación notable en distintas áreas del derecho, mostrándose como una herramienta útil en los procesos judiciales. Con todo, los mismos contornos de la figura se muestran difusos o flexibles, de modo que no es posible trasladar la regulación y discusión dogmática a nuestro ordenamiento jurídico, teniendo para ello que plantear discusiones y reflexiones al respecto.

La metodología empleada en este trabajo es, por supuesto, científica. Ello implica un trabajo previo de investigación, que se traduce principalmente en la recopilación de datos, doctrina o historia sobre la figura en estudio. Dicha información, naturalmente, se sistematizó de la mejor manera posible para un correcto entendimiento de nuestra propuesta sobre funciones y fines de la figura.

La metodología jurídica que utilizamos es, primero, histórico-jurídica, pues hemos recurrido a la Historia del Derecho para identificar las funciones del *amicus curiae*. En segundo lugar, utilizamos metodología de derecho comparado, poniendo especial énfasis en la doctrina.

El objetivo principal de esta memoria de grado es demostrar que las funciones del *amicus curiae* son dos: por un lado, asesorar o ilustrar al tribunal sobre materias de hecho o derecho y; por el otro lado, representar intereses no defendidos por las partes en un proceso judicial. Además, intentaremos demostrar que estas funciones están estrechamente vinculadas con dos fines. Afirmamos que la primera función está dirigida a aumentar las probabilidades de una decisión judicial correcta, mientras que la segunda función está destinada a garantizar el acceso a la justicia.

Para cumplir nuestro objetivo general nos planteamos los siguientes objetivos específicos: primero, conocer qué es el *amicus curiae*; segundo, efectuar una breve revisión histórica de la figura; tercero, analizar las funciones que identificamos y establecer de qué manera el *amicus curiae* se dirige a garantizar el acceso a la justicia y la corrección de la

decisión judicial y; por último, nos proponemos efectuar un análisis de la situación normativa y jurisprudencial en Chile, fijando nuestra mira en la legislación ambiental, ya que esta nos entrega mayores elementos de juicio.

Para la presentación de estas ideas hemos estructurado este trabajo en dos capítulos. El primero de ellos se titula Fines y funciones del *amicus curiae*. Allí incluimos los siguientes acápite: i) definición; ii) breve referencia histórica del *amicus curiae* y; iii) de las funciones y fines del *amicus curiae*. Los dos últimos acápite, a su vez, están divididos en subacápites. La breve referencia histórica tiene una sección destinada al origen del amigo del tribunal y otra destinada al estudio del *amicus* sajón. En el acápite destinado a las funciones y fines encontrarán dos secciones; la primera, destinada a exponer un *amicus* racional y argumentativo cuando asesora o ilustra al tribunal y destinado a aumentar las probabilidades de una decisión judicial correcta; la segunda, reservada a exponer qué clase de intereses representan los amigos del tribunal y porqué puede garantizar el acceso a la justicia.

El segundo capítulo, titulado El *amicus curiae* en Chile, revisa la situación normativa de este asistente oficioso en nuestro orden jurídico. Los acápite en que se divide este capítulo son tres: i) reconocimiento normativo del *amicus curiae*; ii) el *amicus* ambiental y; iii) las medidas para mejor resolver como fundamento normativo supletorio.

La primera sección está destinada a efectuar una revisión de los posibles reconocimientos normativos de la figura según la doctrina chilena. Allí podremos notar que el reconocimiento existente a la fecha en nuestro país es de mayor intensidad a la esperada, pues no solo se reconoce en la jurisdicción ambiental, sino que también en otros sectores de nuestro derecho.

La segunda sección efectuará algunos comentarios críticos del reconocimiento legal establecido en el art. 19 de la Ley N° 20.600, complementado dichos comentarios con jurisprudencia emanada de los tribunales ambientales. Concretamente, efectuaremos una crítica sobre la pretendida protección del interés público, cuestión que a nuestro juicio es imposible por las razones que expondremos en el cuerpo del trabajo.

La última sección intenta mostrar que una alternativa de reconocimiento supletorio del *amicus curiae* se encuentra en las medidas para mejor resolver del juez. Ello exige una interpretación evolutiva de la institución, como un fundamento constitucional y fáctico importante. Todas estas cuestiones las trataremos al final del trabajo.

Capítulo 1. Fines y funciones del *amicus curiae*

I. DEFINICIÓN

La cantidad de estudios sobre el *amicus curiae* varía según la zona geográfica en la que nos encontremos. En países que pertenecen al sistema del *common law* es posible encontrar una abundante literatura jurídica en torno a la figura, en cambio, si nos encontramos en países que pertenecen al sistema europeo-continental la literatura jurídica es más escasa.¹

De todas formas, en ambos contextos, el universo de definiciones es amplísimo, pues cada académico propone una conceptualización distinta, destacando ciertos elementos y desestimando otros. Por lo mismo, creemos que es bastante complejo acordar una definición única que pueda ser compartida por todos los autores, pues la figura en estudio es bastante dinámica y compleja, operando de distinta manera en cada ordenamiento jurídico y mutando a través del tiempo.²

Teniendo en cuenta lo anterior, aquí exponemos tres definiciones con la intención de entregar al lector una breve noción del *amicus curiae*. Las definiciones que hemos elegido son a nuestro juicio funcionales para destacar los principales rasgos de la figura. Además, estas definiciones han sido bastantes difundidas por los autores que se han dedicado al estudio de este asistente oficioso, de modo que gozan de cierta aceptación dentro de la comunidad académica.

La primera definición que exponemos, siguiendo a Kochevar, señala que el “*amicus curiae* son documentos presentados voluntariamente a la corte por una entidad distinta a las partes de la disputa o de un oficial u órgano del tribunal, de tal manera que la entidad retiene una discreción sustancial sobre el contenido de la presentación.”³

Para Napoli y Vezzulla, “corresponde a un instituto del derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la

¹ Vid. BOX-STEFFENSMEIR, J., CHRISTENSON, D., y HITT, M., Quality Over Quantity: Amici Influence and Judicial Decision Making, en *The American Political Science Review* 107 (2013) 3, pp. 446-460. También BAUCOM, I., "Amicus Curiae": The Friend, the Enemy, and the Politics of Love, en *PMLA*, 124 (2013) 5, pp. 1714-1718. Véase también a modo de ejemplo COLLINS, P., Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs, en *Political Research Quarterly*, 60 (2007) 1, pp. 55-70. También HANSFORD, T., Information Provision, Organizational Constraints, and the Decision to Submit an Amicus Curiae Brief in a U.S. Supreme Court Case, en *Political Research Quarterly*, 57 (2004) 2, pp. 219-230. En cambio, en la tradición europea-continental vid. HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del Amicus Curiae en el derecho brasileño, en *Estudios constitucionales*, 8 (2010) 1, pp. 283-304. [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100010>], SAMPAIO, Patrícia y ARAÚJO, Thiago, *Visão do supervisor da Clínica CPDE - Amicus Curiae: Levando a eficiência a sério - O novo sistema de licitações brasileiro e a experiência de elaboração das petições de Amicus Curiae nas ADIs no 4645 e 4655 da Associação Brasileira de Direito e Economia*, en *Cadernos FGV Direito Rio - Série Clínicas. Educação e Direito* 2 (2013), pp. 85-90, Débora FERRARI, Ruth y GRAMÁTICA BOSCH, Gerard, Algunas consideraciones en relación a la figura del querellante particular y al Amicus Curiae, ahora, en *Delitos económicos: estudios actuales sobre problemáticas sustanciales y procesales* (Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011), pp. 46-49.

² KOHEVAR, Steven, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, en *The Yale Law Journal* 122, (2013) 6, pp. 1653-1654.

³ *Ibidem* p. 1654.

resolución de un litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustentación del proceso”.⁴

Finalmente, para Mariano Fernández, los *amici curiae* son “una herramienta procesal que permite a terceros que no son partes de una disputa judicial de trascendencia o interés público, presentarse en ella a los efectos de dar una opinión fundada sobre el tema debatido”.⁵

Teniendo a la vista las tres definiciones propuestas es posible identificar los principales caracteres del *amicus curiae*, los cuales pasamos a comentar a continuación.

En primer lugar, se debe señalar que su naturaleza jurídica es la de un sujeto procesal. Se trata de un tercero distinto de las partes y de cualquier órgano auxiliar del tribunal⁶ que expone su opinión frente al juez. La especie de tercero, esto es, si corresponde a una clase de tercero coadyuvante, independiente o excluyente, o si corresponde a una nueva especie de tercero, es una discusión aparte.⁷

En segundo lugar, el *amicus curiae* debe contar con un interés justificado para intervenir en un procedimiento judicial. Aún no estamos en condiciones de saber cuándo una persona tiene un interés justificado para intervenir en dicha calidad, pero como adelanto es posible señalar que la participación podría encontrar justificación si existen intereses supraindividuales en juego y la persona que pretende defender dichos intereses cuenta con una representatividad adecuada.

En tercer lugar, se tiene presente que los *amici* siempre intervienen en juicios que despiertan un alto interés público en la sociedad, ya sea por las partes involucradas, por la materia discutida o por los efectos de la decisión judicial. Las partes, la materia o los efectos, a su vez, siempre cuentan con una dimensión colectiva o pública que explica la atención mediática.⁸

⁴ NAPOLI, Andres y VEZULLA, Juan Martín, *El amicus curiae en las causas ambientales* (2007) [Visible en internet: <http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20Curiaeen%20las%20las%20causas%20Ambientales%20final.pdf>], cit. por LIBERTADES PÚBLICAS, Grupo de trabajo – Comisión *Amicus Curiae*, *Informe sobre la procedencia del amicus curiae en las causas seguidas ante tribunales chilenos* (2011). [visible en internet: https://www.google.com/search?q=libertades+publicas+amicus+curiae&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gfe_rd=cr&dcr=0&ei=qbEEWrCYM5emxgSHs7zYDQ#].

⁵ FERNÁNDEZ, Mariano, *Acceso a la justicia, democratización del proceso judicial, y propuestas para una regulación general del “Amicus Curiae”* en Políticas Públicas. Recomendación N° 17, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, (2005), p. 1. [visible en internet: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/2087.pdf>]. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2017.

⁶ Kochevar propone como ejemplo de agentes o auxiliares de corte a los abogados generales de la Corte de Justicia de la Unión Europea y a los representantes de los interés públicos en Alemania (*Vertreter des öffentlicher Interesses*) (KOCHEVAR, Steven, cit. (n. 2), p. 1655.)

⁷ Scarpinella Bueno ha tratado de distinguir a los *amicus curiae* de los terceros clásicos de los procedimientos civiles. Señala el autor que la distinción entre uno y otro descansa más en el derecho material que en el derecho procesal. Esto es así, según Scarpinella, porque el interés jurídico que justifica la intervención de un tercero es un interés propio, verdaderamente egoísta. Agrega que si actúa en pro de una de las partes y en detrimento de la otra, lo que lleva a hacerlo es su propio derecho, aunque su derecho dependa de la existencia de otro derecho ante otro sujeto. El *amicus curiae* estaría en una situación distinta, pues el interviene en el interés de otros, o de muchos y este no sería egoísta, sino altruista. (SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Amicus Curiae en el derecho procesal civil brasileño: una presentación*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 39 (2013), pp. 107-108).

⁸ Un ejemplo por antonomasia de un juicio que despierta interés público es el siguiente. Se trata del “caso *Estados Unidos de América vs. Humberto Álvarez-Machain*, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos el 15 de junio de 1992, en una causa en la que Álvarez-Machain había sido acusado de

Estos son los principales elementos que permiten discernir cuándo estamos frente a un *amicus curiae*, al punto que si uno de estos no se encuentra presente, es posible poner en serias dudas que estemos frente a esta figura. No obstante ello, también es posible identificar otros elementos definitorios, aunque de carácter más accidental, los cuales comentamos a continuación.

En primer lugar, se debe señalar que la posibilidad de intervenir como *amicus curiae* es amplia, es decir, se encuentra disponible para todos los sujetos de derecho. Tanto personas naturales como personas jurídicas, ya sean de derecho privado como de derecho público, pueden intervenir en procesos judiciales en calidad de amigo del tribunal. Esta característica se encuentra presente en la definición de Kochevar cuando utiliza la voz en *tandem*, pretendiendo significar la amplitud del uso de esta herramienta.⁹

En segundo lugar, es posible afirmar que el contenido de la opinión que presenta el *amicus* es discrecional. Cuando nos referimos a discrecional, naturalmente no queremos decir que estos escritos sean incoherentes o carentes de fundamentos, sino más bien que la opinión no está condicionada por alguna de las partes o el juez. Lo anterior se debe a que, en principio, no existe ningún vínculo formal entre el *amicus curiae*, por un lado, y las

secuestrar, torturar y matar en 1985 a un agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y en la que en 1990 el inculcado fue sustraído de su consultorio médico en Guadalajara (México) y trasladado en avión a El Paso (Texas), sitio donde fue arrestado por oficiales de la DEA. En su memorial *Amicus Curiae* el Gobierno mexicano solicitaba que aquella Suprema Corte juzgara que la sentencia del tribunal de apelación (confirmatoria de la del tribunal de distrito, que ordenaba que Álvarez-Machain fuera regresado a México) era consistente con el derecho internacional y, por ende, que el acusado debía ser restituido a territorio mexicano. Asimismo, indicó que el secuestro de aquel en territorio mexicano por agentes de Estados Unidos para ser juzgado en ese país era incompatible con los principios establecidos por el derecho internacional y con las posiciones adoptadas expresamente por Estados Unidos en tratados bilaterales y multilaterales sobre mutua asistencia jurídica en materias penales y cooperación para combatir el tráfico de drogas que estaban vigentes entre México y Estados Unidos al tiempo del citado secuestro. No obstante, el máximo tribunal estadounidense dejó sin efecto el fallo del tribunal de apelación y señaló (entre diversas consideraciones) que del Tratado de Extradición entre Estados Unidos y México no podía deducirse la existencia de una cláusula prohibitiva de los secuestros internacionales.” (BAZÁN, Víctor, *¿De qué hablamos cuando hablamos de amicus curiae?*, en *Revista de Derecho Público* 71 (2009), p. 143).

⁹ En Estados Unidos han ejercido el rol de *amicus curiae* distintos sujetos de derecho. A modo de ejemplo, puede señalarse a distintos representantes del gobierno federal, sobre todo al Procurador General. Personas jurídicas también han participado como *amicus curiae*. Podemos mencionar a empresas, como *Mobil Oil*, *International Paper*, *Owens Corning*, entre otras. Dentro del grupo organizaciones comunitarias o caritativas, podemos mencionar a *March of Dimes*, *Girl Scouts of America*, y el *Center for Independent Living*. También han existido firmas de abogados o agrupaciones políticas que representan intereses públicos como la *Pension Rights Center*, *Pacific Legal Foundation* y *Mental Health Law Project*. Dentro de las organizaciones ciudadanas representantes de intereses públicos se pueden mencionar como ejemplos a la *Americans for Democratic Action* y *National Gay Rights Advocates*. En la misma situación se encuentran organizaciones de profesionales, comerciales o empresariales, tales como *American Bankers Association*, *Associated General Contractors*, *American Sociological Association*, etc. También podemos encontrar a sindicatos de trabajadores, tales como la *Federation of Teachers*, *United Mine Workers* y *Local 1242 International Longshoremens* (CALDEIRA, Gregory y WRIGHT, Jhon, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, en *The Journal of Politics* 52 (1990) 3, p. 791). Como ejemplo de personas jurídicas de derecho público podemos mencionar al Estado de México en el caso *Estados Unidos de América vs. Humberto Álvarez-Machain*. Como personas naturales han participado filósofos morales y políticos de indiscutidos predicamento científico y estatura intelectual: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thompson (BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado, con particular énfasis en el derecho argentino*, en *Estudios Constitucionales* 1 (2003), p. 678, n. 9).

partes y el juez, por el otro, de forma tal que es posible concebir una amplia libertad en las opiniones emitidas.

Por otra parte, se hace presente que el tercero presenta voluntariamente el escrito, esto es, no es compelido por nadie ni nadie tiene el poder de compelerlo. El escrito se presenta porque el tercero así quiere hacerlo, porque quiere defender un interés legítimo en un juicio donde se discute un asunto de interés colectivo o público. De todas formas, es posible admitir que el tribunal puede hacer un llamado a presentar escritos por parte de *amici curiae*, pero dicha facultad no representa el surgimiento de una obligación o carga procesal sobre el tercero, quien más bien ha sido invitado a ejercer dicho papel.

Finalmente, se debe tener en cuenta que esta posibilidad debe ser ejercida de manera inteligente, es decir, la opinión debe ser trascendente para la resolución del conflicto jurídico. Lo ideal es que los *amici curiae* expongan argumentos que las partes no han querido traer al proceso por decisiones de estrategia procesal o que hagan notar al juez o tribunal que hay elementos de juicio que no están teniendo en consideración.¹⁰ De otra forma, no sería posible sustentar la existencia del *amicus curiae*, quien solo dilataría el proceso e intervendría ilegítimamente en una disputa judicial respecto de la cual no se encuentra legitimado para ejercer una acción apta para obtener tutela judicial.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

El *amicus curiae* es un amigo de la corte. El término aplica a un tercero que sin tener un interés directo en la causa, ofrece su conocimiento al juez haciéndole sugerencias sobre puntos de derecho o de hecho.¹¹ Esta es la clásica definición de *amicus curiae* en la literatura de habla inglesa del S. XX, sin embargo, la pregunta de fondo aún persiste: ¿por qué presenta una opinión sobre los hechos o el derecho? ¿Cuál es su función? ¿Cuál es su finalidad?

En este apartado presentaremos una breve referencia histórica de la figura, ahondando en su origen y el desarrollo que tuvo en el derecho inglés de la edad media. Este ejercicio nos conducirá a comprender de mejor manera cómo el *amicus curiae* actúa dentro de los procesos judiciales, lo que nos permitirá advertir sus funciones procesales.

1. Origen

Los orígenes del *amicus curiae* se encuentran en el derecho romano.¹² Algunos simplemente se conforman con dicha mención, mientras que otros avanzan más lejos en sus propuestas. Quienes así lo han hecho, han señalado que la práctica está basada en el *concilium* romano.¹³

Alejandro Guzmán Brito explica que el *concilium* era un grupo integrado por personas de reconocida autoridad que prestaban asesoría para el ejercicio de las potestades

¹⁰ En las *Rules of the Supreme Court of the United States*, parte VII, *Practice and Procedure*, Rule 37.1 se expresa que: “An *Amicus Curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *Amicus Curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored.”

¹¹ KRISLOV, Samuel, *The Amicus Curiae brief: from friendship to advocacy*, en *The Yale Law Journal* 72, (1963) 4, p. 694.

¹² ANGELL, Ernest, *The Amicus Curiae American Development of English Institutions*, en *The International and Comparative Law Quarterly* 16 (1967) 4, pp. 1017.

¹³ COVEY M, Frank Jr. *Amicus Curiae: Friend of the Court*, en *DePaul Law Review* 9 (1959) 1, p. 33.

públicas.¹⁴ Otro autor ha especificado que cuando se trataba de asesorar al *iudex*, este lo aconsejaba sobre puntos de derecho respecto de los cuales tuviera duda.¹⁵ Esto significa, entonces, que el *amicus curiae* en el derecho romano habría estado asesorando al juez respecto a materias de derecho sobre las que tenía desconocimiento.

Para Frank Covey esta explicación no resulta suficiente. Señala el autor que el concilio romano no habría podido informar al juez por su propia iniciativa como sí lo podría hacer el *amicus curiae*. Expresa además que el *concilium*, si era requerido por el juez, podía actuar en contra de personas a las que se les imputaba la comisión de un delito, a diferencia de lo que acontece con nuestro agente oficioso, pues este nunca podría actuar en dicho sentido –al menos en el contexto del *common law*.¹⁶

Covey propone una explicación alternativa sobre los orígenes de la figura, los cuales pueden ubicarse en el derecho inglés. El autor advierte que en el *early common law* y hasta el *middle common law* al acusado de un crimen grave no le era permitido el beneficio de defensa. Sin embargo, señala que el acusado debía ser protegido de algún error en derecho y, en ese contexto, a menos que el acusado fuera abogado, este estaba incapacitado para protegerse por él mismo. Así, para el autor, es probable que en aquella época la práctica del *amicus curiae* haya llenado ese vacío.¹⁷

El académico cree que esta explicación es atractiva pues es coincidente con la intención de asegurar el debido proceso a un acusado que no tiene el derecho a un abogado (*benefit of counsel*), explicaría por qué el *amicus* puede intervenir por propia iniciativa y no solo a solicitud del tribunal y explicaría por qué no puede intervenir en el proceso en contra de un acusado de delito en las cortes inglesas.¹⁸

Según nuestra opinión, es bastante discutible que la figura encuentre sus orígenes en el derecho inglés, partiendo por la simple constatación del nombre de la figura en el idioma latín, lo que indica que los ingleses al momento de aplicar por primera vez esta institución estaban teniendo en mente a los romanos.¹⁹

Ahora bien, nosotros también dudamos que el *concilium* romano sea el origen remoto del *amicus curiae*, pues estimamos que este se asemeja más a un órgano del tribunal, un asesor, cuestión que nos conduce a rechazar esta idea, ya que este asistente oficioso se caracteriza precisamente por no revestir la calidad de parte ni la de un asesor o órgano del tribunal.

Considerando lo anterior, si pensamos en otro antecedente que pueda explicar al *amicus curiae* en Roma, puede ser posible que ese antecedente se encuentre en los *responsum*. Estos eran instrumentos formales de los que se valían los juristas para manifestar su opinión jurídica acerca de un caso sometido a su dictamen por el magistrado

¹⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (2ª edición, Santiago, Thompson Reuters, 2013), t. I, p. 33.

¹⁵ COVEY M, Frank Jr., cit. (n. 13), pp. 33.

¹⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Se señala que los primeros antecedentes que se tienen sobre intervenciones de *amici curiae* en procesos judiciales se encuentran en el derecho inglés del siglo IX. En *Year Book Cases* se indica que en 1353 la presentación de escritos era una práctica aceptada. En 1468 una corte inglesa declaró que “*Any man can inform the court in the case so that the court will not render judgment on an insufficient record*”. En dicho caso, la corte usó los términos *amicus curiae* y *amicus juris* (COVEY M, Frank Jr., cit. (n. 13), p. 33).

jurisdiccional o juez. Los jurisconsultos no se constituyen como un órgano del tribunal, pues no tienen *potestas*, pero sí *auctoritas*.²⁰

Por lo tanto, un examen de los orígenes de la figura nos induce a pensar que la función que juega el *amicus curiae* en el proceso es asesorar en puntos de derecho al juez para que este falle conforme a él. Esta explicación encuentra cabida, ya sea en el *concilium* romano o en los *responsum*, e incluso en la propuesta de Covey.

2. El *amicus sajón*

En las primeras apariciones en el derecho inglés esta función aparece incólume. De hecho, se ha señalado que este “tenía como función señalar y sistematizar, actualizando, eventuales precedentes (*cases*) y leyes (*statutes*) que se suponían, por cualquier razón, desconocidos para los jueces. Al respecto, es común decir que la función clásica del *amicus curiae* era la de ‘*shepardizing*’. Esta palabra, utilizada hasta hoy, significa la función de identificar los precedentes de cada caso, su *ratio decidendi* y su evolución”.²¹

Dentro de las varias actuaciones que documentan los autores, existen varios antecedentes que señalan que el *amicus curiae* no actuó solo para proteger a infantes, sino también para llamar la atención del juez sobre un manifiesto error en la causa, o la muerte de una de las partes del procedimiento o la existencia de estatutos más apropiados para resolver el asunto. Incluso, en una ocasión, Sir George Treby, un miembro del parlamento inglés, informó a la corte como *amicus curiae* con la intención de ilustrar a este sobre el espíritu del estatuto aplicable, pues este había participado de la discusión parlamentaria.²²

Ahora bien, en un momento de la historia es posible darse cuenta que su función cambia. Dicho cambio se explica por la concepción que se tenía en el *common law* de los procedimientos judiciales, los cuales estaban guiados por la idea del sistema adversarial.²³ Esto significa que las partes y sus abogados tienen el control de caso, ellos planean la estrategia, levantan la evidencia y la presentan en juicio, mientras que el juez se sienta en su estrado más o menos en el rol de árbitro.²⁴

De allí surgió un problema de representación de terceros que se veían afectados por las decisiones jurisdiccionales, pues los procedimientos eran particularmente resistentes a la participación de estos en el juicio, a pesar de que las consecuencias jurídicas del fallo afectarían a más personas. La teoría exigía que las partes litiguen en igualdad de condiciones, libre de interferencias o extraños.²⁵

Así, se ha señalado que el *amicus curiae* sirvió para salvar las posibles injusticias que se podían cometer si se aplicaban las reglas de los procedimientos adversariales de manera estricta,²⁶ incluyendo en el debate judicial a todas las personas que verían afectados sus intereses con la resolución judicial por algún motivo.

Un ejemplo de ello puede verse en un caso que tuvo lugar en 1736. Se trata del caso *Coxe v. Phillips*, donde el *amicus curiae* representó por primera vez el interés de un tercero que no se encontraba representado en el juicio. Coxe demandó el pago de un pagaré a la Señora Phillips, quien se encontraba casada en dicha época con un Señor llamado Muilman.

²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 14), p. 33.

²¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio, cit. (n. 7), p. 97.

²² KRISLOV, Samuel, cit. (n. 11), p. 695.

²³ *Ibíd.*

²⁴ FRIEDMAN, Lawrence, *American Law* (Nueva York, editorial W. W. Norton, 1984), p. 68.

²⁵ KRISLOV, Samuel, cit. (n. 11), p. 696.

²⁶ *Ibíd.*

Sin embargo, este matrimonio había sido declarado nulo por existir vínculo matrimonial no disuelto por parte de la Sra. Phillips. A pesar de la anulación, la Sra. Phillips alegó que en virtud de su matrimonio con el Sr. Muilman, ella se encontraba incapacitada para contraer derechos y obligaciones. Esta defensa, por supuesto, era fraudulenta, y teniendo en cuenta dicho antecedente, la corte permitió participar al Sr. Muilman como *amicus curiae* para que pudiera defender su interés.²⁷

Los problemas de representación de los intereses de terceros bajo el sistema del *common law* fueron exacerbados en el sistema americano. La creación de un complejo sistema federal no implica solo que intereses nacionales y estatales estuvieran potencialmente en conflicto, sino también que un gran número de conflictos de intereses públicos no estuvieran representados en el curso de un juicio privado. La Corte Suprema de los Estados Unidos también colaboró en este sentido, sobre todo por las atribuciones que le fueron encomendadas: ejercer la revisión judicial de las leyes y actuar como árbitro del sistema federal.²⁸

Estos problemas no fueron desconocidos por la Corte Suprema ni se dejaron sin compensar. La Corte a través del precedente fue creando categorías a través de las cuales las autoridades gubernamentales podían vindicar sus intereses. Dicha lista fue ampliándose rápidamente, sobre todo tras el caso *Exchange v. Mc Fadden*, donde se permitió al Abogado General de los Estados Unidos intervenir por vía de sugerencia (*way of suggestion*) en un juicio sobre almirantazgo, es decir, una disputa sobre estatutos navales.²⁹

Esta actitud adoptada por los tribunales norteamericanos era considerada una excepción por la naturaleza de los procedimientos en los que tenía lugar, esto es, los *procedimientos in rem*, ya que en ellos se establecía un derecho real sobre una cosa, lo cual significa que dicho derecho debía ser respetado por todos, cuestión que requeriría una completa participación de aquellos que podrían verse afectados.³⁰

Con todo, con el paso del tiempo se empezó a comprender que tales consideraciones equitativas no eran exclusivas de los *procedimientos in rem*. Más bien, se reconoció como inherente a la naturaleza general de un proceso judicial en el que terceros podrían verse afectados. De esta forma, lentamente, a medida que las dificultades se experimentaban también en otras áreas, el reconocimiento de la utilidad de la intervención de terceros comenzó a prevalecer.³¹

En efecto, en aquella época, los tribunales que percibían que se produciría una injusticia causada por la falta de representación, permitían que las personas intervinieran por el ejercicio de lo que se llamó el poder inherente de un tribunal de justicia de controlar sus procesos. No había reglas formales que regularan la presentación de escritos en calidad de *amicus curiae*, más bien estas poco a poco fueron apareciendo y se comunicaban de manera más o menos informal a los litigantes regulares del tribunal, o a aquellos que habitualmente manejaran casos similares en otras instancias.³²

Con todo, no fue sino hasta 1821 que el *amicus curiae* representó los intereses del Gobierno de Estados Unidos en el célebre caso de *Green v. Biddle*. En dicha ocasión, el Tribunal Supremo tomó una decisión relativa a las tenencias de tierras en Kentucky sin

²⁷ KRISLOV, Samuel, cit. (n. 11), p. 696-697.

²⁸ *Ibidem*, p. 697.

²⁹ *Ibidem*, p. 698.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibidem*, pp. 698-699.

³² *Ibidem*, p. 699.

ninguna representación del Gobierno Federal, cuestión que generó repercusiones en el joven sistema constitucional norteamericano. Esto se explica porque hasta ese momento existían una serie de decisiones en las que los tribunales federales habían afirmado la supremacía federal, de modo que este caso abría posibilidades explosivas.³³ En dicho contexto, se consideró que era mejor proporcionar algún espacio para la oposición y, así, bajo las instrucciones del Estado de Kentucky, Henry Clay hizo una aparición como *amicus curiae* y solicitó una nueva audiencia, la cual se celebró el 12 de marzo de 1821.³⁴

El siguiente paso importante en el desarrollo del *amicus curiae* ocurrió cuando los jueces fueron obligados, como resultado del caso *Florida v. Georgia* a articular algunos elementos involucrados en esta participación. En ese caso, a la solicitud del Fiscal General de los Estados Unidos para ser oído como *amicus curiae* se opusieron los abogados de los dos Estados partes, de tal forma que la Corte se vio obligada a conceder o denegar el permiso.³⁵

Definiendo el problema, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Taney, señaló que si los Estados Unidos pedían ser oídos no habría ningún problema, porque es práctica familiar de la corte escuchar al Fiscal General en demandas entre individuos cuando aparece de manifiesto que los intereses públicos están involucrados, agregando que dicha participación no se hace como abogado de una de las partes, sino que en nombre de los Estados Unidos.³⁶

En paralelo a las cortesías extendidas a los Estados Unidos, los intereses de los Estados federados también comenzaron a ser oídos por los tribunales. Algunas de las ventajas concedidas al gobierno federal se acumularon para los gobiernos estatales a través del patrón familiar de participación activa de abogados estatales. En 1864, por ejemplo, con la constitucionalidad de un estatuto estatal en cuestión, el Procurador General de California presentó un escrito y ya en 1880 la Corte comenzó a conceder la licencia directamente al abogado estatal para reivindicar los derechos estatales.³⁷

De este modo, puede verse como el *amicus curiae* tenía en un comienzo una relación esencialmente profesional con el juez, aunque luego más que considerarse un amigo del tribunal, se comenzó a considerar como un litigante más. A lo largo de la última mitad del S. XIX la Corte y los escritos se aferraron a este enfoque neutral, pero ya en 1919, con la disputa sobre la prohibición (*prohibition case*), donde participó como *amicus curiae* el Consejero General de la Asociación Nacional de Destiladores y Distribuidores Mayoristas, se fue perdiendo la clásica idea del *amicus*. En 1930 la identificación de una organización privada como amigo del tribunal fue entonces bastante común.³⁸

La práctica general de la Corte Suprema de los Estados Unidos por razones no suficientemente obvias ha sido permitir ilimitadamente la participación de *amici*. De todas formas, la Corte Suprema no ha tenido la misma postura siempre. En 1949, después de algunos incidentes desafortunados, la Corte cambió su hospitalidad por restricción. Uno de los jueces de la Corte señaló que la participación de los *amici* en algún momento se volvió indeseable. La molestia que se tenía fue provocada por el abuso que se había estado cometiendo por parte de los *amici*, quienes distorsionaban los argumentos de las partes de

³³ *Ibidem*, p. 700.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibidem*, p. 701.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibidem*, p. 702.

³⁸ *Ibidem*, p. 703.

manera desleal. Por otra parte, sentían que la Corte estaba siendo explotada o usada como medio de publicidad, o como objetivo, no de argumentos, sino de simple afirmación de alguna entidad como representante de tal o cual interés.³⁹

La disidencia estuvo representada por el juez Black. Él sostuvo que la mayoría de los casos que se conocen ante la Corte son asuntos que afectan a muchas más personas que las partes registrales inmediatas y que el interés público y el sistema judicial se ven favorecidos con una amplia participación de los *amici*, más que con su restricción. Esta postura se impuso nuevamente con prontitud. Para concretizar la idea, sirve tener como referencia el siguiente dato: la Corte solo rechazó 91 peticiones para actuar como *amicus* en un universo de 832 mociones presentadas durante los años 1969 y 1981.⁴⁰

La idea de que personas jurídicas comenzaran a ejercer el rol que cumplían personas naturales ratifica la transformación del patrón real de comportamiento y la nueva función que comenzó a ejercer el *amicus curiae*. El *amicus* ya no es una encarnación neutral, amorfa de la justicia, sino un participante activo en la lucha de grupos de interés.⁴¹

Con lo que hemos dicho hasta este momento basta. Ya tenemos una idea parcial de lo que es el *amicus curiae*, esto es, un tercero que interviene en un proceso judicial sin ser ni convertirse en parte y que entrega una opinión sobre los hechos o el derecho al juez. También hemos identificado las funciones que puede cumplir nuestro asistente officioso y que actualmente conviven en la práctica judicial: ilustrar al tribunal, función primigenia del *amicus* en Roma y en el *common law* inglés y, por otro lado, una herramienta que permite representar intereses distintos al de las partes en un juicio.

III. DE LAS FUNCIONES Y FINES DE LOS AMIGOS DEL TRIBUNAL

De la historia del *amicus curiae* hemos podido extraer dos funciones que ejerce la figura. Con todo, es necesario precisar de qué manera hoy el *amicus curiae* ejerce estas funciones, considerando que el derecho no es una realidad estática, sino mutable, lo que implica una constante revisión de las instituciones jurídicas y sus relaciones.⁴² Por lo tanto, en esta sección intentaremos explicar de qué manera el *amicus curiae* puede hoy ilustrar o asesorar al juez y cuáles son los intereses que representa en la actualidad.

1. El *amicus* racional y argumentativo y la decisión judicial correcta

El *amicus curiae* asesora o ilustra al tribunal efectuando una sugerencia a la corte sobre materias de hecho o derecho, basándose en su propio conocimiento.⁴³ En el mismo sentido, se afirma que el *amicus* informa a la corte cuando el juez se encuentra dudoso o confundido en una materia de derecho o hecho.⁴⁴

Se trata, en último término, de una sugerencia u opinión para reducir problemas de información. Tengamos en cuenta, por ejemplo, que el *amicus* del derecho inglés de la edad media entregaba su opinión por el simple propósito de suplementar la información de la

³⁹ CALDEIRA, Gregory y WRIGHT, John, cit. (n. 9), p. 784.

⁴⁰ *Ibidem* p. 784-785.

⁴¹ KRISLOV, Samuel, cit. (n. 11), p. 703.

⁴² VERGARA BLANCO, Alejandro. (2015). *Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica* en RDPUCV 44 (2015) 1, p. 630. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100019>]

⁴³ ANGELL, Ernest, cit. (n. 12), p. 1017.

⁴⁴ COVEY, Frank, cit. (n. 13), p. 30.

corte,⁴⁵ y así evitar el error judicial. Pero no es necesario llegar tan atrás, pues hoy también los *amici* reducen problemas de información, tal como reiteradamente ha sostenido la doctrina norteamericana en el último siglo, pues el *amicus curiae* presenta hechos, argumentos o ideas que de otra manea no aparecerían ante la corte.⁴⁶

Los problemas de información que afectaban a los jueces de la edad media tenían relación con cuestiones tan triviales como la muerte de una de las partes del procedimiento o la existencia de una litigación fraudulenta,⁴⁷ o también cuestiones más complejas como la identificación del precedente aplicable o su correcta interpretación.⁴⁸

Hoy en día, por supuesto, también existen problemas de información. Los problemas que se refieren al derecho tienen que ver principalmente con la complejidad que ha adquirido en este último tiempo,⁴⁹ siendo una de las principales causas que explican la complejidad el surgimiento del neoconstitucionalismo.

En primer lugar, debe advertirse que la ley genérica, abstracta, coherente y fruto de la voluntad homogénea del parlamento, propia del Estado legislativo, se ha disuelto. Dicho paradigma de la ley entendía que los hombres eran libres e iguales, o sea, partía de presupuestos utópicos que fueron negados por la dimensión concreta de la vida.⁵⁰

El hecho de que surgiera un Estado preocupado de las necesidades sociales tuvo como consecuencia la aparición de grupos representativos de ciertos sectores de la sociedad que comenzaron a ejercer presión sobre el legislador para que regulara asuntos que les concernían, pero por sobre todo, comenzaron a medir fuerzas en los asuntos políticos que eran de interés común. Ello significa, en muchos casos, que las leyes no solo son oscuras, sino también motivadas por intereses egoístas. Ya no parece posible, entonces, hablar de una voluntad general, sino más bien de una voluntad política, que en último término, puede ser identificada con la voluntad del grupo político más fuerte.⁵¹

Los razonamientos anteriores nos conducen a la segunda razón que explica la complejidad del derecho, pues con la disolución de la ley entendida como voluntad general se requirió efectuar un control de las leyes bajo criterios de justicia.⁵² Dichos criterios de justicia, naturalmente, se encuentran en las constituciones políticas.

Ello implicó que las Constituciones adquirieran eficacia normativa directa y, de esta forma, la Constitución pasó a ser la norma fundamental del sistema jurídico, ya que todas las leyes debían adecuarse a ella, no solo formalmente, sino también materialmente, en su sustancia.⁵³ Y eso no es todo, pues la supremacía constitucional también exige que el resto del ordenamiento jurídico sea interpretado teniendo en cuenta la constitución, lo que se conoce como interpretación conforme, incluso, también se ha afirmado que puede llegar a producir efecto derogatorio sobre preceptos legales preconstitucionales, al menos, previa

⁴⁵ THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Amicus Curiae*, en *Harvard Law Review* 34 (1921) 7, p. 774.

⁴⁶ SPRIGGS, James. F y WAHLBECK, Paul. J., *Amicus Curiae and the Role of Information at The Supreme Court*, en *Political Research Quarterly* 50 (1997) 2, p. 382.

⁴⁷ ANGELL, Ernest, cit. (n. 12), p. 1017.

⁴⁸ COVEY, Frank, cit. (n. 13), p. 30.

⁴⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro, cit. (n. 42), p. 630.

⁵⁰ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, *Fundamentos del Proceso Civil: hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile, 2010), p. 19.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 20-22.

⁵² *Ibidem*, p. 22.

⁵³ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 23.

declaración del tribunal encargado de velar por la supremacía constitucional,⁵⁴ o también tener en cuenta no solo el texto normativo de la constitución para el control de constitucionalidad de las leyes, sino que todo el bloque de constitucionalidad,⁵⁵ lo que conduce, finalmente, a la compleja relación entre los derechos internos y el derecho internacional.⁵⁶

No faltaron detractores que alegaban que dichos principios materiales de justicia expresaban aspiraciones políticas y éticas mediante formulas poco precisas que atentaban directamente contra los valores de certeza y seguridad jurídica.⁵⁷ La crítica puede comprenderse, pues “los principios expresan concepciones y valores que están indisolublemente conectados al ambiente cultural. Pero, como la sociedad evoluciona todos los días, estos deben ser redimensionados en esa misma intensidad y velocidad.”⁵⁸ Obviamente, existe una continuidad estructural básica respecto a las fuentes formales, pero ello no implica que el derecho sea un fenómeno inmutable, pues cada época ofrece un escenario levemente distinto.⁵⁹

Bajo estas consideraciones, la complejidad que debe enfrentar un juez para ejercer la función jurisdiccional es importante. No será suficiente que la decisión judicial resuelva el conflicto jurídico sometido a su conocimiento, pues se requiere que la decisión judicial, como acto del Estado, se ajuste al principio de legalidad. Pero como el ordenamiento jurídico no predetermina la solución a los casos individuales, hay un segundo límite a la decisión judicial que se refiere a la correcta justificación de la misma, es decir, una justificación de la elección de los enunciados normativos aplicados en el caso individual, lugar de donde deriva precisamente el deber de motivar o fundamentar las sentencias.⁶⁰

“Es cierto que la tecnología actual facilita mucho la identificación de juzgados y de precedentes. Pero el problema no es solamente el de identificación, sino, mucho más que eso, el de aplicación; de interpretación de las normas jurídicas en general, incluso ante eventuales precedentes, hasta para verificar si ellos se aplican o no o si deben mantenerse o no. Y esta función, la de aplicación y de interpretación releva también la importancia de que la haga alguien que no sean necesariamente las partes o el propio magistrado.”⁶¹

Siguiendo las mismas ideas pero en un sentido distinto, “Wróblewski señaló que en el campo judicial se debe basar la decisión en el sistema jurídico imperante, y de ahí que deba hablarse en primer término de legalidad; pero conjuntamente con ello, es necesario que el

⁵⁴ TRUJILLO, Julio Cesar, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013), pp. 92-93. Cfr. Con NOGUEIRA, Humberto, *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Thompson Reuters, 2012), t. I, pp. 11-13.

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*, en *Estudios constitucionales*, 13 (2015) 2, pp. 310-321. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>]

⁵⁶ Lit.: QUIROGA LEÓN, Anibal, *Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano en Ius et Praxis*, 11 (2005) 1, pp. 243-267. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100009>]. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Estudios constitucionales*, 14 (2016) 1, pp. 15-60. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>]

⁵⁷ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 33.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro, cit. (n. 42), p. 19.

⁶⁰ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 41.

⁶¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio, cit. (n. 7), p. 105.

juez decida la controversia en términos racionales, entendiendo por racionalidad en este contexto la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones.”⁶²

Precisamente, “un rubro fundamental en todo juzgamiento es el establecimiento de los hechos, que, en nuestra opinión, debe gobernarse por criterios de racionalidad que permitan arribar a una resolución adecuada.”⁶³ “En términos generales, podemos decir que un juicio racional es aquel que parte de la base de los sucesos concretos como fundamento de la decisión judicial. En este sentido, la determinación de los hechos basada en datos empíricos aparece como una pieza fundamental de la racionalidad, por tratarse de una actividad controlable, susceptible de ser verificada mediante criterios intersubjetivos y que admite justificaciones.”⁶⁴

Ahora bien, se debe tener presente que la idea de racionalidad en la determinación de los hechos presupone la verdad procesal, cuestión que “se refiere a la noción semántica de verdad procesal fáctica, entendida esta como correspondencia entre lo afirmado en el proceso y lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sensible. Este es un enfoque que reconoce las limitaciones del saber humano, pero que no por ello renuncia a la posibilidad de aproximarse a la realidad a partir de los antecedentes que se tienen en determinado momento y lugar. En otras palabras, se trata de una perspectiva de verdad aproximada o “probable” en el contexto de un juicio: una verdad de los hechos que nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida en mayores elementos de confirmación (medios de prueba).”⁶⁵

Aquí llegamos a los problemas de información que circundan los hechos y que en general, tienen relación con la falta de antecedentes, la recopilación de datos empíricos, la aplicación de métodos científicos, la interpretación de los resultados, etc. En este sentido, hablar de ciencia en procesos judiciales no es una cuestión nueva, pues los métodos científicos han sido usados por la administración de justicia desde hace mucho tiempo y la doctrina se ha preocupado principalmente del uso práctico del testimonio técnico.⁶⁶

Con todo, “quien quiera determinar un punto de partida para el desarrollo moderno y actual de lo relativo a la prueba científica en el significado moderno de la expresión, debe probablemente remitirse a 1993, fecha en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos falló el caso *Daubert vs Merrel Dow Pharm., Inc.* En su voto para la mayoría, el juez Blackmun intentó determinar los criterios que el juez, como un portero que controla la admisión de la prueba científica, debe aplicar para seleccionar la prueba que es científicamente válida.”⁶⁷

⁶² MENESES, Claudio, *Estudios sobre el proceso civil chileno*, (Santiago, Pro Libros Ediciones Limitada, Valparaíso), p. 42.

⁶³ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁶ TARUFFO, Michele, *La aplicación de estándares científicos a la prueba social y forense*, ahora, en MERIÑO, Marcelo y NAVARRO, Roberto, *Reflexiones sobre derecho procesal* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016), p. 9.

⁶⁷ “Blackmun escribió que un elemento de prueba sería científicamente válido si: a) una teoría o técnica puede ser (y ha sido) probada; b) la teoría o técnica ha sido sometida a revisión de pares, y publicada; c) se conoce la tasa de error actual o potencial; d) hay estándares que controlan la operación de la ciencia o técnica; y e) la ciencia o técnica tiene un significativo grado de aceptación dentro de la comunidad científica relevante.” (TARUFFO, Michele, cit. (n. 66), p. 9).

Como expresa Taruffo,⁶⁸ “*Daubert* ha sido y sigue siendo sumamente importante porque se concentra –aunque desde una perspectiva epistémica discutible- en los problemas básicos de la validez científica de las pruebas que se emplean para decidir sobre los hechos del caso. Aun más, algunos académicos dicen que *Daubert* tomó el camino correcto al enfatizar el papel del juez en el control y selección de la prueba que es verdaderamente científica, pese a que no avanzó lo suficiente en esa dirección.”

Seguidamente agrega que “un papel tan activo del juez es algo relativamente nuevo en la estructura adversarial del proceso judicial americano, pero es menos nuevo en los sistemas del *civil law*, donde usualmente el juez ya juega un papel activo en la presentación de la prueba. Sin embargo, aun en esos sistemas el mensaje de *Daubert* sobre la necesidad de efectiva validez científica de la prueba tiene un impacto relevante, fundamentalmente en contextos en los que ese control no se hacía en el pasado, o salía hacerse de manera superficial o ineficiente.”⁶⁹

Ahora bien, el problema de la prueba científica no se limita solo a su validez, sino también a cuestiones como su calidad y selección de los expertos que proveen al juez los conocimientos científicos, o la correcta aplicación de las metodologías científicas necesarias para la aplicación de los tests o la capacidad del juez para obrar realmente como *peritus peritorum* en la oportunidad en que es llamado a hacer directamente uso de conocimientos científicos, o sea, en el momento de la formulación de la sentencia.⁷⁰

Precisamente bajo estas ideas, el *amicus curiae* se muestra como una herramienta procesal útil para colaborar con el juez en su nuevo rol de *gatekeeper*. Esta tarea es fundamental en las ciencias de la explicación o ciencias naturales, como por ejemplo, la física o la química. Pero lo es sobre todo en las ciencias sociales, como en la psicología o la sociología, pues existen mayores problemas para determinar la validez de la prueba científica en las ciencias sociales que en las ciencias empíricas.

Taruffo explica que de partida, las reglas del caso *Daubert* no son aplicables a las ciencias sociales. Segundo, es cierto que se pueden aplicar algunos de esos criterios, pero no todos, teniendo que determinar cuáles son pertinentes o cuáles no. Y por último, se señala que cada una de las ciencias sociales no forman un conjunto homogéneo, sino que cada una de ellas tiene su propio paradigma.⁷¹

Uno puede preguntarse legítimamente si es necesario entonces traer prueba científica basada en ciencias sociales. Ante ello, debemos responder que aún la respuesta sigue siendo afirmativa, pues la renuncia a esta significa que el juez decida el asunto según su sentido común, campo de conocimiento que no ofrece mayor grado de confiabilidad que las ciencias sociales.⁷²

⁶⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Bogotá, Editorial Temis S. A., 2006), pp. 135-136

⁷¹ TARUFFO, Michele, cit. (n. 66), p. 16. En este mismo sentido, en Estados Unidos se estudió la contribución que juegan científicos de las ciencias sociales como *amicus curiae* y el potencial rol que pueden tener. Aunque se concluye que el *amicus curiae* no ha desplegado todo su potencial, no deja de valorarse positivamente la posibilidad de recurrir a las ciencias sociales para comprender los hechos. Precisamente, una de las principales áreas donde se estima que puede contribuir un *amicus curiae* representante de las ciencias sociales es en el derecho penal y derecho procesal penal (ACKER, James R., *Social Science in Supreme Court Criminal Cases and Briefs: The Actual and Potential Contribution of Social Scientists as Amici Curiae*, en *Law and Human Behavior* 14 (1990) 1, pp. 25-42).

⁷² TARUFFO, Michele, cit. (n. 66), p. 130.

Así, concluyendo, hoy en día también existen problemas de información que afectan las posibilidades de obtener una decisión judicial racional, legal, y justa. Los problemas de información sobre los hechos tienen que ver principalmente con la validez de la prueba científica, mientras que los problemas de información del derecho se relacionan con la sobreabundancia de normas, indeterminación de principios, la elección de la norma aplicable y la justificación de tal decisión.

La doctrina argentina ha destacado en ese sentido que los *amici curiae*, en la justicia constitucional, “pueden cumplir un papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano.”⁷³

Por supuesto, podría alegarse una infracción al principio *iura novit curia*, pero “estimamos que de ninguna manera cabría predicar de la figura incompatibilidad alguna con el principio *iura novit curia*, dado que el magistrado actuante jamás debe abdicar de su obligación de seleccionar y aplicar el derecho pertinente para resolver el caso, independientemente de si aquel coincide o no con la argumentación traída por el *amicus*, además que de esgrimir una posición tan conservadora y prejuiciosa (sobre un pretendido atentado contra la materia procesal subyacente tras aquella máxima latina), paralelamente a dar curso a un formalismo cuando menos objetable, dejaría traslucir un trasfondo de soberbia al considerar –erróneamente- que el juez conoce todo el derecho, al tiempo que supondría una nota de infalibilidad que no casaría adecuadamente con la implementación de una estructura procesal recursiva (ordinaria y extraordinaria) para revisar defectos, excesos y demás imperfecciones plasmados en las sentencias por los respectivos jueces de las instancias inferiores.”⁷⁴

Así, ya sabemos que el *amicus curiae* en un derecho moderno asesora o ilustra al tribunal, ya sea en el derecho o en los hechos. Efectivamente, el *amicus curiae* asesora sobre puntos de derecho al juez, ya no como lo hacía antes, haciéndole saber que existía un precedente judicial que resolvía el caso, sino que argumentando sobre las normas jurídicas aplicables al caso concreto, sobre la forma en cómo deben ser interpretadas y las razones que sostienen dicha interpretación. O bien, mostrando la incidencia de principios constitucionales o los principios y normas de derecho internacional. Por otro lado, el *amicus* ilustra al tribunal en materia de hecho. No solo como lo hacía antes, haciéndole saber al juez hechos que desconocía por cualquier motivo, sino también, con mayor frecuencia y relevancia, mostrándole al juez evidencia científica que le permita comprender los hechos de una mejor manera y sobre todo, ayudándole a determinar la validez y confiabilidad de la prueba científica traída a juicio.

Ahora bien, si la función del *amicus curiae* es presentar argumentos jurídicos o científicos en un procedimiento judicial, el fin no puede ser otro que aumentar las probabilidades de una decisión judicial correcta.

Lo primero que debemos despejar es qué se entiende por corrección de la decisión o por una correcta decisión judicial. ¿Acaso es posible afirmar que existen decisiones judiciales correctas? Nosotros estimamos que sí, por cuanto la decisión judicial contenida

⁷³ BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae y la utilidad de su intervención procesal*, cit. (n. 9), p. 685.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 702.

en una resolución judicial es una especie de discurso jurídico.⁷⁵ Los discursos jurídicos tienen múltiples diferencias, pero existe un factor común entre todos ellos, esto es, que en todos los discursos jurídicos se argumenta jurídicamente.⁷⁶

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. La afirmación anterior se sustenta si se tiene en cuenta que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que debe o no hacerse. Se trata, con todo, de un caso especial, por cuanto la discusión jurídica se encuentra limitada, a diferencia del discurso práctico general, por la ley o el precedente judicial,⁷⁷ es decir, por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si la decisión judicial es un discurso jurídico, y el discurso jurídico es una especie de discurso práctico general, ambos tienen en común que las cuestiones prácticas, es decir, las discusiones sobre lo que debe hacerse o no, son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de la corrección.⁷⁸

Se debe tener en cuenta que “quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada, y por ello, su afirmación correcta. En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello.”⁷⁹

“La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino solo de que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundado.”⁸⁰

En otras palabras, “la argumentación jurídica no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es, en el marco y sobre la base de un sistema jurídico, válidamente predominante. Ello depende esencialmente de que se tenga autoridad o haya sido institucionalmente establecido, y lo que se ajuste a eso. Dicha argumentación está vinculada con las leyes y los precedentes, debiendo observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica.”⁸¹

Por otro lado, es preciso señalar que “esta pretensión de corrección no decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos. Aquí vale algo similar al caso de la promesa. El que yo, al hacer una promesa, tenga secretamente la intención de no cumplirla, no afecta la obligación que surge objetivamente de la promesa.”⁸²

Un aspecto bastante relevante es que la pretensión de la corrección no es solo una cuestión teórica. Robert Alexy manifiesta que la pretensión de la corrección judicial es una exigencia de derecho positivo. Afirma el filósofo del derecho que “según el derecho vigente en la actualidad en la República Federal de Alemania y quizás en la mayor parte de los

⁷⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), p. 205.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 207.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ GUILHERME LUIZ, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 123.

⁸² ALEXY, Robert, cit. (n. 75), p. 208.

Estados, los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones. Por ello, la decisión judicial, en virtud del derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección.”⁸³

Una decisión judicial sin fundamentación es una decisión sin argumentos y una decisión sin argumentos afecta la legitimidad de la decisión judicial. “Es evidente que la necesidad de comprensión de la ley a partir de la Constitución, aumenta el riesgo de subjetividad de las decisiones judiciales, lo que se vincula con la legitimidad de la prestación jurisdiccional, con la justificación. Como explica Jerzy Wróblewsky, justificar una decisión judicial consiste en darle razones apropiadas. Así, el problema de legitimidad de la tutela, en el Estado contemporáneo, está en verificar si en la decisión del juez se encuentra lo suficiente para asegurar aceptabilidad racional.”⁸⁴

“La legitimidad de la decisión jurisdiccional depende no solo de que el magistrado esté convencido, sino también de la justificación de su racionalidad para el caso concreto, en base a las pruebas producidas y a las convicciones que se formó sobre las situaciones de hecho y de derecho. O sea, no basta el solo convencimiento de quien juzga, debiéndose demostrar las razones que le permitieron arribar a él. Eso permite el control de la actividad jurisdiccional por las partes, o por cualquier ciudadano, ya que la sentencia debe ser el resultado de un razonamiento lógico capaz de ser demostrado mediante la relación entre la exposición, la fundamentación y la parte dispositiva.”⁸⁵

2. La representación de intereses y el acceso a la justicia

Con anterioridad pudimos dejar asentado que una de las funciones que ejerce el *amicus curiae* en los procesos judiciales es representar intereses no defendidos por las partes. Con todo, aún persiste la pregunta sobre la clase de intereses que entonces representa la figura en estudio. Este apartado intentará responder a esa pregunta. Luego mostraremos como dicha representación de intereses permite satisfacer de manera más íntegra el derecho de acceso a la justicia.

Lo primero que debemos aclarar es que el *amicus curiae* no siempre ha tenido un interés involucrado en su participación. Sus primeras apariciones en el derecho inglés eran voluntarias y neutrales, ya que tenían el simple propósito de orientar al tribunal hacia la correcta decisión judicial en el caso concreto. Era un verdadero amigo del tribunal.⁸⁶ *The Harvard Law Review Association* afirmaba en 1921 que las sugerencias efectuadas por los *amici* se hacían con el simple propósito de suplementar la información de la corte. No representa a nadie y obviamente nadie está vinculado por lo que él hace.⁸⁷

Sin perjuicio de ello, también acordamos que la primigenia función fue complementada con otra que hacía frente a las dificultades que presentaba el sistema adversarial. La representación de intereses conduce a la pérdida del *amicus* imparcial o neutral, “para convertirse en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia.”⁸⁸

⁸³ ALEXY, Robert, cit. (n. 75), p. 208.

⁸⁴ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 120.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 106.

⁸⁶ BAZÁN, Victor, *Amicus Curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 9 (2003), p. 257.

⁸⁷ THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, cit. (n. 45), p. 774.

⁸⁸ BAZÁN, Victor, *Transparencia del debate judicial*, cit. (n. 86), p. 257.

“Como con realismo afirma Cueto Rúa, en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, *aun a sabiendas que el amicus es el amicus del actor o el demandado.*”⁸⁹

Pues bien, si el *amicus curiae* ya no es neutral, sino que representa abiertamente intereses, ¿cuál es la clase de interés que representa? Los problemas comienzan con la terminología utilizada, pues se utilizan indistintamente las expresiones derechos e intereses. Además, se habla de intereses individuales, individuales homogéneos, difusos, colectivos, generales o públicos.⁹⁰

Eduardo Couture “define el interés como una ‘aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta’. No todos los intereses individuales o colectivos son susceptibles de considerarse jurídicamente relevantes. Solamente aquellos que el legislador selecciona como susceptibles de protección jurídica adquieren consagración constitucional o legal. La doctrina destaca algunos aspectos que deben tenerse en cuenta para considerar a un interés como jurídicamente relevante, considerando también que la tarea de reconocimiento de estos intereses responde a un estudio sociológico e histórico de los mismos. Se ha señalado que las normas entrañan una ordenación de los intereses dignos de considerar para su protección jurídica, y en función de lo anterior, la tarea del legislador consiste en armonizar los intereses en conflicto. Una vez producida a través de un proceso político la determinación de qué interés debe ser satisfecho con prioridad a los otros, el interés así recogido será un interés jurídico, que en definitiva viene a ser la satisfacción particular de una necesidad reconocida con carácter general por la norma. Por lo mismo, Gutiérrez de Caviedes (1999) p. 46, ha definido el interés jurídico como aquel ‘que ha sido considerado por la norma como jurídicamente relevante y al que ésta brinda su protección (interés jurídicamente protegido), por considerar que se adentra en el orbe de lo jurídico y es digno de tutela jurídica’”.⁹¹

Como muy bien explica Maite Aguirrezabal, habrá que determinar entonces que es lo que se agrega a los intereses jurídicos para que puedan ser calificados de supraindividuales. Para Bujosa, sería necesario conjugar los criterios objetivos y subjetivos que ha propuesto la doctrina, pues la elección de un solo criterio necesariamente implica excluir grupos de interés que perfectamente pueden ser calificados de supraindividuales.⁹² El criterio objetivo hace alusión a la idoneidad del bien para ser objeto del interés colectivo, mientras que el criterio subjetivo focaliza su atención en los sujetos, nadie es titular del interés jurídico, pero al mismo tiempo todos los son.⁹³

Tampoco está clara su naturaleza jurídica. Algunos plantean que los intereses supraindividuales no son más que la suma de muchos intereses individuales, mientras que otros plantean que los intereses colectivos se confunden con el interés público. Finalmente, se encuentran en menor medida aquellos que estiman que los intereses supraindividuales se

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)* en *Revista chilena de derecho* 33 (2006) 1, p. 74. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100005>.]

⁹¹ *Ibíd.*, p. 76, n. 25.

⁹² *Ibíd.*, p. 77.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 76-77.

encuentran a medio camino entre los intereses individuales y los intereses públicos.⁹⁴ Finalmente, tampoco es clara la relación entre interés público e interés estatal.

En el sistema del *common law*, al menos, el *amicus curiae* ha defendido toda clase de intereses. Recordemos al Sr. Muilman y su participación en calidad de *amicus curiae* para defenderse de quien fuera su mujer en algún momento. En este caso, el Sr. Muilman integro al proceso un interés individual. Defendiendo intereses colectivos y difusos aparecen instituciones como *Pension Rights Center*, *Pacific Legal Foundation*, *National Gay Advocates*, entre otros. Por último, representando intereses estatales podemos hallar participaciones del Procurador General de los Estados Unidos, Estados federados como Alaska, Condados, como los de Dewey y Dakota del sur, entre otros.⁹⁵

En Brasil, por ejemplo, a los *amici* de los procesos constitucionales se les exige representatividad de los sujetos que intervengan en calidad de *amicus curiae*.⁹⁶ La representatividad es un requisito propio de la regulación de la proponibilidad de acciones colectivas en el ordenamiento jurídico norteamericano.⁹⁷

Se señala que este requisito tiene tres proyecciones en las acciones colectivas: i) minimiza el riesgo de colusión entre demandante y demandado; ii) se asegura que el actor colectivo sea un litigante vigoroso y preparado y, por último: iii) se asegura traer al proceso los reales intereses de las personas ausentes. Por otra parte, de esta forma se es respetuoso con el derecho a un debido proceso y a una tutela judicial efectiva de todas las personas del grupo.⁹⁸

De este modo, es posible afirmar que en el ordenamiento jurídico brasileño los intereses que representa el *amicus curiae* constitucional son los intereses supraindividuales, ya que para una correcta participación del sujeto, lo que implica una verdadera representación de los intereses del grupo o colectividad, se exige representatividad adecuada. El *amicus* del art. 128 de código de procedimiento civil brasileño también exige para intervenir representación adecuada y, por lo tanto, lo dicho anteriormente también vale para esta clase de *amicus*.

Así, revisando someramente el derecho comparado, podemos constatar que el *amicus curiae* ha servido para la representación de toda clase de intereses, incluso individuales, como sucedió aquella vez en Inglaterra con el Sr. Muilman. Con todo, lo dicho anteriormente es una anécdota histórica que no coincide con el valor actual de la figura, que está llamada a representar intereses supraindividuales, especialmente los intereses difusos y colectivos. Las intervenciones en calidad de *amicus curiae* se constituyen así en otra forma de representación de intereses supraindividuales que acompañan o complementan a las acciones colectivas. De todas formas, junto a los intereses supraindividuales, también es posible advertir que los intereses estatales son usualmente representados por los *amici curiae*.

La conclusión, en definitiva, es que no es posible especificar *a priori* la clase de intereses que representa el *amicus curiae*. Lo único cierto es que no representa los intereses de las partes ni de terceros-partes. Afirmar que representa intereses supraindividuales no es

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 78-80.

⁹⁵ CALDEIRA, Gregory y WRIGHT, Jhon, cit. (n. 9), p. 791.

⁹⁶ Se encuentran reconocidos por la ley 9.868/1999, art. 7° (referida a la acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal) y por el art. 482 del código de procedimiento civil (referido a la discusión incidental de la constitucionalidad de una ley en el proceso).

⁹⁷ MENESES, Claudio, cit. (n. 62), p. 396.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 398.

suficiente, pues como vimos, su naturaleza jurídica es discutida y así, dependiendo de la teoría que se siga, el *amicus curiae* podría representar intereses individuales, intereses públicos o realmente intereses que se encuentran a medio camino de los intereses antes mencionados, los intereses supraindividuales.

Para avanzar en el desarrollo de ideas, ahora quiero explicar cómo el *amicus curiae* es una herramienta destinada a garantizar el acceso a la justicia cuando se permite la representación de intereses de personas distintas de las partes en un proceso judicial.

La doctrina chilena afirma que el derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido en el art. 19 N° 3 inciso primero de la Constitución Política de la República, al disponer que la Constitución asegura a todas las personas “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”.⁹⁹ Como puede apreciarse, el derecho de acceso a la justicia no se encuentra reconocido de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, del mismo modo que el derecho a un debido proceso, siendo por tanto derechos implícitos en nuestra Constitución.¹⁰⁰

El hecho de que no exista un reconocimiento expreso ni menos una enunciación, al menos ejemplificativa, de las garantías incluidas en cada uno de estos derechos es uno de los motivos de la incomprensión y confusión que existe en Chile sobre estos. A modo de ejemplo, el derecho de acceso a la justicia, como lo llamamos acá, también recibe las denominaciones de derecho de acción, derecho al proceso, derecho a la tutela judicial o derecho a la tutela judicial efectiva, cuestión demostrativa de la falta de consenso.¹⁰¹ Este aspecto no es baladí, pues no es un problema de nombres, sino más bien de contenido, es decir, de concepciones sobre el derecho.¹⁰²

Con todo, ¿qué afirma la doctrina sobre el derecho de acceso a la justicia? Andrés Bordalí¹⁰³, por ejemplo, señala que “mediante el derecho a la tutela judicial los individuos se aseguran el poder de acceso a los tribunales y a obtener de estos una decisión según lo que el derecho prescriba que deba resolverse en ese caso. Este es el contenido más esencial de este derecho. (...). Lo que se pretende con este derecho a la tutela judicial es que el individuo pueda contar con la potestad jurisdiccional del Estado para obtener tutela para los

⁹⁹ BORDALÍ, Andrés, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2011) 2, p. 316. [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067>]

¹⁰⁰ GARCÍA PINO, Gonzalo, y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Estudios Constitucionales* 11 (2013) 2, p. 230 (2013). [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>.]

¹⁰¹ BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 99), pp. 314-315.

¹⁰² “Las disposiciones del art. 19 no son normas que satisfagan los requisitos propios de una norma jurídica. Y no los satisfacen no porque sean normas incorrectas, es decir injustas (aunque algunos por cierto lo son), sino porque ellas no expresan concepciones sino conceptos. Un concepto de justicia, por ejemplo, es el de Ulpiano, ‘dar a cada uno lo suyo’ (D. 1.1.10). En este sentido, un concepto es una formulación muy abstracta del contenido de una idea. Un concepto no es una tautología (la tesis de Ulpiano puede ser negada sin contradicción) pero su nivel de abstracción lo hace políticamente incontrovertido. Las personas con concepciones opuestas de la justicia, pueden reservarse su batería de argumentos para las controversias que surgieran al momento de intentar especificar qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo. Esta ulterior especificación es lo que constituye una especificación.” (ATRIA, Fernando, *El derecho y la contingencia de lo político*, en *Revista de Derecho y Humanidades* 11 (2005), p. 27). “La distinción entre conceptos y concepciones fue formulada originalmente por Hart, *Concept of Law*, y fue luego utilizada por Rawls, *Theory of Justice* § 1 (Rawls, Teoría 1) y por Dworkin, *Law’s Empire* 71-72 (Dworkin, El imperio de la justicia 60-61).” (*Ibidem*, p. 27, nota al pie n. 28).

¹⁰³ BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 99), p. 321.

derechos o intereses que invoca. Este derecho viene a ser la contrapartida del hecho que el Estado asume monopólicamente el uso de la fuerza. Los individuos no pueden tutelar por sí mismos sus derechos e intereses. Solo el Estado puede dar esa tutela y por eso se hace indispensable en el orden constitucional asegurar a las personas, como contenido de un derecho, que podrán acceder a la tutela estatal.”

El académico utiliza la expresión derecho a la tutela judicial para referirse a este derecho fundamental de carácter procesal que estamos analizando. Dentro de esta noción incluye otros derechos que formarían parte de este metaderecho.¹⁰⁴ Uno de esos derechos es el de acceso a la justicia, respecto del cual el autor afirma lo siguiente:

“El derecho de acceso a la justicia comporta la exigencia de abrir la puerta de los tribunales a todo tipo de derecho o interés que pueda requerir de tutela estatal. Si el ordenamiento jurídico reconoce un derecho subjetivo o un interés legítimo, en definitiva cualquier posición jurídica de ventaja atribuible a una persona, el impedir que esos derechos o interés sean tutelados por el poder judicial, supondría la negación del derecho o del interés mismo. No cabe reconocer un derecho o interés y, luego, negarle el acceso al poder judicial a quien lo afirma”.¹⁰⁵

“Un punto interesante que señala Bordalí respecto al ejercicio de estos derechos es que no puede decirse que quien intenta reclamar por la observancia de intereses públicos o un mero interés legal, se encuentre efectivamente ejerciendo este derecho fundamental, es decir, excluye de la tutela de este derecho las acciones populares o públicas. Siguiendo el planteamiento anterior, se podría razonar que si se excluyen estas acciones, que suponen realmente el ejercicio de una acción, más complejo sería aún establecer que la intervención de un tercero, que no se identifica con ninguna de las partes y que representa un interés público (como es el caso del *amicus curiae* en la Ley N° 20.600), encuentre su fundamento en la tutela judicial o derecho de acceso a la justicia.”¹⁰⁶

La conclusión anterior es de toda lógica, por cuanto estimamos que la noción que se tiene sobre el derecho de acceso a la justicia gira en torno a las partes del proceso, al ejercicio de la acción y la tutela de derechos e intereses legítimos, es decir, una noción propia de un Estado Liberal, privatista e individualista, esto es, “indiferente a las distintas necesidades sociales. No era concebido como un derecho cuya realización, además de indispensable para la protección de todos los otros derechos, requiere la consideración de una serie de circunstancias sociales.”¹⁰⁷

No obstante lo anterior, está es una concepción anticuada que no responde a las necesidades de nuestra época por las razones que expondré a continuación, y que son de importancia para comprender cómo el *amicus curiae* puede entenderse como un instituto jurídico destinado a garantizar el acceso a la justicia.

Cuando las libertades públicas comenzaron a ser vistas como un privilegio de algunos o como privilegios burgueses, el Estado cambió su forma de comprender los derechos fundamentales y los dotó de una nueva dimensión, pensados como fundamentales para una

¹⁰⁴ BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 99), p. 330

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ MARTÍNEZ GÓMEZ, María, *El Amicus Curiae en la nueva jurisdicción ambiental*. Memoria de grado para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2014), p. 16.

¹⁰⁷ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n 50), p. 184.

organización justa e igualitaria, produciendo con ello la agregación de nuevo contenido al derecho de acción.¹⁰⁸

“Las constituciones del siglo XX buscaron integrar las libertades clásicas, inclusive las de naturaleza procesal, junto con los derechos sociales, permitiendo la concreta participación del ciudadano en la sociedad, mediante la realización del derecho de acción, que pasó a ser focalizado como derecho de acceso a la justicia.”¹⁰⁹ Este nuevo enfoque del derecho de acción, que pasó a ser derecho de acceso a la justicia, implica que esta institución ya no es indiferente a la realidad social”.¹¹⁰

Fueron los Estados Sociales los que se preocuparon de las circunstancias concretas, pues se entendió que solo una vez satisfechas ciertas necesidades básicas se estaba en condiciones de ejercer derechos materiales subjetivos y derechos civiles y políticos, y es en ese contexto, es decir, en el contexto del Estado Social, que los derechos fundamentales pasaron a ser vistos como derechos a las prestaciones.¹¹¹

Con esta nueva comprensión de los derechos, fueron clasificados como tales: i) las prestaciones sociales; ii) las prestaciones de protección y, por último; iii) las prestaciones destinadas a viabilizar la participación en el poder y en la organización social.¹¹² Para nuestro objetivo son útiles dos prestaciones, la prestación social y la prestación destinada a viabilizar la participación en el poder y en la organización social.

“El ejercicio de la acción configura en sí la participación, mientras el fin que con ella se busca, es decir, la tutela jurisdiccional, es la prestación constitutiva del derecho social.”¹¹³ Para que quede claro, en el Estado social son considerados derechos tanto las prestaciones sociales como las prestaciones de participación en el poder, y teniendo en cuenta esto, el derecho de acceso a la justicia puede explicarse bajo estas dos perspectivas, como prestación de participación, a través del aseguramiento a las personas de la acción, que permite principalmente al justiciable plantear el conflicto jurídico al juez o participar en la etapa probatoria; y como prestación social, que es la tutela judicial, y que no

¹⁰⁸ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n 50), p. 184.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 185.

¹¹⁰ “El más obvio obstáculo para un efectivo acceso a la justicia es el costo del proceso. Este problema se relaciona con las costas judiciales debidas a los órganos jurisdiccionales, con la erogación para la contratación de abogado y con aquellas necesarias para la producción de las pruebas. No hay duda que los obstáculos sociales para el acceso a la jurisdicción también alcanzan al demandado, pero es innegable que el derecho de acceso, cuando relacionado a la efectiva protección de los derechos, se vincula más nítidamente a la posición del actor y, de esta manera, al derecho de acción.” El otro obstáculo fue el de la demora procesal. Se trata de cuestionarse sobre la efectividad del proceso para tutelar el derecho material atendiendo las necesidades particulares del justiciable, lo que implica preguntarse sobre costo y la demora procesal. El problema se hace evidente cuando se tiene en cuenta que el actor pretende alterar el estatus en que se encuentra el demandado, quien se aprovecha ilegítimamente de un beneficio. Siendo así las cosas, mientras más nos demoremos en obtener una sentencia judicial, mayor tiempo deberá esperar el actor para restablecer el bien sobre el que buscó tutela, mientras que el demandado aprovecha la demora en su beneficio. Además, la demora puede ser vista como un costo, sobre todo respecto de quienes tienen menos recursos. Por último, existen ciertos bienes no patrimoniales, como los derechos de personalidad y el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, los cuales no pueden esperar el tiempo normal de la justicia, ya que se corre el riesgo de que la tutela de estos derechos se transformen en meras indemnizaciones (GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n 50), p. 185).

¹¹¹ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n 50), p. 190.

¹¹² *Ibidem*, p. 190.

¹¹³ *Ibidem*, p. 191.

necesariamente va a existir, pues dependerá de que se entiendan cumplidas las condiciones de admisibilidad de la acción.

La participación en los procesos judiciales se transforma en piedra de legitimación.¹¹⁴ La participación en el proceso no solo es importante para el titular de un derecho o interés individual, sino también para los titulares de intereses supraindividuales. Cuando se permite que organizaciones ejerzan, en representación de un grupo de personas, acciones colectivas, se acentúa la posibilidad de participación de los grupos en la defensa de los derechos supraindividuales, evidenciándose la fuerza de la participación popular delante de derechos fundamentales para una organización social más justa.¹¹⁵

Debe tenerse en cuenta, además, que la participación de los ciudadanos por medio de la acción en el poder jurisdiccional se encuentra vinculada con la legitimación activa, especialmente cuando se trata de derechos de connotación política, como acontece con los derechos colectivos. O sea, mientras más se ensancha la legitimidad para la proposición de acciones, más se intensifica la participación del ciudadano y de los grupos en el poder y la vida en sociedad.¹¹⁶

Y “ya que se habla de prestación de participación, cabe esclarecer que existe un gran número de procedimientos judiciales destinados a permitir la participación del ciudadano. No es que los conductos de participación, debidos por el Estado, se limiten a las acciones judiciales. La participación a través de estas, es solamente una forma de ello, ya que la democracia se funda o puede fundarse en el sistema representativo tradicional. La ciudadanía no se restringiría a las elecciones para los poderes legislativos y ejecutivos, exigiéndose una apertura para la participación en las discusiones de relieve social”¹¹⁷, discusiones que por supuesto, hoy se dan también en sede judicial.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento, se puede afirmar que el *amicus curiae* es un instrumento legal, entre tantos otros, creado por el legislador para permitir la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo cuando se discute en los tribunales cuestiones de importancia social. Bajo esta óptica, la idea de que el *amicus* es un instrumento que tiene por objeto asegurar el acceso a la justicia no parece descabellada.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que se trata de una forma de participación distinta al de las partes y la de los terceros. Es diferente a la de las partes ya que los *amici* no ejercen acción alguna; y es diferente a los terceros clásicos, por cuanto el *amicus* no adquiere ni un derecho en el proceso judicial en el que interviene, o sea, a modo de ejemplo, no puede presentar pruebas ni impugnar resoluciones judiciales.¹¹⁸

La diferencia de la participación se explica por los derechos e intereses en juego. Las partes y los terceros tienen derechos subjetivos o intereses directos en el juicio, mientras que los *amici* tienen un interés mediato en el asunto judicial, de modo que no resulta justificado establecer la misma intensidad de participación para ambos sujetos procesales.

¹¹⁴ Guilherme, Núñez y Pérez Ragoné señalan que el proceso requiere un procedimiento abierto a la participación. Pero aclaran que no se trata solo de la participación en el contradictorio, sino también precisa la publicidad y argumentación expicitada a través de la fundamentación. Solo esta forma es capaz de legitimar el proceso (*Ibidem*, p. 372).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 192.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 191.

¹¹⁸ De todas formas, el *amici curiae* pertenece al género de los terceros, y en ese sentido, se asemeja a los clásicos terceros por el hecho de que ambos no ejercen la acción.

El interés mediato permite al *amicus* tan solo presentar una opinión sobre los hechos o el derecho aplicable, mientras que los derechos e intereses subjetivos exigen el reconocimiento por parte del Estado de una acción y una efectiva tutela jurisdiccional.

La prohibición de la autotutela como fundamento del derecho de acceso a la justicia puede ser aplicado perfectamente para justificar la participación de *amicus curiae*, pues hoy en día, con la existencia de intereses supraindividuales, con los intereses difusos y colectivos, y aún más, con los derechos colectivos, la afectación de los bienes protegidos afectan a un mayor número de personas, siendo incluso a veces imposible determinar a las personas afectadas. Piénsese tan solo en el daño ambiental y el derecho de todas las personas a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

Debe recordarse, además, que cuando se ejercen derechos de connotación política, como sucedería con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, en su calidad de derecho colectivo, la participación de los ciudadanos está estrechamente vinculada con la legitimación activa. Así, mientras más amplia sea la legitimación, mayor será la participación de los ciudadanos en el poder y concretamente en la toma de decisiones de relieve social.

Por lo tanto, cuando se encuentran en juego bienes colectivos, sobre los cuales recaerá una decisión jurisdiccional que importa efectos relevantes para el sistema jurídico y la sociedad, la legitimación activa debe ser lo más amplia posible, tal como sucede en materia medioambiental.¹¹⁹

Con todo, el hecho de que sea un objetivo de los Estados modernos fomentar la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función jurisdiccional,¹²⁰ no significa que este fin pueda buscarse desproporcionadamente, sino que debe compatibilizarse con todo el sistema jurídico.

El legislador debe ser cuidadoso en el establecimiento de requisitos para el ejercicio de acciones, sobre todo cuando se trata de la tutela de bienes colectivos y difusos. Teniendo en cuenta la materia regulada y las circunstancias sociales, el legislador deberá decidir la legitimación activa adecuada para la situación que se norma, lo que implica, naturalmente, la negación del derecho de acción a ciertas personas que no se encuentran vinculadas de un modo tan estrecho con el objeto del proceso, aunque de todas formas se sientan ligadas al litigio.

Pero ello no implica que las puertas de la participación queden cerradas tras la legitimación. Al contrario, luego de la legitimación activa, es posible participar en el proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando una opinión con las consideraciones que merezca el caso, y sin que afecte el tiempo del proceso ni, en general, el derecho a un debido proceso.

Y es aquí donde aparece con mayor claridad la relación entre el *amicus curiae* y el acceso a la justicia. Como el legislador no puede ampliar indiscriminadamente la legitimación activa, necesariamente debe restringir la acción a un sector de la sociedad. Con todo, cuando se trata de la tutela de intereses supraindividuales y derechos colectivos, el legislador compensa la restricción de la participación (por medio de la acción) otorgando la posibilidad a terceros de participar en el proceso judicial como *amicus curiae* y, precisamente así, el instituto se muestra como una herramienta procesal dispuesta a

¹¹⁹ MUÑOZ, Sergio, *El acceso a la justicia ambiental*, en *Justicia Ambiental*, en *Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA* 6 (2014), p. 26.

¹²⁰ GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, cit. (n. 50), p. 390.

garantizar un efectivo acceso a la justicia en el marco de un Estado de Derecho moderno y democrático.

Como se han presentado las cosas, parece más apropiado comprender el derecho de acceso a la justicia según una concepción lata, que no restrinja su titularidad a la persona que se encuentra beneficiada por la legitimación activa, sino que la amplíe hacia otros sujetos, enfocándose más en la noción de participación que de acción.

El jurista Brañes Ballesteros, por ejemplo, propone la siguiente definición de acceso a la justicia en materia medio ambiental. El derecho de acceso a la justicia es “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”.¹²¹

De la definición destacamos que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia, cuestión que es coincidente con el establecimiento de acciones colectivas dispuestas para las entidades colectivas y con la posibilidad de participar en el proceso en calidad de *amicus curiae*. La clave, estimamos, es la comprensión del derecho de acceso a la justicia no solo como el derecho a obtener tutela judicial, sino también como un derecho de participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que exigiría, indudablemente, que todas las personas estén en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y ejercer su derecho.

Ahora bien, aunque la definición propuesta por Brañes se enmarque dentro del Derecho Medioambiental, es posible extraer su contenido y proponer su validez general para los sectores del ordenamiento jurídico donde se encuentre involucrado un interés supraindividual, ya que la exigencia de extensión del contenido del derecho no deriva solo del Derecho Medioambiental, sino también del derecho de acceso a la justicia mismo, en su dimensión participativa.

Lo anterior se afirma teniendo en cuenta las siguientes razones. Primero, la prohibición de la autotutela es el fundamento de la participación de terceros en todos los asuntos de interés público y no solo en los asuntos medioambientales, pues de este modo se evita la conflictividad social, lo que exige una amplia participación en el proceso. Segundo, existen buenas razones para comprender el derecho de acceso a la justicia según la concepción del Estado Social de Derecho, ya que este permite enfrentar problemas que no existían en el s. XVIII, como acontece con la existencia de intereses supraindividuales o el empoderamiento de la ciudadanía. Tercero, si bien el contenido esencial del derecho consiste en el ejercicio de una acción para la tutela de derechos e intereses legítimos, no es menos cierto que la periferia del derecho de acceso a la justicia puede ser comprendido como derecho a la participación de las personas en la función jurisdiccional. Por último, no debe dejar de considerarse el objetivo de las constituciones del s. XX, esto es, coordinar las libertades civiles con los derechos sociales, para así alcanzar la efectiva participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder y la vida en sociedad.

¹²¹ BRAÑES, R., *El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en Simposio judicial Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina* (26 al 28 de enero de 2000) Ciudad de México. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México, p. 40.

Capítulo 2. El *amicus curiae* en Chile

En el segundo capítulo de la memoria está destinado a tres tareas: en primer lugar, revisaremos el reconocimiento normativo del *amicus curiae* en nuestro derecho; en segundo lugar, analizaremos el reconocimiento del *amicus curiae* ambiental del art. 19 de la Ley N° 20.600 del año 2014 y, por último; presentaremos como una alternativa de reconocimiento general del *amicus curiae* las medidas para mejor resolver, lo que permitiría, en última instancia, en virtud del art. 159 del CPC, que puedan presentarse escritos de *amici* ante todos los tribunales de justicia.

I. RECONOCIMIENTO NORMATIVO

Hablamos de reconocimiento normativo porque, como veremos luego, el *amicus curiae* se encuentra reconocido en fuentes formales de distinta jerarquía. Así, es posible hablar de un reconocimiento constitucional, supralegal, legal y reglamentario.

Si indagamos sobre un posible fundamento constitucional, debemos partir señalando que este encuentra pleno respaldo en el derecho de acceso a la justicia, reconocido en el art. 19 N° 2 de la CPR, siempre que entendamos el derecho de acceso a la justicia como un derecho a la participación en la función jurisdiccional, no solo por medio de la acción, sino a través de otras formas como es el *amicus curiae*.¹²²

Además, el derecho de acceso a la justicia visto como medio de participación se encuentra vinculado con el sistema político democrático, pues la participación se constituye en criterio legitimador del poder estatal. De este modo, el art. 4° de nuestra Constitución apoya la participación del *amicus curiae* en los procesos judiciales. Recordemos que dicha disposición señala que “*Chile es una república democrática*”.

La doctrina constitucionalista en su oportunidad expresó que el *amicus curiae* era manifestación del derecho de petición, ya que la Constitución asegura a todas las personas “*el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*”. Para Nogueira, el ámbito de aplicación del derecho de petición, como derecho fundamental, incluye al Poder Jurisdiccional, y su ejercicio no se manifiesta solo a través del ejercicio de acciones y recursos.¹²³

Por otra parte, como usualmente son las personas jurídicas las que participan como *amicus curiae*, su participación encuentra fundamento en el art. 1° inc. 3° de la CPR, cuando dispone que: “*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*”¹²⁴

Ahora bien, más allá del verdadero fundamento constitucional o de la pertinencia de las disposiciones aquí citadas, sí sabemos que la figura no es inconstitucional. Ello queda suficientemente claro si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional efectuó un control de constitucional preventivo sobre la Ley N° 20.600, sin que haya presentado reparo de inconstitucionalidad alguno.¹²⁵

¹²² Vid. Cap. 1, III, 2. La representación de intereses y el acceso a la justicia.

¹²³ NOGUEIRA, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnía, 2008) t. II, p. 205.

¹²⁴ LIBERTADES PÚBLICAS, cit. (n. 4), p. 15.

¹²⁵ El Tribunal Constitucional chileno tuvo que emitir pronunciamiento en virtud de lo establecido en el art. 93 N° 1 de la CPR, que dispone: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1.- Ejercer el control de*

Este es un buen punto de partida, pues las disposiciones que mencionamos con anterioridad solo vienen a respaldar, a través de las distintas líneas argumentativas que se pueden seguir de ellas, la participación del *amicus curiae*.

De todas formas, no podemos agotar el tema en esta oportunidad. Avanzando en nuestra exposición, también existe un reconocimiento supralegal del *amicus curiae*, pues “existen tratados ratificados por Chile e instancias internacionales en donde nuestro país participa y que ya lo reconocían directa o indirectamente. Por ejemplo, el artículo 10.19 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de 2003, específicamente en el Capítulo de Inversiones, contempló la posibilidad que el tribunal arbitral competente para conocer acerca de una controversia entre el Estado receptor de inversión y el inversionista aceptara presentaciones de *amici curiae*, quienes pueden entregar su opinión sobre el asunto. Lo mismo puede decirse de la tramitación ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya indicada, a la cual Chile le reconoce jurisdicción para resolver en forma vinculante eventuales litigios en los cuales el Estado de Chile sea parte.”¹²⁶ Precisamente, en un caso bastante conocido en nuestro país, *Atala v. Estado de Chile*, se presentaron varios escritos de *amicus curiae*.¹²⁷

El reconocimiento en preceptos legales es más complejo, pues encontramos distintos tipos. Existe un reconocimiento expreso en el art. 19 de la Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales, pero también hay reconocimientos tácitos, esto es, la ley no utiliza expresiones como *amicus curiae*, amigo del tribunal o asistente oficioso.

La doctrina ha advertido al menos tres reconocimientos tácitos:¹²⁸ en primer lugar, en la Ley N° 20.045 que creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos, específicamente el art. 3° numeral 2; en segundo lugar, se señala que existe un reconocimiento en el DFL N° 1 del año 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 y, por último; se señala que las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores son *amicus curiae*, en virtud de lo establecido en la Ley N° 19.496, art. 8 letra e).

Esta última disposición señala que es, entre otras, función de las organizaciones para la defensa de los consumidores “*representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan.*”¹²⁹

Ante ello, debemos descartar de inmediato que este sea un reconocimiento de *amicus curiae*, pues realmente se trata del establecimiento de una acción colectiva, ya que se

constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;” (el destacado es nuestro).

¹²⁶ URRUTIA, Osvaldo, *El Amicus Curiae en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección de un interés público ambiental*, ahora, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (coords.), *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago, Thompson Reuters, 2015), pp. 186-187.

¹²⁷ “Entre las instituciones que presentaron sus informes se encuentran la Asociación por los Derechos Civiles, la Red Iberoamericana de Jueces, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), la Clínica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos, entre otros.” (LIBERTADES PÚBLICAS, *Informe sobre la procedencia del Amicus Curiae en causas seguidas ante tribunales chilenos*, cit. (n. 4), pp. 11-12).

¹²⁸ LIBERTADES PÚBLICAS, cit. (n. 4), pp. 15-17.

¹²⁹ Art. 8, letra e), Ley N° 19.496.

ejercen acciones y recursos¹³⁰. Por otra parte, por mucho que el *amicus curiae* represente intereses supraindividuales como los intereses colectivos y difusos, las organizaciones para la defensa de los consumidores lo hacen mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan, es decir, solo a través de esta vía.

Respecto al posible reconocimiento en el DFL N° 1 del año 2005, nosotros estimamos que efectivamente se trata de un reconocimiento tácito. “La regulación de la libre competencia en Chile señala en su artículo 31 que ante el ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 18 por parte del Tribunal de la Libre Competencia —entre las cuales se encuentra el derecho a conocer asuntos de carácter no contencioso a solicitud de quien tenga interés legítimo—, dicho Tribunal ‘podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes’ (numeral 5 del artículo 31 del D.F.L. N° 1 ya citado).”¹³¹

Como puede apreciarse, la literalidad del precepto legal es lo suficientemente amplia como para recoger al *amicus curiae*. Se trata, pues, de recibir antecedentes dentro de procesos judiciales donde está en juego un interés supraindividual, el correcto funcionamiento del mercado, siendo posible que estos antecedentes sean aportados por terceros, que vendrían a ser en definitiva *amicus curiae*.

Lamentablemente, la práctica no reconoce esta facultad de terceros. En la causa 03-11 caratulada *Fiscalía Nacional Económica y LAN Airlines S.A.* ante el Tribunal de la Libre Competencia, a propósito de la presentación de un tercero como *amicus* (en este caso, el Centro de Regulación y Libre Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) el tribunal rechazó la solicitud mediante resolución de fecha 8 de marzo de 2011 señalando: “No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico la calidad que se invoca, no ha lugar en los términos solicitados. Agréguese la presentación a sus antecedentes”.¹³²

Por último, se encuentra el INDH, una corporación autónoma de derecho público, al cual la ley le otorga como función “comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país.”¹³³

Como es obvio, el INDH puede comunicar a cualquier órgano del Estado, lo que incluye al Poder Jurisdiccional. Además, si el INDH decide comunicar información a los tribunales de justicia, este no estaría ejerciendo acción alguna, solo se limitaría a comunicar su opinión sobre la situación relativa a los derechos humanos. De este modo, es posible afirmar sin lugar a dudas que se trata de un *amicus curiae*.

Esta interpretación encuentra respaldo en la práctica judicial, pues el INDH ha participado en varios procedimientos judiciales bajo el título expreso de *amicus curiae*. Precisamente, a la fecha han presentado trece escritos en dicha calidad ante distintos tribunales de justicia, destacando las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en el contexto de las acciones de protección.¹³⁴

¹³⁰ Lit.: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena* (Santiago, LegalPublishing, 2014), 173 p.

¹³¹ URRUTIA, Osvaldo, cit. (n. 126), pp. 189-190.

¹³² *Ibidem*, p. 190, nota al pie. 15.

¹³³ Art. 3° N° 2 Ley N° 20.045.

¹³⁴ Así, a modo de ejemplo, en la causa rol 82.289-2015, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, cuando se discutió sobre el uso de globos aerostáticos de vigilancia en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea, por medio de la interposición de una acción de protección, o en la causa rol 98.360-2015 donde se discutió sobre el respeto y protección de los derechos a la verdad y a la memoria, a propósito de la construcción e instalación de un monumento en honor a tres profesores secuestrados en 1985, o la causa rol 11.299-2014,

Se trata, a mayor abundamiento, de un *amicus* institucional, es decir, un sujeto de derecho que es investido de la calidad de amigo del tribunal por la misma ley, haciendo referencia expresa a este. En otras palabras, no recurre a una fórmula genérica que permita la participación de otras personas. Esta no es una situación anómala, pues también se da en otros países, como Brasil y Argentina.¹³⁵

Finalmente, queremos destacar que el INDH, como *amicus curiae*, representa principalmente el interés estatal, ya que nuestra carta política expresa en su art. 5° inciso segundo, parte final, que “*es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”¹³⁶ De esta manera, el INDH puede colaborar con los tribunales de justicia presentándole su opinión en asuntos judiciales que tengan relación con los derechos humanos, lo que permite que los tribunales de justicia, como órganos del Estado, puedan respetar y promover los derechos humanos en los términos del artículo en comento en cada una de sus actuaciones, evitando incluso incurrir en responsabilidad patrimonial. Con todo, también es posible afirmar que la protección de los derechos humanos es una cuestión que interesa a la sociedad toda y, bajo ese aspecto, es un interés supraindividual el que se representa en el proceso.

También señalamos que existía un reconocimiento infralegal. Se trata de la Resolución 437 del año 2016 del Ministerio del Deporte que aprueba el reglamento que regula la realización de Controles de Dopaje y sus Anexos. En dicho reglamento se establece que cuando un deportista u otra persona rebata los métodos científicos y analíticos aprobados por la Agencia Mundial Antidopaje que hayan sido objeto de revisión externa y de consulta a la comunidad científica, en el contexto de la prueba del dopaje ante el Tribunal Administrativo del Deporte, la AMA podrá intervenir en calidad de *amicus curiae*.

Con todo, aún existe otra clase de reconocimiento, pero no es de la misma especie, pues se señala que aquí no hay regulación de por medio que permita la participación de *amicus curiae*. El profesor Urrutia afirmó que no es ajena “la figura del *amicus* en la práctica de la litigación constitucional en Chile. En varios casos hasta ahora ventilados ante el Tribunal Constitucional es posible identificar intervenciones de particulares que cumplen un rol equivalente, y en donde pese a no existir regulación específica, el Tribunal ha mostrado una posición flexible a la intervención de terceros en esta calidad o en alguna otra similar (a veces con escritos como ‘tégase presente’ o ‘fórmula observaciones’). Por ejemplo, en la causa rol N° 740-07 caratulada ‘Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las ‘Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad’, aprobadas por el decreto supremo N° 48, de

seguida ante la Corte Suprema, donde se presentó una opinión jurídica por parte del INDH sobre el deber de consulta previa a los pueblos indígenas establecido en el Convenio 169 de la OIT, entre otros.

¹³⁵ En el ordenamiento jurídico brasileño podemos mencionar a la Comisión de Valores Mobiliarios (art. 31 de la ley 6.385/1976), el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (arts. 57, 118 y 175 de la ley 9.279/1996), el Consejo Administrativo de Defensa Económica (art. 118 de la ley 12.529/2011) y la Orden de Abogados de Brasil (art. 49 de la ley 8.906/1994) (SCARPINELLA BUENO, cit. (n. 7), pp. 99-100). En el ordenamiento jurídico argentino el Ministerio de Relaciones Exteriores, de Culto y Comercio es un *amicus curiae* institucional, ya que pueden presentar su opinión como amigo del tribunal cada vez que se interponga una demanda en contra de un Estado soberano (BAZÁN, Víctor, *El Amicus Curiae y la utilidad de su intervención procesal*, cit. (n. 9), p. 685).

¹³⁶ Art. 5 inciso 2° CPR.

2007, del Ministerio de Salud' (más conocido como 'la píldora del día después'), hubo diversas intervenciones de terceros que comparecieron bajo diferentes calidades, algunos específicamente en calidad de *amici curiae* y otros simplemente como terceros o a través de informes. En cuanto a dicha procedencia, el Tribunal Constitucional resolvió siempre con los característicos 'téngase presente', 'agreguese a los autos' o 'a sus antecedentes'. En este caso, a fojas 53 de la sentencia de fecha 18 de abril de 2008 el Tribunal señaló que: 'Diversas personas y organizaciones representativas de distintos sectores del quehacer nacional han hecho presentaciones al Tribunal en apoyo o en contra del requerimiento deducido en estos autos. Sin otorgarles la calidad de partes legitimadas en este requerimiento, esta Magistratura decidió, sin embargo, agregar al expediente los antecedentes o, en su caso, tener presentes las argumentaciones hechas valer'. Sin embargo, es posible constatar que en términos prácticos el Tribunal Constitucional, en la mayoría de los casos, se limitó a reproducir en mayor o menor extensión los argumentos presentados por los terceros sin una mayor consideración de dichos argumentos."¹³⁷

Agrega el profesor que "otra causa interesante en este sentido es el rol N° 1723-CE-10, 'Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil', en donde con fecha 28 de septiembre de 2010 el Tribunal Constitucional decidió abrir un cuaderno especial, 'al que se agregarán las presentaciones que formulan las personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto que es objeto de este proceso constitucional, en las que se hagan valer observaciones o se acompañen antecedentes especializados sobre la misma materia' (numeral 1° de la parte resolutive). El fundamento del considerando Tercero es indicativo: 'Que esta Magistratura Constitucional estima que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso oír, también, a aquellas personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad determinadas en la presente resolución'. Diversas personas jurídicas comparecieron en el proceso, incluyendo a Libertades Públicas A.G., la que expresamente lo hizo en calidad de *amicus curiae*, incluso en forma oral."¹³⁸

No obstante lo anterior, al final de la memoria veremos que la idea de un reconocimiento informal debe ser desechada, ya que una correcta revisión de la actuación del Tribunal Constitucional permite afirmar todo lo contrario.

De este modo, hemos podido advertir que el reconocimiento normativo del *amicus curiae* es amplio, pues está se efectúa en normas jurídicas de distinta jerarquía normativa, siendo posible incluso argumentar sobre un posible fundamento constitucional de la figura. Una característica de especial relevancia es que el reconocimiento no es solo expreso, sino que también tácito. Así, hemos podido apreciar que existen al menos dos disposiciones legales que permiten sustentar la participación de *amici curiae* en procesos judiciales en virtud de un reconocimiento tácito. Con todo, junto a estos dos *amici*, existe en nuestro ordenamiento un *amicus curiae* ambiental en virtud de lo establecido en el art. 19 de la Ley N° 20.600. En el siguiente apartado revisaremos esta figura con mayor profundidad.

¹³⁷ URRUTIA, Osvaldo, cit. (n. 126), p. 188.

¹³⁸ *Ibíd.*

II. EL *AMICUS CURIAE* AMBIENTAL

El *amicus curiae* ambiental es un sujeto procesal que se introdujo expresamente en la jurisdicción contenciosa-administrativa ambiental el año 2012, constituyendo una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente, no han sido muchos los autores chilenos que se han referido a esta materia. Nosotros solo podemos efectuar algunos comentarios con perspectiva crítica.

“El proyecto original del [Poder] Ejecutivo que proponía crear los tribunales Ambientales no contenía mención alguna al *amicus curiae*. Se trata de una figura que se origina a propuesta del Senado en el primer trámite constitucional, tal como da cuenta el informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Medioambiente en dicha instancia”.¹³⁹

“A comienzos de la tramitación, e invitado a exponer ante dicha Comisión sobre la materia, el profesor Raúl Tavolarí explicó que: ‘lo que se trata es de permitir que ciertas personas versadas, que cuentan con conocimientos relevantes sobre temas específicos, puedan hacer llegar al tribunal su opinión. Esta tendría un carácter pbjectivo porque proviene de la ciencia o arte que se domina.’”¹⁴⁰

“En general los legisladores apreciaron la propuesta de reconocer al *amicus* como un mecanismo de asistencia al Tribunal y de herramienta de participación ciudadana, a través de canalizar dicha participación como una comparecencia en el proceso que aporte a la solución de un conflicto de carácter ambiental. No hubo mayores críticas ni a la idea de recoger la figura ni a la forma en cómo se propuso, salvo algunas muy acotadas y que apuntaron al origen extranjero de esta figura y al hecho que, puesto que no constituye opinión vinculante, nada obsta para que el Tribunal la pida como un informe de peritos. Como consecuencia –se argumentaba– las presentaciones de *amici* y su posterior consideración en la sentencia solo acarrearían más dilaciones en el proceso.”¹⁴¹

La disposición que nos ocupara en lo sucesivo es la siguiente:

“Artículo 19.- Amicus Curiae. El Tribunal dará a conocer la resolución que admite a tramitación la reclamación o la demanda por daño ambiental mediante la publicación de un aviso en su sitio electrónico. El aviso deberá incluir los datos necesarios para identificar la causa.

Dentro de los treinta días siguientes a la publicación de dicho aviso, cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias.

La opinión escrita deberá acompañarse de tantas copias como partes litigantes hubiere, y de los antecedentes que acrediten la idoneidad técnica y profesional de quien la emite.

La entrega de la opinión escrita no suspenderá ni alterará la tramitación del procedimiento, pero el tribunal deberá considerarla en la sentencia definitiva.

La presentación de la opinión escrita no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso”.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 193.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 193-194.

1. Comentarios críticos

Lo primero que debemos recordar es que la participación de los *amici curiae* en los procesos judiciales es una vía subsidiaria de la legitimación activa, tal como evidenciamos cuando tratamos la relación entre acceso a la justicia y *amicus curiae*. Con dicho antecedente de por medio, es necesario dilucidar el régimen de legitimación activa en la Ley N° 20.600, pues solo de esta manera podremos determinar a los sujetos excluidos de esta y que, por lo tanto, solo pueden gozar limitadamente de su derecho a participar en los procesos judiciales en calidad de *amicus*.

a) Legitimación activa en la Ley N° 20.600

“Estar legitimado supone encontrarse en una determinada relación jurídica con la materia de la acción contencioso-administrativa que se ejerce (acto jurídico o material), relación que se entiende como presupuesto para la procedencia de la acción. Así por ejemplo, contar con un interés directo o un derecho subjetivo afectado con el acto administrativo o con el hecho material de la Administración Pública, son elementos que pueden determinar que se cuente con legitimación activa.”¹⁴²

“El interés puede graduarse desde unos círculos más cercanos a la actuación jurídica o material, los que vienen dados por los derechos subjetivos que se ven afectados por aquélla, pasando por el interés legítimo que sobre ellos se pueda tener cuando se es afectado por la actuación, luego un simple interés o el interés que un ciudadano medio pudiese tener en la actuación, pasando por un interés difuso que podría tener una parte considerable de la ciudadanía, para llegar finalmente a los casos de acción popular, en que la acción puede ser ejercida por cualquier miembro de la sociedad, o cualquiera del pueblo, en los términos del Código Civil.”¹⁴³ “En el Derecho Administrativo chileno el problema de la legitimación activa no está resuelto y plantea matices dependiendo de la acción contencioso-administrativa que se ejerce.”¹⁴⁴

“Las acciones ante los Tribunales Ambientales (en adelante TTAA) pueden agruparse en dos grandes clases: de impugnación y de reparación. Las primeras se refieren al conocimiento y revisión de la legalidad de un acto administrativo o de una norma. En tal sentido, se trata de verdaderas acciones contencioso-administrativas de impugnación o de nulidad. Por su parte, las segundas se refieren al conocimiento de la acción de responsabilidad por el daño ambiental y tienen una naturaleza ambiental, pero no necesariamente se dirigirán en contra de un órgano de la Administración del Estado, al contrario, lo habitual será que ellas se ejerzan en contra de particulares que han causado un daño al medio ambiente o sus elementos.”¹⁴⁵

Al revisar cada una de las acciones contencioso-administrativas creadas por la Ley N° 20.600 es posible darse cuenta que se establecen distintas formas de legitimación activa, encontrando algunas más restrictivas que otras. A modo de ejemplo, la acción de impugnación de normas de ejecución de normas ambientales establece una acción popular

¹⁴² BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La legitimación activa en el contencioso ambiental*, ahora, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (coordinadores), *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 158.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 159.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

(art. 18 N° 6 Ley N° 20.600),¹⁴⁶ mientras que otras acciones, como la acción de impugnación de actos sancionatorios de la Superintendencia del Medio Ambiente o la acción de impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental negativa exigen ciertos requisitos para accionar, como ser directamente afectado (en el caso del art. 18 N° 3 Ley N° 20.600) o haber agotado la vía administrativa ejerciendo las reclamaciones que correspondan, lo que exige a su vez, tener la calidad de interesado en el procedimiento administrativo.¹⁴⁷

La acción de daño ambiental es una acción que exige daño o perjuicio para accionar, al menos cuando se trata de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Las municipalidades se encuentran legitimadas para accionar por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (Art. 54 LBMA, primera parte). Es necesario destacar que deducida la demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros (art. 54 LBMA, segunda parte).

Con lo dicho recién llegamos a la noción de terceros-parte, pues como hemos visto, el ámbito de acción del *amicus curiae* no puede determinarse mientras no se sepa quiénes pueden intervenir como partes, en el ejercicio de una acción, o actuar como terceros, en los términos del art. 23 del Código de Procedimiento Civil chileno.

En relación a la acción de daño ambiental, como vimos, los legitimados activos que no hayan ejercido la acción en comento pueden intervenir en el proceso judicial en calidad de terceros. Respecto a las municipalidades y el Estado se establece una presunción legal que sostiene que estos tienen interés actual en los términos del art. 23 del CPC.

Respecto a las acciones contencioso-administrativas, se establece en el inciso final del art. 18 de la Ley N° 20.600 que a los procedimientos judiciales establecidos en dicha ley les será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del CPC, incluyendo también la presunción legal a favor de las municipalidades y el Estado.

De esta forma, la regulación de la legitimación activa de la Ley N° 20.600 es compleja, estableciendo distintos requisitos de legitimación para cada clase de acción que se ejerza. Algunas son más restrictivas que otras, pero esta situación puede verse compensada con la aplicación del art. 23 del CPC.

Recordemos que dicha disposición establece que aquellas personas que sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvante de una de las partes. Agrega el texto normativo que se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos. Precisamente, los artículos 54 inciso primero LBMA y 18 inciso final LTTAA autorizan la intervención de las municipalidades y el Estado para actuar como terceros de un modo especial, presumiendo que tienen interés directo.

Con ello hemos completado el panorama sobre el régimen de legitimación activa en la Ley N° 20.600. Ahora estamos en condiciones de saber cuál es el espacio de participación de los *amici curiae*.

Cuando los tribunales ambientales conocen acciones que establecen una legitimación activa lata, el *amicus curiae* no se presenta como la mejor alternativa para canalizar la participación de los ciudadanos, por cuanto estos se inclinarían por convertirse en parte y

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 174

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 170.

así controlar el cauce del proceso. No obstante ello, una vez que una persona haya ejercido la acción correspondiente, quienes no lo haya hecho solo podrán intervenir como terceros según los términos del art. 23 del CPC, cuestión que exige interés directo. Y finalmente, quienes no cumplan con este requisito podrán actuar como *amicus*. Respecto de acciones que establecen ciertos requisitos para encontrarse legitimado, lo dicho vale y con mayor fuerza, es decir, es en esos casos donde el *amicus curiae* reviste mayor potencialidad de valor y utilidad en los procesos judiciales.

b) *¿Quién puede actuar como amicus curiae?*

Ya sabemos que el Estado y las municipalidades están excluidos para intervenir como *amicus curiae*, ya que estos tienen un régimen de participación privilegiado en la jurisdicción ambiental, dada la presunción de interés directo para participar como tercero.

El artículo 19 es el que reconoce la participación de *amicus curiae*. En lo pertinente, dicha disposición señala que cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* donde exprese su opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias.

Según el profesor Urrutía,¹⁴⁸ los requisitos para comparecer como *amicus curiae* bajo la regulación de la Ley N° 20.600 son los siguientes: i) no ser parte en el litigio; ii) contar con idoneidad técnica; iii) invocar la protección de un interés público; iv) acompañar su opinión fundada por escrito y con tantas copias como partes litigantes hubiere; v) debe contar con patrocinio de abogado y, finalmente; vi) debe comparecer dentro de los treinta días siguientes a la publicación del aviso a que se refiere el inciso primero del artículo 19.

Respecto al primer requisito, esto es, no ser parte en el litigio, debemos recordar que la disposición establece que “*cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso*”¹⁴⁹ puede presentar un escrito como *amicus curiae*.

Así, la disposición parece permitir una amplia legitimación para actuar en calidad de *amicus curiae*, pues pueden participar todas las personas naturales o jurídicas. Respecto a las personas jurídicas, la ley no limita su aplicación a personas jurídicas de derecho privado o público, de modo que es posible afirmar que pueden participar ambas clases. Aquí es donde debemos efectuar una precisión, pues como señalamos con anterioridad, el Estado y las municipalidades tienen una vía especial de participación en los conflictos jurídicos medioambientales, pues se presume interés directo para participar como tercero. Esto no obsta, en principio, la participación de otros órganos del Estado que cuenten con personalidad jurídica y patrimonio propio como *amicus curiae*, siempre que se cumplan con los demás requisitos que señala la ley.

Tampoco se efectúa algún distingo según la estructura legal de la persona jurídica, lo que permite concluir que podrían llegar a participar fundaciones o asociaciones, o sociedades civiles o comerciales.

Agrega la disposición que quien pretenda participar en dicha calidad no debe ser parte en el proceso.¹⁵⁰ Dentro de la noción de parte se deben comprender tanto a las partes directas como a las partes indirectas.

¹⁴⁸ URRUTIA, Osvaldo, cit. (n. 126), pp. 199-206.

¹⁴⁹ Art. 19 Ley N° 20.600.

¹⁵⁰ URRUTIA, Osvaldo, cit. (n. 126), p. 199.

Para el profesor Urrutia “el requisito no se agota con exigir al *amicus* que no debe ser parte en el proceso. Consecuencia de lo anterior es que se trata de un tercero, pero un tercero independiente. Una de las características esenciales del *amicus* es que persigue un interés diferente al de las partes: la protección de un interés público.”¹⁵¹

Continúa el profesor señalando que “por ello su imparcialidad como tercero es importante. Para perseguir o invocar un interés público, desde luego, no puede existir intersección directa con el interés privado ni tampoco con el interés de una de las partes, aun cuando este último –por ejemplo la Administración- pueda coincidir en algunos casos con el interés público.”¹⁵²

A favor de su argumentación trae a colación la causa rol N° 22-2014 ante el Segundo Tribunal Ambiental, donde se rechazó la comparecencia de un *amicus curiae* por presentarse fuera de plazo, agregando además que carece de la independencia necesaria para comparecer en tal calidad, haciendo mención a una relación contractual existente entre la persona que pretendía actuar como *amicus* y una de las partes.¹⁵³

Termina opinando que “la resolución del Tribunal es a todas luces acertada. Es un requisito legal de la comparecencia del *amicus* que no se trate de una de las partes en el proceso, pero el corolario natural de dicha exigencia es que tampoco debe tener relación con alguna de las partes. Una interpretación adecuada de la norma fuerza al Tribunal a asegurar que el *amicus* no tenga relación con las partes ni represente intereses a nombre de las partes: el amigo del tribunal lo es precisamente del tribunal y en tal calidad debe ser un tercero imparcial. En el caso en cuestión, los vínculos existentes entre quien se presentaba como *amicus* y una de las partes hacía a lo menos cuestionable la pretensión de defenderse un interés público, diferente al de las partes.”¹⁵⁴

Con todo, lo más interesante de la disposición es que se exige reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental, requisito que viene a limitar la amplia posibilidad de participación que parecía disponer el art. 19 de la Ley N° 20.600.¹⁵⁵

Así, ya no parece posible que todos los otros órganos de la administración del Estado, distintos del Estado mismo y las municipalidades, puedan participar en calidad de *amicus curiae*, ya que dichos órganos deben tener reconocida idoneidad técnica y profesional. Lo mismo puede decirse de las personas jurídicas de derecho privado. Con la incorporación de este requisito ya no parece posible que una sociedad comercial o una asociación gremial puedan participar como amigos del tribunal, pues acreditar la idoneidad técnica y profesional sobre la materia objeto del asunto debatido parece difícil.

Además, este requisito plantea ciertos problemas cuando se aplica a personas jurídicas, ya que no existen criterios objetivos o consensuados que permitan establecer dicha calidad sobre estas. Al respecto, luego veremos que existen ciertos criterios expresados por el Segundo Tribunal Ambiental que pueden aplicarse analógicamente para determinar cuando una persona jurídica puede ser calificada de idónea para participar en el proceso por su tecnicidad o profesionalidad.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 200.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibidem*, p. 201.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 202.

Otro problema que advirtió el profesor Urrutia en relación con este requisito es si el Tribunal debe realizar un análisis de mérito en este punto, previo a aceptar o tener por presentada la opinión del *amicus curiae*.¹⁵⁶

“Durante la tramitación del proyecto de ley en el primer trámite constitucional se sostuvo que la idoneidad técnica y profesional no constituiría un requisito de admisibilidad. Sin embargo, el texto definitivo no reconoce expresamente esta circunstancia ni hay referencia en tal sentido.”¹⁵⁷

En opinión del profesor Urrutia, “la reconocida idoneidad técnica y profesional debiera naturalmente constituir una barrera de entrada y un elemento que el Tribunal debe analizar y ponderar antes de tener por aceptada la presentación del *amicus* –como cuestión previa a considerar la opinión en la sentencia definitiva-, y debiera rechazar de plano aquellas que a su juicio no cumplan con este requisito.”¹⁵⁸

Es necesario hacer notar lo que a estas alturas es evidente, que el legislador optó por un *amicus curiae* que diera garantía de calidad argumentativa, exigiendo para ello expertos. Pero eso no es todo, pues debe tenerse presente que no basta solo la reconocida competencia, pues esta debe ser atingente al objeto del proceso, a lo debatido en el juicio.

Creemos que este último requisito es demasiado oneroso para la participación de *amicus curiae*. La posibilidad de participar en un proceso judicial donde se discuten y deciden problemas que tienen una relación directa con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación solo se reserva para los ilustrados y no solo eso, sino que solo para los ilustrados en el específico tema que se discuta. Esto, creemos, no es armónico con el carácter colectivo de este derecho fundamental que exige una amplia participación de todos los involucrados en la resolución del conflicto jurídico.

Hubiese sido preferible potenciar la función de representación de intereses en el *amicus* ambiental por sobre la función de ilustración, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la práctica, ya que los problemas de información que pueden afectar al Tribunal Ambiental pueden ser suplidos por peritajes o por los conocimientos que tiene el ministro científico. La participación, en cambio, no encuentra paliativo después del *amicus curiae*.

Además, una formula legislativa más amplia no hubiese excluido la posibilidad de que intervinieran *amicus* expertos, tan solo hubiese permitido la participación de otras entidades que tengan un interés supraindividual en el asunto, que lo legitime para participar en los procedimientos.

Ello podría significar que los procesos judiciales medioambientales no cumplan con los estándares adecuados de participación, lo que implique un cuestionamiento de la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales y, con ello, de la existencia misma del Tribunal Ambiental o de la institucionalidad ambiental de nuestro país.

Se podría pensar que esto es errado, ya que el *amicus curiae* debe invocar la protección de un interés público. Sin embargo, cabe preguntarse de qué manera una persona natural o una persona jurídica de derecho privado puede determinar el interés público para luego protegerlo.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

Además, debe advertirse que la ley no exige representatividad para la protección de esta clase de interés, como acontece en el ordenamiento jurídico brasileño, cuestión que permite cuestionar la pretendida protección del interés público.

La única forma útil de comprender el requisito dispuesto por el artículo 19 de alegar la protección de un interés público es entendiendo que el *amicus* no puede proteger un interés privado, esto es, un interés individual, como podría ser el de las partes, el de un tercero o el suyo propio. Esto es obvio, pues no parece correcto que el *amicus curiae* sea utilizado como instrumento de las partes para respaldar su posición con apariencia de neutralidad.

Aquí precisamente radica la crítica, pues el texto normativo pretende incorporar las dos funciones propias del *amicus curiae*, sin que lo logre. La función de representación de intereses supraindividuales queda completamente excluida, pues es materialmente imposible que expertos determinen legítimamente el interés público y puedan protegerlo, sobre todo por el hecho de no exigir representatividad a la persona. En este punto no concordamos con el profesor Urrutia, pues no creemos que la figura, como está redactada, esté destinada a potenciar la participación ciudadana, pues la participación ha quedado reservada para un grupo limitado de personas.

De todas formas, esta última opinión también fue expresada en la discusión parlamentaria. En efecto, se “subrayó el hecho de que la participación de amigos del tribunal en el ámbito de la justicia ambiental, permitiría fortalecer la participación ciudadana y la democracia. Coincidiendo con tal visión, la Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema Argentina sostiene que: ‘la participación de amigos del Tribunal en causas de relevancia, en las cuales se ventilen cuestiones de interés público, favorece la participación ciudadana en la administración de justicia’. Por su parte, Bazán, identifica los beneficios de la participación de amigos del tribunal en materia de democratización y transparencia de los debates judiciales, pues a su parecer el hecho de favorecer la participación de diversos actores en el debate de la controversia sometida a juicio, permite acercar al público a la discusión de fondo, la que en la mayoría de los casos le es ajena. El autor va aún más lejos al vincular la participación de los amigos del tribunal en juicio con la mayor legitimidad de los fallos emitidos por el poder judicial respecto de la comunidad. A su parecer, el hecho de admitir la participación de diversas ideas durante la tramitación de la controversia sometida al Juez de la causa, en litigios de especial sensibilidad social por el interés público que involucran, permite mejorar la razonabilidad de los fallos y con ello dar mayor legitimidad a la resolución que adopta el tribunal. Ahora, para lograr tales objetivos, el académico destaca la necesidad que tal opinión sea tomada en cuenta por el Juez.”¹⁵⁹

2. La jurisprudencia del Tribunal Ambiental

En los primeros años de existencia de los tribunales ambientales ya existen antecedentes jurisprudenciales que se refieren al *amicus curiae* y a otros aspectos relacionados como la legitimación activa. En esta sección expondremos algunas conclusiones sobre la participación de *amici curiae* y la actitud de los tribunales ambientales.

¹⁵⁹ MORAGA SARIEGO, Pilar, *Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados*, en *RDPUCV* 39 (2012) 1, p. 312. [Visible in internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200011>].

En primer lugar, es posible constatar que en la práctica, la actividad de los *amici curiae* coincide con la legislación, ya que este efectivamente ha presentado argumentos de carácter jurídico y científico en los asuntos en que ha intervenido. A modo de ejemplo, en la causa R-22-2014 caratulada *Fernando Dougna y otros con Ministerio del Medio Ambiente*, participó como *amicus curiae* un profesional bioquímico con doctorado en salud ambiental. En su informe, inclinándose sobre la reposición de la norma anual MP10, sostuvo que de acuerdo a evidencia internacional, la exposición a MP10 a largo plazo puede producir efectos en salud crónicos, los cuales pueden ser independientes de la exposición a MP 2,5, agregando que lo anterior demostraría los efectos concretos que tendría en la salud pública la derogación de la norma anual de MP10.

En segundo lugar, el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa por daño ambiental D-2-2013 efectúa consideraciones bastante interesantes a propósito de la legitimación colectiva en la Ley N° 20.600, las cuales pueden servir para determinar cuando una persona jurídica puede ser considerada experta o no. El Segundo Tribunal Ambiental efectúa una interpretación amplia de la legitimación activa en el daño ambiental, aceptando su ejercicio por parte de ONG.¹⁶⁰ Junto a ello, establece criterios normativos para decidir si una ONG puede actuar en calidad de parte. El primer criterio que expresa es de carácter estatutario, ya que para estar legitimado se requiere que los estatutos expresen como objeto social la defensa del medio ambiente, estableciendo expresamente que dicha defensa se hace por medio de acciones administrativas y judiciales.¹⁶¹ El segundo es un criterio de especialidad y exclusión, ya que si una ONG se dedica, por ejemplo, a la defensa de la flora y fauna silvestre, está no se encontrará legitimada para accionar en defensa de la flora y fauna marítima.¹⁶² El tercero es un criterio de carácter temporal, pues se puede requerir que la

¹⁶⁰ Decimosexto. Que, a juicio de este Tribunal, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 54 de la Ley N° 19.300 no excluye de su interpretación la posibilidad de considerar como legitimados activos a ciertas personas jurídicas, como las ONG. Si bien la Ley N° 19.300 –artículo 54 inciso primero, antes citado- entrega la acción a las personas naturales o jurídicas “que hayan sufrido el daño o perjuicio”, también legitima para perseguir la reparación del medio ambiente al Estado y a las municipalidades, como representantes de intereses colectivos difusos.

¹⁶¹ Vigésimo tercero. Que, como se adelantó, para dar por acreditado este tipo de legitimación deben verificarse ciertos requisitos, condiciones o criterios, de forma tal que no se convierta en una acción pública de facto o lleve a un eventual abuso de la acción de reparación de daño ambiental con objetivos distintos o más allá de los estrictamente ecológicos. Los criterios que se definen a continuación expresan, primeramente, que no cualquier ONG puede solicitar reparación del daño ambiental y, en segundo lugar, que será necesario allegar antecedentes al Tribunal que prueben las circunstancias requeridas para ser considerados legitimados activos. Además de acreditar su personalidad jurídica vigente, un requisito normativo adicional está dado por su objeto social, contenido en sus estatutos. Si dichos estatutos expresan el compromiso de la organización a la defensa del medio ambiente, comprendiendo expresamente dentro de esa defensa las acciones administrativas y judiciales que correspondan, será claro que la intención de los fundantes es, entre otras posibles consideraciones, perseguir la reparación del daño ambiental. Por el contrario, si de los estatutos se desprende, por ejemplo, que el fin de la organización, aunque ambiental, es de carácter puramente académico, difícilmente podría concedérsele a esa persona jurídica legitimación activa para ocurrir ante los tribunales ambientales solicitando reparación del daño ambiental, lo que no las deshabilitaría para actuar o concurrir como *Amicus Curiae*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 20.600.”

¹⁶² Vigésimo cuarto. Que, como parte del requisito anterior, es posible distinguir en función del ámbito de acción de la ONG de que se trate. De este modo, si la organización, por estatuto, se orienta a la defensa de los animales domésticos, su legitimación en principio debería circunscribirse a ese ámbito y no extenderse a otros que queden, por definición, fuera del alcance estatutario. Lo mismo si la ONG, por estatuto, se orienta a la defensa, incluida la legal, de la flora y fauna silvestre terrestre, y pretende tener legitimación activa en algún caso que involucre exclusivamente la flora y fauna marina.

ONG cuente con un lapso de existencia jurídica prudente, que permita asegurar cierta seriedad con el cumplimiento de su objeto social.¹⁶³ Por último, se expresan criterios de representatividad, de pluralidad y democratización.¹⁶⁴

Luego de expresar todos los criterios normativos mencionados, el tribunal expresa en el considerando trigésimo sexto que la legitimación activa de las ONG en las demandas por daño ambiental se deberán determinar caso a caso, según lo que establezcan sus estatutos sociales.¹⁶⁵ De este modo, es posible concluir que el criterio de mayor relevancia para el tribunal ambiental es el estatutario. No obstante ello, no parece errado estimar que el tribunal, dependiendo del caso concreto que se le presente, utilice otros de los criterios mencionados.

Creemos que los criterios utilizados por el tribunal son aplicables por analogía para determinar si una persona jurídica es experta o no.¹⁶⁶ En efecto, se deberá estar a lo que digan sus estatutos sociales, requiriendo que expresen como objeto social cuestiones como estudio, investigación y divulgación de información medioambiental y la promoción de su cuidado y protección. Este sería el requisito esencial para participar como *amicus curiae*, pero ello no obsta la utilización de los otros criterios normativos, pues es de toda lógica, *verbigratia*, que no es admisible que una persona jurídica sea creada con el solo objeto de presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en una determinada causa medioambiental, pues se prestaría para abusos. Otro criterio que deberían ocupar los tribunales ambientales es el criterio de especialidad y exclusión, pues el art. 19 expresamente señala que debe existir reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

En tercer lugar, hemos constatado que en ocasiones el *amicus curiae* no se ha ceñido a expresar argumentos relacionados con su profesión. Así ocurrió por ejemplo en la causa R-86-2015 caratulada *Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental*. En dicha ocasión se presentó como *amicus curiae* un académico de derecho medioambiental con publicaciones en la materia. Considerando también otros antecedentes, el tribunal dio por acreditada la idoneidad técnica y profesional, por lo que se tuvo por acompañado el escrito al expediente.

¹⁶³ Vigésimo quinto. Que una revisión del derecho comparado da cuenta que, adicionalmente a los requisitos normativos ya señalados, se han desarrollado otros criterios, recogidos por la ley y la jurisprudencia. Uno de ellos está dado por el tiempo de constitución. En algunos países no se exige tiempo alguno, mientras que en otros se ha exigido un determinado tiempo desde el registro o constitución de la organización, por lo general tres años. Este límite, en relación al tiempo, apunta a un grado de seriedad y compromiso en relación con la acción emprendida. Si la organización es creada con el sólo efecto de demandar un daño ya ocurrido, podría generarse un incentivo incorrecto. (...).

¹⁶⁴ Vigésimo quinto. (...). Adicionalmente, se ha establecido en algunas jurisdicciones que la asociación ciudadana debe tener una dimensión determinada en el sentido que cuente con un número mínimo de miembros y que la calidad de miembro esté abierta al público y que éstos puedan influir sobre la actividad de la organización.

¹⁶⁵ Trigésimo sexto. Que, por consiguiente, en base a los razonamientos expresados en las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que las asociaciones ciudadanas con personalidad jurídica, en particular las ONG, gozan de legitimación activa para demandar la reparación de un determinado daño ambiental, legitimación que deberá necesariamente evaluarse caso a caso en función del objeto social explicitado en sus estatutos.

¹⁶⁶ El Segundo Tribunal Ambiental efectúa consideraciones de aplicación analógica en este caso que hemos estado comentado, trayendo las normas de la Ley de Protección de los Consumidores a la jurisdicción medioambiental. Los considerandos trigésimo primero y segundo son ejemplificativos de esto.

El *amicus curiae* presentó algunos argumentos jurídicos, algunos referidos al derecho medioambiental y otros son de carácter más general. No obstante ello, no se limitó a presentar esa clase de argumentos, sino que también incluye argumentos de carácter práctico general, como cuando expresa que la construcción del famoso proyecto hotelero Punta Piqueros generaría congestión vehicular o cuando agrega que la congestión puede afectar la seguridad cuando hay marejadas o incluso un tsunami.

Lo anterior es bastante cuestionable, pues el art. 19 exige idoneidad técnica para participar como *amicus curiae*, excluyendo a todas las personas que no la posean. La idoneidad técnica y profesional se exige para asegurar que el *amicus* presente argumentos científicos. La presentación de argumentos prácticos generales deben ser excluidos, pues de lo contrario se efectuaría una discriminación arbitraria que no permite ejercer un derecho fundamental como es el derecho de acceso a la justicia en su dimensión participativa. De otro modo, será necesario efectuar una interpretación más lata de la expresión idoneidad técnica y profesional.

En cuarto lugar, es posible constatar que la consideración que efectúan los tribunales ambientales difiere según cada caso. En ocasiones se limita a expresar que se presentaron escritos de *amicus curiae*¹⁶⁷, mientras que en otras ocasiones se basan en argumentaciones presentadas por los *Amicus Curiae* para efectuar sus consideraciones.¹⁶⁸

Por último, destacaremos que en una ocasión pudimos constatar la relación de subsidiariedad que existe entre parte, tercero y *amicus curiae*. Se trata de la causa R-2-2014 caratulada *Superintendencia del Medioambiente con Carlos Montoya Villaroel*. Con fecha 31 de marzo de 2014, el Sr. Juan Pallares solicitó intervenir como tercero coadyuvante en el proceso de reclamación y en subsidio, como *amicus curiae*.¹⁶⁹

III. LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER COMO FUNDAMENTO NORMATIVO

Como expresamos con anterioridad, el INDH es un *amicus* institucional, es decir, un sujeto de derecho que la ley lo inviste en dicha calidad. En este caso, la ley chilena le permite participar como *amicus curiae* ante todos los tribunales de justicia, pues el tenor literal del precepto señala que podrá comunicar su opinión a todos los órganos del Estado.

Lo dicho anteriormente reviste importancia, ya que comprendemos la verdadera extensión de la figura en nuestro ordenamiento jurídico. Un *amicus curiae* podría participar ante un Juzgado de Letras en lo Civil o ante un Juzgado de Letras del Trabajo, pues el INDH podría estimar pertinente presentar un escrito en tal sentido.

En la práctica, como afirmamos con anterioridad, el INDH ha participado en calidad de amigo del tribunal ante Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Pero eso no es todo,

¹⁶⁷ Por ejemplo, ante el Tercer Tribunal Ambiental, las causas R-3-2014, caratulada Ilustre Municipalidad de San Fabian de Alico con Director Regional (subrogante) del Servicio de Evaluación Ambiental o la causa R-31-16 caratulada Paula Villegas Hernández con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Biobío.

¹⁶⁸ Así sucede, por ejemplo, ante el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa R-22-2014 caratulada Fernando Dougna y otros con Ministerio del Medio Ambiente o en la causa R-86-2015 caratulada Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

¹⁶⁹ El 31 de marzo de 2014, el Sr. Juan Pallarés solicita al Tribunal intervenir como tercero coadyuvante y, en subsidio, como *Amicus Curiae*, a lo cual el Tribunal a fojas 207 accede a su intervención como Tercero Coadyuvante.

pues también ha ejercido dicho papel ante Juzgados de Garantía e incluso ante un Juzgado de Letras en lo Civil.¹⁷⁰

Ahora bien, persiste la pregunta sobre si acaso otros sujetos de derecho pueden actuar como *amicus curiae* ante tribunales de justicia que no sean los tribunales ambientales -en virtud del art. 19 de la LTTAA- o el Tribunal Constitucional –pues en este caso la práctica ha refrendado que sí-.

Nosotros estimamos que sí, ya que una actuación de los tribunales de justicia en ese sentido puede fundarse normativamente en las medidas para mejor resolver. Esto ya se ha afirmado con anterioridad¹⁷¹ en relación con el art. 159 del CPC N° 1 que dispone:

“Artículo 159. Los tribunales, solo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes:

1ª. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes.”

Lo cierto es que la amplitud de la disposición permite recoger la institución del *amicus curiae*, ya que el juez puede mandar agregar escritos de terceros que se presenten en calidad de amigo del tribunal. De todas formas, se podría cuestionar la posibilidad de intervención de un *amicus curiae* ante tribunales ordinarios, como sería un Juzgado de Letras en lo Civil, estimando, por ejemplo, que dicha interpretación no se aviene con el espíritu del Código de Procedimiento Civil o que los procedimientos son de naturaleza privada.

Lo anterior debe ser desestimado, por cuanto nada impide efectuar una interpretación evolutiva de dicha disposición que permita legitimar la participación de *amicus curiae*, ya que al momento de dictar el Código, el legislador no tenía en mente ni se imaginaba la existencia de bienes jurídicos colectivos. No obstante ello, lo cierto es que hoy existen y los titulares de dichos intereses exigen participación en los procesos judiciales. A mayor abundamiento, hoy en día los juzgados civiles no conocen solo de cuestiones patrimoniales, sino también de cuestiones colectivas como acciones por discriminación, acciones de nulidad de derecho público o causas colectivas en el ámbito del derecho del consumidor.

De esta forma, en virtud de la supletoriedad del CPC la posibilidad de participar como *amicus curiae* se encuentra abierta para todos los sujetos de derecho y frente a todos los tribunales de justicia. Con todo, dicha posibilidad podrá concretarse siempre que el juez lo estime conveniente, pues esta participación requiere de una medida para mejor resolver en ese sentido.

Por otra parte, siempre el juez se encuentra facultado para establecer límites en la participación de *amicus curiae*, de forma tal de canalizar de mejor manera la participación y el debate. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional.

En la causa Rol N° 2.800-15-INC el Tribunal Constitucional estimó *“que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso oír, también, a aquellas personas naturales o jurídicas, agrupaciones o entidades que tengan algún interés vinculado con la resolución del presente proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad que se disponga, como se resolverá en este caso.”* Mientras que en la causa

¹⁷⁰ Causas Rol C-1389-13. Causa RIT 1152-13, 670-13.

¹⁷¹ URRUTIA, Osvaldo, cit. (n. 120), p. 190.

Rol N° 3729-17-CPT donde se discutió la constitucional del proyecto de ley que regula el aborto, el Tribunal estimó que “*Las instituciones y organizaciones que posean personalidad jurídica, representativa de los intereses involucrados en el asunto jurídico constitucional que debe resolver este tribunal, conforme al requerimiento que rola a fojas 1 y siguientes, podrán hacer observaciones o acompañar antecedentes o escritos relacionados con la misma materia.*”

A propósito del Tribunal Constitucional, cuando revisamos los expedientes de las causas donde habían participado amigos del tribunal, pudimos percatarnos que es errado afirmar que el Tribunal admite la presentación de *amicus curiae* sin regulación previa, pues cuando ha ordenado abrir un cuaderno especial para la recepción de escritos, funda su conducta en el art. 44 de la LOCTC, que establece, para una mejor resolución del asunto, medidas para mejor resolver.

Pero quizás lo más importante de esta conclusión, es que en los tribunales ambientales, junto al *amicus* experto del art. 19, se puede presentar un *amicus* que no lo sea en virtud de una medida para mejor resolver (arts. 29, 43 y 47 LTTA), en los términos que hemos expresado. Es decir, como una prerrogativa del tribunal que permite la participación de terceros, fijando en cada caso, los requisitos que estime convenientes para una mejor participación, requisitos que por supuesto, pueden obviar la profesionalidad y exigir representatividad, solucionando los problemas de participación y legitimidad de la jurisdicción ambiental que antes habíamos advertido.

Conclusiones

A modo de conclusión, podemos señalar que el *amicus curiae* es un sujeto procesal cuya naturaleza jurídica es la de un tercero. Su actividad en el proceso se limita a presentar una opinión de trascendencia para la resolución de un conflicto jurídico donde se discuten intereses supraindividuales. También hemos podido advertir que el instrumento legal se encuentra disponible para todos los sujetos de derecho y en ocasiones es la propia ley la que confiere esta calidad a una entidad, como ocurre en Chile con el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Con todo, tampoco es posible proponer una definición válida para todos los casos, pues este instrumento legal adquiere notas distintivas en cada ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, creemos que se han confirmado nuestra hipótesis de trabajo, pues el *amicus curiae* tiene dos funciones en el proceso judicial: por un lado, asesorar o ilustrar al juez en materias de hecho o de derecho y, por otro lado, representar intereses no defendidos por las partes. Ambas funciones pueden ubicarse en la historia del *amicus curiae*, pero no son solo eso, pues en la actualidad ejercen ambas funciones conjuntamente. La primera función adquiere una importancia vital cuando tenemos en cuenta que el derecho ha adquirido notas de complejidad nunca antes vistas, mientras que la segunda función adquiere importancia cuando se recurre a las ciencias para determinar racionalmente los hechos.

En este sentido, la contribución que hace el *amicus curiae* a la administración de justicia es notable, pues permite aumentar las posibilidades de obtener una decisión judicial correcta y garantizar de un modo más íntegro del derecho de acceso a la justicia.

Se aumentan las probabilidades de una decisión judicial correcta cuando los *amicus curiae* presentan argumentaciones jurídicas o científicas, o puntos de vista que el juez no ha tenido en cuenta. Así, ahora el tribunal deberá hacerse cargo de esos argumentos, aumentando la calidad del debate y el control de las aseveraciones vertidas en juicio.

El *amicus curiae* garantiza el acceso a la justicia, pues este instrumento es una vía subsidiaria de la legitimación activa para ejercer una acción, de modo que quien no cumpla con los requisitos de admisibilidad de la acción, pueda participar como *amicus*.

Esto demuestra que el *amicus curiae* es un instrumento legal moderno que se ajusta e integra en un sistema jurídico basado en la concepción de un Estado Constitucional Democrático de Derecho.

En el contexto chileno, hemos podido concluir que existe un amplio reconocimiento normativo de la figura. Este reconocimiento en ocasiones es expreso, como ocurre en la Ley N° 20.600, mientras que en ocasiones es tácito. Por otro lado, el reconocimiento se encuentra presente en fuentes formales de distinta jerarquía.

El *amicus curiae* ambiental es un *amicus* profesional, es decir, la ley chilena priorizó la función de asesoramiento o ilustración por sobre la función de representación de intereses, lo que puede afectar la legitimidad de la institucionalidad ambiental.

Con todo, y tal vez lo más importante, debido al fundamento constitucional de la figura, su valor y potencialidad dentro de un proceso judicial y la introducción expresa en nuestro ordenamiento jurídico, es que afirmamos que la figura puede tener un reconocimiento general, y puede ser utilizada ante todos los tribunales de justicia, pues cabría su participación si el juez así lo decreta como una medida para mejor resolver.

Esta salida alternativa permite superar el problema del *amicus curiae* ambiental, pues la representación de intereses quedó totalmente excluida. Así, los tribunales ambientales

podrían estar legitimados para escuchar a organizaciones ciudadanas que no sean expertas pero que quieran representar intereses legítimos de carácter supraindividual.

Bibliografía

I. DOCTRINA

1. ACKER, James R., *Social Science in Supreme Court Criminal Cases and Briefs: The Actual and Potential Contribution of Social Scientists as Amici Curiae*, en *Law and Human Behavior* 14 (1990) 1.
2. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno* en *Estudios constitucionales*, 14 (2016) 1. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>]
3. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)* en *Revista chilena de derecho* 33 (2006) 1. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100005>.]
4. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena* (Santiago, LegalPublishing, 2014).
5. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014).
6. ANGELL, Ernest, *The Amicus Curiae American Development of English Institutions*, en *The International and Comparative Law Quarterly* 16 (1967) 4.
7. ATRIA, Fernando, *El derecho y la contingencia de lo político*, en *Revista de Derecho y Humanidades* 11 (2005).
8. BAUCOM, I., "Amicus Curiae": *The Friend, the Enemy, and the Politics of Love*, en *PMLA*, 124 (2013) 5.
9. BAZÁN, Víctor, *¿De qué hablamos cuando hablamos de amicus curiae?*, en *Revista de Derecho Público* 71 (2009).
10. BAZÁN, Víctor, *Amicus Curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 9 (2003).
11. BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado, con particular énfasis en el derecho argentino*, en *Estudios Constitucionales* 1 (2003).
12. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *La legitimación activa en el contencioso ambiental*, ahora, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Bermúdez Soto, Jorge y Pinilla Rodríguez, Francisco (coordinadores), *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago, Thomson Reuters, 2015).
13. BORDALÍ, Andrés, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2011) 2. [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067>]

14. BOX-STEFFENSMEIR, J., CHRISTENSON, D., y HITT, M., *Quality Over Quantity: Amici Influence and Judicial Decision Making*, en *The American Political Science Review* 107 (2013) 3.
15. BRAÑES, R., *El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible en Simposio judicial Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina* (26 al 28 de enero de 2000) Ciudad de México. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México.
16. CALDEIRA, Gregory y WRIGHT, Jhon, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, en *The Journal of Politics* 52 (1990) 3
17. COLLINS, P., *Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs*, en *Political Research Quarterly*, 60 (2007) 1.
18. COVEY M, Frank Jr. *Amicus Curiae: Friend of the Court*, en *DePaul Law Review* 9 (1959) 1.
19. FERRARI, Ruth y GRAMÁTICA BOSCH, Gerard, *Algunas consideraciones en relación a la figura del querellante particular y al Amicus Curiae, ahora*, en *Delitos económicos: estudios actuales sobre problemáticas sustanciales y procesales* (Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011).
20. FRIEDMAN, Lawrence, *American Law* (Nueva York, editorial W. W. Norton, 1984).
21. GARCÍA PINO, Gonzalo, y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Estudios Constitucionales* 11 (2013) 2. [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>.]
22. GUILHERME Luiz, PÉREZ Álvaro, NÚÑEZ Raúl, *Fundamentos del Proceso Civil: hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile, 2010).
23. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (2ª edición, Santiago, Thompson Reuters, 2013), t. I.
24. HANSFORD, T., *Information Provision, Organizational Constraints, and the Decision to Submit an Amicus Curiae Brief in a U.S. Supreme Court Case*, en *Political Research Quarterly*, 57 (2004) 2.
25. HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, *La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del Amicus Curiae en el derecho brasileño*, en *Estudios constitucionales*, 8 (2010) 1. [visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100010>].
26. KOCHEVAR, Steven, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, en *The Yale Law Journal* 122, (2013) 6.
27. KRISLOV, Samuel, *The Amicus Curiae brief: from friendship to advocacy*, en *The Yale Law Journal* 72, (1963) 4.

28. MARTÍNEZ GÓMEZ, María, *El Amicus Curiae en la nueva jurisdicción ambiental*. Memoria de grado para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2014).
29. MENESES, Claudio, *Estudios sobre el proceso civil chileno*, (Santiago, ProLibros Ediciones Limitada, Valparaíso).
30. MORAGA SARIEGO, Pilar, *Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados*, en *RDPUCV* 39 (2012) 1. [Visible in internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200011>].
31. MUÑOZ, Sergio, *El acceso a la justicia ambiental*, en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA* 6 (2014).
32. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*, en *Estudios constitucionales*, 13 (2015) 2. [Visible in internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>]
33. NOGUEIRA, Humberto, *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Thompson Reuters, 2012), t. I.
34. NOGUEIRA, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnía, 2008) t. II.
35. QUIROGA LEÓN, Aníbal, *Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano* en *Ius et Praxis*, 11 (2005) 1. [Visible in internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100009>].
36. SAMPAIO, Patrícia y ARAÚJO, Thiago, *Visão do supervisor da Clínica CPDE - Amicus Curiae: Levando a eficiência a sério - O novo sistema de licitações brasileiro e a experiência de elaboração das petições de Amicus Curiae nas ADIs no 4645 e 4655 da Associação Brasileira de Direito e Economia*, en *Cadernos FGV Direito Rio - Série Clínicas. Educação e Direito* 2 (2013).
37. SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Amicus Curiae en el derecho procesal civil brasileño: una presentación*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 39 (2013).
38. SPRIGGS, James. F y WAHLBECK, Paul. J., *Amicus Curiae and the Role of Information at The Supreme Court*, en *Political Research Quarterly* 50 (1997) 2.
39. TARUFFO, Michele, *La aplicación de estándares científicos a la prueba social y forense*, ahora, en MERIÑO, Marcelo y NAVARRO, Roberto, *Reflexiones sobre derecho procesal* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016).
40. TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Bogotá, Editorial Temis S. A., 2006).
41. THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Amicus Curiae*, en *Harvard Law Review* 34 (1921) 7.

42. TRUJILLO, Julio Cesar, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013).
43. URRUTIA, Osvaldo, *El Amicus Curiae en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección de un interés público ambiental*, ahora, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (coords.), *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago, Thompson Reuters, 2015).
44. VERGARA BLANCO, Alejandro. (2015). *Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica en RDPUCV 44 (2015) 1*, p. 630. [Visible en internet: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100019>]

II. LEGISLACIÓN

1. Código de Procedimiento Civil brasileño
2. Código de Procedimiento Civil chileno
3. Constitución Política de la República de Chile
4. DFL N° 1 del año 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973
5. Ley N° 19.945 sobre protección de los consumidores
6. Ley N° 20.045 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos
7. Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales
8. Ley N° 9.868/1999 de Brasil
9. Resolución N° 437 del año del Ministerio del Deporte
10. Rule 37, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos

III. JURISPRUDENCIA

1. Sentencia 2° Tribunal Ambiental Causa R-2-2014
2. Sentencia 2° Tribunal Ambiental Causa R-86-2015
3. Sentencia 2° Tribunal Ambiental Causa R-22-2014
4. Sentencia 2° Tribunal Ambiental Causa D-2-2013.
5. Sentencia 3° Tribunal Ambiental Causa R-3-2014.
6. Sentencia 3° Tribunal Ambiental Causa R-31-2016.

IV. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

1. FERNÁNDEZ, Mariano, *Acceso a la justicia, democratización del proceso judicial, y propuestas para una regulación general del “Amicus Curiae” en Políticas Públicas*. Recomendación N° 17, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, (2005). [visible en internet: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/2087.pdf>]. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2017.

2. NAPOLI, Andres y VEZZULLA, Juan Martín, *El amicus curiae en las causas ambientales* (2007) [Visible en internet: <http://www.farn.org.ar/arch/E1%20Amicus%20Curiae%20Curiaeen%20las%20las%causas%Ambientales%20final.pdf>.],
3. LIBERTADES PÚBLICAS, Grupo de trabajo – Comisión *Amicus Curiae*, *Informe sobre la procedencia del amicus curiae en las causas seguidas ante tribunales chilenos* (2011). [visible en internet: https://www.google.com/search?q=libertades+publicas+amicus+curiae&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gfe_rd=cr&dcr=0&ei=qbEEWrCYM5emxgSHs7zYDQ#].