

**SECCIÓN DE DERECHO
AMBIENTAL**

PROPUESTAS DE DELITOS AMBIENTALES PARA CHILE: ¿QUÉ DELITOS? ¿DESDE QUÉ DIAGNÓSTICO?¹

Tomás Darricades²

Izaskun Linazasoro³

Resumen

A partir de las propuestas legislativas para establecer delitos ambientales en Chile, se critica el punto de partida de la discusión, caracterizada por una tendencia a la abstracción. Desde ahí, se sostiene que el mayor desafío en la tipificación de los delitos ambientales es permitir la conservación y fortalecimiento del sistema administrativo instalado, que persigue la corrección inmediata de la conducta desviada y la remediación de sus consecuencias, dejando para el régimen penal los casos que, por su gravedad y características, no puedan ser resueltos adecuadamente sin una amenaza de cárcel. Determinar cuáles son esos casos según la mejor información disponible es el primer paso para tipificar delitos ambientales, lo que parece no haberse hecho todavía.

1. Introducción

Desde el año 1994 Chile viene implementando una institucionalidad administrativa de complejidad y sofisticación crecientes, que busca gestionar el desafío de permitir el desarrollo industrial y el crecimiento económico haciéndose cargo de sus impactos en el medio ambiente. Para esa institucionalidad no se consideró el establecimiento de delitos, ni se estimó necesaria la amenaza de cárcel.

¹ Agradecemos a José Hernández Riera quien se dio el tiempo de comentar y corregir este trabajo. Si a pesar de sus valiosas observaciones los errores persisten, son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM University of California, Berkeley. Asociado Senior Grupo de Derecho y Litigios Ambientales, Carey y Cía. Su correo electrónico es: tdarricades@carey.cl.

³ Abogada, Universidad de Chile, estudiante Magíster en Derecho, Universidad de Chile, profesora de Derecho Administrativo, UCSH. Asociada Grupo de Derecho y Litigios Ambientales, Carey y Cía. Su correo electrónico es: ilinazasoro@carey.cl.

Aunque en Chile existen desde hace tiempo delitos que protegen el medio ambiente contra amenazas importantes y de comprobada ocurrencia, repartidos en el Código Penal⁴, el de Aguas⁵, en la Ley General de Pesca y Acuicultura⁶, en la Ley de Monumentos Nacionales⁷, entre otros cuerpos normativos⁸, se instaló entre nosotros la idea de que era necesario una legislación penal *propriadamente ambiental*⁹. El problema que veían los penalistas era doble: los delitos que existían no estaban *solamente* en el Código Penal (había que salir a buscarlos en muchas leyes distintas, cada una con su propia estructura y complejidad) y no parecían reconocer específicamente al medio ambiente como bien *jurídico protegido*¹⁰. Esa legislación *descodificada* parecía proteger los recursos naturales, el patrimonio y la salud, pero no el medio ambiente como tal. Todo eso era un gran lío para la *dogmática*.

De ahí que el año 2007 se comenzó a discutir el primer proyecto de ley¹¹ para el establecimiento de delitos ambientales *propriadamente* tales, que giraba en torno al llamado *delito de grave contaminación* o peligro de ella¹². Para entonces, los penalistas parecían intuir que sus preocupaciones sistemáticas no entusiasmarían a los legisladores, y enfocaron su diagnóstico en afirmar que el establecimiento de delitos ambientales venía exigido por el derecho internacional y por compromisos específicos adoptados por el Estado de Chile. El profesor Jean Pierre Matus, dedicado por años a escribir e investigar sobre estas

4 Art. 291 del Código Penal que establece el delito de propagación indebida de contaminante, entre otros.

5 Art. 280 del Código de Aguas que establece el delito por alteración del reparto de las aguas.

6 Art. 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura que establece el delito de contaminación de las aguas por hidrocarburos.

7 Art. 38 de la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales que establece el delito de daño a monumentos nacionales.

8 Como por ejemplo, el tráfico de residuos peligrosos establecido en el art. 44 de la Ley N° 20.920, los incendios forestales del art. 22 a 22 ter de la Ley de Bosques y art. 476 N° 3 del Código Penal, entre otros.

9 Matus et al. (2019) pag. 360. Los autores señalan “*el gran ausente: la inexistencia de delitos ambientales propriadamente tales*”.

10 *Ibidem*. Los autores fundan la necesidad de protección penal del medio ambiente como bien jurídico protegido en el art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República y en el reconocimiento internacional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de *contaminación*. Como se analizará más adelante, la contaminación pasa a ser un elemento central en los proyectos de ley, de forma tal que parecen olvidar una serie de circunstancias de grave afectación al medio ambiente, que escapan de la institucionalidad ambiental y que no necesariamente versan sobre un caso de contaminación *propriadamente* tal.

11 Boletín 5654-12

12 Matus et al. (2003), pag., 4.

materias, hizo al respecto un esfuerzo importante identificando una serie tratados o convenciones¹³ que recogerían algún tipo de obligación en ese sentido.

La iniciativa legislativa no prosperó. Aunque parece haber sido suficiente en otros casos¹⁴, esta vez no fue muy persuasiva la idea de que existiera una obligación internacional para establecer delitos ambientales. Vistos con escepticismo, la gran mayoría de los tratados internacionales establecen que los Estados partes tendrán la obligación de perseguir y sancionar determinado tipo de actuaciones, sin especificar si se trata de un régimen de sanción administrativo o penal¹⁵. Algunos otros mencionan que el Estado deberá promulgar las disposiciones legislativas *adecuadas* para prevenir y castigar¹⁶, dejando la determinación del régimen aplicable a cada una de las partes.

La mayoría de esos tratados o convenciones, además, eran anteriores a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, la cual –con su catálogo de principios y metas– marcó el inicio de una nueva etapa en materia de protección ambiental y que en Chile se vio plasmada con la promulgación de la Ley N° 19.300 Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”), que dos décadas más tarde se fortalecería con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia Del Medio Ambiente (“LOSMA”) y con la Ley No 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (“LTA”).

Por lo anterior, de acuerdo a la OCDE, en los últimos 10 años *“Chile logró avances considerables en lo atinente al fortalecimiento del marco de política y de las instituciones ambientales en sintonía con las recomendaciones de la primera evaluación del desempeño ambiental de 2005”*¹⁷.

13 A saber: (1) Protocolo al Tratado Antártico de 1991; (2) Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares de 1980; (3) Convención de Basilea 1989; (4) Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por Buques de 1978; (5) Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946; (6) Conferencia de las Partes de la Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora de 1973 y (7) Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, entre otros.

14 Esa fue, en efecto, la única razón que guió la discusión (o ausencia de ella) en el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica de la Ley No 20.393, uno de los requisitos para que el Estado de Chile ingresara a la OCDE.

15 Por ejemplo, el Tratado Antártico en su art. 13.1 señala que “cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas”. Por otra parte, la Convención sobre la Diversidad Biológica que obliga a cada Estado a establecer “la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas”.

16 Por ejemplo, el art. 9 de la Convención de Basilea.

17 OCDE (2016), pag. 17.

Es este desarrollo institucional, y el análisis de su impacto regulatorio, el que debe ser el primer objeto de evaluación para decidir qué conductas deberían incorporarse en una Ley sobre Delitos Ambientales en Chile.

Recientemente, en el Informe sobre Evaluación de Desempeño Ambiental para Chile, la OCDE señaló que *“a diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE, en Chile no se aplican sanciones penales por delitos ambientales”*¹⁸ y que se recomienda *“considerar la posibilidad de adoptar sanciones penales por delitos ambientales graves”*¹⁹. La afirmación admite matices, pero lo que importa destacar es el tono con el que se formula: es claro que introducir legislación penal propiamente ambiental no aparece como prioridad al evaluar el impacto de la legislación vigente. Por el contrario, la OCDE pone su énfasis en el fortalecimiento de la gobernanza ambiental actual, el cambio climático, la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.

En el escenario descrito, el desafío institucional al que se enfrenta cualquier propuesta de establecimiento de delitos ambientales es el de compatibilizar la existencia de un estándar administrativo regulado, cuyo principal fin es restablecer el escenario de cumplimiento y corregir la conducta desviada, con la protección penal que se quiera otorgar al medio ambiente *como tal*, de modo que entre los dos sistemas exista una relación de énfasis, de reforzamiento, y no de redundancia o superposición.

Si el objetivo final del establecimiento de una Ley sobre Delitos Ambientales es la implementación de un régimen penal útil y socialmente beneficiosa, el diagnóstico inicial que se realice, la forma de abordar el problema y una efectiva evaluación de impacto regulatorio, resultan pasos indispensables. El presente trabajo sugiere el punto de partida, revisando en primer lugar (i) los aspectos generales de los proyectos de ley presentados; para luego (ii) analizar los problemas en torno al enfoque actual y las propuestas existentes; para terminar con (iii) conclusiones y algunas alternativas para abordar el problema.

2. Aspectos generales de los proyectos de ley sobre delitos ambientales

2.1. El proyecto del Ejecutivo, sus fines y las tempranas críticas

El proyecto de ley presentado por el gobierno mediante Mensaje N° 339-366 planteó 3 objetivos generales. El primero era sancionar lo que identifica como

¹⁸ OCDE (2016), pag. 29

¹⁹ OCDE (2016), pag. 31

las “*principales hipótesis*” de daño ambiental, cuestión que parece positiva si no fuera porque, para alcanzar ese objetivo, el proyecto planteó una alternativa que está expuesta a objeciones *de entrada* en la construcción del tipo penal, que lo hacían parecer tempranamente inviable.

El delito de daño ambiental está regulado en el artículo 2 del proyecto. La conducta que se sanciona se describe como “*el que dolosamente [o culpablemente en el inciso segundo] causare*”, lo que por su amplitud improbablemente cumpla con el estándar de precisión de los tipos penales. Pero ese no es un problema especialmente difícil: bastaría una tipificación de conductas que distinga la forma de afectar al medio ambiente según el componente involucrado. La parte más difícil es la descripción típica de los efectos que debieran tomarse en cuenta para el delito de daño, y el proyecto se esfuerza por precisar en el artículo 4 qué debe entenderse por afectación significativa, lo que en el régimen administrativo se encuentra abierto y entregado al criterio de la Administración y los Tribunales. Pero a pesar del esfuerzo, parece difícil cuadrar el círculo y evitar superposición y redundancia, puesto que la descripción de los hechos constitutivos de afectación significativa que efectuó el proyecto tiende a coincidir con los criterios que se suelen tomar en cuenta en los procesos administrativos: calificar un daño de significativo, con lo que la distinción entre ambos regímenes queda difusa y la utilidad de la sanción penal en entredicho.

Para mantener la experiencia técnica de la Superintendencia y evitar decisiones contradictorias, el proyecto adopta, en su artículo 5, una opción que es algo extrema: delega el inicio de la persecución penal a la presentación de una querrela por parte del Superintendente, una vez que el daño ambiental haya sido declarado “por sentencia judicial firme”. La solución es extrema porque si de lo que se trataba era de mantener el “liderazgo técnico” de la Superintendencia, así como cierta unidad en el concepto de daño ambiental, la alternativa era que, en lugar de la querrela, el proceso pudiera iniciarse con una simple denuncia fundada del Superintendente, como ocurre con todos los delitos de acción pública previa instancia particular.

La opción de la querrela, en cambio, suponía un obstáculo demasiado severo para el acceso a la justicia ambiental: la protección penal llegaría con mucha tardanza, y estaría atada a la tramitación de un procedimiento judicial completo, de manera que entre la producción del daño y la activación del proceso penal bien podrían transcurrir muchos años. Así, el Ministerio Público entraría a investigar recién cuando la responsabilidad civil o administrativa

esté determinada, y eso puede ocurrir cuando ya toda diligencia investigativa propiamente policial sea inútil. Es posible que siempre lo sea para esta clase de conductas, pero, si era el caso, para qué molestarse con tener un delito de daño ambiental (o cualquier delito *propiamente ambiental*).

Por otro lado, tampoco parece que esta idea satisfaga las (mínimas) garantías de un debido proceso penal, pues todas las cuestiones atinentes al tipo y sus requisitos quedarían radicadas en el conocimiento de los Tribunales Ambientales, que se encuentran sujetos solamente a un estándar de preponderancia de la prueba, y no de los jueces de garantía o de un Tribunal Oral en lo Penal.

El segundo objetivo del proyecto consistía en “*potenciar el rol de la Superintendencia del Medio Ambiente en la persecución de determinados delitos, tomando en cuenta que es el órgano especializado en la materia*”, confiriéndole atribuciones para lograr la reparación del medio ambiente dañado. La propuesta tenía el valor de aprovechar la capacidad Administrativa instalada, pues la Superintendencia del Medio Ambiente tiene una experiencia que cabe fortalecer, en lugar de reemplazar con una nueva institucionalidad penal. Sin embargo, hubo también aquí algunas cuestiones en que la propuesta del gobierno resultaba problemática, y que tienen que ver con la legalidad y constitucionalidad de poner a disposición de la Superintendencia determinadas facultades intrusivas difícilmente compatibles con la Constitución, por interferir con competencias entregadas exclusivamente al Ministerio Público en la dirección de diligencias de investigación penal.

Por último, el proyecto planteó como tercer objetivo “*incorporar los delitos ambientales en la ley 20.393 (...) de modo de incentivar [su] prevención (...) mediante la elaboración de modelos de prevención*”. En esta parte el gobierno se sumó mansamente a la tendencia por agregar delitos al catálogo de la Ley No 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin detenerse mucho en sus implicancias prácticas.

Desde ya, someter a todas las empresas (salvo específicas excepciones) al deber de disponer de un sistema de *compliance* adicional al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para evitar el tipo de delitos que establece el proyecto, no tiene ningún sentido (distinto de abrir un nuevo mercado para abogados y consultores), pues implica desconocer la razón por la que existe el artículo 10 de la LBGMA: sólo algunas conductas o actividades importan un riesgo general de impactos significativos al medio ambiente. Exigir medidas de prevención para todos no tiene ninguna utilidad, y genera serias

presunciones de redundancia y superposición de recursos, considerando la plena vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), a cargo de la Administración, que es el que cabe fortalecer en estas materias.

2.2. La contrapropuesta de la Comisión de Medio Ambiente del Senado

Sin que el proyecto presentado por el gobierno pudiera concitar mínimo apoyo, el 13 de agosto del 2019 la Comisión de Medio Ambiente del Senado aprobó un nuevo texto con las indicaciones formuladas durante la discusión en general de los proyectos de ley, en primer trámite constitucional, que sancionan delitos contra el medio ambiente, refundiendo los Boletines N°s 5.654-12, 8.920-07, 9.367-12, 11.482-07, 12.121-12 y 12.398-12.

Se trata entonces, de un esfuerzo por compilar y armonizar los proyectos presentados a lo largo de más de 10 años, los cuales se originaron incluso antes de la existencia de la nueva institucionalidad ambiental. Esto ya puede causar escepticismo, pues cada uno de esos proyectos tiene objetivos distintos, presentados en momentos diferentes. En realidad, tienen solo una cosa en común: ninguno de ellos parte con un diagnóstico preciso sobre la realidad que se pretende regular.

El nuevo texto aprobado gira en torno a su artículo 1°, el cual establece un delito de contaminación en los siguientes términos:

“Artículo 1°: El que contamine gravemente el ambiente será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 100 a 5.000 unidades tributarias mensuales”.

Si el delito de contaminación fue causado con negligencia o imprudencia, se contempla la aplicación del grado inmediatamente inferior. Si, en cambio, el delito ha causado –además de la contaminación– un *grave daño ambiental*, se impondrán las penas corporales sin consideración del grado mínimo. El proyecto define lo que deberá entenderse como grave contaminación, señalando que esta se producirá cuando *“la emisión de una fuente regulada sobrepase en un cincuenta por ciento la cantidad máxima permitida para el contaminante respectivo por una norma de emisión, medido en el efluente de la fuente emisora”.*

Ningún especialista consultado entiende la racionalidad de esta regla y es realmente difícil saber cómo se llegó a ella, ni en qué estaba pensando la Comisión cuando la propuso. A las serias objeciones *dogmáticas* de un tipo así construido (que se articula sobre tres conceptos puramente valorativos),

interesa destacar aquí sus defectos más elementales, que sugieren que, en este caso como en general cuando hablamos de *delitos propiamente ambientales*, no sabemos bien qué estamos regulando ni por qué.

El límite de un 50% respecto de la cantidad máxima permitida para un contaminante por una norma de emisión parece no reconocer cómo están construidas esas normas: cada una regula un contaminante en particular, con sus particulares propiedades de peligrosidad y riesgo, fijando condiciones para su caracterización, y para la medición y cálculo de sus límites, que funcionan estableciendo niveles de emisión admisibles en relación con cada fuente contaminante²⁰, considerando promedios de cumplimiento que permiten excedencias en distintos escenarios. En efecto, se observa en las normas de emisión que ellas (i) designan ciertas fuentes emisoras según su caracterización técnica -como ocurre en la norma de emisión para termoeléctricas, donde se establece que están afectas aquellas calderas o turbinas con potencia térmica superior a 50 MW -, (ii) regulan uno o más contaminantes, indicando las técnicas generales de monitoreo -como ocurre en la norma de emisión de fundiciones, donde aplica monitoreo continuo para unos contaminantes, y monitoreo discreto para otros- y, (iii) lo más importante, regulan la evaluación de su cumplimiento, considerando porcentajes de cumplimiento, que admiten excedencias²¹.

Lo anterior es tan claro, que en general todas las fuentes emisoras estacionarias cumplen en Chile con sus estándares de emisión regulados, y los efectos en calidad de aire se deben, generalmente, a condiciones climáticas particulares. Una conocida excepción la encontramos en la Fundición Hernán Videla Lira de ENAMI, en Paipote, en que el Estado ha debido realizar cuantiosas inversiones para que las emisiones de una de sus empresas puedan cumplir con la norma del D.S. N° 28. Todavía más: el proyecto no distingue entre normas de emisión de procesos y de productos y, por tanto, deja fuera de la regulación penal las emisiones de fuentes móviles y domiciliarias cuando sus incumplimientos puedan ser imputados al fabricante, en circunstancias que se trata de las fuentes que más aportan, por mucho, a la contaminación atmosférica en la zona central y sur de Chile. Si esto es así, ¿de verdad en tales

20 Bermúdez (2015) pag. 227.

21 Como ocurre con la norma de emisión de Riles, cuando indica en su art. 6.4.2 que “no se considerarán sobrepasados los límites máximos establecidos en las tablas números 1, 2, 3, 4 y 5 del presente decreto: a) Si analizadas 10 o menos muestras mensuales, incluyendo los remuestreos, sólo una de ellas excede, en uno o más contaminantes, hasta en un 100% el límite máximo establecido en las referidas tablas-”.

casos le vamos a imponer cárcel a los responsables de fuentes emisoras que incumplan los límites que los rigen para corregir una saturación causada por otros agentes no sujetos a esa amenaza?

Además, la propuesta no se da por aludida en relación con las metodologías de medición y los problemas que pueden presentar para aplicar la regla, ya que “*existen múltiples formas de calcular un nivel de emisión, por ejemplo, a través del cálculo del consumo de insumos o de combustibles, asociado a nivel o cantidad de producto, o tiempo de uso*”²², y no solo la medición directa de la cantidad de contaminantes en el efluente²³. Sin embargo, el proyecto le traspasa este problema a la Superintendencia del Medio Ambiente, señalando que habrán de tomarse en cuenta sus protocolos, procedimientos y métodos de análisis y medición²⁴. Pero quizás la situación más compleja, y contraproducente desde una perspectiva ambiental, es que las normas de emisión diferencian entre fuentes nuevas y existentes, estableciendo para las primeras unos límites más estrictos que para las segundas, lo que implica que una superación del 50% del límite de emisión para una fuente existente, a pesar de ser potencialmente más perjudicial al medio ambiente, es mucho más laxa que la que recaería sobre una fuente nueva. En definitiva, el proyecto de delitos ambientales considera a todas las fuentes como si se fuesen homogéneas, fijando un límite estático, incompatible con sus características comentadas.

La idea de establecer un delito central de contaminación que tenga como referencia las normas de emisión, viene desde el Proyecto de Ley presentado el año 2007. Sin embargo, el diagnóstico que lo sostenía, fue realizado bajo un contexto muy diverso al actual, en que rige la Ley N° 20.417 que introdujo cambios e innovaciones en la protección ambiental, que el proyecto actual no puede dejar de lado, sobre todo en lo que respecta a la información disponible y experiencia adquirida.

Por otro lado, la definición de *grave daño ambiental* queda asociada a la definición de daño ambiental de la LGBMA²⁵, pero supeditada al cumplimiento de otros efectos: que sea de carácter irreversible; que ponga en riesgo la supervivencia de aquellas especies categorizadas; o que recaiga sobre una reserva

22 Bermúdez (2015) pag. 228.

23 En ese sentido, la norma de fundiciones acude a los balances de masa para el cálculo de emisiones másicas, no expresadas en concentración.

24 Art. 4° del Proyecto de Ley aprobado en general por la Comisión de Medio Ambiente.

25 El art. 2 letra e) de la Ley N° 19.300 define daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

de región virgen, parque nacional, monumento natural, reserva natural, parque marino o reserva marina. En definitiva, una eventual sanción por daño ambiental el proyecto de ley, necesita la concurrencia de al menos tres requisitos copulativos: (1) que se configure el delito de contaminación; (2) que se pruebe el daño ambiental y (3) que dicho daño sea irreversible o recaiga sobre alguna especie categorizada; o sobre algún área protegida.

No conocemos todavía de casos en que una fuente emisora, excediendo sus límites de emisión (en un 50%), haya dado lugar a un daño ambiental irreversible.

Pero incluso dejando eso de lado, ya la definición de daño ambiental a la luz de la LGBMA ha planteado una serie de debates en torno a su complejidad y ambigüedad: el daño ambiental puede presentarse en cualquier forma y debe ser significativo²⁶. En general, la amplitud y vaguedad de los conceptos, han generado discusiones sobre la extensión y significancia del daño, su (ir) reparabilidad y sus dificultades probatorias²⁷. Si a esto le sumamos el resto de los requisitos mencionados, el proyecto de ley, en esta materia, podría ser en definitiva letra muerta para el medio ambiente y no llegar a aplicarse jamás, y no justamente por exceso de virtud en sus destinatarios.

Por último, el proyecto contempla delitos que afectan el correcto funcionamiento del SEIA y del Sistema de Seguimiento y Fiscalización a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, sancionando la entrega de información falsa con presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 100 UTM, la obstrucción a fiscalizaciones de la SMA con pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 100 a 500 UTM y contemplando una agravante por elusión. La idea de establecer delitos de esta clase puede tener pocas objeciones en abstracto, pero lo que es incomprensible es que sean un espejo casi idéntico de infracciones administrativas que en la práctica pueden tener sanciones muchísimo más graves. En ese sentido, mantener un sistema penal de multas, con límite en 500 UTM, parece completamente desconcertante frente al hecho cierto de que la Administración puede cursar multas de hasta 10.000 UTA por conductas semejantes. ¿De verdad se necesita derecho penal aquí?

²⁶ Bermúdez (2015), pag. 401.

²⁷ Más en: Vidal (2007) pag. 139, Bermúdez (2015) pag. 399. La prueba del daño ambiental ha generado incluso seminarios en torno al tema. Recientemente se llevó a cabo el Seminario "Prueba y daño ambiental" en la Universidad Diego Portales, disponible en el siguiente link: <https://www.youtube.com/watch?v=5eZ0gnTBP9Q>

En suma, el proyecto de ley aprobado en general por la Comisión de Medio Ambiente del Senado, es un proyecto que pretende refundir aquellas propuestas que se originan el año 2007 y que –realizado el diagnóstico inicial- no parece considerar las complejidades que se han presentado a lo largo de estos años a raíz de la nueva institucionalidad ambiental. La carencia de un análisis previo que parta desde la información recopilada en la realidad del funcionamiento de esa institucionalidad, conlleva a que el actual proyecto gire en torno a un delito de contaminación basado en las normas de emisión (al igual que en el año 2007), sin tomar en cuenta antecedentes elementales, ni los verdaderos problemas que la institucionalidad ambiental no ha podido enfrentar a lo largo de estos años.

3. Aproximación a un diagnóstico para el punto de partida

3.1. La Superintendencia del Medio Ambiente

La eficacia del rol institucional de la Superintendencia del Medio Ambiente, como órgano encargado de ejercer el *enforcement* ambiental en Chile, debiera ser la primera cuestión que abordar al preguntarnos sobre la necesidad de establecer delitos ambientales en Chile. Una legislación penal ambiental que quiera ser útil debe partir revisando la experiencia acumulada de la Administración y los espacios que en la realidad han puesto en evidencia la necesidad de un reforzamiento penal, si es que existen.

Es en esa misma institucionalidad donde pueden hallarse evidencias sobre las conductas más recurrentes que representan problemas graves para el medio ambiente o la salud de las personas, y es ahí donde podemos tener una aproximación real sobre cómo esas conductas están siendo actualmente gestionadas y qué alternativas regulatorias pertinentes y necesarias existen. El uso de la sanción penal, en ese escenario, puede aparecer como una más de las alternativas disponibles, demandando una justificación para su elección preferente. Las herramientas tradicionales de la *dogmática* tienen poco que aportar en este ejercicio.

El centro de estudios Espacio Público elaboró un informe a fines del año 2017 en el que expuso algunos datos importantes para este diagnóstico. Por ejemplo, presentan un cuadro bastante claro sobre la distribución de las denuncias y el tipo de afectaciones que se presenta con más recurrencia y que mayores problemas parecen traer para la vida de las personas.

Esos datos muestran que entre 2013-2016 un 46,2% de las denuncias ingresadas a la Superintendencia lo fueron por ruidos molestos. Sólo un 10,7% se trata de denuncias por contaminación de aguas, un 8% por elusión al SEIA y un 4,6% por contaminación atmosférica, poniendo de manifiesto que *“los ruidos son una categoría interesante toda vez que se trata de situaciones cotidianas, recurrentes y masivas, de difícil control y que requieren de una detección in situ para ser constatados”*²⁸. Tales denuncias constituyen casi la mitad de las que se presentan ante la SMA, lo que tiene costos asociados relevantes, ya que para la fiscalización de esas conductas es necesaria su constatación y medición en terreno, mientras tienen lugar los hechos. El año 2018 –de acuerdo a la cuenta pública de la SMA-, los casos de ruido ascendieron a un 51% de las denuncias, manteniéndose como la forma de afectación al medio ambiente que más recurrentemente sufren las personas.

En lo que respecta a las obligaciones de reporte sobre catastros de emisiones contaminantes, los datos sugieren que existe un estándar de cumplimiento especialmente alto entre los sujetos obligados. Durante el 2019, el Ministerio del Medio Ambiente realizó una denuncia a la SMA por 7.494 casos de posible incumplimiento de envío de la Declaración Anual Jurada del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes, de las cuales solo 20 se transformaron en formulaciones de cargo y 7.000 en cartas de advertencia. Hasta ahora, no hay evidencia que sugiera que esas medidas administrativas han sido o vayan a ser insuficientes para asegurar el cumplimiento, ni que necesiten de una amenaza de cárcel para funcionar con mayor eficiencia.

En definitiva, los datos sugieren que la mayoría de las conductas fiscalizadas por la SMA según requerimientos de los propios afectados no tienen que ver con casos de *grave contaminación* ni de impactos significativos sobre componentes ambientales.

Esta constatación debe, sin embargo, ser matizada. Como señaló Rafael Asenjo Zegers –ex ministro del Tribunal Ambiental de Santiago- la SMA aboca su función fiscalizadora en perseguir especialmente la infracción de instrumentos ambientales y la ley no le otorga competencias específicas para la sola afectación de componentes²⁹. En palabras de Matus *“parecieran existir ámbitos en que la actividad sancionatoria de la administración no es aplicable, especialmente en proyectos o actividades anteriores al 03.04.1997 que no cuentan con RCA*

28 Espacio Público (2017) pag. 39

29 López (2019) pag. 312.

(o su aplicación no parece suficiente” y respecto de los cuales podría justificarse la intervención del Derecho Penal”³⁰.

Pero que ese sea el caso -competencias limitadas de la Administración para perseguir ciertas conductas-, nada dice sobre la necesidad de sancionarlas penalmente. Por el contrario, la mejor información disponible sugiere que justamente se necesita reforzar la institucionalidad ambiental, así como racionalizar el uso de su capacidad instalada. Actualmente, por ejemplo, los datos muestran que el Ministerio del Medio Ambiente cuenta con funcionarios dedicados a generar regulación ambiental que duplican en número a los que tiene la Superintendencia para implementar y fiscalizar esa regulación, lo que ha sido descrito por la literatura especializada como “*un evidente sinsentido*”³¹.

Por lo anterior, “*es necesario que se discuta seriamente el aumento considerable de los presupuestos del sector ambiental, así como la redistribución de los mismos internamente, pues casi el 55% del total está localizado en el MMA. Esto debe nacer como consecuencia del diagnóstico sobre las restricciones de personal de la SMA, pues, a pesar de usar las capacidades de detección de organismos sectoriales, existe una pobre capacidad de procesamiento —responsivo o no— de los incumplidores detectados*”³².

La alta cantidad de denuncias recibidas desborda la capacidad de reacción del organismo. Existe, una “*falta de respuesta institucional que cumpla con las expectativas ciudadanas en la resolución de sus problemas ambientales en términos de efectividad (que se gestione una solución) y oportunidad (que sea en un plazo razonable)*”³³, lo cual deriva en la necesidad de “*ampliar las competencias de la institucionalidad ambiental, extendiendo sus potestades hacia componentes ambientales, tales como agua, biodiversidad, usos de suelo, recursos agrícolas, pesqueros y forestales, entre otros*”³⁴.

El desarrollo institucional de la SMA en sus seis primeros años pone así de manifiesto que existe un problema de eficiencia en la gestión de las competencias con que cuenta la SMA. Tal discusión debe preceder -y servir de base para- comenzar a responder la pregunta sobre qué delitos ambientales establecer en Chile.

30 Matus (2019) pag. 374.

31 Hernández y Monckerberg (2018), pag. 72.

32 Hernández y Monckerberg (2018), pag. 85

33 Espacio Público (2017) pag. 77

34 Espacio Público (2017) pag. 77

3.2. El difícil problema del estándar de prueba para una legislación penal ambiental

La reforma a la institucionalidad ambiental del año 2010 -a pesar de regular la admisibilidad y la valoración de los medios de prueba³⁵- olvidó referirse de manera expresa al estándar de prueba aplicable en materia ambiental. Ni la LOSMA, ni la LTA establecen un estándar de prueba aplicable en materia sancionatoria ambiental. La normativa supletoria tampoco nos entrega respuestas, ya que la Ley N° 19.880 Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos no concreta ningún estándar que deba aplicar la Administración sobre la prueba valorada.

Clásicamente, la discusión ha estado dominada en torno a la llamada *naturaleza jurídica* del procedimiento administrativo sancionador. Dado que tanto la jurisprudencia como los autores han asimilado esa naturaleza a la del derecho penal, en la medida que *ambas sanciones son parte del mismo ius puniendi*, se llegó a plantear la posibilidad de aplicar en ambos regímenes el mismo estándar de “más allá de toda duda razonable”³⁶. Sin embargo, esta aproximación se encuentra hoy obsoleta, ampliamente superada por la práctica y jurisprudencia de los Tribunales Ambientales, que tempranamente advirtieron que aplicar un estándar de este tipo haría imposible de realizar los múltiples fines del derecho administrativo sancionador, enfocado sobre todo en la corrección de la conducta desviada.

En definitiva, las posturas actuales consideran estándares inferiores aplicables al procedimiento administrativo sancionador, ya sea el estándar de “prueba clara y convincente”³⁷ o de “preponderancia de la evidencia”³⁸. Pero además en ausencia de estándar probatorio, ha traído consigo otra importante consecuencia³⁹; los principios ambientales preventivo y precautorio han jugado un

35 Hunter (2015) pag. 650.

36 Bajo esta postura, el estándar de prueba sería aquel umbral de convicción “más allá de toda duda razonable” el cual “disminuye el riesgo de error al declarar probada una proposición, pues requerirá una prueba de mayor contundencia que la puramente preponderante; pero, a la vez, el riesgo de error al declarar ni probada una proposición fáctica es alto, pues si las pruebas disponibles corroboran esa proposición en mayor grado que a su negación o a las proposiciones incompatibles que hayan sido sostenidas en el proceso, el estándar requiere que si no se satisface el umbral más alto que él fija, la proposición en cuestión se tenga por no probada” Accatino (2011) pág. 487.

37 Isensee, Carlos (2018)

38 Letelier (2018)

39 Pues bien, la falta de una definición del estándar de prueba en derecho administrativo sancionador, puede provocar una serie de distorsiones. Lo anterior, porque el estándar de prueba juega un rol relevante y que tiene que ver con cómo como sociedad queremos distribuir riesgos. Como señala Accatino, la definición del estándar de prueba produce una “distribución diferenciada del riesgo de error entre las

importante rol a la hora de establecer lo que entenderemos por probado en materia ambiental. En consideración a estos principios y en pos del medio ambiente, se produce en los hechos una rebaja del estándar de prueba, permitiendo tener por probados hechos a partir de presunciones.

Aun así, como se observa en la práctica constante de la Administración y de los Tribunales Ambientales, superar un estándar de preponderancia de la evidencia o de prueba clara y convincente puede ser realmente difícil en un caso concreto, dadas las complejidades técnicas inherentes a las infracciones ambientales, que presentan desafíos sobre todo en la atribución de causalidad y en la caracterización precisa de la afectación de que se trate, lo que normalmente requiere apoyo técnico especializado.

Si esto es así, el establecimiento de delitos ambientales puede transformarse en una sofisticada pero inútil prosa en un papel: ni el Ministerio Público ni las Policías cuentan con personal más capacitado que el de la Superintendencia del Medio Ambiente para enfrentar esos problemas técnicos. Y si para esa institución es difícil gestionarlos con un estándar de preponderancia de evidencia, el resultado puede advertirse desastroso si Policías y Fiscales deben ahora hacer lo mismo, pero con un estándar de convicción “más allá de toda duda razonable”, frente a un juez penal.

Tómese en cuenta al respecto que dentro de los pocos delitos ambientales que contempla nuestra legislación actualmente, el universo de casos de los cuales el Ministerio Público ha logrado perseguir responsabilidades es muy limitado: se trata principalmente de delitos de contaminación de aguas comedidos por sanitarias o en sus instalaciones⁴⁰, en donde la prueba del daño es relativamente sencilla y la causalidad es relativamente obvia, pues de lo que se trata esencialmente es de medir determinados parámetros.

Pero la fiscalización de conductas que pueden afectar al medio ambiente no se trata exclusivamente de la medición de parámetros. Como el medio ambiente es un sistema global, constituido por diversos elementos que a su vez interactúan entre sí, de forma dinámica y compleja, las afectaciones que

partes de un proceso, pues al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo), pero aumenta correlativamente, por otro lado, el riesgo de que se yerre al declarar ni probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera o falso negativo)” Accatino (2011) pág. 487. Esta definición política en torno al estándar de prueba, debe ir acompañada de un razonamiento en torno a los fines del procedimiento de qué se trate.

40 Por ejemplo, el caso de contaminación del estero El Clavito, en Los Muermos y el caso de contaminación de las bóvedas de agua potable de Aguas Andinas en Las Condes y La Reina.

se produzcan en él son casi imposibles de probar con un estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. Se trata de problemas técnicos y probatorios que no pueden ser gestionados por el Ministerio Público y Policías de la misma forma en que se plantean los desafíos del Derecho Penal tradicional, y para los que se cuenta con una capacidad Administrativa instalada que vale la pena fortalecer, no relativizar con una institucionalidad penal paralela, sólo fuerte en apariencia.

3.4. La responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿para qué?

Los proyectos de ley en discusión están de acuerdo en una cosa fundamental: incorporar los *delitos ambientales* al catálogo de delitos que, de acuerdo con la Ley N° 20.393, pueden dar lugar a la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica.

En esto no hemos visto sino unanimidad entre los penalistas: nadie parece ver problema alguno, mientras quienes se dedican al Derecho Ambiental se suelen encoger de hombros. Parece que entre los penalistas hay razones muy importantes (no bien explicitadas) para que exista algo que podamos llamar “responsabilidad penal de la empresa”, incluso a pesar de que el derecho administrativo sancionador sea cualitativamente idéntico en su catálogo de sanciones al de esa legislación penal especial.

Con la incorporación de la responsabilidad penal de la empresa los regímenes administrativo y penal estarían regulando a un mismo tipo de sujeto, para un mismo tipo de conducta y con un mismo tipo de sanción. No se entiende la necesidad de algo así. La pregunta sobre la pertinencia de la regulación penal se tensiona así al extremo con la introducción de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos *propriadamente ambientales*.

Lo anterior se hace evidente cuando se advierte el efecto práctico que busca la regulación penal de la persona jurídica, que consiste en imponer el deber de establecer programas de *compliance ambiental* para todas las empresas. Se trata de un requisito de improbable relevancia para la mayoría de ellas y parece innecesario y costoso que todas deban tener programas para evitar el *daño ambiental*. Nuevamente, parece preferible fortalecer el SEIA y los proyectos que deben evaluarse en él, como herramienta preventiva ambiental preferente para evitar daños ambientales. Bien puede plantearse en este sentido la necesidad de identificar tipos de actividades que, sin estar enlistadas en el artículo 10 de la Ley 19.300, cuenten con ese potencial y deban presentar modelos de prevención, dejando en el SEIA la determinación de su contenido.

En definitiva, que todas las empresas estén obligadas a que una consultora les elabore un programa de *compliance* parece una cuestión meramente formal y un poco superflua.

Por último, la responsabilidad de la empresa puede terminar ayudando a que la sanción penal sea menos disuasiva de lo que podría ser: las sanciones que contempla la Ley 20.393 no son sustantivamente distintas de las consecuencias que puede imponer la Administración y, en ese sentido, no es claro que ayuden a reforzar el sistema. Como alternativa, parece preferible contar con una regla de responsabilidad personal de directores y gerentes, que sea un verdadero incentivo para una actuación responsable al interior de la empresa, pero no es ese el camino que han seguido los proyectos en discusión.

3.5. Elusión calificada.

Al proyecto de ley del gobierno le faltaba una norma que castigue los casos de elusión calificada, la que fue incorporada en la versión de la Comisión del Senado, aunque con una descripción todavía muy general, casi idéntica a su espejo administrativo.

La elusión al SEIA que no cumpla con ciertos requisitos mínimos de gravedad es preferible que se mantenga exclusivamente en el régimen administrativo, que cuenta con más herramientas para obtener un pronto cumplimiento en los casos en que eso es posible. Pero los casos más graves, que generan un efecto constatable y grave y que además van acompañadas de clandestinidad o contumacia han develado la insuficiencia de las herramientas administrativas, justificando la necesidad de una amenaza penal. En específico, ¿cuáles son esos casos?

En primer lugar, aquellos en que no sea posible reconocer a un agente con interés en participar de una actividad regulada. Es el caso de las elusiones al sistema de evaluación de impacto ambiental cuando implican la ejecución de actividades que afecten gravemente a la salud de las personas o al medio ambiente, en inobservancia de las órdenes expresas de la autoridad. Aquí el Derecho Penal aparece con un claro deber de refuerzo del sistema ambiental, pero para aquellos casos en que éste es ya completamente inútil para lidiar con la desobediencia, precisamente porque el infractor no tiene interés alguno en comportarse como un “regulado”.

Resulta imposible no hacer referencia en este sentido al caso de Minera Española, o Minera Esparta. Se trataba de una explotación minera ilegal que se desarrollaba en un sitio prioritario para la conservación de la comuna de

Maipú, por parte de una persona que desobedeció prácticamente todas las órdenes de paralización que se le dirigieron, que realizaba su actividad eludiendo los controles de la autoridad y afectando de manera grave componentes determinados del medio ambiente. Aquí fue muy evidente que los medios y fines del Derecho Administrativo resultaban insuficientes para enfrentar el problema. Se necesitaba de policías, de fiscales, de cárcel.

Para notar por qué este caso es tan particular, y cómo puede ser tomado como punto de partida para describir al destinatario de una eventual regulación penal, se debe tomar en cuenta que el proceso administrativo sancionador en materia ambiental se dirige principalmente a sujetos determinados, que ocupan el lugar de “regulados” en sus relaciones con la autoridad administrativa, pues participan de una actividad económica sometida a su control y fiscalización, y justamente por tener interés en ella, tienen también interés en seguir siendo considerados como “regulados” para efectos de esa actividad.

La sanción administrativa busca restablecer el escenario de cumplimiento, corregir y reencausar la conducta desviada y disuadir al resto de potenciales infractores, para que esa actividad económica pueda seguir desarrollándose en términos adecuados y seguros. La mirada de la sanción administrativa, de ese modo, está puesta en el futuro. Como este es el fin, la herramienta usada debe ser eficiente, en términos de obtener con la mayor rapidez posible el restablecimiento del estándar quebrantado. En cambio, el derecho penal tiene su vista fija en el pasado, en la conducta grave que merece la mayor respuesta sancionatoria del Estado, porque su gravedad y características impiden gestionarla de otra forma. Identificar ese grupo de casos a partir de la información disponible, debiera ser el punto de partida en la tipificación de un delito de elusión calificada al SEIA.

Conclusiones: Más derecho administrativo, menos derecho penal

En la Evaluación de Desempeño Ambiental, la OCDE le señaló a Chile que es necesario “establecer diferencias claras entre las infracciones pasibles de sanciones administrativas y aquellas punibles mediante sanciones penales”⁴¹. Para ello, el análisis y diagnóstico previo que se realice –de los resultados y evaluaciones de la nueva institucional ambiental y de los delitos que es necesario perseguir en el sistema penal- resulta fundamental, ya que “el derecho penal del medio

⁴¹ OCDE (2016) pag. 122

*ambiente debe atender a las normas y actuaciones de la administración pública*⁴², como punto de partida fundamental.

Existe una gran cantidad de razones que explican el estado de la cuestión ambiental en Chile, que los proyectos de ley comentados parecen dejar de lado en su intento de justificar la necesidad de una legislación penal: nos enfrentamos a la descoordinación de los organismos ambientales y sectoriales con competencia ambiental, a falta de recursos y personal de la Superintendencia del Medio Ambiente, al crecimiento demográfico y al problema de la planificación territorial, la pobreza y desigualdad social, el acceso a la justicia ambiental, los patrones de consumo, etc., lo que sugiere la necesidad de abordar el problema con una mirada sistemática, que optimice la institucionalidad existente, en lugar de crear una nueva institucionalidad paralela de improbable utilidad.

Bibliografía

- ACCATINO, Daniela (2011) “*Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2011) [pp. 483-511].
- BASURTO, Santillana (2000) “Delitos Ambientales”, Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
- BERMÚDEZ, Jorge (2015) “Fundamentos de Derecho Ambiental”, 2da Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Espacio Público (2017) “Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la *justicia ambiental en Chile*”, Informe de Políticas Públicas N° 13.
- Hernández, José A. y Juan C. Monckeberg (2018) “(In)sinceridad regulatoria: (des)considerando los costos de hacer cumplir la regulación ambiental”, Estudios Públicos 152 (Primavera 2018) 47-89.
- HUNTER, Iván (2015) “La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de los tribunales ambientales”. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°2 pp. 649-669 [2015].
- ISENSEE Rimasa, Carlos (2018) “Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil”, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.
- LETELIER, Raúl (2018) “El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio de las sanciones administrativas”, Revista de Derecho, Vol. XXXI-N°1- Junio 2018.

42 Basurto (2000), pag. 2

- LOPEZ, Carlos (2019) “La eficacia de las sanciones administrativas de la Superintendencia del Medio Ambiente”. En: Matus, Jean Pierre (Dir.) (2019) *“Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y Política Criminal”* Ed. Tirant Lo Blanch.
- MATUS, Jean Pierre, Marcos Orellana, Marcelo Castillo y María Cecilia Ramírez (2003) *“Análisis dogmático del Derecho Penal Ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile”*. Revista Ius et Praxis v.9, n.2 Talca, Chile.
- MATUS, Jean Pierre, María Cecilia Ramírez y Marcelo Castillo “Acercas de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”. En: Matus, Jean Pierre (Dir.) (2019) *“Derecho Penal del Medio Ambiente chileno. Parte Especial y Política Criminal”* Ed. Tirant Lo Blanch.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2016) *“Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016”*.
- VIDAL, Álvaro (2007) *“Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300”*, Revista de Derecho PUCV.

“ZONAS DE SACRIFICIO” Y JUSTICIA AMBIENTAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 5.888-2019

Alejandra Donoso Cáceres¹

Resumen

El 28 de mayo del año en curso, la Corte Suprema dictó sentencia definitiva en el caso de las acciones de protección presentadas a propósito del más reciente evento de envenenamientos masivos en la denominada “zona de sacrificio” de Quintero y Puchuncaví, ocurrido durante los meses de agosto y septiembre de 2018. Esta nueva vuelta a la espiral del conflicto da cuenta de una situación descontrolada de vulneración de derechos humanos y fundamentales, y constituye una muestra elocuente del riesgo permanente al que se encuentra expuesta la población que habita este territorio, así como de la necesidad de abordar el conflicto desde su estructura. En este escenario, la denominación “zona de sacrificio” es elocuente de la situación de injusticia ambiental a que se encuentra sometida la población que habita el territorio, así como de la vulneración de sus derechos a la vida, salud y medio ambiente sano, que es abordada por la Corte Suprema en una sentencia estructural que, además, desarrolla el concepto “desarrollo sustentable” y acude a la aplicación de los principios preventivo, precautorio y de justicia ambiental para definir estándares mínimos para el resguardo de los derechos de las personas, exigibles a la Administración del Estado, mediante una intervención débil, respetuosa de la separación de poderes y de la función conservadora de los tribunales superiores, que constituye un nuevo trato para las “zonas de sacrificio” y un hito jurisprudencial en el Derecho Ambiental chileno.

¹ Abogada Universidad de Chile. Máster en DDHH Universidad de Alcalá. Profesora Clínica de Justicia Ambiental Universidad Diego Portales. alejandra.donoso@mail.udp.cl. Quiero agradecer a Roxana Núñez y Cristóbal Correa por su colaboración en la elaboración del presente trabajo.

1. Introducción

La existencia de lugares que han sido públicamente denominados “zonas de sacrificio”² da cuenta de una situación de injusticia ambiental³ de la cual no se ha hecho cargo el Estado, a pesar de su mandato constitucional de “estar al servicio de la persona humana”, “promover el bien común” y “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece”⁴.

El año 2014, el Instituto Nacional de los Derechos Humanos (INDH) reconocía en su Informe Anual⁵ la existencia de al menos 5 “zonas de sacrificio” en el país. Hoy, el mapa de conflictos socioambientales⁶ muestra una cifra mucho mayor.

Lo anterior es parte del contexto en que se desenvuelven los conflictos socioambientales más agudos, como es el caso de las “zonas de sacrificio”, dentro de los cuales el caso de la bahía de Puchuncaví y Quintero aparece como uno paradigmático, característico tanto por su antigüedad como por su complejidad, pero especialmente por la cantidad de antecedentes que existen sobre la violencia que afecta a sus habitantes, que contrasta con la inexplicable pasividad del Estado.

Esta situación fue llevada, una vez más⁷, a la decisión de los tribunales de justicia, a propósito de la grave crisis ambiental y sanitaria ocurrida durante el segundo semestre de 2018, por la vía de la acción de protección de garantías fundamentales.

2 Declaración Oficial del Conclave “Zonas de Sacrificio en Resistencia Ventanas”. 2016. Puchuncaví, Valparaíso. [en línea] <http://accionag.cl/wp-content/uploads/2016/12/Declaraci%C3%B3n-C%C3%B3nclave-Zonas-de-Sacrificio-en-Resistencia-2016.pdf>

3 Ver: HERVÉ D. 2013. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. *Revista de Derecho XXIII*(1):9-36. p. 17, RAMÍREZ S, GALINDO M y CONTRERAS C. 2015. Justicia ambiental. Entre la utopía y la realidad social. *Culturales*, época II II(1):225-250. p. 232, <https://www.epa.gov/environmentaljustice>.

4 Artículo 1 inciso 4 Constitución Política de la República.

5 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Informe Anual de los Derechos Humanos en Chile. “Derechos a un medio ambiente sano: zonas de sacrificio e institucionalidad ambiental”. 251 p. [en línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/INDH-2014-Final.pdf>

6 Ver: <https://mapaconflictos.indh.cl/#/pagina/5>

7 Este caso ha sido llevado a la justicia en varias ocasiones, sin con ello conseguir el resguardo de los derechos de las personas afectadas. V. gr: Juzgado de Garantía de Quintero, RIT 2118-2010, 19-II-2010 (Caso hombres verdes); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 179-2011, 220-2011, 196-2011 y 180-2011 (Caso intoxicación de profesores, niños, niñas y adolescentes de escuela La Greda).

La sentencia de la Corte Suprema resuelve el conflicto de manera estructural, resolviendo una situación indiscutible de vulneración de derechos, sin necesidad de establecer vínculos causales específicos de responsabilidad, constatando una serie de omisiones ilegales por parte del Estado, tanto en su deber de prevenir una situación como la ocurrida, así como el de responder adecuadamente ante la crisis, las que se dan en un contexto de conocimiento del riesgo al que se ha expuesto permanentemente a la población.

La sentencia también desarrolla el concepto de desarrollo sustentable, y acude a la aplicación de los principios preventivo y precautorio, así como al de justicia ambiental para ejercer las facultades de garantía que tienen los tribunales superiores de justicia, cuidando además el respeto por la división de poderes.

En este artículo se revisa el contexto del caso y las sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, especialmente, de la Corte Suprema.

2. Antecedentes del caso

Entender y comprender el sentido y alcance de la última decisión de la Corte Suprema requiere una revisión previa de los antecedentes de hecho que rodean al caso, que lo configuran como uno de graves vulneraciones de derechos humanos y de injusticia ambiental. Estos hechos también contribuyen a ilustrar la manera como las autoridades, sabiendo la magnitud del caso, han actuado de manera pasiva.

El complejo industrial Ventanas (CIV) fue inaugurado el año 1964,⁸ conformado por la fundición de cobre de ENAMI, la central termoeléctrica a carbón Ventanas I y la central termoeléctrica de CHILECTRA, que fue la primera en instalarse, el año 1958. Hoy esas tres empresas, expandidas y diversificadas, corresponden a la fundición y refinería de CODELCO, el complejo termoeléctrico a carbón de AES Gener y el puerto granelero Puerto Ventanas. A las emisiones fijas y fugitivas de azufre, arsénico y carbón emitidas por estas industrias, se suman los compuestos orgánicos volátiles y material particulado que emiten los puertos de hidrocarburos, la refinería de petróleo, minera, empresa cementera y química que se han ido sumando a este complejo industrial; además del universo desconocido de elementos contaminantes no identificados emitidos por estas industrias, tanto de manera individual como en conjunto, con impactos sinérgicos desconocidos y acumulativos en el tiempo.

8 FOLCHI, M. 2006. Historia Ambiental de las Labores de Beneficio en la Minería del Cobre en Chile, siglos XIX y XX. Tesis de Doctorado. Historia e Instituciones Económicas. Barcelona. Pp. 453 y ss.

En las 28.800 hectáreas en que se emplaza el CIV, se han dictado 70⁹ resoluciones de calificación ambiental (RCA) entre las que se encuentran ampliaciones y modificaciones de instalaciones que no cuentan con evaluación desde su origen -previo a la existencia del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA)- y otras nuevas, la mayoría originadas en declaraciones de impacto ambiental (DIA) y unas cuantas en estudios de impacto ambiental (EIA). Por otra parte, muchas de las modificaciones que se han llevado a cabo en los procesos productivos de estas industrias, lo han hecho a través de cartas de pertinencias de ingreso al SEIA respondidas negativamente por el servicio de evaluación ambiental (SEA)¹⁰ o de modificaciones de RCA aprobadas por programas de cumplimiento (PdC) emanados de la superintendencia de medio ambiente (SMA)¹¹. Nunca se ha realizado una evaluación conjunta sinérgica de los impactos ambientales.

Aunque existen datos al menos desde la década de 1980¹² sobre el riesgo y daño a que se expone a la población, son varios los casos en que se desataron crisis ambientales y sanitarias que llevaron a las personas a acudir a los tribunales, sin que, hasta la fecha, se hayan ejecutado medidas útiles para evitar, controlar o paliar los efectos de la contaminación en la salud de las personas o en el ecosistema.

Otro episodio significativo se dio en la primera década de los 2000, cuando el complejo termoeléctrico Aes Gener quiso expandirse, a pesar de la declarada saturación de contaminantes en la zona¹³, proponiendo a evaluación ambiental la unidad a carbón “Campiche”. En dicha ocasión, la comunidad organizada se opuso al proyecto, basado en la saturación de contaminantes en la zona, y en que territorialmente el proyecto pretendía emplazarse en una

9 Esta información fue obtenida de la base de datos del SEA, filtrando en primer lugar por comuna, seleccionando las comunas de Quintero y Puchuncaví. Luego, de ese resultado, se tomó en consideración solo las empresas del complejo industrial ventanas (CIV).

10 Algunas de ellas son: ENAP Refinerías S.A., “Análisis de pertinencia ambiental edificaciones en terminal Quintero”, PERTI-2017-1335, Resolución Exenta N°210/2017, 3-7-2017; Codelco división Ventanas, “Modificación del proyecto conversión a gas natural de los procesos de fundición y refinería Ventanas”, PERTI-2016-2650, Resolución Exenta N°426/2016, 28-12-2016.

11 Ejemplo: Codelco, fundición y refinerías Ventanas, Resolución Exenta N°7, 12-08-2016, Rol N°D-018-2016.

12 CHIANG, J. “Determinación de Cadmio, Cobre, Manganeso, Plomo, Hierro, Cinc y Arsénico en Sedimento Atmosférico en la zona de Quintero, V Región, Valparaíso, Chile” En: Boletín de la Sociedad Chilena de Química, septiembre 1985.

13 Ministerio de Minería, Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Las Ventanas, D.S. N°252, de 1992.
Ministerio de Agricultura, declara zona saturada por Anhídrido Sulfuroso y Material Particulado Respirable, D.S. N°346, DE 1993.

zona “de amortiguación”, destinada a resguardar a la población circundante al complejo industrial. A pesar del rechazo del proyecto por parte de la Corte Suprema¹⁴ y la Contraloría General de la República (CGR)¹⁵, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sufrió una modificación el día 31 de diciembre de 2009, que permitió la instalación de Campiche en la zona de amortiguación¹⁶. Desde esa fecha en adelante, los varamientos de carbón fueron aumentando en la playa de Ventanas¹⁷.

Más tarde fue conocido el caso de un grupo de trabajadores, ex funcionarios de ENAMI (hoy CODELCO), que padecían enfermedades extrañas y mortales, asociadas a la contaminación. Sus compañeros sobrevivientes, junto a sus esposas, acudieron a la justicia¹⁸ y consiguieron acceder a la información sobre la causa de muerte a través de la exhumación de los cuerpos, diligencia que evidenció una coloración verde en los órganos de los cuerpos inertes, propia del contacto del cobre con el oxígeno, origen de enfermedades y muerte.¹⁹

El año 2011 una nube tóxica envenenó a las niñas, niños, cuerpo docente, administrativo y de apoyo de la escuela La Greda. Decenas de menores acudieron a los centros asistenciales con mareos, náuseas, vómitos, sangrado, entumecimiento de extremidades, entre otros síntomas causados²⁰ por la contaminación. El caso generó conmoción nacional y originó la interposición de varias acciones de protección de garantías constitucionales,²¹ que fueron rechazadas por las Cortes. La situación también originó la creación de una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados, cuyo Informe²² concluyó,

14 Corte Suprema, Rol 1219-2009, 22-06-2009.

15 Contraloría General de la República, dictamen N°059822No8, 17-12-2008.

16 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Modifica Decreto N°47 de 1992, “Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones respecto del uso de suelo de actividades productivas y reemplaza e incorpora algunas definiciones y deja sin efecto Decreto N°59, de 2009”, 31-12-2009.

17 Informe de Fiscalía Naval de 24 de octubre de 2017.

18 Juzgado de Garantía de Quintero, RIT 2118-2010, 19-11-2010.

19 Oficio FR N 506/2014, de 19 de junio de 2014, remitido por el Fiscal Regional de Valparaíso al Presidente de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

20 Departamento de Salud Pública PUC, “Evaluación de los efectos en salud en escolares asistentes a la Escuela Básica La Greda”, 27 de diciembre de 2011, p. 5.

21 V. gr: Causas Rol 179-2011, 220-2011, 196-2011, 180-2011, todos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

22 “informe de la Comisión de recursos naturales, bienes nacionales y medio ambiente recaído en el mandato otorgado por la sala a fin de analizar, indagar, investigar y determinar la participación de la empresa estatal CODELCO y empresas asociadas, en la contaminación ambiental en la zona de Puchuncaví y Quintero.” En: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=45601&prmTIPO=INFORMECOMISION>

entre otras cosas, “el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. En este caso concreto la población afectada por la contaminación de Puchuncaví y Quintero, ha sido objeto de una discriminación ambiental al soportar cargas ambientales desproporcionadas, siendo deber del Estado y de la sociedad responsabilizarse por décadas de abandono.” y “que esta Comisión se ha formado la convicción de que las empresas que forman parte del aludido parque industrial tienen responsabilidad por la contaminación de la zona que ha afectado a diversas actividades económicas, como la agricultura, la pesca artesanal y el turismo.”

El año 2014 se derramaron 37.000 litros de petróleo desde las instalaciones de ENAP. Aunque al principio se habló de 3.000 litros, la gran mancha de petróleo y los daños que provocó dieron pie a que se presentaran variadas acciones judiciales en distintas sedes.²³ De ellas, por ejemplo, las querellas penales interpuestas terminaron sobreesidas definitivamente pues la Corte de Apelaciones de Valparaíso interpretó el delito de derrame de sustancias tóxicas al mar como uno que sólo admite la figura dolosa²⁴. La SMA se declaró incompetente para fiscalizar el hecho por haber ocurrido en una instalación que no contaba con RCA, lo que fue ratificado por el Tribunal Ambiental y revertido por la Corte Suprema²⁵. A pesar de la decisión de la Corte y de lo que concluyó la Investigación Sumaria Administrativa (ISA) de la Gobernación Marítima, no hubo acciones de reparación ni medidas de prevención de nuevos derrames. La ausencia de medidas útiles para la prevención de este tipo de accidentes se puede observar con la reiteración de nuevos eventos posteriores, el 2015, 2016, 2018 y 2019, al menos.

Cada uno de estos eventos es ejemplar y da cuenta de la gravedad y permanencia de la contaminación en la bahía de Puchuncaví y Quintero, sin que puedan ser abordados de manera individual, ya que se trata de síntomas, de evidencias de una situación mayor, descontrolada y cuyas consecuencias negativas se comienzan a evidenciar en su magnitud. Es interesante que, tal como señala la sentencia de la Corte Suprema, esto no es algo que se discuta.

23 Protección: Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2684-2014; Tribunal Ambiental: Segundo Tribunal Ambiental, D-13-2014; Segundo Tribunal Ambiental, R-77-2015; Segundo Tribunal Ambiental, R-62-2015; Ley de Navegación: Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 17-2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 23-2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 24-2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1-2015; Querrela: Juzgado de Garantía de Quintero, RIT 1487-2014, 08-10-2014.

24 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 22 de febrero de 2016, en causa RIT 819-2015.

25 Corte Suprema, Rol 15.549-2017, 09-01-2018.

3. Alegaciones y sentencia de primera instancia

Los episodios de envenenamientos masivos producidos en agosto y septiembre de 2018 dieron pie a la presentación de numerosas acciones de protección de garantías fundamentales. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en una decisión dividida, decidió rechazar los recursos. Varios de los recurrentes apelaron a la Corte Suprema.

3.1. Argumentos de las recurrentes

Las primeras acciones que se presentaron fueron las del senador Chahuán y las municipalidades de Quintero y Puchuncaví. Todas ellas fueron interpuestas en contra de la estatal ENAP, a la que se le imputaba la posibilidad de ser la fuente originaria de los gases venenosos, de acuerdo a la información que trascendió a través de la prensa. En este sentido, los hechos que se imputan son los episodios de intoxicaciones masivas ocurridos los días 21 y 23 de agosto puntualmente, y no como parte de una situación general.

Estas tres acciones fueron presentadas en favor de personas indeterminadas, lo cual no fue discutido por la Corte de Apelaciones, pero sí fue motivo de rechazo del recurso en la Corte Suprema²⁶. Las garantías vulneradas eran la vida, salud y medio ambiente libre de contaminación.

Respecto de las municipalidades, éstas también fueron recurridas en uno de los recursos interpuestos, motivo por el cual decidieron presentarse a los alegatos en la Corte de Apelaciones. Tras los requerimientos de la ciudadanía²⁷, apelaron y se presentaron a los alegatos ante la Corte Suprema.

Hubo dos recursos interpuestos de manera desformalizada, por dos madres en favor de sí y de sus hijos e hijas menores, y solicitaban el traslado del lugar donde se concentra la contaminación, de manera de poder asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Otro recurso fue interpuesto en favor de un grupo de personas, en contra de las empresas que forman parte del CIV. Allí el fundamento fue similar al de los recursos presentados por las autoridades, en el sentido de considerar los casos de intoxicaciones masivas como un hecho puntual, atribuible a una

²⁶ Pareciera ser que el objeto de dichas acciones se satisfacía con sólo presentarlas, pues no determinaron un sujeto activo específico cuyos derechos fundamentales hubiesen sido vulnerados, a pesar de la jurisprudencia de la Corte Suprema asentada en la materia, interpretación expresada en fallos como: Corte Suprema, Rol 2330-2005, 30-06-2005; Corte Suprema, Rol 2.186-2001, 20-12-2001.

²⁷ *El Mercurio de Valparaíso*, Caso intoxicados: municipio de Quintero aclara incompatibilidad de defensa, 8 de febrero de 2009, página C6.

o más de las empresas recurridas. En estos casos, las garantías fundamentales afectadas eran la salud y vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El sexto recurso fue presentado en favor de un grupo de personas, basado en un hecho aislado atribuible a alguna de las empresas del CIV y que el Estado no habría enfrentado correctamente, se estarían vulnerando los derechos al trato igualitario, así como a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esta acción se basa en el supuesto de tratamiento inadecuado de residuos y se dirige también contra las empresas del CIV.

Otro recurso similar, presentado en favor de 510 personas y basado en la insuficiencia del actuar de las autoridades, fue presentado en contra del Ministerio del Interior y del Intendente, por las obligaciones de seguridad que les cabían ante la crisis y finalmente no ejercieron adecuadamente. No se impugnó la sentencia de la Corte de Apelaciones.

Los sindicatos de pescadores y la agrupación Mujeres en zona de sacrificio en resistencia presentaron su recurso en contra del MMA, Secretaría regional ministerial de medio ambiente (SEREMI MA), SEREMI salud, I. Municipales de Quintero y Puchuncaví, Servicio de evaluación ambiental (SEA) y SMA, tanto por no prever la situación, como por no ejercer atribuciones para enfrentarla, lo que vulnera las garantías de los numerales 1, 8, 9, 10 y 20 del artículo 19 de la CPR. Específicamente, los hechos atribuibles a las autoridades recurridas son la ocurrencia de eventos de intoxicación masiva por causa de emanación de gases tóxicos, restricción del acceso a la información y omisión de las obligaciones por parte del Estado.

Los mismos hechos se imputan en el recurso presentado por la Clínica de Justicia Ambiental de la UDP, en favor de una familia afectada por los gases venenosos, específicamente al MMA por no prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla, concretamente en cuanto al incumplimiento de variados tratados internacionales y disposiciones legales que obligan a tener un registro de emisiones y transferencia de contaminantes, obligación que, cumplida, hubiese evitado la crisis o, al menos, habría permitido enfrentarla de mejor manera. Este argumento es completamente omitido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, aunque forma parte del basamento en la sentencia de la Corte Suprema, y allí será analizado con mayor profundidad.

Los dos organismos del Estado promotores de derechos humanos -el INDH y la Defensoría de la Niñez- presentaron acciones de protección en favor de las personas afectadas por la contaminación y que acudieron a los centros asistenciales de salud, respecto de las cuales se vulneraron los derechos

garantizados en los numerales 1, 8, 9 y 10 del artículo 19 de la CPR. En el caso del INDH, su acción se dirigió en contra de la institucionalidad ambiental y sanitaria (MMA, MINSAL y SMA), mientras que la Defensoría de la Niñez se dirigió en contra de ONEMI y MINSAL, por no prever la situación ni ejercer las atribuciones que la ley les otorga para enfrentarla.

Finalmente, diversas ONG dentro de cuyos estatutos se encuentra la protección del medio ambiente, presentaron otra acción de protección, en contra del MMA, SEA y Presidente de la República, por su falencia en la coordinación de una respuesta oportuna y adecuada, lo que vulnera los derechos a la igualdad, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la prohibición de adquisición de los bienes nacionales de uso público.

3.2. Alegaciones de las recurridas

La SMA alegó en su informe haber realizado fiscalizaciones a las empresas que cuentan con RCA e iniciado procedimientos sancionatorios respecto de las cuales se constataron infracciones a sus autorizaciones ambientales, aunque no se tratase de hechos vinculables directamente con las emisiones venenosas.

El SEA señaló ser incompetente para ejercer su atribución de revisión de las RCA contenida en el artículo 25 quinquies de la Ley de bases generales del medio ambiente (LBGMA), por “no existir antecedentes suficientes para iniciar dicho procedimiento” por no constar que se hubiese producido una variación sustancial en los componentes ambientales evaluados que, además sería aplicable sólo a los EIA, que son la minoría de los permisos ambientales en la zona.

Por parte de la autoridad central, en términos generales, se argumentó que sí se realizaron acciones tendientes a controlar la crisis, entre las que destacan la entrega a las autoridades locales de un equipo portátil de monitoreo de gases, la cotización y licitación de otros nuevos, la supervisión de la red de monitoreo de calidad del aire, el haber realizado consultas y peticiones de asesoría al extranjero y el ingreso a Contraloría de un nuevo anteproyecto de Plan de descontaminación (tras haber sido representada por este organismo la última versión por no cumplir los objetivos del instrumento de gestión ambiental²⁸).

No se refirieron al cumplimiento del deber de coordinación al enfrentar la crisis. Tampoco se refirieron a los deberes de prevención, señalando simplemente que la situación no era previsible.

²⁸ Contraloría General de la República, representa el Decreto N°1 de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, Resolución Exenta N°044528, 26-12-2017.

Finalmente, las empresas recurridas, en términos generales, adujeron no haber incurrido en actuaciones u omisiones ilegales o arbitrarias, ya sea por no existir un vínculo entre su actividad y los hechos objeto del recurso, por no emplear las sustancias preliminarmente identificadas, por no estar funcionando la totalidad de sus instalaciones al momento de ocurrir los eventos, no presentar anomalías en la salud de sus trabajadores, ni reportar emisiones por fuera de lo normal en dicho período.

3.3. Resumen de la sentencia

Tras un poco más de dos meses, ya habiéndose acumulado los 12 recursos interpuestos, se trajeron los autos en relación el día 8 de noviembre. La audiencia de alegatos se fijó para el día 3 de enero de 2019, sin embargo, estando las recurrentes y recurridas en la Corte, ésta decidió cambiar el estado de la causa, suspendiendo el decreto “autos en relación” y ordenó nuevos informes. Finalmente, la vista de la causa se llevó a cabo los días 6, 7 y 8 de febrero y la sentencia se dictó el 19 de febrero, rechazando las acciones interpuestas.

En lo medular, el argumento de rechazo respecto de las empresas es la ausencia de hechos indubitados que imputar a alguna en concreto. Respecto de las autoridades, la inexistencia de medidas de urgencia adecuadas que adoptar y la consecuente pérdida de oportunidad de los recursos.

No obstante, estos dos argumentos, la sentencia descansa sobre varias consideraciones jurídicas que sí harían aplicable la necesidad de cautela.

Es así que la sentencia de primera instancia señala, en su considerando primero²⁹ que “es evidente que una afectación seria a la salud, por causa de una emergencia ambiental severa, amenaza también la vida y, en todo caso, la integridad física o cuando menos psíquica, de las personas. De esta manera, a la situación de hecho objeto de los recursos interpuestos, se le entrega la característica jurídica de ser fuente de vulneración de garantías fundamentales.

Y añade, en su considerando segundo que “cuando la contaminación desata episodios de grave crisis, que afecten de modo inminente la salud, y por ende, como dijimos, la vida, es pertinente buscar remedio urgente por medio del Recurso de Protección”. Así, la Corte de Apelaciones reconoce su deber de poner en ejecución las facultades conservadoras que le entrega el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales.

29 Parte el considerando señalando: “Que es menester, ante todo hacer algunas apreciaciones jurídicas respecto de los derechos invocados y de los procedimientos escogidos para reclamar [...]”

Sin embargo, la Corte añade que “la acción de protección sólo será pertinente para buscar remedios de urgencia frente a episodios de crisis, y exclusivamente en tanto ellos (los episodios de crisis) presenten una gravedad tal que se produzca esa relación inseparable entre los derechos amagados vida, salud y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No lo será, en cambio, para intentar obtener soluciones de fondo o permanentes respecto de estados prolongados de saturación, o de situaciones históricas de contaminación ambiental [...]” (Considerando tercero). Tanto el episodio de crisis, su gravedad y su contexto de contaminación histórica son parte del caso y no fueron discutidas.

Puesta en la encrucijada de tener los supuestos de hecho para ejercer la cautela de garantías, revisa los requisitos para ello, y crea: “siendo el recurso de protección una acción constitucional de urgencia, requiere que existan hechos indubitados, no solo en cuanto a la existencia de un determinado supuesto de daño o de amenaza a un derecho resguardado por la Ley Fundamental, sino además en cuanto a la naturaleza del acto infractor y a la persona o institución a quien quepa atribuir ese acto ilegal o arbitrario, lo cual supone que no exista una controversia que requiera investigación y rendición de probanzas, sino una responsabilidad claramente establecida”. Y añade que “de ordenarse medidas a ciegas, contra quienes no se sepa que realmente son los causantes del problema, no se garantiza la protección que se demanda, que sólo se obtiene si se ataca con medidas eficaces las causas verdaderas de la puntual situación de que se trate”. (Considerando cuarto).

Así, la Corte construye una paradoja en la que, existiendo vulneración de garantías y necesidad de cautela, la complejidad del caso haría imposible la tutela de derechos, al menos en cuanto existan incertidumbres sobre la responsabilidad del o los autores. Por este motivo, aunque el origen del hecho dañoso esté en el CIV, la dificultad para establecer un origen más específico capaz de determinar una responsabilidad justificó el rechazo de las acciones de protección respecto de las empresas emisoras.

Pareciera ser que los sentenciadores aplicaron los criterios de justicia como si se tratase de un juicio de responsabilidad, civil o penal, y no como una acción de protección. La falta de un sujeto imputable justifica para la Corte no aplicar la tutela de garantías, aunque “las emergencias ambientales con afectación de la salud de muchas personas son un hecho indubitado”.

Respecto de los hechos ilegales imputables al Estado, también existen fundamentos que justifican la aplicación de tutela. La Corte analiza una serie de

informes acompañados al expediente, que dan cuenta, no sólo de la existencia de sustancias contaminantes asociadas a efectos negativos en la salud de las personas y en los ecosistemas, sino también del conocimiento que el Estado tenía de la probabilidad de que los hechos ocurrieran -riesgo-.

Así, obrando antecedentes que hacían previsible los hechos, la Corte evalúa si las medidas que tomó la Administración del Estado fueron o no tardías o eficaces. Y puntualiza: “parece claro que no debió esperarse la producción de emergencias graves, para dotar a la zona de equipos de monitoreo de gases suficientes y eficaces [...] La muy seria situación de contaminación en la bahía de Quintero-Puchuncaví se arrastra desde mucho antes de la fecha de las emergencias, y de la documentación de la causa y de los informes de los propios organismos públicos recurridos, aparece claro que el Estado administrador lo sabía. Hay, pues, una omisión en esa dilación en reaccionar, que vulnera lo prescrito por el artículo 70 letra t) de la Ley 19.300 [...]”. (Considerando decimotercero). O sea, no sólo hay vulneración de derechos, sino que ella también se debe, al menos en parte, a una omisión ilegal del Estado.

Sin embargo, “de ello no se sigue que pueda ahora dictarse una medida de urgencia que tenga efectos hacia el pasado, lo que resulta imposible, sino que simplemente debería ordenarse que se haga lo que debió hacerse antes, de modo que el daño o el peligro cese o disminuya. Pero [...] (las medidas dilatadas) ya se adoptaron por la autoridad, y por ende [...] no cabe duda de que la presente acción de emergencia, en esta arista al menos, ha perdido oportunidad.” (Considerando decimotercero).

Luego, respecto de la suficiencia de estas medidas tomadas tardíamente, “El recurso de protección sólo puede constatar si se han adoptado medidas que parezcan razonables y proporcionales a la situación dañosa, dejando a salvo la discusión técnica de fondo acerca de su mayor o menor suficiencia” (Considerando décimo cuarto), a pesar de estar acreditada la vulneración de derechos, la previsibilidad del hecho, la ilegalidad de la omisión del Estado y la permanencia del riesgo.

Sobre el Plan de descontaminación, la Corte de Apelaciones reflexiona brevemente acerca de la dilación en su actualización: “no puede sostenerse tampoco que la dilación constituya necesariamente una omisión ilegal, pues nada sabemos de las dificultades técnicas de la confección de un plan tal, ni, como decíamos, acerca de de las causas del rechazo del primero. [...] De nuevo, podría dudarse de su suficiencia, pero no en este proceso, en el que nada sabemos acerca de su contenido”. (considerando decimoquinto). Tanto

las dificultades técnicas como las causales de rechazo del primero y el contenido de la versión última son cuestiones que se podrían haber esclarecido a través de una revisión del reglamento de dictación de planes de prevención y descontaminación ambiental, y del expediente del anteproyecto que estaba en ese momento en trámite de toma de razón.

Finalmente, a propósito de los dos recursos que pedían el traslado de las familias de las recurrentes, la Corte contradice lo dicho anteriormente sobre el riesgo y señala: “un resguardo tal sólo puede ser impuesto al Estado en caso de inminente riesgo, que supone, en un caso como el sublite, que sea posible avizorar como muy probable y próximo otro episodio de emergencia sanitaria extrema, pues los anteriores ya transcurrieron [...] aunque claro está que de modo alguno podemos afirmar que no exista riesgo de nueva crisis, no tenemos elementos objetivos para entender, como tribunal de derecho, que en efecto lo haya, y que ese riesgo sea tan alto como para justificar un traslado o evacuación de la población”, sin señalar de qué manera ese riesgo se encuentra descartado, cuando la situación de riesgo y su previsibilidad se encontraban acreditadas.

3.4. El voto de minoría

La sentencia fue dictada con el voto en contra de la ministra Donoso, quien estuvo por acoger los recursos de protección, basándose en la información indubitada que consta en el expediente, y señala que corresponde contrastarlos con las obligaciones legales que los recurridos podrían haber omitido, incumplido o cumplido tardíamente, “dada la insoslayable producción de daño a las personas que los episodios críticos de contaminación -sobre los que no se discute- provocaron en la población”.

Añade que “una zona saturada desde hace más de dos décadas ha sido “sacrificada” al menos y a simple vista, en dos vertientes: la primera, en tanto se han seguido autorizando proyectos que impactan al medio ambiente [...] y la segunda, por la inexistencia de Planes de Prevención y Descontaminación que las zonas saturadas requieren”. (Considerando décimo segundo).

Luego, puntualiza que las medidas adoptadas “pudieron ser decretadas con mucha antelación, conducta que habría evitado el grado de impacto de los hechos acaecidos en la salud de las personas.” Y que “la permanencia y concreción de otras, puede anticipar, razonablemente, la disminución de las posibilidades de una repetición de eventos de igual o mayor gravedad que los sufridos.” (Considerando décimo cuarto).

Y añade, a propósito de infracciones acreditadas por parte de Enap, Codelco y Gasmar que “los supuestos que hacen procedente el acogimiento del recurso han sido suficientemente acreditados desde que la obligación de fiscalización de la SMA ha sido deficiente en directa relación con el daño producido y de no mediar una resolución judicial [...] que establezca la obligación de dicho órgano de cumplir con los mandatos legales que le empecen, los futuros episodios podrían repetirse”. (Considerando décimo sexto).

4. La decisión de la Corte Suprema

De los 12 recursos interpuestos, 10 presentaron apelación en contra de la sentencia de primera instancia. De esos 10, tres fueron rechazados por falta de legitimación activa, y los demás fueron acogidos.

Los argumentos que sustentan la acogida de las acciones se dividen en dos: en primer lugar, se constata la vulneración de los derechos a la vida e integridad física y psíquica, salud y medio ambiente libre de contaminación, asentando en el país el entendimiento sobre la materia medioambiental que ya fuera recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Opinión Consultiva OC 23/17 y, en segundo lugar, se constatan las omisiones en que incurre la Administración del Estado. La sentencia también es interesante porque desarrolla conceptos útiles para la resolución de casos tan complejos como el presente, como el de desarrollo sustentable, y acude a principios del Derecho Ambiental, como el preventivo, precautorio y justicia ambiental para interpretar el ordenamiento jurídico de manera de hacer cesar las vulneraciones de derechos constatadas.

Si bien no se desarrolla en este artículo, debemos mencionar la existencia de un voto concurrente del ministro Aránguiz, que estuvo por cerrar el CIV durante 90 días, a fin de determinar correctamente cuál es la naturaleza y origen de la contaminación que atenta contra los derechos de las personas, siendo la única medida suficiente para poner a resguardo la integridad de las personas y el ejercicio de sus derechos.

4.1. Resumen de la sentencia

En cuanto a la forma, la sentencia reitera la jurisprudencia asentada en cuanto a que la legitimidad activa en la acción de protección es amplia pero no indeterminada³⁰, al señalar que “el recurso de protección no constituye una

³⁰ Corte Suprema, Rol 5.888-2019, 28-05-2019.

acción popular, sino que corresponde individualizar al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, pudiendo él u otro comparecer en su representación o a su nombre.”³¹ De esta manera son rechazados los recursos presentados por el senador Chahuán, la municipalidad de Quintero y la de Puchuncaví, quienes presentaron la acción en nombre de “los habitantes de la zona o de la comuna”.

En cuanto al fondo, la sentencia discurre entre el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela constitucional: ilegalidad o arbitrariedad y vulneración de garantías fundamentales, lo cual es abordado en conjunto con otros elementos novedosos e interesantes de revisar.

En primer lugar, la sentencia aclara cuál es la gravedad de los hechos que se están analizado. Se trata de una vulneración compleja, interseccional, que abarca la integridad física y psíquica, la salud y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos³², es condición de posibilidad de las primeras dos garantías. De esta manera, se reconoce una afectación compleja, que requiere un pronunciamiento por parte de la judicatura en ejercicio de sus funciones conservadoras. Es importante recordar que, ya la sentencia de la Corte de Apelaciones reconocía la existencia de derechos conculcados, lo que fue una materia no controvertida por los recurridos.

En segundo lugar, respecto de las ilegalidades, éstas se concentran en la falta de actuar de las autoridades centrales dentro de la esfera de sus atribuciones, refiriéndose expresamente al MMA, Ministerio de Interior y de salud.

En los considerandos 11 y 12, la Corte describe la infracción al deber de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales en materia ambiental, específicamente del Protocolo de Montreal, el Convenio de Estocolmo y el Convenio de Basilea, todos los cuales regulan de una u otra forma, la presencia de contaminantes en el país. Esto, en cuanto el MMA debería tener y administrar un RETC, y que la falta de un registro de contaminantes, además de un incumplimiento de la ley, es una falta al deber de prevención que tiene el Ministerio conforme a lo establecido en los literales d), p) y t) del artículo 70 de la LBGMA.

31 Corte Suprema, Sentencia Rol 5.888-2019 de 26 de mayo de 2019. Considerando séptimo.

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos”, 15-11-2017.

A partir de la constatación de esta falta, la sentencia concluye que hay una omisión, una falta al deber, y una ilegalidad, ya que se trata de una obligación que está contenida no sólo en la ley, sino también en los tratados internacionales. Y especifica cuáles son las sustancias que deben registrarse y no están actualmente sujetas a obligación de control alguna, así como las fuentes de dichos contaminantes, establecidas en los textos incumplidos, y también presentes en el CIV. De esta manera, si bien la Corte no establece responsabilidades, pues no es lo que se le pidió ni lo que puede dar en sede de protección, sí establece claramente cuál es el origen de la vulneración de derechos, especificando cuáles son las falencias que han originado la vulneración de los derechos fundamentales.

Por otra parte, la Corte constata la infracción al deber de prevención ya mencionado, lo que se basa en el conocimiento que el MMA tenía de la situación, su magnitud y gravedad, al menos desde el año 2012, en que se dictó el Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, que se activó a propósito de eventos similares ocurridos el año 2011 en la escuela La Greda. En este sentido, el MMA actuó de manera tardía, lo que es contrario al deber de resguardo de los derechos de las personas. Esta infracción es de la máxima gravedad pues confirma lo que se ha dicho en más de una oportunidad³³: un abandono por parte del Estado a las comunidades que habitan las “zonas de sacrificio”, particularmente en este caso.

Recalca en su considerando 23: “Que, empero, y en lugar de adoptar los cursos de acción necesarios para “generar y recopilar la información” útil y precisa para prevenir la contaminación y para evitar el deterioro de la calidad ambiental, en particular en lo referido a “la contaminación atmosférica y el impacto ambiental”, la autoridad de que se trata ha esperado a que ocurran nuevos sucesos de intoxicación para comenzar a concretar las medidas tendientes a ello.”

En el considerando 26, la Corte se refiere a la autoridad sanitaria, y constata que vulneró sus deberes de prevención pues, a la fecha, no se tiene un análisis de los gases que se emiten a la atmósfera, más allá de las normas de emisión que rigen en la zona. La infracción a este deber se refleja en el

33 Cámara de Diputados, Informe de la comisión de recursos naturales, bienes nacionales y medio ambiente recaído en el mandato otorgado por la sala a fin de analizar, indagar, investigar y determinar la participación de la empresa estatal Codelco y empresas asociadas, en la contaminación ambiental en la zona de Puchuncaví y Quintero, 16-II-2011.

Cámara de Diputados, Informe comisión especial investigadora sobre causas de alta contaminación ambiental, especialmente en Concón, Quintero y Puchuncaví, y de responsabilidades en ejecución del plan de descontaminación, 23-01-2019.

resultado del desconocimiento sobre la naturaleza, características y respuesta sanitaria adecuada de los gases que intoxicaron a las personas.

Específicamente, se infringe el deber impuesto en el artículo 12 del DFL 1/2005 en cuanto a la protección de la salud de la población de los riesgos producidos por el medio ambiente y para la conservación, mejoría y recuperación de los elementos básicos del ambiente que inciden en ella. Y agrega que “la vigilancia de la salud pública, la evaluación de la situación de salud de la población, la atención del bienestar higiénico del país y la protección de la salud de la población de los riesgos producidos por el medio ambiente, suponen que la autoridad asuma un rol proactivo, disponiendo la realización de medidas de carácter preventivo, sin que baste, en caso alguno, la sola realización de acciones posteriores a los sucesos de intoxicación, pues ello implica una actuación tardía, en tanto se limita a abordar sólo el aspecto curativo de la atención sanitaria, el que corresponde a una fase postrera y de última ratio, pues previamente se han debido adoptar los cursos de acción efectivamente necesarios para salvaguardar la salud y bienestar de la población.”

Respecto de las labores de seguridad, éstas se encuentran incumplidas en cuanto a la falta de coordinación del Ministerio de Interior, según advierte la sentencia en sus considerandos 27 y siguientes. No obstante, la obligación de dictar alerta roja no se habría incumplido, por cuanto la falta de información que debía producir y recopilar el MMA explicaría el que la ONEMI no hubiese declarado una alerta roja, por lo cual no sería una cuestión reprochable. Sin embargo, la falta de labores de prevención infringe lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del DL 369/1974 y en el artículo 1 de su reglamento, DS 509/1983, que establecen su obligación de contar con medidas de prevención en el caso de situaciones expuestas a riesgos, como es el caso. En específico, “sólo actuó después de que acaecieran los hechos en comento, desoyendo de esta manera la obligación de prevención aludida precedentemente, sin que baste para entender cumplidas sus obligaciones el acatamiento de las dos últimas actuaciones que le encomienda su normativa orgánica, vale decir, la coordinación y ejecución de los cursos de acción necesarios para superar la emergencia ya producida, puesto que el legislador, de manera explícita, le ha encomendado “planificar [...] las actividades destinadas a prevenir [...] problemas derivados de sismos o catástrofes”.

De esta manera, se constata de parte de la autoridad, un incumplimiento en sus deberes constitucionales y legales, que trajeron como consecuencia una vulneración de derechos a las personas afectadas. Así lo reconoce el

considerando 32: “La inefectiva acción de los órganos estatales dependientes del Poder Ejecutivo se ha extendido por largos años, desatendiendo la integridad de los habitantes de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, las omisiones de que se trata revisten tal gravedad que es posible entender que, al no obrar de manera efectiva, las autoridades recurridas han puesto en riesgo, a través de una amenaza cierta e incontestable, la salud e, incluso, la vida de las personas en favor de quienes se recurre.”

Arribada esa conclusión, la Corte profundiza en aspectos relevantes de analizar en el caso, dadas sus características. Comienza en su considerando 33 con el desarrollo sustentable, a partir de lo dispuesto en la Declaración de Río, en la Convención sobre la Diversidad Biológica, así como en la LBGMA, y de la mano de conceptos doctrinarios como “equidad intergeneracional”, “explotación apropiada o racional”, “uso equitativo de los recursos naturales y utilización por otros Estados” e “integración del medio ambiente al desarrollo”. Y sostiene que: “la actividad de los agentes económicos asentados en la zona de Quintero, Ventanas y Puchuncaví no sólo se ha llevado a efecto sin implementar medidas “apropiadas de conservación y protección del medio ambiente”, sino que, por el contrario, ha supuesto una importante fuente de contaminación para el entorno de esas comunas, generando episodios de intoxicación cuya última expresión está constituida por aquellos acaecidos los días 21 y 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018.” Y agrega que: “Tal constatación representa una clara y evidente transgresión del concepto de desarrollo sustentable reconocido en nuestro Derecho interno, así como por los tratados y convenciones internacionales que rigen esta materia.”

De esta manera, sin poder identificar a una fuente precisa del o los gases que ocasionaron la crisis por la falta de información específica, sí constata una contravención al desarrollo sustentable, basado en las características abusivas en que se lleva a cabo el desarrollo económico en la zona, en desequilibrio con las dimensiones social y ambiental.

En seguida, haciéndose cargo del contenido de las facultades conservadoras que le conciernen, y de la búsqueda del restablecimiento del imperio del Derecho, la Corte advierte que debe definir cuáles serán las medidas cuya adopción ordenará para cumplir dicha finalidad, para lo cual también considera la falta de elementos de juicio para establecer con precisión las causas y consecuencias específicas que rodean al caso, más allá de la evidente omisión ilegal del Estado y su consecuente vulneración de derechos fundamentales, y acude a los principios preventivo y precautorio, así como al de justicia ambiental.

De esta manera, basándose en la falta de información y en la necesidad de restablecer el imperio del Derecho, sostiene que: “el principio precautorio dicta que se deberán adoptar todas las medidas pertinentes para identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como para establecer cuál es el origen de cada uno de ellos, a la vez que se deberá discernir, a partir de esos datos, cuáles son los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente.”

A partir de esta información, la Corte ordena una serie de medidas, que deben establecerse de conformidad con lo que dicha información amerite, resguardando siempre el ejercicio de los derechos fundamentales vulnerados.

4.2. Comentarios a la sentencia

La sentencia de la Corte Suprema reconoce y valora fáctica, ética, política y jurídicamente una situación evidente de vulneración de garantías fundamentales, cuya característica principal es ser riesgosa. Desde aquí se extraen dos elementos interesantes.

En primer lugar, la vulneración de garantías ya había sido reconocida en la sentencia de primera instancia. La diferencia con la sentencia de la Corte Suprema está en las consecuencias jurídicas de dicha vulneración, que corresponden al deber de ejercer las facultades de garantía y poner a resguardo el ejercicio de los derechos fundamentales, mediante la tutela de garantías.

En segundo lugar, se enfatiza una característica fundamental del conflicto: configura un permanente riesgo para la comunidad expuesta a los gases venenosos. El riesgo es un segundo elemento que activa la aplicación de cautela, que exige abordar y resolver el conflicto, que es la razón de ser de una acción cautelar como lo es la acción de protección.

El reconocimiento de estos dos elementos por parte del máximo tribunal del país tiene varias implicancias, desde lo simbólico en cuanto dignifica el relato de las víctimas de la contaminación, hasta lo más práctico al identificar los incumplimientos de las autoridades de gobierno en la prevención y manejo de la crisis.

En este sentido, se reconoce la forma espiral del conflicto³⁴, siendo la crisis un síntoma de una situación mayor, descontrolada, desregulada, que requiere

34 SABATINI, F, et al. (1996) “Otra vuelta a la espiral: el conflicto ambiental en Puchuncaví bajo democracia” En: Revista Ambiente y Desarrollo CIPMA XIII(4) pp. 15-22.

atención y solución urgente. Además, se trata de una situación reiterada y previsible, que estaba en conocimiento de los Órganos del Estado, que no actuaron de acuerdo con la gravedad e inminencia del riesgo al que se expone a las personas afectadas.

El nivel de vulneraciones es tal y tan arraigadas sus causas, que es posible explicarlo a partir de la ausencia de políticas públicas acordes. Las falencias a nivel legislativo, ejecutivo y administrativo generan una inercia estatal³⁵ que vulnera derechos fundamentales y exige un abordaje estructural. Esto explica que la parte resolutive de la sentencia se base en la aplicación del principio de coordinación que rige a la Administración del Estado, a quien la sentencia ordena actuar y ejercer sus atribuciones, entregando directrices, pero sin detallar cómo.

Finalmente, si bien el contenido de la sentencia de la Corte Suprema va en la dirección de quebrar con la inercia que sostiene las vulneraciones de derechos, la dicta con especial cuidado por la separación de poderes del Estado, entregando pautas basadas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, sin delimitar acciones específicas, sino remedios complejos que también son directrices para los otros poderes del Estado, y que posibilitan el restablecimiento del imperio del Derecho.

5. Conclusiones

Las estructuras jurídicas no tienen la suficiencia para abordar una situación que no fue pensada al momento de crearlas, hace 50 años la protección del medio ambiente no era una preocupación para el Estado. Esta ausencia de políticas públicas de protección permitió un crecimiento desmedido de una fuente de externalidades ambientales negativas que hoy no tiene control sobre sus impactos, que son en su esencia desconocidos por las personas afectadas.

Hoy día es posible reconocer que este crecimiento ha ocurrido a costa de la dignidad de las personas que habitaban y siguen habitando la zona. El ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la salud, y a la vida digna es un anhelo para las personas afectadas. No existe justicia ambiental en estas zonas. Se han denominado “de sacrificio”: sacrificadas por el crecimiento económico, destinadas a vivir una vida sin derechos. Reconocer esta situación es el primer paso para buscar la manera de devolver la justicia y la dignidad a las personas.

³⁵ DIXON, R. (2007). “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”, En: *International Journal of constitutional law*, VI 5, N°3, Julio. p. 394.

No es posible continuar utilizando el ordenamiento jurídico y sus límites como excusa para no abordar una situación para la cual el Derecho es herramienta insuficiente, por temor a no poder abordarla, cuando la vulneración de derechos es evidente e indiscutida. El caso de las “zonas de sacrificio” nos ubica en la necesidad de actuar, aunque las omisiones regulatorias escondan el problema, aunque las interpretaciones que se han dado hasta ahora de los instrumentos los vuelvan insuficientes. Para eso, los principios, en este caso los de legalidad, preventivo, precautorio, de coordinación y justicia ambiental son herramientas que abren la posibilidad al ejercicio de los derechos de las personas.

El Derecho es una herramienta dinámica, en permanente movimiento y necesidad de adaptación a los cambios que vive la sociedad. En este momento no sólo debemos adaptarnos a cambios socioculturales, sino a toda una naturaleza tendiendo hacia el aumento de la temperatura global, a una necesidad sin precedentes de proteger el medio ambiente. Las “zonas de sacrificio” serán las más profundamente afectadas por el calentamiento global, la dignidad de esas personas exige que el Derecho se aplique de acuerdo con las necesidades que busca cubrir.

LA “SIGNIFICANCIA” COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE DAÑO AMBIENTAL EN DOS SENTENCIAS RECIENTES DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Marie Claude Plumer Bodin¹

Introducción

A continuación se abordan dos sentencias, ambas del Tribunal Ambiental de Santiago (TA), que se pronuncian por acciones por daño ambiental presentadas, una en contra del Consorcio Santa Marta S.A., por la mala operación del Relleno Santa Marta y, la otra, en contra de la Municipalidad de Nogales, por la operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas El Melón, esta última, además resuelta en casación por la Corte Suprema. En ambos casos las une, no solo el hecho que resuelven acciones por daño ambiental, sino que también coinciden en lo medular en varios aspectos, tales como, la afectación al mismo componente ambiental, esto es, aguas superficiales, incumplimientos normativos, medios probatorios similares. No obstante, la ponderación del Tribunal Ambiental difiere en cada caso, evidenciando las variaciones para interpretar la exigencia de la “significancia” como criterio para determinar la existencia de daño ambiental. Por su parte, la Corte Suprema, a través de una copiosa jurisprudencia ha ido asentando los criterios para definir el alcance de dicho concepto. Sin perjuicio de lo anterior, su definición sigue siendo el elemento de mayor controversia para los tribunales ambientales.

1. Cuestiones previas: definición legal de daño ambiental y alcance del criterio “significancia”

La responsabilidad por daño ambiental en Chile, se encuentra consagrada en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”), específicamente en el

¹ Abogada de la Universidad de Chile, master en Derecho Ambiental de la Universidad de París I (Sorbonne-Panthéon), ha trabajado en distintas instituciones públicas con competencia ambiental, destacando la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente.

artículo 3, que señala que “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”, y en los artículos 51 a 63 de la misma ley, los que regulan el régimen común de responsabilidad ambiental. Asimismo, la LBGMA, prescribe qué debe entenderse por “daño ambiental”. En efecto, el artículo 2 letra e) de dicho cuerpo normativo lo define como “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. El artículo 2, letra ll) de la misma ley, define qué debe entenderse por “Medio Ambiente”, precisando que es el “Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. Así para la LBGMA, “medio ambiente” es un concepto amplio y de alcance omnicompreensivo, por cuanto abarca no sólo elementos físicos, químicos y biológicos, sino también elementos culturales e, incluso sus interacciones.² Se ha entendido que, de acuerdo a las definiciones señaladas, no cualquier menoscabo al medio ambiente o a alguno de sus componentes podría estar comprendido en la acepción de “daño ambiental”³, sino solo cuando este sea “significativo”⁴, o como lo señala SAAVEDRA F, Rubén, “no es el daño ambiental el que debe revestir el carácter de significativo, sino la pérdida, deterioro o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes, cuya significancia puede o no dar lugar a un daño ambiental”⁵.

La significancia resulta ser una condición sine qua-non para que el daño al medio ambiente o a uno de sus componentes transmute a “daño ambiental”, así entonces, podría considerarse como el requisito más relevante o central para su configuración, como también el requisito de mayor problema interpretativo. De allí entonces que los Tribunales antes de realizar la ponderación

2 Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 62.

3 Bermudez, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV, segunda Edición, 2014, pág. 401; Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 215.

4 Boettiger, Camila, “Daño ambiental: Las lecciones del caso “Embalse Pitama”, en A. FERMANDOIS, R. DELAVEAU y S. BAEZA (ed.), *Sentencias Destacadas 2011* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 259-286.

5 Saavedra, Rubén F., “La Doctrina de la Excm. Corte Suprema en materia de Responsabilidad Ambiental en la Experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, en *Revista de Derecho* N°26, Consejo Defensa del Estado, 2011, págs. 151 a 174.

de la responsabilidad y causalidad en una demanda por daño ambiental, busquen determinar la existencia del “daño ambiental” alegado y, para ello, por tanto, el alcance del criterio de “significancia” es determinante.

El problema al cual se enfrentan tanto los Tribunales, como los afectados, e incluso los operadores del Derecho, es conocer cuándo un daño al medio ambiente o a sus componentes tiene el carácter de significativo. La LBGMA no define dicho vocablo, ni fija criterios⁶ y, por tanto, se está ante un concepto jurídico indeterminado⁷, cuyos alcances o parámetros corresponde precisar a la jurisprudencia, específicamente, a los Tribunales Ambientales⁸ y a la Corte Suprema, tarea que, en todo caso, no puede entenderse como equivalente a un “ejercicio discrecional”⁹, ni tampoco a la aplicación exclusiva de fórmulas cerradas.¹⁰

A nivel doctrinario se ha sostenido que en la legislación ambiental chilena sí existen parámetros o criterios que permitirían determinar la significancia de un daño al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

- 6 En el contexto de las innumerables iniciativas legislativas y recientemente del Ejecutivo, para crear el Delito Penal Ambiental, se identifican criterios para determinar la significancia así por ejemplo, Boletín N°12.398-12 - Mensaje N°339-336 “Artículo 4. Para los efectos de los artículos 2° y 3°, la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo es significativa cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1° cuando afectare las propiedades básicas de uno o más componentes del medio ambiente, considerando su ubicación, estado, vulnerabilidad, escasez, representatividad o capacidad de permanencia o regeneración, con efectos perniciosos prolongados o prolongables en el tiempo en un ámbito espacial de relevancia; 2° fuere irreversible o difícilmente reversible en términos de su existencia o de los servicios ecosistémicos que preste; 3° cuando afectare en forma grave la vida o la subsistencia de especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre o en peligro crítico, o; 4° cuando causare grave daño a la salud de la población.”
- 7 Concepto jurídico indeterminado, son aquellos que no están expresamente definidos por la ley, pero ésta los incorpora en la descripción de la hipótesis de aplicación de la norma. “Los conceptos jurídicos indeterminados son una aplicación de lo reglado, es decir, de la ley que crea a este concepto; de ahí que correspondería al órgano Judicial subsumir una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto). Gordillo considera, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, que el control eficaz y válido es el jurisdiccional porque tiene la última decisión y se trata de aplicación de la norma (no delimitada en su forma, pero sí en su fondo). La razón o mejor dicho el fundamento son el control, pesos y contrapesos que deben de existir en el Estado de Derecho entre los diferentes órganos. “El propio aparato administrativo del Estado no puede controlarse a sí mismo y solo la justicia puede ponerle coto, legitimando sus derechos”. Gordillo, Tomo II, Cap. XV, Pág. 22.
- 8 De acuerdo al artículo 17N°2, de la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, se otorga a dichos tribunales la competencia para conocer las demandas por daño ambiental. “Art. 17 N°2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado.”
- 9 Sentencia SCS Rol N°1.239-2018, de 7 de agosto de 2019, Considerando Octavo.
- 10 Arévalo Cordero, Felipe y Mozó Lira, Mario, “Efectos de la Declaración de Daño Ambiental en sede administrativa y sus repercusiones en una potencial declaración judicial”, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 46-2017, págs. 56 a 68.

Efectivamente, DELGADO SCHNEIDER, Verónica, indica que la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establece varios parámetros¹¹, según genere o no impactos significativos, para determinar si un proyecto o actividad debe ingresar a evaluación ambiental, a través de un Estudio de Impacto Ambiental, criterios que son, a juicio de dicha autora “absolutamente transportables a la sede judicial”¹². Ahora bien, cabe señalar que, si bien se adscribe plenamente a lo indicado, son en definitiva los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema, los que han ido fijando el alcance del vocablo “significativo” y, por tanto, lo han ido delimitando¹³. Dicha definición se ha ido construyendo, no a través de parámetros objetivos, ni discrecionales como se señalaba anteriormente, sino a través de la determinación, a su vez, de otros conceptos jurídicos indeterminados, como lo son la “relevancia”, “magnitud” o incluso la “gravedad”¹⁴, de los efectos causados. Recientemente, la Corte Suprema, en sentencia de daño ambiental señala que “...para realizar este análisis debe acudirse a ciertos criterios objetivos extraídos de la propia legislación ambiental, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del

11 Artículo 11 de la LBGMA y sus respectivos correlatos reglamentarios contenido en el D.S. N°40, de 2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

12 Delgado Schneider, Verónica, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, en Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia, vol. XXV, N°1, 2012, pág. 54.

13 En Boettiger, Camila, “Daño ambiental: Las lecciones del caso “Embalse Pitama”, en pie de página 18, identifica varias sentencias a través de las cuales se ha ponderado si hubo o no daño ambiental. Estas son por ejemplo, en el caso “Vertedero Casablanca”, se estimó que no se había acreditado la existencia de daño ambiental ya que “solo pudo establecerse la existencia de malos olores (no su intensidad o periodicidad) y que en el vertedero hay basura a la vista”. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en términos que son citados por la sentencia de la Corte Suprema, considera que los términos empleados por la LBGMA son de carácter técnico, por lo que era necesaria la explicación pericial de cómo la actividad del vertedero habría provocado un daño y cómo este afectaba el medio ambiente. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008) Rol 1016-2008, considerando 50. Por otro lado, en el caso Promel-Arica se consideró la existencia del daño ambiental por la contaminación del terreno por las sustancias tóxicas acopiadas, la cual afectó la salud y calidad de vida de las poblaciones vecinas; Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004, considerando 50. En el caso Forestal Candelaria, el daño provocado por la tala de especies protegidas se consideró significativo por ser irreparable la corta de 25 especies de alerce, especie que es monumento natural y que habrían tenido alrededor de 3.000 años, y que la corta ilegal de alerce verde, coihue y mañío había afectado los componentes del medio ambiente: agua, suelo y biota. Corte Suprema (2010) Rol 5027-2008, sentencia de casación, considerando 40. Finalmente, otro ejemplo es el del caso Compañía Minera Santa Laura, en que se consideró “daño de gran magnitud” el ocasionado por la actividad de extracción de áridos de la demandada, lo que físicamente produjo un pozo de alrededor de 50 metros de profundidad y 26 hectáreas de extensión, lo que afectó gravemente el componente suelo del medio ambiente, basándose en un informe de peritos que establecía que el daño ambiental más importante producido por la intervención de la empresa era la pérdida de la capacidad de uso del suelo, que antes era agrícola y que habría quedado totalmente inutilizado para estos efectos. Corte de Apelaciones de Santiago (2008) Rol 1065-2005, considerando 9°, y Corte Suprema (2010) Rol 7749-2008, considerando 9°.

14 Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 221.

mismo; c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último, y f) la capacidad y tiempo de regeneración. (SCS Rol N° 27.720-2014)¹⁵. Misma idea se reitera en sentencia Rol N° D-30-2017, de 8 de agosto de 2019, del Tercer Tribunal Ambiental, que señala que “existe daño significativo cuando se afecta la capacidad del componente dañado de (i) proveer servicios ecosistémicos (ii) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes (conservación), o (iii) mantener las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas (preservación) (Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 8 de julio de 2016, considerando Sexagésimo Octavo, “Miranda y otro con Municipalidad de Puerto Natales”.

A su vez, de acuerdo a FEMENÍAS, Jorge¹⁶, han sido criterios desarrollados por la jurisprudencia¹⁷ para determinar la significancia del daño al medio ambiente o sus componentes, los siguientes:

- Si la afectación o daño alegado al medio ambiente o a uno o más de sus elementos, generó daño o afectación a la salud de las personas. Si aquello es así, habrá daño ambiental¹⁸.

- La irreversibilidad o la condición de irrecuperable del componente ambiental dañado¹⁹.

Las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representación²⁰.

- Los parámetros que proporciona el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para determinar si una actividad debe ingresar a evaluación a través de un Estudio de Impacto Ambiental²¹.

¹⁵ Sentencia SCS Rol N° 1.239-2018, de 7 de agosto de 2019, Considerando Octavo.

¹⁶ Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, págs. 223 a 240.

¹⁷ Jurisprudencia de la Corte Suprema comprende aquella dictada antes de la Creación de los Tribunales Ambientales, como aquella dictada en plena competencia de estos últimos.

¹⁸ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 10.884-2011, de 2012, considerando séptimo.

¹⁹ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 21.327-2014, de 2014, considerando 9; Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 369-2009, de 2011, considerando Trigésimo.

²⁰ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 10.884-2011, de 2012, considerandos 3, 4 y 7.

²¹ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 21.327-2014, de 2014, considerandos 9 y 10 del voto de disidencia.

- La magnitud e intensidad del daño ocasionado²².
- La sinergia generada entre daños de poca envergadura que ocasionan un daño de mayor relevancia.
- La permanencia del daño ambiental o la prevención de un daño significativo futuro.

Como se verá, si bien a la fecha existe una nutrida jurisprudencia en la determinación de daño ambiental dictada por la Corte Suprema, pareciera que el alcance de la significancia, sigue siendo un vocablo complejo y cuyos contornos no logran precisarse asertivamente. Lo anterior es evidente en las sentencias que se indican a continuación.

2. Caso Planta Tratamiento Nogales (Rol D N°17-2015, y Rol CSC N°37.273-2017).

2.1. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Resumen del caso

En mayo de 2015, la Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes y José Suárez Álvarez, interponen ante el 2° Tribunal Ambiental (en adelante TA), demanda de reparación de daño ambiental en contra de la Municipalidad de Nogales, en su calidad de titular de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de la localidad de El Melón²³ (PTA o planta de tratamiento, indistintamente), por la generación de daño ambiental a los componentes del medio ambiente, entre otros, al componente agua²⁴, específicamente, a los Esteros El Melón y El Garretón, los que se utilizan preferentemente para riego. El Tribunal Ambiental de Santiago dicta sentencia el 7 de julio de 2017, esto es, dos años después de su interposición.

2.2. Ponderación de la significancia en el componente agua

El TA construye un razonamiento lógico en cascada. Señala en primer lugar que para que exista responsabilidad debe existir siempre un daño, es decir, este “... es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad

22 Sentencia Corte Suprema, causa Rol N°10.884-2011, de 2012, considerando sexto.

23 De acuerdo a los antecedentes del caso, el año 1985, la planta de tratamiento inicia sus operaciones, utilizando un sistema de tratamiento mediante lagunas estabilizadoras. El año 1997, ante la necesidad de aumentar su capacidad de tratamiento, la Municipalidad de Nogales, obtiene la Resolución de Calificación Ambiental favorable N°42/1997 (RCA), por el proyecto denominado “Planta de Tratamiento de Aguas Servidas mediante biofiltro Dinámico en el Melón”.

24 Se considerará dicho componente en razón a que el Tribunal Ambiental configura daño ambiental a su respecto.

civil”²⁵. Luego, identificado el “daño” a un componente del medio ambiente, es necesario determinar si es o no de carácter ambiental. Para ello, como se señaló en la primera parte de este artículo, hay que recurrir a la definición legal de “daño ambiental”, contenida en el artículo 2° de la LBGMA, esto es, “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Lo anterior conlleva a la necesidad de identificar cuál es, en caso de la demanda interpuesta, la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del medio ambiente o de alguno de sus componentes y, luego determinar si aquel, es de una entidad suficiente, en razón a la exigencia de significancia contenida en la definición legal. Dicha exigencia referida a la “importancia del daño”, evidencia que la responsabilidad por daño ambiental, como se ha señalado, no aplica para cualquier afectación al medio ambiente, sino solo cuando dicha afectación es de importancia o de carácter considerable, pasando así a ser daño ambiental²⁶.

Luego, el TA indica y corrobora que dicha significancia es un concepto jurídico indeterminado, en razón a que, si bien es un elemento exigido en la definición núcleo -daño ambiental-, no define, ni presenta los elementos que la constituirían, siendo estos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.²⁷

Cabe precisar que la indeterminación indicada no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, la que debe ser precisada al momento de su aplicación, así “la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, por tanto, no de volición”²⁸.

El TA, en el caso de la especie, recurre para determinar la significancia al caso específico a criterios contenidos en derecho extranjero²⁹ y, a los fijados

25 Barros Bourie, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 215.

26 Bermúdez, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV, segunda Edición, 2014, pág. 401 y 402; Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 215 y 216.

27 Considerando Vigésimo sexto, sentencia Rol D N°17-2015, Segundo Tribunal Ambiental, caso Planta Tratamiento de Aguas Servidas, Municipalidad de Nogales.

28 García Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 15° edición, Civitas- Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 482, citado por Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 217.

29 La irreversibilidad del daño o que su reparación es de largo tiempo; daño a la salud, cada vez en que exista daño a la salud será significativo; forma del daño, cómo se manifiesta el efecto; dimensión del daño y, duración del daño, el que no necesariamente tiene que ser continuo, ya que daños intermitentes o eventuales también pueden considerarse significativos. Bermúdez, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV, segunda Edición, 2014, pág.401-404.

por la Corte Suprema. En estos últimos el TA, replicando a esta última, indica que son criterios asentados, la duración del daño; la magnitud del mismo; la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; la calidad o valor de los recursos dañados; el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último y, la capacidad y tiempo de regeneración³⁰.

Precisados los criterios comúnmente invocados por la Corte Suprema para la determinación de la significancia de la afectación alegada, el TA previene que la propia Corte Suprema ha delimitado, a su vez, el alcance de algunos de ellos, como es el vinculado a la magnitud y cantidad de recursos afectados, precisando que el Juez debe relevar más bien los aspectos cualitativos del daño más que los cuantitativos de la pérdida, disminución o detrimento³¹, como asimismo, debe considerar las especiales características del componente dañado o “las especiales características de vulnerabilidad”³².

Precisado el marco teórico-normativo y jurisprudencial de los elementos para la determinación del daño ambiental, el TA, en el caso Planta de Tratamiento Nogales, los aplica al caso sometido a su decisión considerando los siguientes puntos principales a resolver³³:

- Determinar si hay o no afectación a algún componente ambiental alegado en la demanda (agua) y, resuelto lo anterior, determinar,
- Si hay daño ambiental, para lo cual se debe determinar la significancia de la afectación.

Para lo anterior el TA pondera la prueba rendida³⁴, la que consistió respecto de ambas partes, tanto de prueba documental y testimonial³⁵. En relación a la prueba testimonial, esta es desechada por no aportar a juicio del TA,

30 Considerando Vigésimo octavo, sentencia Rol D N°17-2015, Segundo Tribunal Ambiental, caso Planta Tratamiento de Aguas Servidas, Municipalidad de Nogales, citando Sentencia Corte Suprema (SCS) Rol N°27.720-2014, de 2015, Considerando quinto.

31 SCS Rol N°5826-2009, de 2011, considerando séptimo; CSC Rol N°421-2009, de 2011, considerando undécimo y, una de las pioneras en dicho criterio en sentencia Rol N°612-1999, considerando 27, 2° Juzgado Civil de Puerto Montt.

32 SCS Rol N°5826-2009, de 2011, considerando séptimo; SCS Rol N°4033-2013, de 2013, considerando décimo quinto, sentencia de reemplazo; SCS Rol 32.087-2014, de 2015, considerando quinto; SCS Rol 3579-2012, de 2013, considerando quinto.

33 El TA precisa la configuración del daño ambiental es cuestión previa para luego determinar la responsabilidad y la causalidad en la generación del mismo. Considerando Sexagésimo noveno, de la sentencia Rol N° D N°17-2015.

34 El sistema de valoración de la prueba aplicable a los Tribunales Ambientales es la Sana Crítica, de acuerdo lo dispone el artículo 35 de la Ley N°20.600, que Crea los Tribunales Ambientales.

35 Considerandos Trigésimo cuarto a Trigésimo sexto, de la sentencia Rol N° D N°17-2015.

nada nuevo a lo contenido en la prueba documental acompañada. Respecto a la prueba documental rendida por la demandante, el TA concluye que esta no emana de “expertos” y, que las fotografías acompañadas no están georreferenciadas ni fechadas. Por su parte, respecto a la prueba del demandado, el TA la descarta por no estar directamente relacionada con lo demandado y, por contener errores metodológicos, por lo que en definitiva el TA, desestima la prueba para ambas partes, por cuanto, no entregan datos precisos ni concretos relativos a la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del componente agua, tanto superficial como subterránea, específicamente, al estero “El Melón”, y al estero “El Garretón”, por lo que no configura el daño ambiental alegado.

El TA en esta causa no realiza inspección propia.

Resulta relevante indicar que, si bien el TA excluye el daño ambiental, realiza las siguientes apreciaciones del caso:

- El incumplimiento normativo identificado al analizar la información entregada no implica necesariamente la concurrencia de un daño ambiental y que este debió ser acreditado por los demandantes³⁶.

- Está acreditado, por un lado, que desde el año 2011 se efectúan descargas sin tratar al estero “El Garretón” y, por otro lado, está acreditado la existencia de un conjunto de denuncias, fiscalizaciones e incumplimientos. No obstante, lo anterior, no permite establecer la existencia de daño ambiental.³⁷

Se relevan dichas conclusiones del TA, por cuanto, como se verá, son determinantes para la decisión de la Corte Suprema al conocer de los recursos de casación interpuestos en contra de la sentencia del TA.

2.3. Corte Suprema

La parte demandante³⁸ interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, que rechazó la demanda por no acreditarse la existencia del daño ambiental alegado.

La Corte Suprema (en adelante CS), resuelve contrariamente a lo sentenciado por el TA, es decir, que el daño ambiental se configura en la especie.

³⁶ Considerandos Cuadragésimo séptimo, Quincuagésimo noveno y Sexagésimo séptimo, todos de la sentencia Rol N° D N°17-2015.

³⁷ Considerando Quincuagésimo octavo, de la sentencia Rol N° D N°17-2015.

³⁸ Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes y José Suárez Álvarez.

Para arribar a dicha decisión la CS considera en lo medular que, el legislador incorporó un elemento normativo a la definición de daño ambiental, esto es, que sea significativo, lo cual exige ser interpretado a la luz de los principios y del alcance de la definición legal de medio ambiente y de la garantía constitucional a vivir en un ambiente libre de contaminación³⁹, lo que lleva necesariamente a sostener que la definición de medio ambiente, no es unívoca dado que “su fisonomía dependerá del área o elemento del “sistema global” que se pretenda proteger, los que atendida su naturaleza, se encuentra en constante modificación”⁴⁰. Así indica, que resulta esencial que el sentenciador – Tribunal Ambiental- considere parámetros, tales como, intensidad, duración, dimensión y zona geográfica de la contaminación, los efectos físicos o mentales y la situación general del medio ambiente.

Precisado lo anterior por la CS, establece que es un hecho indubitado que la Planta de Tratamiento vierte aguas servidas sin tratar al estero “El Garretón” desde el año 2011, lo que afecta significativamente el ecosistema del lugar en que se emplaza y, en especial, la vida de la población aledaña. Lo anterior lo sustenta en la misma prueba tenida a la vista por el TA, pero a diferencia de este último, la CS los pondera favorablemente, en el sentido que ella, en especial el Informe del año 2012, de la Contraloría General de la República de Valparaíso, y la sanción cursada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, permiten acreditar que se ha vertido sin tratar aguas servidas al estero “El Garretón”. Por otro lado, la CS reconoce que, si bien, como se ha sostenido consistentemente, la mera infracción no configura necesariamente daño ambiental, sí constituye un antecedente preponderante, que unido a otros elementos y circunstancias propias del caso, permiten configurarlo. Precisa que, es tarea del Tribunal Ambiental determinar el carácter de significativo del daño⁴¹, teniendo para ello en consideración, entre otros, los parámetros, la duración, la magnitud y extensión, los que deberá ponderar correctamente conforme a la sana crítica.

En la especie entonces para la CS, existe daño ambiental al componente agua, dado que se generó contaminación a los cursos de aguas que debían servir para riego, con el consiguiente daño potencial a la salud de las personas.

39 Considerando Octavo, Noveno y Décimo de la sentencia SCS Rol N°37.273-2017.

40 Considerando Décimo, de la sentencia SCS Rol N°37.273-2017.

41 Considerando Décimo cuarto, sentencia CS Rol N° 37.273-2017.

3. Caso Relleno Sanitario Santa Marta

3.1. Segundo Tribunal Ambiental (Rol D N°23-2016)⁴². Resumen del caso

El proyecto relleno Sanitario Santa Marta, consiste en la construcción, operación y abandono de un sitio de disposición final sanitaria de residuos sólidos urbanos en la zona sur de Santiago, ubicado en la comuna de Talagante y, se encuentra autorizado ambientalmente por varias Resoluciones de Calificación Ambiental.⁴³

Centenas de denunciantes interponen demanda por daño ambiental contra el Consorcio Santa Marta S.A., por la contaminación del agua, aire, suelo, paisaje, biodiversidad y al ecosistema en general, debido a la mala operación del proyecto Relleno Sanitario Santa Marta y, particularmente por el incendio en el referido relleno, de fecha 15 de enero de 2016, generado por el desprendimiento o deslizamiento masivo de residuos desde el eje central de la Quebrada El Boldal, el que provocó además, alarma pública por la contaminación atmosférica y, por la eventual crisis sanitaria que podía originarse.

Ambas partes acompañan prueba documental y testimonial⁴⁴.

3.2. Ponderación de la significancia del daño en el componente agua

Se hace presente que la sentencia del TA fue dictada con fecha 11 de mayo de 2018, casi un mes después de la sentencia dictada por la Corte Suprema (2 de abril de 2018), en el caso Planta de Tratamiento Nogales, siendo ello relevante para comprender las similitudes de esta última en relación a la vinculada al relleno Santa Marta y, especialmente, para comprender el cambio de ponderación que hace el TA en dicho caso.

En lo que interesa para este artículo, el TA, para efectos de determinar la existencia o no de daño ambiental, inicia su razonamiento replicando lo indicado en la sentencia Rol D N°17-2015 (caso Planta de Tratamiento Nogales), en cuanto a los criterios contenidos en derecho extranjero como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, con el fin de determinar la significancia del

⁴² Respecto de esta sentencia se presentó recurso casación con fecha 3 de febrero de 2016, sin ser resuelto a la fecha de este artículo.

⁴³ Se identifican la Resoluciones de Calificación Ambiental del proyecto en el Considerando Decimoquinto de la sentencia Rol D N°23-2016.

⁴⁴ Considerandos Vigésimo Séptimo a Trigésimo tercero, todos de la sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

daño⁴⁵. Luego, analiza cada componente ambiental alegado por la demandante y sobre el cual existiría daño ambiental⁴⁶.

En relación al componente agua, se alega la afectación, en razón al afloramiento y acumulación de lixiviados no tratados, los que infiltran en las napas subterráneas y escurren además hacia los canales de regadío situados aguas abajo. Dicha afectación se produce por el vertimiento de líquidos percolados sin tratar en las Quebradas El Aguilar y El Boldal.

El TA realiza, a diferencia del caso de la Planta de Tratamiento Nogales, una inspección en terreno, constatando que el efluente del tratamiento secundario es del mismo color que los lixiviados⁴⁷. Además, tuvo especialmente a la vista los antecedentes existentes en el marco de la medida provisional ordenada por la Superintendencia del Medio Ambiente, dictada en razón al mismo incidente del deslizamiento de residuos y, compiló y evaluó los datos de calidad del efluente del sistema de tratamiento de lixiviados, como asimismo, los monitoreos de la calidad superficial y subterránea aguas abajo del relleno, durante el período de enero y diciembre de 2016⁴⁸, realizados por laboratorio acreditado⁴⁹.

El TA desecha la información de la demandada porque no disponía de georreferenciación, o porque presentaba deficiencias metodológicas, aplicando mismo razonamiento de estándar probatorio que en el caso de PTA Nogales, esto es, se excluye la prueba que no dispone de elementos de seriedad suficientes, que permitan al TA considerarla para su ponderación.

Del análisis realizado por el TA, este llega a las siguientes definiciones:

- Existen reiteradas excedencias, en 5 de los 25 parámetros analizados (calidad del efluente- descarga en la Quebrada El Aguilar), de la norma de emisión aplicable.⁵⁰

45 Considerandos Decimosexto a Vigésimo tercero, de la sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

46 Sólo se abordará el componente agua en razón a que es el único que configura el Tribunal Ambiental.

47 Considerando Trigésimo sexto, sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

48 Analizó un total de 211 datos de monitoreo que cubrían 25 parámetros normados. Además, consideró el resultado del análisis de la calidad de agua en 10 informes de la PDI con 32 parámetros. Considerando Cuadragésimo.

49 Considerando Trigésimo noveno, de la sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

50 D.S. N°90/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Norma de emisión para la Regulación de contaminantes asociados a las Descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.

- Existen reiteradas excedencias en relación a la norma aplicable⁵¹, en aguas superficiales de los cursos naturales y artificiales que reciben el efluente.

- Existen excedencias en la calidad de aguas subterráneas, de acuerdo a la norma aplicable.⁵²

- Al comparar la línea de base de calidad del agua consignada en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la RCA N°433/2001, con las concentraciones medidas en el monitoreo posteriores al derrumbe de 2016, existen excedencias mayores aún.

- Se verifica un deterioro de la calidad de las aguas de riego y para consumo humano, por al menos un año desde el derrumbe.

Finalmente, el TA determina, que a consecuencia de las reiteradas superaciones de ciertos parámetros⁵³, existe evidencia concluyente para configurar daño ambiental, en las aguas superficiales, tanto en el efluente como en las quebradas El Boldal y El Aguilar, que reciben dicho efluente, como en las aguas subterráneas, en razón a la defectuosa operación de la planta de tratamiento del relleno sanitario y por el escurrimiento de percolados por las quebradas a raíz del deslizamiento de la masa de residuo.

Para lo anterior, el TA recurre al razonamiento realizado en la sentencia de la Corte Suprema por la Planta de Tratamiento Nogales (Rol N°37.273-2017), en orden a afirmar que la definición de medio ambiente, no es unívoca, que requiere para su correcta aplicación, las consideraciones propias del caso⁵⁴, y a los criterios en ella señalados, entre los que destaca, la persistencia del incumplimiento⁵⁵, la afectación de la calidad del agua para el riego y para el consumo humano⁵⁶, el que se tradujo en la imposibilidad de prestar los servicios ambientales que anteriormente era capaz de proveer, por lo que respecto a dicho componente se configura daño ambiental.

Dicha sentencia dispone un voto de disidencia, del Ministro Sr. Alejandro Ruiz, que discurre en una idea central, cual es que “el régimen de responsabilidad por daño ambiental está concebido como una institución de ultima ratio,

51 Norma Chilena N°1333, de 1978, (Nch 1333/78), Norma Chilena sobre requisitos de calidad del agua para diferentes usos”.

52 Norma Chilena N°409, de 2001, (Nch 409/01), Norma de Calidad del Agua Potable.

53 Parámetros cloro y sólidos disueltos en concentraciones superiores a las Nch 1333/78 y 409/01, y asimismo, la superación al D.S. N°90, de 2000, en parámetros como aluminio, cloruro, sulfatos, cromo, hierro, cobre, entre otros.

54 Considerando Sexagésimo Segundo, sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

55 Considerando Sexagésimo tercero, sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

56 Considerando Sexagésimo cuarto, sentencia Rol D N°23-2016, Segundo Tribunal Ambiental.

debiendo recurrirse a otras herramientas más eficientes para las fases anteriores al daño, como puede ser la evaluación ambiental de impactos no previstos, la caracterización y el análisis de riesgos, la iniciación de un procedimiento sancionatorio, etc.”⁵⁷. Ahora bien, si bien el voto de minoría no desarrolla cómo dichos elementos inhiben, limitan o anulan la responsabilidad por daño ambiental, o cómo se relacionan con la demanda de daño ambiental, pareciera sostener, sin matices, que la institución del “daño ambiental”, no debiera configurarse si la actividad que lo generaría está autorizada ambientalmente o respecto de ella la Superintendencia ha intervenido, a través por ejemplo de la aprobación de un Programa de Cumplimiento. Lo anterior es contrario al funcionamiento de las instituciones ambientales y a su regulación legal, como asimismo, a lo que el propio TA ha resuelto en casos como Pampa Camarones Rol N°51-2014⁵⁸, al propio caso de la PTAs, en razón a que en este último caso, resuelve la demanda de daño ambiental, aun cuando la SMA no había ejercido sus competencias sancionadoras, y a lo sostenido por la doctrina⁵⁹.

Por otro lado, el voto de minoría, si bien coincide con el voto de mayoría, en el hecho que está acreditada la ocurrencia de excedencia de los parámetros, incumpliendo la norma de emisión aplicable y la NCH 1333/78, estos no permiten sustentar el daño ambiental, dado que, dichos incumplimientos fueron puntuales y referidos a parámetros o compuestos que no generan riesgo a la salud de las personas, precisando, “Que en el caso de marras no concurre un presupuesto básico cual es la existencia de una infracción establecida por autoridad competente. Por lo tanto, para que superaciones de norma lleguen a ser constitutivas de daño ambiental, requieren revestir condiciones de gravedad, persistencia y evidencia tales que permitan soslayar que ellas no han sido objeto aun de reproche jurídico, teniendo en especial consideración que la operación del Relleno Sanitario Santa Marta, se encuentra bajo el imperio del derecho y que constituye un proyecto actualmente en ejecución. En particular, debe tenerse en cuenta que, habiendo sido puestos en conocimiento de la autoridad fiscalizadora los antecedentes que informan las superaciones constatadas, aquella no ha tomado medida alguna a este respecto”⁶⁰.

57 Voto de Minoría, Considerando 49°, sentencia CSC Rol D N°23-2016.

58 Considerandos Septuagésimo cuarto y siguientes, sentencia Rol N°51-2014, confirmada por CS en sentencia Rol N°41.815-2016. Rol

59 Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, págs. 399 a 440.

60 Considerandos de disidencia desde 39°, de la sentencia Rol D N°23-2016.

El voto discurre nuevamente en un supuesto errado, esto es, considerar que, si la Autoridad Administrativa fiscalizadora ejerció sus atribuciones en relación al proyecto sin adoptar medida alguna, ello sería un elemento determinante para descartar el daño ambiental, lo cual, al igual que la idea anterior, devela confusión de ciertas instituciones y su interrelación, como por ejemplo, los principios que sustentan el sistema de evaluación de impacto ambiental, las competencias fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente y, su relación, con la responsabilidad por daño ambiental de la LBGMA o, expresado de otra manera, la diferencia entre conceptos como impacto, contaminación y daño ambiental.⁶¹

3.3. Corte Suprema

Con fecha 30 de mayo de 2019, Consorcio Santa Marta S.A., interpuso ante la Corte Suprema, recurso de casación en la forma y en el fondo, en contra de la sentencia en comento, los que son resueltos, con fecha 9 de septiembre de 2019, rechazando los recursos y, confirmando lo resuelto por el 2° TA. Se trata de una sentencia breve, acotada, sin discusión en relación a la significancia del daño a los distintos componentes ambientales. El principal aspecto sostenido por la Corte Suprema se refiere a que existe una relación íntima y directa, entre las medidas innovativas decretadas por el Tribunal⁶² y el daño ambiental

61 Femenías, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, págs. 406 a 440; Boettiger, Camila, “Daño ambiental: Las lecciones del caso “Embalse Pitama”, en A. Fernadois, R. Delaveau y S. Baeza (ed.), Sentencias Destacadas 2011 (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 259-286.

62 La sentencia del 2° TA decreta como medida cautelar innovativa respecto al componente suelo y agua, la siguiente: “i) la empresa deberá realizar en un plazo de 120 días un análisis de riesgo que considere un estudio significativo, a cargo de entidad externa e independiente, de toda la superficie que estuvo en contacto directo con los residuos que traspasaron el muro de contención y afectaron la Quebrada El Boldal (1.2 hectáreas), así como en lugares cercanos no afectados que sirvan como referencia de comparación. Dicho estudio debería determinar la profundidad del suelo afectado, así como eventuales excedencias de parámetros distintivos en los lixiviados, en el suelo natural de dicha quebrada y en las aguas subterráneas. La presencia de marcadores por encima de los niveles en que ellos se encuentran en el suelo neutral y en las aguas subterráneas no afectadas, será considerada evidencia de contaminación. ii) el suelo afectado deberá ser retirado y dispuesto en el relleno si su calidad química lo permite, en un plazo no superior a 6 meses. Asimismo, la totalidad del área excavada deberá ser cubierta con una capa de suelo limpio, que será debidamente compactada. iii) en caso de afectación de las aguas subterráneas de la referida superficie, la empresa deberá asegurar que su calidad cumpla con la normativa vigente o de referencia al efecto. iv) la realización de un estudio y el retiro del suelo afectado, así como el eventual manejo de las aguas subterráneas, serán supervisados por la Superintendencia del Medio Ambiente y por cualquier otro organismo sectorial que ésta determine. En relación al funcionamiento del sistema de tratamiento terciario, se decreta la siguiente medida cautelar innovativa: i) la demandada deberá realizar un estudio técnico de funcionamiento del sistema, a cargo de una entidad externa e independiente, que considere sus resultados desde que entró en operación. Si a partir de sus conclusiones se hacen necesarios cambios de consideración sobre determinadas partes, obras o acciones del sistema de tratamiento, será necesaria la modificación de la Resolución de Calificación Ambiental N°417/2005. ii) el estudio deberá ser realizado en el plazo de 120 días desde que la senten-

en el componente agua, lo cual es razón suficiente para descartar la casación en el fondo interpuesta.

4. Algunas conclusiones

A partir del desarrollo jurisprudencial de las sentencias referidas a daño ambiental, especialmente, de la Corte Suprema, es posible sostener que existe una jurisprudencia sistemática y consistente en orden a identificar cuáles deben ser los criterios o parámetros para definir si una afectación o daño al medio ambiente o a uno de sus componentes ha sido “significativo”. No obstante, su determinación sigue siendo el elemento más complejo de definir y, que si bien, las decisiones de la Corte Suprema, han ido consolidando un alcance del criterio, su aplicación hoy en los Tribunales Ambientales es errática aún. Lo anterior en parte se debe no solo por el hecho de ser un concepto jurídico indeterminado, sino también porque muchos de los criterios definidos por la CS reposan, a su vez en conceptos jurídicos indeterminados. Además, pareciera influir no solo las circunstancias propias del caso, cuestión evidente y fundamental⁶³, sino que también otros elementos, como, por ejemplo, circunstancias extrajudiciales⁶⁴ o incluso la composición del Tribunal Ambiental que decide⁶⁵.

Todo lo anterior es evidente en los dos fallos indicados. Si bien, tienen elementos comunes, contaminación de cursos de agua, incumplimiento de normas, afectaciones en las actividades habituales, o en el uso del recurso, entre otros elementos, el TA resuelve de manera diversa.

Los TA debieran ir más a los precedentes jurisprudenciales de la CS en materia de daño ambiental, por cuanto, allí se encuentra “el núcleo” del razonamiento para la determinación del “daño ambiental”, o las bases centrales para aplicarlos al caso concreto. Dicho núcleo está contenido por los principios del derecho ambiental, por el alcance amplio de la definición legal de

cia quede firme y ejecutoriada. Iii) la supervisión de la realización del estudio y la implementación de las medidas que sugiera, estará a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, en coordinación con la Superintendencia del Servicios Sanitarios y con cualquier otro organismo sectorial que aquella determine.”

- 63 La determinación de la significancia del daño ambiental el Tribunal debe hacerla de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.
- 64 Conmoción pública; contingencia política; mayor conciencia respecto a la necesidad o a la valoración de especies, ecosistemas o lugares.
- 65 El sistema de designación de los jueces de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N°20.600 y, la existencia de tres Tribunales Ambientales, promueven cambios intempestivos de jurisprudencia o contradictoria, incluso dentro de un mismo tribunal o entre ellos.

medio ambiente y, por la garantía constitucional a vivir en un ambiente libre de contaminación. Dicha triada, permitirían realizar, a partir de los supuestos propios del caso particular, una más acertada ponderación de la significancia.

Por otro lado, resulta interesante lo señalado por la CS en la sentencia referida a la PTA, en cuanto a que el TA debe “determinar el carácter de significativo del daño”⁶⁶. Los TA ambientales, debieran adoptar un rol activo en lo que se refiere a la generación de prueba, ello considerando especialmente la gran asimetría de información, de acceso y de generación de la misma. Sin decirlo expresamente, la CS reitera la propia jurisprudencia del TA, en el sentido de no exigir el cumplimiento rígido de los requisitos de las demandas por daño ambiental, ni someterlos a exigencias exorbitantes, rígidas o sacramentales, ni menos efectuar una interpretación restrictiva de sus presupuestos⁶⁷, por tanto, asume claramente en la especie, la necesidad de avanzar hacia una justicia ambiental más sustantiva, desde una perspectiva del acceso a la jurisdicción, y no meramente nominal o formalista.

66 Considerando Décimo cuarto, sentencia CS Rol N° 37.273-2017.

67 Sentencia Tercer Tribunal Ambiental Rol N° D 30-2017, de 8 de agosto de 2019.

LITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO A PROPÓSITO DE LA DEFORESTACIÓN DEL AMAZONÍA COLOMBIANA

*Pilar Moraga Sariego*¹

La Amazonía es una zona del planeta especialmente sensible en materia de cambio climático, dado su aporte en la captura de (CO)₂. Es por eso que su deforestación es considerada una contribución directa al agravamiento del cambio climático, lo cual ha motivado legislación especial destinada a su protección, como en el caso de Colombia. En base a ese marco legal nacional y a los compromisos internacionales adoptados por ese país, un grupo de jóvenes y niños presentan una acción de tutela contra del Estado colombiano por la tala ilegal en la selva de la Amazonía, cuestión que a su juicio, contribuiría a aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel global y con ello, a profundizar el fenómeno del cambio climático.

Dicha decisión se enmarca en una tendencia jurisprudencial de los Tribunales colombianos, que interpreta el derecho a vivir en un ambiente sano a la luz de enfoque ecocéntrico y reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho, lo cual lleva a la literatura especializada en litigación climática a considerarlo como un caso emblemático.

En ese orden de ideas, el presente trabajo propone un análisis del este caso a la luz de este cambio de paradigma en la comprensión del derecho a vivir en un ambiente sano que desde ahora, se extiende a las especies humanas y no humanas. Para ello se comenzará primero por una caracterización de la litigación climática y el caso colombiano (1), para luego avanzar en el análisis del enfoque ecocéntrico en la jurisprudencia, como un ejercicio de adaptación de los conceptos jurídicos tradicionales a las problemáticas del cambio climático (2)

¹ Profesora Asociada de la Facultad de Derecho-Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Se agradece a los Centros Fondap N°1511019 y 1511009.

1. La litigación climática a la luz del caso colombiano

La litigación climática no es una cuestión reciente y los estudios se centran principalmente en la experiencia de los países del norte (1.1), sin embargo los últimos años han estado marcados por casos emblemáticos del sur, particularmente el de la deforestación de la Amazonía colombiana (1.2).

1.1. La litigación climática

Pese a que la litigación climática se analiza por parte de la doctrina desde hace más de dos décadas, su concepto aun no es uniforme². Mientras para algunos se trata de aquellos casos que mencionan explícitamente el cambio climático, para otros, tal perspectiva tiene el defecto de dejar fuera numerosos casos vinculados directamente con esta cuestión, como por ejemplo, los relacionados con plantas eléctricas a carbón. Otros, identifican la litigación climática con las causas de daños y pérdidas provocados por este fenómeno o aquellas en que los demandantes apoyan y/o reprochan la regulación de reducción de gases de efecto invernadero (GEI)³.

Sin perjuicio de lo anterior y cualquiera que sea el concepto preciso de litigación climática, es posible señalar que la literatura existente en la materia (130 artículos entre 2000 y 2018⁴) se enfoca mayoritariamente en los litigios del hemisferio norte, lo cual se explica por los catastros disponibles. En este sentido, un reciente estudio aborda 1.328 casos de litigación climática alrededor del mundo, de los cuales 1.023 tienen lugar en Estados Unidos, identificándolo como uno de los países en el cual es posible encontrar mayor cantidad de casos climáticos, pese a reconocer un incremento en países de ingresos bajos y medios⁵. Respecto de estos últimos, se identifican ciertas características particulares en atención, por ejemplo, a la especial situación de vulnerabilidad de su población frente a los impactos del cambio climático. A su vez destaca una tendencia de la jurisprudencia climática desarrollada en esos países, a insertar la controversia climática en contextos más amplios, vinculados con la protección ambiental, el manejo del uso de la tierra, el manejo de desastres, la conservación de recursos naturales y la protección de derechos constitucionales. Respecto de este último aspecto, la literatura subraya

2 Setzer, J. (2019) et al., p.4.

3 Setzer, J. (2019) et al., p.4.

4 Setzer, J. (2019) et al.

5 Setzer, J. (2019-2) et al., p.7.

el hecho que los peticionarios persigan cada vez más, la protección “de derechos” en las demandas de cambio climático, así como una creciente receptividad de las mismas por parte de los tribunales de justicia⁶.

En relación a la motivación de la litigación climática, la literatura ha identificado varias razones que incentivan el inicio de acciones judiciales en este ámbito, que se vinculan primero, a la ausencia de marcos jurídicos a nivel internacional y nacional y luego, a la necesidad de exigir el cumplimiento de los mismos. Destaca en este sentido, el fracaso de la comunidad internacional durante la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), sostenida en Copenhague en 2009, que no logró alcanzar un acuerdo para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), lo cual explica, para algunos, el aumento de litigios en este ámbito. Otra de las motivaciones que explicaría la litigación climática es la escasez de la legislación a nivel interno, lo cual invitaría a los litigantes a llenar los vacíos legales a través de la jurisprudencia. Sin embargo, luego del Acuerdo de París que plantea la necesidad de abordar las problemáticas legales del cambio climático a través de los marcos jurídicos internos y entrega a los Estados la definición de su nivel de ambición en materia de mitigación, se observa una nueva motivación para litigar, vinculada esta vez, al cumplimiento de dicho Acuerdo y a la legislación dictada en relación a éste. Al respecto cabe resaltar, que se han identificado más de 1.500 políticas climáticas y leyes en todo el mundo y que todos los países que forman parte del Acuerdo de París, cuentan al menos, con una ley de cambio climático o ley de transición a una economía baja en carbono⁷. El caso de la deforestación de la Amazonía colombiana es un buen ejemplo de lo anterior.

En cuanto a las características de la litigación climática destacan diversos análisis realizados por la literatura⁸, enfocados en el objetivo que persigue el demandante, el fundamento jurídico de las partes y/o en el perfil de los demandantes y demandados.

En cuanto al objetivo de la litigación climática, la literatura identifica diversas motivaciones, entre las cuales se encuentran: la falta de acceso a la

6 Peel, J. et al., (2018).

7 Setzer, J. (2019) et al., p.7.

8 Vanhala, L., Hilson, C. (2013). “One of the key issues that arises in academic scholarship on climate change litigation is what counts as such litigation. Although a significant amount of the existing academic literature on climate change litigation involves coming up with “typologies” of it, there are relatively few examples of definitional analysis (cf. Markell and Ruhl 2012; Hilson 2010).

información; la débil o ausente implementación de políticas públicas o normas jurídicas por parte del Estado; la falta de protección de la población frente a los daños y pérdidas sufridas como consecuencia de los impactos del cambio climático, aunque reconoce que la mayoría se refiere a problemas administrativos vinculados a proyectos específicos⁹.

A su vez, el fundamento jurídico de las demandas que conocen los tribunales de justicia se basa en normas de la responsabilidad civil, normas constitucionales y de los derechos humanos, normas ambientales sectoriales, entre otras.

Por último, en cuanto a los sujetos demandantes y demandados, la experiencia comparada evidencia demandas de privados contra empresas o contra el estado, así como de estados federales o gobiernos locales contra el gobierno central, entre otros.

Adicionalmente, es necesario destacar que gran parte de los litigios considerados climáticos, no tienen el foco puesto en la cuestión climática propiamente tal, la cual hasta ahora, se ha abordado más bien de manera tangencial¹⁰, salvo ciertas excepciones. Entre estas últimas destaca el fallo dictado por la Corte Suprema colombiana (abril 2018).

1.2. El caso de la deforestación de la Amazonía colombiana

El caso de la deforestación de la Amazonía colombiana ha sido reconocido por la literatura como un ejemplo emblemático de litigación climática¹¹. Éste se inicia a través de una acción de tutela, presentada por un grupo de jóvenes y niños, entre 7 y 25 años de edad, contra el Estado colombiano y ciertos gobiernos locales, por no haber tomado las medidas necesarias para evitar la deforestación en la Amazonía colombiana, lo cual contribuiría a aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel global.

La demanda se funda en el derecho a la vida, la salud, pero también en el derecho a gozar de un ambiente sano, reconocido como un derecho de rango constitucional, contenido en el capítulo III de la Carta Magna, regulador de

9 Ibidem, p.14

10 “In fact, in over three-quarters of the cases (77 per cent) climate change is only at the periphery of the argument. On the one hand, this suggests that the majority of the cases classified as climate litigation today are not core climate change cases, but cases that acknowledge climate change as a relevant factor. On the other, even if climate change is a peripheral issue, the judiciary is increasing exposed to climate change arguments in cases where, until recently, the environmental argument would not have been framed in those terms”, Nachmany, M., Fankhauser, S., Setzer, J., and Averchenkova, A. (2017) p.13.

11 Setzer, J., et al., (2019).

los derechos colectivos y del ambiente como lo dispone el artículo 79 de la Constitución Política de Colombia¹²: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. A su vez destaca el deber del Estado de: “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (artículo 79 de la Constitución Política de Colombia); planificar “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” y de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas” (artículo 89 de la Constitución Política de Colombia).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia considera la idoneidad de la acción de tutela constitucional presentada por los jóvenes y niños y al respecto señala que ésta procede en lugar de la acción popular, toda vez que el menoscabo de intereses grupales infringe consecuentemente garantías individuales.

Por su parte, la doctrina explica que dicho enfoque de la litigación climática, fundamentada en el no respeto de los derechos fundamentales se explica por los problemas de eficacia de la gobernanza internacional: “Ante la frustración que genera la poca efectividad de la arquitectura climática global, y considerando los efectos que se proyectan para la seguridad humana en general y en especial para los países en desarrollo, se ha comenzado a discutir, desde organizaciones de la sociedad, agencias internacionales y académicos, el tratar las consecuencias del cambio climático desde una perspectiva centrada en los derechos humanos”¹³.

Además, cabe resaltar que los accionantes subrayan los compromisos asumidos por el Estado de Colombia en el marco de la Ley 1.753 de 2015 (sobre Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018) y del Acuerdo de París de lograr la “(...) reducción de la deforestación y de emisión de gases de efecto invernadero en un contexto de cambio climático (...)”, entre los cuales destaca la obligación de disminuir “la tasa neta de deforestación a cero en la Amazonía colombiana para el año 2020”, pese a lo cual se produjo un aumento del 44% respecto

¹² STC4360-2018, p.29.

¹³ Le Clercq (2011) p.388.

a la cifra reportada en 2015, de las cuales 70.074 hectáreas corresponden a la Amazonía¹⁴.

A su juicio, este hecho tendría efectos sobre todo el territorio colombiano en los siguientes aspectos: “1) La alteración negativa del ciclo del agua; 2) la alteración de los suelos a la hora de captar y absorber agua cuando llueve (y las consiguientes inundaciones que esto genera); 3) los cambios en los suministros de agua que llegan a los páramos y que a su vez proveen agua para las ciudades donde viven los accionantes; y 4) el calentamiento global, a causa de las emisiones de dióxido de carbono, que en condiciones de no deforestación se encuentra almacenado en los bosques”. En este marco, solicitan “(...) evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable: el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, principal causa del cambio climático, como consecuencia del aumento del 44% de la tasa de deforestación y la destrucción de la Amazonía colombiana (...)”¹⁵.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia revierte el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y acoge la acción de tutela presentada, reconociendo el nexo causal entre la deforestación de la Amazonía y el incremento de gases de efecto invernadero, lo cual a su juicio provoca un perjuicio inminente y grave, no sólo a los accionantes, sino a todos los habitantes del territorio colombiano y a las generaciones presentes y futuras.

Para ello la Corte fundamenta su decisión en un enfoque ecocéntrico del derecho a gozar de un ambiente sano, el principio de solidaridad y equidad intergeneracional, en un contexto jurisprudencial que reconoce los derechos de la naturaleza, tal como se analiza a continuación.

2. Ecocentrismo y naturaleza como sujeto de derechos

La Corte Suprema de Colombia construye el razonamiento que acoge la acción de tutela en el caso en comento, sobre la base de una interpretación del derecho a gozar en un ambiente sano realizada a la luz del enfoque ecocéntrico. En tal contexto resulta pertinente preguntarse cuáles son los beneficios o la necesidad de avanzar desde la interpretación antropocéntrica hacia una visión ecocéntrica de los derechos humanos en el marco de la litigación climática (2.1) y el consecuente reconocimiento de los derechos de la naturaleza (2.2).

¹⁴ STC4360-2018, p.2.

¹⁵ STC4360-2018, p.3.

2.1. Por qué el enfoque ecocéntrico de los derechos humanos es más adaptado a la problemática del cambio climático

El derecho ambiental se construye sobre la base de una visión antropocéntrica del mundo, en el marco de la cual la protección del medio ambiente se concibe en relación al ser humano, tal como lo expresa el principio 1 de la Declaración de Río: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

Sin embargo, la evolución del problema ambiental que se ha transformado en una crisis planetaria marcada por la actividad humana, que se manifiesta a través de los altos niveles de consumo, el crecimiento demográfico, la contaminación atmosférica, de las aguas y los océanos, sumado a un clima cambiante, trae de vuelta la discusión en torno al ecocentrismo¹⁶.

Una parte del debate se presenta justamente a propósito de los derechos humanos en el contexto del cambio climático, que para algunos deja en evidencia su ineficacia, frente a la necesidad de responder a los desafíos de la mitigación de gases de efecto invernadero y adaptación de sus efectos. Lo anterior se explicaría por las propias características de este problema complejo, dados los impactos que provoca, su alcance planetario y de largo plazo, sumado a altos niveles de incertidumbre¹⁷. Para Kotzé esta realidad plantea desafíos para los derechos humanos frente a la realización de los principios de equidad inter e intra generacional y de justicia en materia ambiental¹⁸. En este sentido, nos propone una reorientación ecológica de los derechos humanos que centre la atención, puesta hasta ahora de manera exclusiva en las necesidades humanas, en el respeto de los límites de la vida de la tierra, los sistemas y la integridad ecológica de otras especies, además del cuidado por el bienestar humano¹⁹.

En esta misma perspectiva la Corte Suprema de Colombia subraya la responsabilidad del ser humano en la crisis planetaria actual, y en atención a ello, la necesidad de transitar a un enfoque ecocéntrico del derecho a vivir en un ambiente sano. Dicha situación se explicaría por la posición hegemónica de la humanidad a nivel planetario y “la adopción de un modelo antropocéntrico

16 Gallardo, L., (2019).

17 Arnold (2011).

18 Kotzé (2014) p.257.

19 Gear (2013) p.III.

y egoísta, cuyos rasgos característicos son nocivos para la estabilidad ambiental, a saber: i) el desmedido crecimiento demográfico; ii) la adopción de un vertiginoso sistema de desarrollo guiado por el consumismo y los sistemas político-económicos vigentes; y iii) la explotación desmedida de los recursos naturales”²⁰. Por ello, el máximo Tribunal hace un llamado a cambiar nuestros comportamientos sobre la base de: “movimientos favorables a una nueva ideología de sociedad “ecocéntrica antrópica”, que supere la desmedida “homomensura”, “autista” del antropocentrismo; que tome en consideración al medio ambiente dentro del ideal de progreso y de la noción efectiva de desarrollo sostenible, para alcanzar “(...) un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir (...)”²¹. Así las cosas, el ecocentrismo permitiría trascender de la perspectiva antropocéntrica y enfocarse en el criterio “ecocéntrico- antrópico”, “el cual sitúa al ser humano a la par del entorno ecosistémico, cuya finalidad es evitar el trato prepotente, displicente e irresponsable del recurso ambiental, y de todo su contexto, para satisfacer fines materialistas, sin ningún respeto proteccionista o conservacionista”²².

Para la Corte, tal enfoque ecocéntrico encuentra su fundamento en el propio texto constitucional, conforme lo establece la jurisprudencia de ese país, que la califica de “constitución ecológica”, elevando el “ambiente” a la categoría de derecho fundamental: “la constitución colombiana es calificada como constitución ecológica que ha avanzado hacia una perspectiva ecocéntrica”. En ese sentido, La Corte indica que la Carta fundamental reconoce la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, espiritual y cultural. Según lo anterior, la naturaleza y el medio ambiente serían un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano, cuya importancia recae en la necesidad de los seres humanos de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, los cuales son merecedores de protección en sí mismos²³. En dicho contexto, la protección del medio ambiente

20 STC4360-2018, p.16.

21 STC4360-2018, p.16-17.

22 STC4360-2018, p.21.

23 STC4360-2018, p.40.

constituye además una obligación de las autoridades y propósito fundamental de la actividad estatal, la sociedad y los particulares²⁴. A su vez, relaciona esta óptica con los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7° Superior)” 1-871, los cuales reconocen los derechos de la naturaleza, también denominados derechos bioculturales²⁵.

Así las cosas, es posible afirmar que para los tribunales colombianos la necesidad de transitar hacia un enfoque ecocéntrico en la comprensión de los derechos humanos, encuentra su origen en las consecuencias nefastas de l antropocentrismo sobre el medio ambiente, así como en la interdependencia entre todos los seres vivos de la tierra (humanos y no humanos), los que forman, en conjunto, el ecosistema global, en el marco del cual el ser humano dejaría de ser concebido como dominador de la naturaleza.

Esta concepción conlleva ciertas consecuencias como lo es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en una dimensión de largo plazo y equidad entre generaciones.

2.2. Consecuencias del enfoque ecocéntrico

El desarrollo argumentativo de la Corte Suprema colombiana relacionado con el enfoque ecocéntrico del derecho a un ambiente sano, que ubica al ser humano como parte de la naturaleza, significa a su vez reconocer los derechos de las especies no humanas, lo cual en la actualidad es una tendencia jurisprudencial en ese país, marcada en un inicio por la sentencia del Río Atrato (2016)²⁶, luego reafirmada por la sentencia del Páramo de Pisba (2018)²⁷ y del Río Cauca (2019)²⁸. En este sentido se señala, que: “siguiendo la tesis sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016 relacionada con el reconocimiento de la naturaleza como auténtico sujeto de derechos (...)”²⁹.

Según este enfoque la protección de los preceptos iusfundamentales consideraría a cada persona, pero también al “otro”, al “prójimo”: las demás personas que habitan el planeta, y las otras especies animales y vegetales³⁰, inclu-

24 STC4360-2018, p.30 en relación al fallo de la Corte Constitucional C-449 de 2015, reiterada en el fallo C-389 de 2016.

25 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-622 de 2016, 10 de noviembre de 2016, p.135 y sgtes.

26 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-622 de 2016, 10 de noviembre de 2016.

27 Tribunal Administrativo de Bogotá, 15238 3333 002 2018 00016 01, 9 de agosto de 2018.

28 Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil de Decisión, 2019-076, 17 de junio de 2019.

29 STC4360-2018, p.39.

30 STC4360-2018, p.18, 5.2.

yendo las generaciones futuras o “sujetos aún no nacidos”, que según lo indica la Corte, “merecen disfrutar de las mismas condiciones medioambientales vividas por nosotros”³¹.

El resguardo y respeto de los intereses de las especies humanas y no humanas, presentes y futuras, encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, pues para la Corte el sistema planetario no le pertenece exclusivamente a la humanidad y “el ser humano “forma parte de la naturaleza “siendo”, a su vez, naturaleza”³². En el caso concreto, el principio de solidaridad se traduce, a juicio de la Corte, en “el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano en detener las causas que provocan las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) provocada por la abrupta reducción boscosa de la Amazonía”³³ y así, proteger el derecho de los tutelantes, pero también de “las demás personas que habitan y comparten el territorio amazónico, no solo el nacional, sino el extranjero, junto con todos los pobladores del globo terráqueo, incluido, los ecosistemas y seres vivos”³⁴.

El desarrollo de una obligación de solidaridad directa entre el ser humano y la naturaleza por parte de la Corte Suprema Colombiana, es considerado como un nuevo entendimiento socio-jurídico, según el cual la naturaleza deja de ser considerada únicamente como el ambiente y el entorno de los seres humanos y pasa a ser considerado como “sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados”.

Es bajo esta perspectiva que finalmente la Corte Suprema Colombiana reconoce a la Amazonía colombiana como: “entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del estado y las entidades territoriales que la integran”³⁵.

Esto significa “una serie de obligaciones de protección y garantía del medio ambiente a cargo del estado quien es el primer responsable de su amparo, mantenimiento y conservación, que debe materializar a través de políticas ambientales responsables (...)”³⁶. Esto se traduce en: la obligación de elaborar un plan de acción de corto, mediano y largo plazo que contrarreste la tasa de

31 STC4360-2018, p.19.

32 STC4360-2018, p.21.

33 STC4360-2018, p.37, II.3.

34 STC4360-2018, p.37, II.3.

35 STC4360-2018, p.45.

36 STC4360-2018, p.41, en relación a sentencia de la Corte Constitucional T-622 de 2016.

deforestación en la Amazonía, de parte de varias autoridades públicas, así como la elaboración de “un pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano-PIVAC” y actualización e implementación de Planes de Ordenamiento Territorial que contengan un plan de reducción de la deforestación³⁷.

Conclusiones

El caso de la deforestación de la Amazonía colombiana podría ser calificado como uno de los casos más importantes de la litigación climática de los últimos años, por el hecho de posicionar la cosmovisión jurídica latinoamericana, en la resolución de una controversia climática, vinculada a la mitigación de gases de efecto invernadero.

Nos referimos en particular al uso de la acción constitucional de tutela para restablecer el imperio del derecho a gozar de un ambiente sano de los demandantes y como indica la Corte Suprema colombiana, de todos los habitantes del país y del planeta de las generaciones presentes y futuras. En efecto, la consagración del derecho a vivir y/o gozar de un ambiente sano es una característica de los países de la región, algunos de los cuales han avanzado de manera decidida hacia el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la carta fundamental (Bolivia, Ecuador).

A su vez, es posible destacar que si bien se trata de un caso de mitigación, dado el reproche de los accionantes al Estado colombiano y por contribuir al aumento de concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera como consecuencia de la deforestación de la Amazonía, este caso reorienta el foco de la preocupación en la acción de mitigación basada en la protección de la naturaleza, como lo es la captura de (CO)₂. En efecto, la literatura especializada que concentra su análisis en los casos climáticos vinculados a la mitigación, lo hace respecto de las acciones humanas destinadas a la reducción de gases de efecto invernadero y no a las acciones de la naturaleza que por sus propias funciones biológicas contribuyen al equilibrio climático.

Así las cosas el caso de la deforestación de la Amazonía colombiana realiza un llamado de atención a la necesidad de revalorar el aporte que realiza la naturaleza en la estabilización del sistema climático, para lo cual es necesario contar con marcos jurídicos de protección eficaces, que resguarden, en este contexto, los sumideros naturales de carbono del planeta.

³⁷ STC4360-2018, p.46.

Bibliografía

- Alabi, S. A., "Using Litigation to Enforce Climate Obligations under Domestic and International Laws", *Carbon and Climate Law Review*, 2012, pp. 209-220.
- Arnold DG (ed.) *The Ethics of Global Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press. Boom, K., 2011.
- Gallardo, L., "Antropoceno en Chile y oportunidades para un desarrollo sostenible y resiliente", en *La protección del Medio Ambiente: Reflexiones para una reforma constitucional*, 2019, p.103-110.
- Richards J., and Stephen, L., *Climate Justice: The International Momentum towards Climate Litigation*, 2016.
- Grear, A., *Human bodies in material space: Lived realities, eco-crisis and the search for transformation*. *Journal of Human Rights and the Environment* 4(2), 2013, p. 111-115.
- Kotzé, L., "Human rights and the environment in the Anthropocene", *The Anthropocene Review*, 2014, pp. 252-275.
- Kotzé, L., "The Anthropocene's Global Environmental Constitutional Moment", *Yearbook of International Environmental Law*, 25 (1), 2015, pp.24-60.
- Le Clerq, J.A., *Las consecuencias del cambio climático, la responsabilidad del daño y la protección de los Derechos Humanos, una relación problemática*, en *La Reforma Humanista. Derechos Humanos y Cambio Constitucional en México*, México D.F, 2011.
- Markell D., Rhuhl, J.B., "An Empirical Assessment of Climate Change In The Courts: A New Jurisprudence Or Business As Usual?", *Florida Law Review*, 64, 1, 2012, pp. 15-86.
- Moraga Sariego, P. (en prensa), *Climate Change Litigation in Chile: Between the Constitutional Path and the Environmental Jurisdiction Path*, in *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Ginebra: Springer.
- Moraga Sariego, P., Meckievi, S., "El aporte de la legislación especial de cambio climático frente a los compromisos internacionales. En Análisis a la luz de la experiencia comparada", en *América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo*, 2017, pp. 15 a 48.
- Moraga Sariego, P., Meckievi, S., *Análisis crítico de la Legislación del Cambio Climático y la economía baja en carbono, frente a las categorías tradicionales del derecho*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2016, pp. 74-94.

- Nachmany, M., Fankhauser, S., Setzer, J., Averchenkova, A., Global trends in climate change legislation and litigation, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2017.
- Osofsky, H., "The continuing importance of climate change litigation", *Climate Law*, 1(1), 2010, pp-3-29.
- Osofsky, H., "The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance", *Washington University Law Quarterly* 83(6), 2005, pp.1789-1855.
- Peel, J., & Osofsky, H. M. A rights turn in climate change litigation? *Transnational Environmental Law*, 7(1), 2018, 37-67.
- Peeland, J., Osofsky, H., *Climate Change Litigation*, 2015.
- Setzer, J., Vanhala, L.C., Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance, en *WIREs Climate Change*, 2019, p.1-19.
- Setzer, J., Byrnes, R., Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot, London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2019-2, p.1-14.
- Vanhala, L., Hilson, C. Climate change litigation: Symposium introduction. *Law & Policy*, 35(3), 2013, pp.141-149.
- Wilensky, M., "Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S Climate Litigation", *Duke Environmental Law and Policy Forum*, 1, 2014, pp.131-179.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Colombia, STC4360-2018, 4 de abril de 2018.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil de Decisión, 2019-076, 17 de junio de 2019.
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-622 de 2016, 10 de noviembre de 2016.
- Tribunal Administrativo de Bogotá, 15238 3333 002 2018 00016 01, 9 de agosto de 2018.

ACUERDO DE ESCAZÚ: DESAFÍOS PARA LAS DECISIONES AMBIENTALES Y OPORTUNIDADES PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Constance Nalegach Romero¹

1. Resumen

El 27 de septiembre del 2018, en una ceremonia oficial en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, se abrió para la firma el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe conocido como el “Acuerdo de Escazú”.

Se trata del primer convenio ambiental de América Latina y el Caribe y en menos de un año, ya ha sido firmado por 17 países habiendo concluido el proceso de ratificación en 3 de ellos. Asimismo, ha sido valorado internacionalmente como un avance sustantivo para el medio ambiente, los derechos humanos, la buena gobernanza y el multilateralismo. El presente documento relata las razones fundamentales que llevaron a Chile a proponer el abordar los desafíos medioambientales en forma mancomunada; destaca asimismo los rasgos de una inédita negociación regional y resalta aspectos claves del Tratado. Con ello se espera contribuir al debate y estudio que emanan de las disposiciones de este histórico acuerdo vinculante sobre democracia ambiental que, sin embargo, sorpresivamente Chile aún no suscribe.

2. Introducción

La consagración internacional de la democracia ambiental se sitúa en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Brasil, 1992), con la adopción de 27 principios entre los que destaca el Principio

¹ Abogada, Magíster en Derecho Público y Magíster (C) en Derechos Humanos. Negociadora principal de Chile para el Tratado de Escazú desde el Ministerio del Medio Ambiente y actualmente consultora internacional en sustentabilidad.

10. En este se refleja el consenso fundamental de la comunidad internacional respecto a que el mejor modo de enfrentar los desafíos ambientales es con acceso a la información, a la participación y a la justicia abordando entonces de manera conjunta estos denominados “derechos de acceso” y complementando a su vez la democracia representativa². No es menor que el proceso de toma de decisiones estuviese presente en una instancia tan fundamental, conocida por lo demás como la Cumbre de la Tierra y que fuera la cuna de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y la Convención sobre Biodiversidad. En efecto, se reconoció que no solamente debían enfrentarse los retos ambientales, si no que la manera de hacerlo también era clave. Así se relevaron dos aspectos sustanciales: la exigencia de una acción colectiva entre países y el involucramiento activo de todos los y las interesados. En definitiva, se reafirmó desde el siglo pasado que el actuar solitario de un gobierno no es procedente ni suficiente para enfrentar desafíos ambientales.

Luego de la adopción del Principio 10, es posible identificar avances destacables tanto en el ámbito multilateral como nacional que, en el caso de Chile, muestran su interés constante en la materia.

En primer término, junto con la figuración de los derechos de acceso en los principales acuerdos multilaterales medio ambientales, resalta la adopción en 1998 de la Convención sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, bajo la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, conocida como Convención de Aarhus. Con su entrada en vigor el año 2001, junto con su posterior Protocolo sobre registros de emisiones y transferencias de contaminantes se convierten en los únicos acuerdos vinculantes a la fecha sobre democracia ambiental.

Si bien se trata de un progreso multilateral excepcional, también son apreciables los avances a nivel nacional ya sea a través de legislación o de políticas. En el caso de Chile, destacan la Ley sobre Acceso a la Información Pública (N°20.285 de 2008), la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, (N°20.500 de 2011) y, en materia específicamente

2 “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

ambiental, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, (N°19.300 de 1994). Respecto de esta última es clara la influencia del Convenio de Aarhus en su modificación del año 2010 como lo demuestra el respectivo mensaje y disposiciones como las de definición ambiental.

Además, figuran los derechos de acceso en instrumentos de naturaleza comercial acordados por el país como son los Tratados de Libre Comercio con Canadá. (1997) y con Estados Unidos (2004). A su vez, en el proceso de acceso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Chile tuvo la oportunidad de mostrar su disponibilidad y viabilidad en elevar sus estándares. Respecto a la democracia ambiental, fue fundamental el ejemplo del Convenio de Aarhus y su valoración por la Organización y estados miembros lo que influiría en la propuesta del 2012 para contar con un convenio similar propiamente regional.

Sin perjuicio de los adelantos mencionados, lamentablemente décadas después de la Cumbre de la Tierra la crítica situación socio planetaria reflejada en graves amenazas, tales como los efectos del cambio climático, la contaminación, la escasez de agua y la pérdida de la biodiversidad es constantemente alertada por múltiples estudios. Se releva, además, la necesidad de la inclusión de un mayor espectro de actores y una nueva gobernanza como esencial para encarar estas emergencias.

A modo ejemplar, la Perspectiva Ambiental al 2050 de la OCDE indica que *se prevé que la degradación y erosión del capital ambiental natural continuarán hacia 2050, con el riesgo de que se presenten alteraciones irreversibles que podrían poner en peligro dos siglos de crecimiento en los estándares de vida.* Por su parte, el Plan de Acción de Cambio Climático (2016-2020) del Banco Mundial prevé que para el 2050, *el mundo tendrá que alimentar a 9 mil millones de personas, extender la vivienda y los servicios a 2 mil millones de nuevos residentes urbanos, y proporcionar acceso universal a energía asequible, y hacerlo mientras reduce las emisiones globales de gases de efecto invernadero a un nivel que haga un futuro sostenible posible. Al mismo tiempo, las inundaciones, las sequías, el aumento del nivel del mar, las amenazas a la seguridad del agua y los alimentos y la frecuencia de los desastres naturales se intensificarán, amenazando con empujar a 100 millones de personas más a la pobreza solo en los próximos 15 años.* A su vez, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente señala que *las organizaciones civiles tienen un papel muy relevante en la denuncia de los problemas ambientales y también en su solución y que su voz es parte innegable e imprescindible en el terreno ambiental.*

Bajo este escenario Chile, con el firme apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y de la sociedad civil propuso contar con un instrumento regional para fortalecer la democracia ambiental en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (“Río+20”, Brasil junio 2012).

3. La génesis del instrumento y su proceso de negociación

El Acuerdo de Escazú es el resultado de una negociación que se extendió por poco más de tres años favorecida por dos años de preparación. A lo anterior, deben sumarse los trabajos previos para lograr en “Río+20”, la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe que dio inicio al instrumento³.

Convencido Chile que se requería fortalecer la democracia ambiental para enfrentar los desafíos socio ambientales, su misión constante fue vencer las resistencias que principalmente versaban sobre reconocer en forma transparente las falencias en normativa, pero por sobre todo en implementación. A ello se sumaba las bajas expectativas de algunos participantes considerando en particular el fracaso que había sido la Conferencia de las Partes de Cambio Climático del 2009 y el cuestionamiento al multilateralismo.

La opción de Chile fue relevar que más allá de los avances desiguales dentro de la Región no había país que no requiriese mejorar su realidad y que ello era factible a través de la colaboración y la creación y fortalecimiento de capacidades. Asimismo, que un instrumento internacional permitiría dar la estabilidad necesaria que exige la problemática ambiental superando los ciclos de gobierno y el distanciamiento hacia políticas de Estado donde, además, la dimensión ambiental del desarrollo sostenible suele ser sacrificada.

El compromiso político asumido en junio del 2012 por Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay fue explorar “la viabilidad de contar con un instrumento regional” sin entrar a definir su naturaleza, pero resaltando que podría ser desde guías, talleres, buenas prácticas hasta un Convenio Regional.

A su vez, considerando tanto el ejemplo del Convenio de Aarhus que contó con el apoyo de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa, y

3 Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe A/CONF.216/13 disponible en https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S

la experiencia en sostenibilidad y derechos de acceso, CEPAL fue desde el comienzo la Secretaría Técnica.

Además, en coherencia con el objetivo del proceso de construir un instrumento democrático en favor del medio ambiente el apoyo de la sociedad civil siempre fue de suma relevancia. Por ello fueron actores cruciales a los que se sumaron otros interesados, principalmente provenientes del sector privado y la academia, incidiendo en la negociación, así como en las modalidades de participación del público.

Estas modalidades tendieron a la transparencia e inclusión, permitiendo canalizar distintos planteamientos en instancias que además fueron abiertas. Así, en las reuniones y rondas de negociación la palabra se otorgó en el orden solicitado por los participantes, independientemente de que se tratara de un delegado de gobierno, un representante de un organismo internacional o una persona del público. A su vez, se adoptó una amplia definición de público, conceptualizándolo como *“cualquier persona natural o jurídica u organizada en formas comunitarias”*, y se distinguieron distintos niveles de participación (presencial, informativo y participativo). Cabe destacar que el año 2016 los gobiernos optaron por fortalecer la coordinación con el público al dar la posibilidad de elegir dos representantes para mantener un diálogo continuo con la Mesa Directiva. Para ello el público con apoyo de la secretaría técnica diseñó un proceso que culminó en la elección de dos representantes titulares y cuatro alternos. Finalmente, todas las rondas de negociación fueron transmitidas en vivo y en directo. Paralelo a ello, Chile realizó una consulta pública nacional del texto preliminar, desarrolló talleres de profundización y constituyó la mesa de Democracia Ambiental -de carácter público privado-, a través de la cual gremios, academia, estudios jurídicos, Organizaciones no Gubernamentales y personas naturales pudieron aportar a la negociación y hacer valer sus intereses en más de 30 sesiones.

Entre los primeros acuerdos de los gobiernos destacó el que se reconocieran las condiciones particulares de cada país en el examen de iniciativas legales y políticas, diagnósticos y prácticas lo que implicó que antes de la negociación se estudiaron en detalle las distintas realidades. Así se tuvo conocimiento del punto de partida y consciencia sobre las aspiraciones en cuanto a estándares regionales. El ser CEPAL la Secretaría Técnica permitió disponer de una línea de base común y actualizada que contribuyó entonces a definir los pasos a seguir para la cabal aplicación de los derechos de acceso. Y además se contó con aportes de expertas y expertos, así como de otros organismos. Entre

ellos, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa (CEPE), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) y la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas.

En la etapa preparatoria el documento elaborado por CEPAL denominado *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas*, confirmó el diagnóstico común de los gobiernos y del público: no existía país que fuera el perfecto ejemplo ni país que no tuviera algo que aportar⁴. A dicho diagnóstico se sumarían más estudios culminando dicho acervo en el Observatorio Regional del Principio 10 en América Latina y el Caribe administrado por CEPAL disponible en línea. Además, esta fase se caracterizó por avanzar en reuniones plenarias, pero además por dos grupos de trabajo que también sesionaron virtualmente: el primero, sobre fortalecimiento de capacidades y cooperación y el segundo sobre derechos de acceso e instrumento regional.

En virtud de la “*Decisión de Santiago*” (2014) finalizó la etapa preparatoria que fuera presidida por Chile ejerciendo México como Vicepresidencia y República Dominicana como Relatoría. Dado que se avanzaría a una etapa de negociación y a la cantidad de países que se habían sumado posterior a Río + 20 se conformó una nueva mesa directiva. Esta estuvo integrada por Chile y Costa Rica como copresidentes, y Argentina, México, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago.

Los trabajos de los puntos focales de los ministerios de Medio Ambiente y de Relaciones Exteriores, así como del público entre los años 2012 y 2014, definieron la base de la negociación y se reflejaron en un documento denominado “*Contenidos de San José*”. A continuación, por mandato de los países, la CEPAL elaboró un documento preliminar que mutaría luego al texto

4 Dicho documento del 2013 se actualizó el año 2018 y se encuentra disponible en <https://observatorio-pro.cepal.org/es/documentos/acceso-la-informacion-la-participacion-la-justicia-asuntos-ambientales-america-latina>

compilado por la Mesa Directiva recibiendo sucesivos aportes de los países y del público. Además, se establecieron distintas coordinaciones para cada derecho de acceso y para disposiciones específicas que favorecieron un estudio pormenorizado y donde Chile también desempeñó un papel activo. Así, el derecho de acceso a la información fue coordinado por México y Trinidad y Tobago, el acceso a la participación pública por Argentina y Perú y el acceso a la Justicia por Brasil y Chile. Además, se recibieron propuestas para el Preámbulo de Chile, Costa Rica, Argentina, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago; para Definiciones de Colombia, Jamaica, Argentina, Chile y Costa Rica; para Disposiciones Generales de Chile, Argentina y Costa Rica; para fortalecimiento de capacidades de Costa Rica y San Vicente y las Granadinas y, finalmente, para los Arreglos Institucionales y Disposiciones Finales de Chile y Costa Rica.

El Comité de Negociación se reunió presencialmente en nueve ocasiones, la mayoría de las veces en nuestro país, y realizó seis reuniones virtuales. El 4 de marzo de 2018, precisamente en el aniversario del natalicio de la activista ambiental y líder indígena lenca Berta Cáceres se acordó el texto del primer Tratado Ambiental de Latino América y el Caribe.

4. Parámetros del Tratado de Escazú

“Este Acuerdo Regional es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos humanos. Se trata de un acuerdo visionario y sin precedentes, alcanzado por y para América Latina y el Caribe, que refleja la ambición, las prioridades y las particularidades de nuestra región.” Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, Prefacio del Acuerdo de Escazú.

Sin duda la valoración de este tratado a nivel internacional ha sido notoria sin perjuicio que evidentemente se trata de un instrumento que dista de ser perfecto, que crecientemente es objeto de numerosos estudios y que cuando entre en vigor su implementación otorgará mayores claridades sobre sus potencialidades y beneficios. Entre el apoyo que suscita resalta la comunicación conjunta de Procedimientos Especiales bajo Naciones Unidas quienes el 15 de julio de 2019 instaron a los gobiernos de la región a ratificar el Acuerdo como una cuestión prioritaria⁵.

⁵ Disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24731>

Considerando las limitaciones de este Artículo, es posible esbozar a continuación rasgos que se consideran ya fundamentales del Acuerdo que se suman a las virtudes del proceso de negociación ya reseñadas.

En primer término, resalta del instrumento que en su base esté el reconocimiento de derechos fundamentales, así como al círculo virtuoso existente entre los derechos humanos de acceso a la información, a la participación y a la justicia; el derecho fundamental al medio ambiente sano y los derechos humanos relacionados. Se hace cargo entonces el Tratado de recoger y explicitar, desde su sustrato, las tendencias más protectoras a nivel internacional que han sido objeto de atención, con especial dedicación los últimos años, por diversos actores e instrumentos del ámbito del medio ambiente y los derechos humanos.

Destaca en este sentido la labor del *Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de Naciones Unidas* denominado actualmente como Relator Especial. Argumenta que “*todos los Derechos Humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los Derechos Humanos depende de un medio propicio*”.⁶ Además, en varios de sus informes indica que de la revisión de fuentes surge que “*(...) el derecho de los Derechos Humanos impone determinadas obligaciones de procedimiento a los Estados en lo que respecta a la protección del medio ambiente. Entre esas obligaciones figuran el deber de: a) evaluar el impacto ambiental y hacer pública la información relativa al medio ambiente; b) facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales, entre otras cosas protegiendo los derechos de expresión y de asociación; y c) dar acceso a recursos por los daños causados. Estas obligaciones se fundamentan en los derechos civiles y políticos, pero se han aclarado y ampliado en el contexto del medio ambiente sobre la base de todos los Derechos Humanos que están en peligro a causa del daño ambiental*”⁷.

De manera coherente con un enfoque en derechos humanos, el Acuerdo apunta a alcanzar resultados sostenidos y no regresivos apoyándose en el fortalecimiento de las capacidades, la mejora de la cohesión social y las alianzas

6 Consejo de Derechos Humanos, *Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43.

7 *Informes del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, A/HRC/25/53, de 30 de diciembre de 2013; A/HRC/28/61, de 3 de febrero de 2015; A/HRC/31/52 de 1 de febrero de 2016.

estratégicas y la institucionalización de los procesos democráticos. No es de extrañar entonces que el objetivo de Escazú sea *garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.*

Para ello consagra principios tales como la igualdad y no discriminación, transparencia y rendición de cuentas, no regresión y progresividad, buena fe y el principio pro-persona reforzando de este modo que no sólo estamos en presencia de un instrumento ambiental sino también ante un convenio de derechos humanos. En línea con este marco, dentro de las Disposiciones Generales se dispone que nada de lo dispuesto en el Acuerdo “*limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales*” (Art. 4.7). Se colige entonces que se trata de un instrumento de “piso” en virtud del cual los países siempre podrán avanzar y profundizar respecto de los mínimos estándares del Acuerdo, pero jamás retroceder. Además, en forma consecuencial con este enfoque de derechos humanos y las obligaciones de los Estados, existe un énfasis en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad que está presente transversalmente a lo largo del Acuerdo.

Asimismo, desde un enfoque de derechos humanos, el Tratado se centra en estos y no en las necesidades. Por lo tanto, se utilizan verbos como garantizar y asegurar al introducir las disposiciones correspondientes al acceso a la información, a la participación y a la justicia. Estos además los reconoce como interrelacionados e interdependientes y enfatiza que contribuyen a la democracia, al desarrollo sostenible y los derechos humanos. Agrega por su parte el Art. 4.1 que cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo.

Entre las razones de los gobiernos por optar por un instrumento jurídicamente vinculante, se argumentó que ello movilizaría los avances necesarios al interior de cada país. Se confió en que un Tratado que había sido negociado

con seriedad, transparencia y compromiso hacia la comunidad, implicaría la consiguiente responsabilidad de cada país en asumir su realidad y adoptar medidas. Por ello, según lo dispone el Art. 4.3 cada Parte adoptará todas las medidas necesarias, de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otra, en el marco de sus disposiciones internas, para garantizar la implementación del presente Acuerdo.

Este acuerdo, a modo general, aborda el acceso a la información tanto desde su vertiente de transparencia pasiva como activa al normar tanto la accesibilidad a la información ambiental cómo la generación y divulgación de esta bajo el principio de máxima publicidad. De este modo, aspirando a contar con un estándar regional, los países partes garantizarán, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local (art. 6.1). Además, deberán contar con uno o más sistemas de información ambiental actualizados (Art. 6.3), un Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (Art. 6.4) y alentar evaluaciones independientes de desempeño ambiental (Art. 6.8); herramientas que a la fecha son excepcionales en América Latina y el Caribe. Asimismo, se deberá garantizar en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad divulgue en forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante. (Art. 6.5). Según estipula el Art.6.6 con el objeto de facilitar que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad accedan a la información que particularmente les afecte, cada Parte procurará, cuando corresponda, que las autoridades competentes divulguen la información ambiental en los diversos idiomas usados en el país, y elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados.

A su vez, sin perjuicio de establecer garantías para acceder a la justicia administrativa y judicial para impugnar o recurrir cualquier decisión relativa a información ambiental, dispone el Acuerdo que los países partes deberán contar con uno o más mecanismos de revisión que operen como instituciones imparciales e independientes para promover la transparencia, fiscalizar, vigilar y garantizar este derecho de acceso (Art. 5.18). Además, destaca como función del Estado el deber de promover reportes de sostenibilidad de empresas y asegurar que los

consumidores y usuarios cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios; esfuerzos tendientes a contar con más información en manos de privados (Arts. 6.10 y 6.13).

En particular respecto de Chile, es posible advertir avances en alguno de los mencionados parámetros, ya sean totales o parciales, dado el nivel de exigencia y calificación que precisa el Acuerdo. Ello sin perjuicio que sea insuficiente para afirmar que se cumple con un Tratado cuyo objetivo es la implementación plena y efectiva y que el no contar la normativa chilena con el principio de no regresión, como dispone Escazú, hace incluso peligrar esos progresos.

A modo ejemplar, la última Evaluación de Desempeño Ambiental (EDA) de la OCDE (2016) da cuenta de algunas brechas en Chile respecto a su democracia ambiental. Cabe mencionar que estas evaluaciones periódicas buscan apoyar a los países miembros en el cumplimiento de sus objetivos ambientales, nacionales e internacionales, compartiendo buenas prácticas, proveyendo recomendaciones específicas y estimulando, en general, una mayor transparencia de la gestión ambiental.

Sin ser una enumeración exhaustiva, dicho reporte indica que aún existen graves problemas relacionados con la disponibilidad, la cobertura y la completitud de la información. En particular, hay escasa información disponible sobre la extracción y el uso de aguas, la protección de la diversidad biológica y los efectos negativos en los ecosistemas. Señala que comúnmente, en las estaciones de monitoreo de la calidad del aire y del agua solo se recopila información sobre unos pocos parámetros, por lo que Chile tiene dificultades para proporcionar estadísticas ambientales a las organizaciones internacionales y en cumplimiento de los convenios internacionales. Se profundiza indicando que se debería dar prioridad al desarrollo de una base de información sobre los riesgos que ponen en peligro la disponibilidad de recursos hídricos y su calidad, y sobre sus posibles consecuencias económicas, ambientales y sociales. Además, que se requiere más información sobre faenas mineras (ubicación e impacto ambiental) y mejorar indicadores y estadísticas de bienes y servicios ambientales.

Por su parte, se establece que los países partes deberán asegurar una participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y sus revisiones de manera abierta e inclusiva. Sin contemplar una participación vinculante, apela al involucramiento de actores en proyectos y también en otros asuntos de interés público como políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente lo que no es usual en la región. El Acuerdo,

igualmente, establece estándares mínimos relativos a información, plazos, medios, inclusión, consideración de los aportes, fundamentación y publicidad de las decisiones.

En particular se atisba que esta regulación pormenorizada implicará una pro actividad mayor de los Estados quienes, a modo ejemplar, deberán adoptar medidas para asegurar la participación en etapas iniciales (art.9.4), establecer condiciones propicias para que la participación se adecúe a las características sociales, económicas, culturales geográficas y de género del público (Art. 9.10) y realizar esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades (Art. 9.16). En específico, cuando el público directamente afectado hable mayoritariamente idiomas distintos a los oficiales, la autoridad pública velará por que se facilite su comprensión y participación. (Art. 9.11).

Al respecto, también sin perjuicio de los avances en el país, la mencionada EDA de la OCDE indica que en Chile subsisten falencias que deben ser abordadas. Nuevamente a modo ejemplar, resalta que se debe perfeccionar el proceso de realización de evaluaciones de impacto ambiental, con el fin de asegurar que se tomen seriamente en consideración proyectos alternativos, se garantice la participación ciudadana en las etapas preliminares y se otorgue más atención a los efectos ambientales potenciales, especialmente en los ecosistemas. Indica que los planes de prevención y descontaminación son el principal instrumento para la gestión del aire, pero la falta de coordinación interinstitucional y la insuficiente participación de los actores locales han dificultado su efectiva aplicación. Finalmente relevamos que se requiere perfeccionar la participación de las organizaciones no gubernamentales, los gobiernos locales y las comunidades indígenas en todas las etapas de desarrollo e implementación de políticas sobre diversidad biológica, con el fin de fomentar la confianza y conseguir el apoyo de un mayor número de actores para la ejecución de planes de acción.

En materia de acceso a la justicia, el Acuerdo de Escazú releva las garantías del debido proceso precisando las particularidades del proceso ambiental. Cabe resaltar que el acceso es no sólo ante órganos judiciales sino administrativos y no se limita a impugnar y recurrir en cuanto a los derechos de acceso sino también ante cualquier decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa el medio ambiente (Art.8.2). En particular se precisa que para garantizar el derecho de acceso a la justicia cada Parte contará, entre otros supuestos, con órganos con conocimientos especializados; procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin

costos prohibitivos; con legitimación activa amplia de conformidad a la legislación nacional y medidas cautelares, provisionales, de facilitación de producción de la prueba, así como mecanismos de ejecución y de cumplimiento como de reparación. (Art.8.3).

Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda. (Art. 8.5). También, apuntando a una innecesaria judicialización, se promoverán mecanismos alternativos de solución de controversias tales como la mediación y la conciliación (Art. 8.7).

En específico, cómo ha sido apreciado mundialmente, Escazú contempla la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales estableciendo que se garantizará un entorno seguro y propicio; se tomarán medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover sus derechos y se tomarán medidas oportunas y efectivas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas e intimidaciones. (Art. 9).

Al respecto, estudios de Global Witness dan cuenta que durante el 2018 un promedio de más de tres personas defensoras fueron asesinadas cada semana e innumerables personas fueron amenazadas, detenidas o encarceladas por atreverse a enfrentar a gobiernos o empresas. 164 activistas ambientales fueron asesinados el año pasado concentrándose en la región más del 50% de estos ataques. Desde que Global Witness comenzó a publicar datos sobre asesinatos en 2012, este ha sido el continente más afectado de manera constante. Se advierte en todo caso en el respectivo estudio que sus datos sobre asesinatos nunca ofrecerán una imagen precisa de la verdadera dimensión de este problema. Argumentan que la situación a la que se enfrentan las personas defensoras es difícil de medir en algunos países, porque no hay libertad de prensa, y los gobiernos o las ONG no monitorean ni documentan las violaciones de forma sistemática⁸. A su vez, los conflictos socio ambientales en Chile, según el mapa del Instituto Nacional de Derechos Humanos, aumentaron de 102 el año 2015 a 116 el 2018 con la consiguiente afectación de derechos humanos⁹.

El pasado 20 de marzo el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó por consenso la resolución relativa al Reconocimiento de la

8 Estudio disponible en file:///C:/Users/cnale/Downloads/Enemigos_del_Estado_ZjmrXWS.pdf

9 Mapa disponible en <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>

contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible¹⁰. El Consejo, junto con valorar su contribución, reconoce el aporte en particular de las y los defensores ambientales para que los Estados cumplan las obligaciones que les incumben en virtud del Acuerdo de París sobre Cambio Climático y lleven a la práctica la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A pesar de ello, también enfatiza que los defensores ambientales figuran entre los más expuestos defensores de derechos humanos y corren mayores riesgos. Entre otras disposiciones, insta entonces a los países a adoptar medidas de protección que sean eficaces, participativas, integrales y no discriminatorias. Además, exhorta a los Estados a que aprueben y apliquen leyes o políticas para garantizar, entre otras cosas, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, la libertad de buscar, recibir y difundir información y la igualdad de acceso a la justicia, en particular a un recurso efectivo, en la esfera del medio ambiente.

Nuevamente, la OCDE nos alerta sobre las brechas que debe enfrentar Chile entre las que destaca en particular en la línea del Acuerdo de Escazú que en la práctica el costo de la asesoría jurídica suele impedir el acceso a la justicia de organizaciones no gubernamentales y a particulares. En relación con los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales más allá de garantías generales que suelen estar presentes en las Constituciones de los países, tanto Brasil, Colombia, Honduras, Ecuador, México y Perú cuentan con leyes, protocolos, programas o políticas ya sea para defensores de derechos humanos en general o en temas ambientales en particular de los cuales Chile podría aprender.

Cómo se ha indicado, desde sus inicios se acordó que el enfoque del acuerdo sería la colaboración de los países para fortalecer la debida implementación de las obligaciones asumidas ante derechos humanos

Por ello el Tratado en sus Arts. 10 y 11 ejemplifica medidas de fortalecimiento de capacidades y cooperación tales como programas de sensibilización, talleres, intercambios de expertos, comités, consejos y plataformas multisectoriales junto con alentar el establecimiento de alianzas con Estados de otras regiones, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales, académicas y privadas, así como organizaciones de la sociedad civil y otros actores de relevancia en la implementación del Acuerdo.

¹⁰ Resolución A/HRC/40/L.30 disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=103

Bajo estas disposiciones de cooperación se indica que las partes prestarán especial consideración a los países menos adelantados, a los países en desarrollo sin litoral y a los pequeños Estados insulares. Cabe destacar que es una referencia presente también en otros instrumentos que Chile reiteradamente ha dicho valorar y aplicar como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Agenda 2030 y sus 17 objetivos de desarrollo sostenible.

Corresponde subrayar que existen experiencias en la región de las que Chile puede beneficiarse como las indicadas respecto a los defensores del medio ambiente, las que se pueden observar del Observatorio del Principio 10 de CEPAL o los que releva el Índice de Democracia Ambiental del Instituto de Recursos Mundiales (2014). Dicho índice evaluó regulaciones nacionales en base a 75 indicadores. Respecto de Chile, el estudio destaca que el acceso a la información es el de mayor desarrollo normativo pero que en los tres derechos de acceso se requieren mejoras sobre todo en participación pública observándose demasiada discrecionalidad estatal. De un máximo de 3 puntos, el promedio general de Chile fue de 1,67 por sobre países de la Región como Argentina, Paraguay y Guatemala, pero bajo el puntaje de Panamá, Perú y México, todos países que, no obstante estar en mejor situación que Chile, reconocen que requieren del Tratado de Escazú y por lo tanto ya lo han suscrito¹¹.

En esta lógica de cooperación, de transparencia y rendición de cuentas destaca junto a la Conferencia de las Partes el Comité de Apoyo a la Facilitación y Cumplimiento. Se trata de un órgano subsidiario de la Conferencia cuyo objetivo es promover la aplicación y apoyar a las Partes en la implementación del Acuerdo. Explícitamente se indica que su naturaleza es la de un órgano subsidiario a la Conferencia de las Partes; es decir bajo su dirección y se señala explícitamente que tendrá carácter consultivo, transparente, no contencioso, no judicial y no punitivo para examinar el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y formular recomendaciones. En su funcionamiento se asegurará una participación significativa del público y se considerarán las capacidades y circunstancias nacionales de las Partes.

Sin perjuicio que dicho Comité será la instancia clave para avanzar en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, en línea con más de una decena de acuerdos suscritos por Chile incluyendo el Convenio de Minamata ratificado en agosto del año pasado, se contempla un capítulo de resolución de controversias. En este se dispone que si surge una controversia de

11 Disponible en <https://www.wri.org/our-work/project/environmental-democracy-index>

interpretación o aplicación las partes se esforzarán por resolverla por medio de la negociación o cualquier otro medio que consideren aceptable. El Acuerdo dispone, asimismo, que en caso de que las partes no arriben a una solución por estos medios, podrán someter la diferencia a la Corte Internacional de Justicia o a un arbitraje, para lo que se requerirá que, previamente, lo acepten por escrito como un mecanismo obligatorio. El Comité entonces veló por que existiera expresa claridad sobre la voluntariedad de recurrir a la Corte o al arbitraje según se aprecia de la lectura del Art. 19. En todo caso, en más de 20 años de vigencia del Convenio de Aarhus, sus estados partes no han recurrido a dichos medios y se estima lo misma acontecerá en esta región.

Comentarios finales

El Tratado de Escazú demostró que era posible en Latino América y el Caribe enfrentar los desafíos ambientales desde una perspectiva de derechos humanos y de una manera democrática. Nunca en la historia de la región se había logrado un acuerdo vinculante sobre derechos ambientales sustantivos y procedimentales ni se había realizado una negociación tan inclusiva y transparente gozando este instrumento de una legitimidad sin precedentes.

Se requirió de una voluntad política decidida de fortalecer los derechos de acceso, así como la capacidad técnica de encontrar la fórmula adecuada que hiciera sentido para todos los países. En ello fue fundamental la rigurosidad del Comité apoyado por cierto en las contribuciones de expertos y del público lo que explica, además, que los países acordaran el Tratado sin reservas.

Sin duda el rol de Chile fue protagónico y logró hasta el fin de la negociación responder a las confianzas de los gobiernos y del público. En primer lugar, los países suscribieron su propuesta de Declaración la que además fue firmemente apoyada por la sociedad civil. Luego le solicitaron ser presidente de la etapa preparatoria y continuar con dicho rol en la negociación junto a Costa Rica. Finalmente, el Comité de Negociación resolvió que la mesa directiva, con ambos países a la cabeza, continuaran liderando el proceso desde la apertura de la firma del acuerdo, es decir, desde el 27 de septiembre del 2018, hasta la primera Conferencia de las Partes.

Sin embargo, como es sabido, Chile en forma imprevista a sólo días de la Ceremonia de firma del Acuerdo, comunicó que había postergado su decisión y que estudiaría nuevamente el asunto. A nivel nacional e internacional se recibió con sorpresa que Chile no mantuviera su liderazgo en este Acuerdo sembrando dudas sobre la consistencia y coherencia de nuestro país en la

conducción de sus relaciones internacionales como política de Estado y su compromiso con el medio ambiente y el multilateralismo. La situación de incomodidad de Chile perdura. A prácticamente un año de la apertura del Tratado se alude a generalidades difíciles de entender a la luz de las disposiciones del acuerdo, ya que se centran en que supuestamente Bolivia constantemente nos demandaría gracias a Escazú. Tampoco se conocen avances del estudio que se supone está realizando el ejecutivo, ni qué cartera lo está llevando a cabo ni cuando concluirá.

La decisión de firmar, ratificar e implementar el Acuerdo de Escazú es una decisión política que puede dimensionarse desde distintas ópticas.

En primer término, respecto al compromiso con los derechos humanos y la democracia. Se deben abordar las brechas, dificultades y falencias normativas y de implementación sobre todo respecto a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad y los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. La implementación de mecanismos y medidas eficientes en línea con las disposiciones, objetivo y principios del Acuerdo se configura como una vía pacífica para canalizar intereses, inquietudes y demandas ciudadanas reduciendo la conflictividad social junto con brindar una mayor estabilidad a los países y a la Región.

En segundo lugar, respecto a una política pública transparente en favor del desarrollo sostenible. Representa un cambio de paradigma en las relaciones entre el Estado y la ciudadanía reconociendo que los desafíos ambientales exigen respetar y garantizar el derecho de incidir en la vida pública sobre un bien colectivo que repercute, además, en derechos esenciales. El Tratado de Escazú no sólo reconoce el valor de la democracia para el medio ambiente y los derechos humanos si no que otorga herramientas concretas que posibilitan su adecuada implementación, seguimiento y evaluación, así como el compromiso de no retroceder ni rebajar los estándares en resguardo de una política de Estado por sobre ciclos políticos. Los países en consecuencia deben estar dispuestos a enfrentar las asimetrías de poder, combatir la corrupción en la toma de decisiones, rendir cuentas y ser objeto de escrutinio.

En tercer lugar, respecto a la opción y necesidad del multilateralismo. La obligación de los Estados para lograr el respeto universal de los derechos humanos los fuerza a trabajar de consuno para hacer frente a las amenazas mundiales relacionadas con el medio ambiente. El Tratado en comento facilita acciones y estrategias para enfrentar estos desafíos comunes junto con promover el diálogo, la asistencia técnica y la creación de capacidades. Se trata

de un tratado que impone obligaciones a los Estados frente a sus ciudadanos y los sujetos a su jurisdicción. Frente a los otros Estados, y reconociendo explícitamente el Acuerdo los principios de buena fe y de Soberanía Permanente de los Estados sobre sus Recursos Naturales, el enfoque es de cooperación.

El Tratado de Escazú constituye un hito histórico para las relaciones internacionales, la sostenibilidad y los derechos humanos en América Latina y el Caribe. El impacto real en la calidad de vida de las personas y la protección del medio ambiente dependerá en todo caso, si se mantiene la voluntad política, la capacidad técnica y la debida presión de la sociedad civil que caracterizaron la negociación.

Al 1 de septiembre del 2019 Escazú ha sido suscrito por Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Uruguay. A su vez, fue ratificado por Guyana, Bolivia y Ecuador estando pendiente, en el caso de estos dos últimos países, el depósito del respectivo instrumento. El próximo 26 de septiembre está programada nuevamente una ceremonia de firma y ratificación en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas. El logro de las once ratificaciones que requiere el Acuerdo para entrar en vigor se ve cada vez más cercano.

CODIGO DE AGUAS PROYECTO DE MODIFICACIÓN (BOLETÍN N°7543-12) INDICACIÓN SUSTITUTIVA (ENERO DE 2019)

Pablo Jaeger Cousiño¹
Julio de 2019

1. Introducción

La tramitación del proyecto de modificación del Código de Aguas (CdA) se inició en la Cámara de Diputados por iniciativa parlamentaria en el mes de marzo de 2011. Luego, en septiembre de 2014 fue objeto de una indicación sustitutiva por parte del gobierno de la expresidenta Bachelet. Ahora, en enero de 2019, estando el proyecto en segundo trámite constitucional en el Senado, el gobierno del presidente Piñera ha ingresado una nueva indicación sustitutiva.

Así, este proyecto ha cumplido ocho años de tramitación y las perspectivas de que sea aprobado en el corto plazo, al menos como lo propone el actual gobierno, son escasas, tanto porque no se han logrado consensos sobre materias esenciales, como por la circunstancia política de que la Administración no cuenta con las mayorías parlamentarias que le permitan aprobar la indicación que ha presentado.

Es importante constatar al respecto que la legislación de aguas chilena, contenida principalmente en el Código de Aguas de 1981, en lo referido específicamente a los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) y sus características, no concita consenso. Es evidente que, por su origen en un gobierno autoritario y sin parlamento, una parte importante de la sociedad difícilmente puede aceptarla como “una declaración de la voluntad soberana”. Lo anterior explica las múltiples iniciativas que han existido desde 1992 (gobierno del presidente Aylwin) para modificarla.

¹ Abogado de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho de Aguas. Fue abogado jefe de la Dirección General de Aguas entre 1995 y 2003.

2. Última indicación sustitutiva

La indicación sustitutiva ingresada este año, cambia íntegramente el texto del proyecto en trámite, y claramente, según se desprende de la exposición de motivos que la acompaña, es una respuesta al proyecto presentado por el gobierno anterior.

Según han expresado las autoridades de gobierno, las convicciones que explican la indicación se pueden resumir señalando que la existencia de mercados para asignar y reasignar los usos de agua es algo positivo y moderno; la separación entre tierra y agua es positiva; no es indispensable modificar el CdA para asegurar el derecho humano al agua (se puede lograr a través del mercado); destaca la importancia del agua subterránea; se desea fortalecer a las organizaciones de usuarios de aguas y la búsqueda de nuevas fuentes y su utilización; se quiere promover la coordinación entre las instancias relacionadas con el recurso; dar prioridad al consumo humano; facilitar el uso no extractivo (con fines de conservación) del agua; agilizar y simplificar trámites; y, fortalecer la certeza jurídica sobre los DAA.

La señalada indicación aborda un número muy importante de materias, modificando aproximadamente dos tercios del articulado del Código de Aguas. Dada la amplitud de la reforma propuesta, en esta oportunidad solo se abordarán los temas que hemos estimado de mayor relevancia.

2.1. Los derechos de aprovechamiento y sus características

El gobierno anterior propuso, y así estaba aprobado hasta antes de la nueva indicación, que los derechos sobre las aguas fueran concesiones temporales, prorrogables, susceptibles de ser limitadas en su ejercicio en función del interés público, extinguidos en caso de no utilización y con un uso específico para las aguas. Se establecía que los DAA actuales seguirían vigentes, pero podrían caducar por no uso o extinguirse por su no inscripción en los conservadores de bienes raíces.

La nueva indicación propone no innovar en esta materia, esto es, dejar la situación existente en el CdA vigente inalterada. De esta manera, los DAA seguirán siendo derechos reales de propiedad de su titular, perpetuos, indefinidos, no asociados a usos específicos y no caducables por no uso. Se ha señalado que así se logra fortalecer el derecho de propiedad y la certeza jurídica en la tenencia de los DAA.

Dadas las mayorías parlamentarias existentes, difícilmente esta propuesta del gobierno será aceptada por el Congreso. Creemos que en esta materia

nuevamente se ha desaprovechado una oportunidad para alcanzar consensos duraderos. No es posible ignorar que, para el interés público -y los DAA se constituyen sobre un bien que es de dominio de todos los chilenos-, no es conveniente que los DAA puedan permanecer indefinidamente sin uso, perjudicando a otros que sí quisieran utilizar las aguas. Una forma de abordar este tema sería, por ejemplo, potenciar la patente por el no uso de las aguas, extinguiendo los DAA después de un tiempo razonable en que se ha debido pagar.

2.2. La asignación originaria de los derechos de aprovechamiento

El nuevo texto propone que en el futuro todos los DAA (con excepción de los asociados a pequeños agricultores, servicios sanitarios y comunidades indígenas), sobre aguas superficiales y subterráneas, se asignen mediante remate al mejor postor (artículo 142).

Esta propuesta altera la normativa vigente, la cual dispone que solo deben ser rematadas las aguas (los DAA sobre ellas) que dos o más personas deseen utilizar cuando no exista disponibilidad para abastecer todas las peticiones.

Estimamos que esta propuesta, de aprobarse, será muy difícil de aplicar y podrá tener efectos negativos. En primer término, se debe considerar que actualmente la Dirección General de Aguas (DGA) con mucha dificultad puede llevar adelante las tareas que la ley le encomienda, por lo que vemos virtualmente imposible que gestione remates de DAA para todas las aguas que actualmente están disponibles.

Por otra parte, es muy complejo, y en principio injusto, que todas las asignaciones originales de DAA se resuelvan en favor de quien más pueda pagar por ellas, puesto que pudiera derivar en situaciones de control del territorio a través del agua u otras distorsiones del “mercado de los derechos de aprovechamiento”. No parece razonable que aguas que solo tienen un interesado deban ser rematadas.

En materia de aguas subterráneas, en que los DAA están supeditados a acreditar un título sobre el predio en que se ubican las captaciones, esta forma de asignación será muy compleja de implementar.

2.3. Comisión Interministerial de Recursos Hídricos

La indicación propone, con vistas a mejorar la coordinación institucional (el Banco Mundial ha identificado 43 actores en materia de gestión de las aguas en el país, con 102 funciones), se propone crear esta comisión integrada por siete ministros.

Su “misión será la de coordinar programas relacionados con el desarrollo, investigación, fomento, inversión pública e información sobre los recursos hídricos y aprobar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos para las cuencas”.

Estimamos muy dudoso que esta comisión logre el cometido pretendido, especialmente considerando la experiencia de los comités interministeriales existentes. La coordinación en materia de aguas pasa por un rediseño institucional, en que se defina con claridad una autoridad nacional de aguas, que cuente con los recursos necesarios para asumir en plenitud la tarea, y a la cual reporten, en lo que corresponda, todos los servicios con competencias relacionadas.

2.4. Panel de Expertos en Recursos Hídricos

Asimismo, se propone crear esta instancia de carácter técnico (5 personas, sin dedicación exclusiva), para fortalecer la toma de decisiones de la DGA y reducir espacios de discrecionalidad. “En particular deberá entregar su recomendación a las decisiones que tengan impacto sobre la sustentabilidad de los recursos hídricos”, y en “cualquier medida que impida o restrinja el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas”.

Así, este Panel sería una instancia muy poderosa, con facultades para resolver sobre todos los aspectos importantes relacionados con las aguas en el país. En este sentido, estimamos que una gestión colegiada de los recursos hídricos no es una buena idea. Por el contrario, creemos que la opción debe ser fortalecer al Servicio que tiene las competencias técnicas para gestionarlo eficientemente. El Panel pudiera ser, si se desea su existencia, solo una instancia asesora de la autoridad.

2.5. Derecho de agua del minero

En un país como Chile, en que la actividad minera tiene una gran relevancia, esta materia debe ser abordada con mucha responsabilidad. La indicación, al modificar el artículo 56 del CdA e incorporar el nuevo 56 ter, establece la obligación de los concesionarios mineros de informar las extracciones de aguas halladas en sus labores, lo cual es conveniente y adecuado, y ya se consideraba en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.

La indicación agrega medidas para precaver que estas extracciones de agua por la minería no pongan en peligro la sustentabilidad de los acuíferos o derechos de terceros, facultando a la DGA para fijar limitaciones a tales captaciones, atribución que no está debidamente regulada y pudiera derivar en conflictos evitables.

2.6. Gestión de aguas subterráneas

En esta materia, la indicación busca darle rango legal a normas que hoy son solo reglamentarias, y a la vez facilitar procedimientos administrativos para proyectos de recarga artificial de acuíferos, eliminando la necesidad de contar con DAA para poder extraer las aguas “recargadas”.

Además, el texto incluye por primera vez una definición para los “acuíferos” y refuerza la tuición pública sobre las aguas en ellos contenidas. La determinación de la “disponibilidad” de este recurso será una recomendación del Panel de Expertos, a partir de un informe técnico de la DGA.

2.7. Patente por no uso de las aguas

Este instrumento de gestión económica de las aguas se ha demostrado crecientemente exitoso en el tiempo, aunque es evidente la necesidad de que sea perfeccionado.

La indicación efectivamente perfecciona este instrumento, tanto en lo que se refiere a su cálculo y monto, como al procedimiento de cobro y remate eventual si no se paga. Además, ordena y complementa los DAA exentos de pago (agua potable rural, empresas sanitarias, derechos de conservación no extractivos y del Fisco). Finalmente, una norma importante es aquella que faculta a la DGA para inscribir DAA en los CBR, evitando que se eximan del pago de patente.

Estimamos, en todo caso, que el procedimiento para el cobro de la patente sigue siendo engorroso y complejo de llevar adelante por la Tesorería General de la República, por lo que su simplificación debiera ser más radical. Además, se debe agregar expresamente como causal para la exención de pago la renuncia a los DAA objeto del cobro.

2.8. Organizaciones de Usuarios de aguas (OUA)

Uno de los objetivos declarados de la indicación es “fortalecer a las OUA”. Esto se expresa, entre otras, en normas que las facultan para aprobar obras de recarga artificial de acuíferos, así como aprobar obras de modificación de cauces artificiales. También se las hace responsables de informar a la autoridad sobre las extracciones de aguas bajo su jurisdicción.

Las OUA son esenciales en la gestión del agua en el país, y por tanto es muy conveniente su fortalecimiento, pero nunca se debe perder de vista que son entes que actúan por delegación pública, administrando bienes del dominio público, por lo que su control y exigencia de rendición de cuentas se hace indispensable.

3. Comentario final

Como dijimos al comienzo, la legislación de aguas en el país está lejos de ser una normativa de consenso. Si se tiene presente que el recurso hídrico es un elemento central para el medio ambiente y también para el desarrollo económico del país, esta situación de conflicto permanente hace un daño muy profundo.

Llevamos 37 años debatiendo sobre la legislación de aguas que queremos, sin alcanzar consensos. Los temas más sensibles en relación con los DAA siguen siendo:

- ¿Se debe priorizar el consumo humano?
- ¿Debe ser sancionado el no uso, cómo?
- ¿Deben ser de dominio de su titular, y poder transferirse libremente?
- ¿Deben estar asociados a usos específicos?
- ¿Deben ser perpetuos?

Creemos que las propuestas que venían siendo aprobadas hasta antes de la indicación del presidente Piñera eran erradas en múltiples aspectos. Desde ya, la temporalidad y asociación a usos específicos de los DAA no tiene ninguna buena justificación y solo pueden conllevar inconvenientes, pero, como dijimos, tampoco es posible seguir ignorando, como lo hace la última indicación, que, considerando el interés público, no es conveniente que los derechos sobre las aguas puedan permanecer indefinidamente sin uso.

Así, la última indicación gubernamental, no obstante que tiene múltiples elementos y aportes positivos, claramente, una vez más, no ha buscado los acuerdos que permitan resolver los conflictos que arrastra esta legislación, por lo que muy probablemente no llegará a convertirse en ley, al menos como lo ha propuesto el gobierno.

