

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROYECTO DE LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO: AÚN QUEDA CAMINO POR ANDAR

*Ximena Insunza Corvalán*¹

*Juan Pablo Arístegui Sierra*²

Resumen

El propósito de este trabajo es revisar cómo se ha abordado la participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, y si se ha logrado establecer un mecanismo en que la ciudadanía pueda ser parte de la elaboración, administración, implementación y seguimiento de los instrumentos de gestión del cambio climático cristalizados en el proyecto de ley. Lo anterior, con el objetivo de contribuir en que un aspecto tan relevante encuentre un mecanismo idóneo de consagración.

Introducción

En el actual escenario, en el que se discute el texto de una nueva Constitución con altas expectativas y esperanza sobre un mejor futuro para el país, y en el que claramente se abordará y establecerá un nuevo pacto entre el ser humano y la naturaleza, nos ha parecido pertinente referirnos, por su innegable importancia y trascendencia, al proyecto de “Ley Marco de Cambio Climático”. El presente trabajo, sin embargo, tiene una pretensión acotada, y esta es abordar un aspecto particular del mismo que ha estado y estará en el debate constitucional: la participación ciudadana en la gestión ambiental, en especial, en el contexto del cambio climático.

¹ Abogada de la Universidad de Chile (2004), profesora e investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la misma universidad. Es Master of Laws (LL.M. Environment Option de la McGill University, Montreal, Canadá); Magister de Políticas Públicas de la Facultad de Economía y Negocios, FEN, de la Universidad de Chile. Ex Ministra del Tribunal Ambiental de Santiago.

² Abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Estudios Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Jefe del Departamento de Estudios Limítrofes de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado (Difrol), del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El cambio climático y la participación ciudadana son dos temas, sin duda, complejos y revestidos de matices, pero creemos que es valioso ver cómo interactúan en la propuesta que hoy se debate en el Congreso, a fin de contribuir en esta dimensión tan importante que, a pesar de haber sido objeto de estudio, todavía no encuentra un mecanismo idóneo para su consagración.

La participación ciudadana -cualquiera sea el área donde ésta se lleve a cabo- ocurre en un contexto institucional determinado- de manera tal que el propósito de este trabajo será revisar cómo se ha abordado la participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, y si se ha logrado establecer un mecanismo en que la ciudadanía pueda ser parte de la elaboración, administración, implementación y seguimiento de los instrumentos de gestión del cambio climático cristalizados en el proyecto de ley.

Finalmente, en un ejercicio prospectivo, y considerando que Chile es uno de los países más vulnerables al cambio climático, y que se caracteriza por tener un régimen de gestión de aguas que colisiona con una visión de gestión integrada de dicho recurso, revisaremos el instrumento de gestión local denominado “Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas”. Tomamos este instrumento pues justamente su incorporación al proyecto de ley tuvo como antecedente la consulta pública realizada por el Ministerio de Medio Ambiente respecto del anteproyecto.

Creemos que la participación ciudadana es fundamental para hacer frente a problemas complejos y globales como es el cambio climático, pero su consagración debe cumplir con ciertos estándares para cumplir efectivamente con su finalidad. Con este objetivo en mente, este trabajo se divide en las siguientes partes: I. La Participación ciudadana en el contexto del cambio climático; II. La participación ciudadana en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático; III. La participación ciudadana en los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como caso de estudio, para luego finalizar con nuestras conclusiones.

1. La participación ciudadana en el contexto del cambio climático

La participación ciudadana en general, y la ambiental, en particular, ha sido objeto de estudio de diversas disciplinas que conviene tener presentes si se quiere abordar globalmente la problemática que encierra el tema³.

Uno de los enfoques más extendidos a este respecto es el de la “democracia ambiental”, que nace como corolario del conocido Principio 10 de la

3 Costa, Ezio, *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, (Ediciones DER), 2020.

Declaración de Río de 1992, que impulsó años después -en el contexto europeo- el Convenio de Aarhus⁴ y, últimamente, en nuestra región, el Acuerdo de Escazú⁵.

La democracia ambiental comprende tres derechos denominados de “acceso” que han sido conceptualizados por la doctrina como derechos de naturaleza procedimental⁶: el derecho a la información, a la participación y a la justicia ambiental. No es necesario ahondar sobre la interrelación entre ellos, pero a efectos de este trabajo nos importa resaltar que es el derecho a la participación en la toma de decisiones el que ha suscitado la atención de enfoques muy diversos (derecho, economía, ciencias políticas, género, entre otros).

La participación ciudadana no es solo parte de la democracia representativa sino también de la noción de gobernanza, que aspira a una forma de gobernar más “directa” para alcanzar decisiones que gocen de seguridad y legitimidad, así incluso aquella que se adopte no sea la óptima. La participación ciudadana en el contexto del cambio climático, sin embargo, encierra desafíos muchísimos más complejos que otras participaciones y su “legitimidad”, por lo mismo, es más difícil de alcanzar, según veremos a continuación.

En efecto, durante la participación en el contexto del cambio climático, se han advertido diversas “paradojas” que deben tenerse en cuenta para averiguar qué modelo de participación sería el más conveniente y confrontarlo con el que actualmente se está discutiendo en nuestro Congreso.

En relación con dichas paradojas, es importante reconocer, como señaló Michael Anderson hace ya décadas atrás, que las democracias son enteramente capaces de la destrucción ambiental, y pueden incluso estar estructuralmente predispuestas a un consumo desenfrenado⁷; por lo tanto, la participación ciudadana no es neutral, se crea -en nuestro caso, institucionalmente- para múltiples propósitos y permite tanto una deseada inclusión pero también

4 Kofi Annan en su oportunidad bautizó a Aarhus como la empresa más ambiciosa en la era de la democracia ambiental: *“Although regional in scope, the significance of the Aarhus Convention is global. It is by far the most impressive elaboration of principle 10 of the Rio Declaration, which stresses the need for citizens’ participation in environmental issues and for access to information on the environment held by public authorities. As such it is the most ambitious venture in the area of environmental democracy so far undertaken under the auspices of the United Nations”* (<https://unece.org/DAM/env/pp/contentofaarhus.htm>). Aunque no es el objeto de este trabajo, sería interesante comparar Aarhus con Escazú para evaluar la evolución de la denominada democracia ambiental.

5 La intempestiva ausencia de Chile en la ratificación de este acuerdo, cuando fue uno de los promotores del mismo, ha sido objeto de fuertes críticas desde el mundo público y académico.

6 Boyle, Alan, y Anderson, Michael, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, (Oxford, UK, Clarendon Press.), 1996.

7 Anderson, Michael, *Human Rights Approaches...*, op. cit., p. 10.

genera exclusión e incluso jerarquías⁸ y no necesariamente garantiza una buena gestión ambiental. Quiénes y cómo participan es más bien la pregunta inicial que se debe responder, y cómo se aborda y canaliza esa participación, debería ser la siguiente interrogante para resolver, para posteriormente evaluar su incidencia.

En igual sentido, Sprain ilustra de forma clara las paradojas que envuelve la participación ciudadana en la gobernanza del cambio climático. A continuación, revisaremos cuáles son las ideas detrás de esta postura crítica para luego continuar con el análisis del proyecto de ley propiamente tal.

Sostiene la autora que si bien es innegable que la participación ciudadana puede ayudar a: i) asegurar que las soluciones se adapten mejor al contexto local, ii) a transformar las relaciones adversariales, iii) a reducir los costos de implementación, iv) a colaborar con mejor información, a que se incluyan diversas perspectivas y formas de conocimiento, y v) a mejorar la calidad de las evaluaciones o decisiones, la determinación de quién participa y cómo es un problema difícil de resolver, engañoso e incluso agresivo⁹. Esto último es lo que se conoce como “*wicked problem*”, es decir, un problema que es difícil o imposible de resolver por ser incompleto, contradictorio y lleno de requisitos cambiantes que a menudo son difíciles de reconocer.

Hacer frente al cambio climático requiere de una gobernanza que incluya a los diferentes actores involucrados y una coordinación particularmente exigente donde el diseño institucional si bien no es la garantía del éxito del proceso de participación, puede ser el factor determinante para alcanzar un buen resultado. Sin embargo, a pesar de existir consenso sobre la necesidad de una coordinación continua y multinivel en la gobernanza de la adaptación (y del cambio climático en general), no es claro ni pacífico cómo se debe operacionalizar dicha gobernanza.

En otras palabras, si bien la participación ciudadana mejora la calidad de las decisiones ambientales, esto depende del proceso y de los actores involucrados. Mal hecha, la participación puede terminar siendo antidemocrática, reforzar las desigualdades de poder existentes y marginar las perspectivas de las minorías creando falsos consensos, fomentando, a fin de cuentas, el cinismo en la gobernanza de la adaptación¹⁰.

8 Sprain, Leah, “Paradoxes of public participation in climate change governance”, en *Good Society*, número 25, 2016, pp. 61–79.

9 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

10 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

La paradoja sobre el “cómo” de la participación ciudadana resulta particularmente relevante para analizar la forma en que se dio a conocer al público el proyecto de ley, es decir, la participación que antecedió al mismo, para evaluar -en caso que la información disponible lo permita- si hubo comunidades omitidas, silenciadas o descartadas *ex ante*. Al margen de esta participación “anticipada”, es importante además tener presente que, si la adaptación al cambio climático no es percibida por la población como un problema -lo que a su turno nos devuelve a la educación e información ambiental-, los procesos participativos pierden legitimidad si son vistos como resultados guiados y predeterminados. Si un órgano del Estado está buscando la inclusión como un medio para diseñar una estrategia de adaptación, debería tener presente, por ejemplo, no solo a los convencidos en la necesidad de la adaptación climática sino también a los detractores (escépticos). Lo cierto, en cualquier caso, es que la tendencia a descartar a determinados grupos por “irracionales”, basado en motivos científicos (como puede ocurrir respecto de los escépticos, o del conocimiento local o indígena), no supera la necesidad moral de la inclusión democrática¹¹. En lugar de sólo invitar a participar a quienes ya están de acuerdo, una participación sólida requiere involucrar a personas con profundos desacuerdos¹², lo que importa, sin duda, el desafío de identificar a todos ellos o asegurar la posibilidad real de todos de participar.

Esto último nos lleva a la segunda de las paradojas, esto es, quién participa. El alcance del cambio climático, en su más amplia acepción, hace, sino imposible, impracticable, la participación directa de todos los incumbentes teóricamente habilitados. Frente a esto, se hace necesario alguna forma de representación que comprenda un rango de diferentes “holders” o interesados (incumbentes).

Sin embargo, dado que el desafío que supone la adaptación al cambio climático no es un proceso que tenga fecha de término, la participación se transforma en una cuestión permanente. No estamos ante un conflicto socioambiental “clásico”, no hablamos de un proyecto de inversión en particular cuya participación está comprendida en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹³; estamos ante una participación ciudadana particularmente

11 Alex Y. Lo, “The Right to Doubt: Climate-change Scepticism and Asserted Rights to Private Property,” en *Environmental Politics*, 24, no. 4 (2014), 549–69.

12 Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, *op. cit.*

13 En paralelo aunque temporalmente anterior a la tramitación del proyecto de ley objeto de este trabajo, se ha discutido en el Congreso, sin avances relevantes, la incorporación de la variable ambiental dentro

compleja. De ahí que la literatura la haya rotulado como un “*wicked problem*”, por lo que no queda más que asumir la complejidad y trabajar para diseñar un sistema de participación cuya institucionalidad garantice un resultado que permita e incorpore esta variable de permanencia continua en el tiempo; es decir, será necesario revisar, en función de los resultados, la forma en que se aborda la participación de la ciudadanía en materias tales como la mitigación y adaptación al cambio climático bajo un paradigma dinámico.

La autora que hemos seguido en esta parte concluye su publicación señalando que, para asegurar discusiones sólidas, así como una gobernanza legítima en la materia, las paradojas a las que nos hemos referido deben tomarse en serio en vez de desconocerlas¹⁴.

En síntesis, la participación ciudadana en el contexto del cambio climático no puede agotarse en una “etapa”, no puede tener la mismas características que aquella establecida en el marco del SEIA ni tampoco la consulta pública que se contempla durante la creación de normas, sino que es un proceso, un continuo, probablemente permanente en el tiempo, que por lo mismo encierra dificultades de naturaleza muy distinta a la participación “tradicional” en materia ambiental, y desafíos cualitativamente más complejos. La pregunta es si el proyecto de ley objeto de estudio en este trabajo y su discusión parlamentaria reconoce y establece mecanismos que se hagan cargo de las particularidades que hemos resaltado y que se resumen en las siguientes preguntas: i) ¿Cómo y quiénes participan?; ii) ¿Cómo se aborda o canaliza esa participación?; y iii) ¿Cuál es la incidencia de esa participación?

2. La participación ciudadana en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático

El Mensaje del proyecto de “Ley Marco de Cambio Climático”¹⁵, iniciativa del Ejecutivo, contiene varios elementos importantes en relación con el propósito que persigue este trabajo. En primer lugar, en el apartado “Fundamentos del proyecto”, se menciona que Chile es un país “altamente vulnerable a los efectos del cambio climático”, afirmando que nuestro país cumple con siete de los nueve criterios de vulnerabilidad establecidos por la CMNUCC, uno

del SEIA. Por ejemplo, se puede revisar el Boletín 11689-12.

¹⁴ Sprain, Leah, “Paradoxes of public...”, op. cit.

¹⁵ www.senado.cl, Boletín N° 13.191-12. Proyecto de ley que fija Ley Marco de Cambio Climático. Ingresado 13 de enero, 2020, en línea: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13191-12 (revisado última vez 26-07-2021)

de los cuales se refiere a la sequía y la desertificación (una realidad dramática en la actualidad), y que resaltamos pues uno de sus instrumentos de gestión (recursos hídricos) nos servirá para ilustrar la manera en la que se ha ido estableciendo la participación ciudadana.

Es importante destacar que el Mensaje -y el mismo título del proyecto de ley- revela que se trata de una “ley marco”. Sin ahondar a este respecto, resulta inevitable detenerse un momento por cuanto resulta válido preguntarse acerca de cuán profundamente debe abordar una ley de estas características el tema de la participación ciudadana. Al respecto, creemos necesario afirmar, que por la misma razón de presentarse como una ley marco, la participación ciudadana, como otros aspectos sustantivos y procedimentales, deben no solo estar presentes, sino que es en este cuerpo normativo en el que se debe relevar y resolverla complejidad de la que hemos estado hablando, pues no sería apropiado delegar esta temática a nuevas leyes y/o reglamentos, que podrían fomentar una dispersión de criterios y consagrar mecanismos más o menos participativos, incurriendo en una incoherencia indeseada y perniciosa. Las bases de la participación deben estar explicitadas en el “marco”.

En cuanto a la participación temprana de la que habla el Mensaje, y a la que hicimos referencia más arriba, merece prestar atención brevemente a las afirmaciones contenidas en el mismo. Señala el texto que se dio “[...] inicio a un amplio y extenso proceso participativo para recoger las observaciones de la ciudadanía y, en base a ello, identificar los contenidos que estarían presentes en la ley”. La participación comprendió talleres en todas las regiones del país, alcanzando un total de 1.800 personas. Con ello se elaboró el anteproyecto que definiría la meta de carbono neutral para Chile al 2050. Una vez publicado el anteproyecto se permitió a “todos aquellos interesados en participar” que aportaran comentarios al mismo. “En dicho proceso, se realizaron talleres en todas las regiones, alcanzando a más de 1.200 personas, recibéndose aproximadamente 4.500 observaciones para ser analizadas”¹⁶.

Afirma el Mensaje que como consecuencia de este proceso de participación se mejoró el anteproyecto y se incorporaron al proyecto definiciones e instrumentos asociados a la adaptación al cambio climático, “[...] con especial enfoque en el recurso hídrico y en el desarrollo de información territorial de vulnerabilidad”, entre otras consideraciones. Sin embargo, no hay mención a

16 Este proceso de participación anticipada es descrito por el Ejecutivo como “hito histórico”, por cuanto “[...] nunca la elaboración de un proyecto de ley se había sometido a un proceso de participación ciudadana como el indicado”.

la participación en cuanto tal en el apartado sobre el objetivo del proyecto de ley, y sólo al referirse a los principios inspiradores, se menciona a la participación como parte del Principio de Transversalidad, afirmando que “[...] vela por que la participación ciudadana en la gestión del cambio climático sea a todos los niveles territoriales, así como en los distintos sectores de la sociedad”. Posteriormente, al referirse en particular a la participación ciudadana, reitera que la misma forma parte del principio antes referido, “[...] en virtud del cual la actuación del Estado debe promover la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil [...]” (en ese orden). Veremos cómo esto ha sido modificado en la tramitación legislativa.

Refiriéndonos al contenido mismo del proyecto de ley en su articulado, es menester señalar que efectivamente el Artículo 2º, relativo a los Principios, menciona el de Transversalidad reiterando lo dicho anteriormente¹⁷. Por su parte, el Título V se aboca en particular a la información sobre el cambio climático, al acceso y a la participación ciudadana. En lo que nos atañe, en el Párrafo II, Artículo 31, se establece lo que debe entenderse por participación ciudadana “[...] en la gestión del cambio climático”. Al efecto, la disposición establece:

“Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a participar, de manera informada, en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la presente ley.

Los órganos referidos en el título IV de la presente ley deberán facilitar instancias de participación ciudadana, en el marco de sus competencias y atribuciones.

Asimismo, dichos órganos deberán tener especial consideración con los sectores más vulnerables, aplicando un enfoque de género y procurando facilitar la participación de dichos sectores”.

De la lectura del precepto, es evidente que la norma no se hace cargo de las preguntas que hemos señalado son cruciales en relación con la participación ciudadana en el contexto del cambio climático y que se detallaron precedentemente.

¹⁷ Principio de Transversalidad en el proyecto original: “la actuación del Estado para la gestión del cambio climático debe promover la participación coordinada del Gobierno a nivel central, regional y local, así como la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil.

En este sentido, es importante recalcar las opiniones emitidas por el Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)², institución particularmente relevante en la materia¹⁸, pues no solo ha participado y colaborado en el proceso de elaboración y tramitación del proyecto de ley (forma parte de la mesa técnica), sino que ha publicado diversos documentos y ha estado presente en todas las sesiones en que se ha discutido el proyecto de ley en el Congreso. En este sentido, a continuación, revisaremos algunas de las observaciones que ha realizado en materia de participación ciudadana:

“El cambio climático constituye un complejo problema social, político y económico que difícilmente puede ser abordado sólo con soluciones técnicas o tecnológicas. La literatura especializada en gobernanza climática y otros temas asociados, evidencia la importancia de la participación comunitaria, especialmente considerando el componente local de la adaptación. En ese sentido, no parece adecuado que la participación ciudadana continúe teniendo un carácter informativo y consultivo. Esto es aún más preocupante considerando el centralismo del país y los limitados espacios de la ciudadanía para influenciar la toma de decisiones sobre el territorio que habitan. [...] De este modo, parece razonable: 1) establecer la obligatoriedad de elaborar planes de adaptación regionales; 2) construidos con participación directa de las comunidades locales a través de mecanismos que diversifiquen los espacios de trabajo con organizaciones sociales y otros actores de cada región,[...]”¹⁹ (el destacado es nuestro).

Otro documento que forma parte también de las publicaciones del CR², y que se aboca particularmente a la participación ciudadana contenida en el proyecto de ley concluye que:

“1. La regulación de la participación ciudadana en el proyecto de LMCC es prácticamente inexistente. Se limita a reconocer este derecho, sin establecer condiciones mínimas ni niveles básicos para su ejercicio; 2. El marco legal actual es insuficiente para garantizar el

¹⁸ El Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)² reúne a investigadores de distintas disciplinas de las ciencias naturales y sociales que estudian cómo el cambio climático impacta a los ecosistemas y a la sociedad chilena (<https://www.cr2.cl/>).

¹⁹ <https://leycambioclimatico.cl/wp-content/uploads/2019/09/Observaciones-ley-CC-CR2-2.pdf>

derecho de participación ciudadana, y no incorpora ciertos requisitos mínimos de la participación pública regulados en el Acuerdo de Escazú, como se ha demostrado en la misma tramitación del proyecto de Ley Marco de Cambio Climático; y, 3. Se pretende equiparar el derecho a la participación ciudadana con actuaciones de información o consultas ciudadanas, las cuales no son suficientes para garantizarlo” (el destacado es nuestro).

Interesante resulta también referirse al Informe evacuado por la Corte Suprema, Oficio N° 138-2020, de 27 de julio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y en el que respecto al tema de la participación ciudadana se consigna, que:

“Se deja constancia que los ministros señor Brito, señora Chevesich, señor Dahm, señora Repetto y señor Llanos, fueron de opinión de consignar, además, como contribución, que, en su concepto, las normas sobre participación ciudadana deberían quedar establecidas en la ley, con el objeto de hacer claridad y dar cumplimiento a los Acuerdos de París en esta materia”.

Por otro lado, vale la pena resaltar que el primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales da cuenta de la participación de varios expositores tanto de la academia como de otros sectores interesados en la temática del cambio climático, y que en no pocas oportunidades abordaron la participación ciudadana. Al respecto, destacamos sólo algunas de estas intervenciones, como la de la académica de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señora Montserrat Madariaga, quién señaló “En materia de derecho a la participación ciudadana, llamó a tener en consideración que ella es distinta al acceso a la información pública, a una consulta ciudadana y al acceso a la justicia ambiental. Sin embargo, estos conceptos habitualmente se confunden a la hora de legislar. Así, aseguó, ocurrió en el caso del anteproyecto de esta iniciativa de ley, en donde no hubo un proceso de participación ciudadana sino una mera consulta. Agregó que si bien se podían efectuar observaciones, hasta el día de hoy no se sabe qué ocurrió con cada una de ellas. En atención a ello, subrayó, se requiere un procedimiento

sobre el particular”²⁰. Con una propuesta concreta, intervino la académica de la Universidad de Chile, señora Ana Lya Uriarte, quien “Enfatizó que la participación ciudadana, además de las consultas públicas y otras instancias de convocatoria, debería verse reflejada en la constitución de comités ciudadanos por el cambio climático, de carácter permanente, cuya conformación materialice la representación ciudadana. A mayor abundamiento, recordó que la representación académica ya tiene espacio en el comité científico asesor”²¹.

Teniendo en consideración lo anterior, nos abocaremos a continuación a analizar las modificaciones que ha experimentado el proyecto de ley durante la discusión legislativa²² en lo que respecta a la participación ciudadana²³. Cabe hacer presente que, en un primer momento, tal como se mencionó, no había un principio sobre participación pues se entendía comprendido en el de transversalidad, sin embargo, a raíz de las indicaciones introducidas por los parlamentarios, el trabajo de la mesa técnica con el Ministerio del Medio Ambiente, se aprobó la incorporación de este principio de manera autónoma quedando en el literal quinto del artículo 2 de la siguiente manera:

“Participación: Es deber del Estado contar con los mecanismos que permitan asegurar el derecho de participación de toda persona o agrupación de personas en la gestión del cambio climático, tanto a nivel nacional como regional y local.”

Asimismo, en la discusión del Artículo 7 que se refiere a la elaboración de la contribución determinada a nivel nacional (NDC), a causa de indicaciones propuestas por varios senadores, se reemplaza el mecanismo de “consulta pública” por el de “participación ciudadana” y se establece un plazo de 30 días hábiles; no obstante, algunos Senadores querían que fuese por 60. En definitiva, el inciso sexto se aprueba como se indica a continuación:

20 Primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, pág. 31. En igual sentido se manifestó la Directora de Greenpeace, señora Estefanía González, pág. 46.

21 Primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, pág. 116.

22 Cabe hacer presente al respecto que la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales constituyó una mesa técnica para el estudio de las indicaciones compuesta por las académicas Pilar Moraga, Maisa Rojas, y la Directora Ejecutiva del (CR)² Andrea Rudnick y como representantes del Ministerio del Medio Ambiente, Andrea Barros, Pedro Pablo Rossi, Paulina Sandoval, y Carolina Urmeneta.

23 Para el estudio de la tramitación legislativa, hemos consultado las fichas del Observatorio Legislativo del Programa Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático de la Universidad de Concepción, en línea: <http://dacc.udec.cl/proyecto-de-ley-que-fija-ley-marco-de-cambio-climatico> y las minutas del Observatorio Ley de Cambio Climático del (CR)² www.leycambioclimatico.cl

“El procedimiento será coordinado por el Ministerio de Medio Ambiente con apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores y deberá contemplar, al menos, la participación de las autoridades sectoriales y ministerios competentes que corresponda, una etapa de participación ciudadana que tendrá una duración de treinta días hábiles; el informe previo del Comité Científico Asesor para el Cambio Climático, y el pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.”

Por su parte, en el artículo 8 relativo a la elaboración de los Planes Sectoriales de Mitigación, específicamente en el inciso cuarto se contempla el mismo diseño para la participación ciudadana, tal como se observa en la siguiente redacción:

Un reglamento expedido por decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes Sectoriales de Mitigación. Dicho procedimiento contemplará, al menos, la participación de las autoridades sectoriales competentes, una etapa de participación ciudadana, que tendrá una duración de treinta días hábiles, que incluya la participación informada de los municipios y el pronunciamiento

Igual modificación se produjo respecto de los Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático, contenido en el artículo 9 del proyecto de ley, cuyo texto es el que se reproduce a continuación:

La elaboración e implementación de los planes sectoriales será de responsabilidad de las autoridades sectoriales señaladas, las que deberán colaborar recíprocamente y con los organismos con competencia en la materia compartiendo las medidas de adaptación que sean necesarias, los que deberán suscribir el decreto que apruebe el respectivo Plan. Dicho procedimiento será coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente y contemplará, al menos, una etapa de participación ciudadana, que tendrá una duración de treinta días hábiles, que incluya la participación informada de los municipios y el pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.

En igual sentido, se modificó el Artículo 11 relativo a los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, otro instrumento de gestión del cambio climático. El texto del inciso final aprobado en el primer trámite constitucional es el que sigue:

“Los Planes de Acción Regional del Cambio Climático serán aprobados por resolución del Delegado Presidencial Regional respectivo, previo acuerdo favorable del Gobierno Regional, en un plazo máximo de 45 días contados desde la comunicación de este último. Un reglamento del Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, debiendo considerar, a lo menos, una etapa de participación ciudadana de treinta días hábiles y la opinión del Consejo Consultivo Regional del Ministerio del Medio Ambiente.”

Posteriormente, nuevamente a raíz de las indicaciones de los Senadores y con la anuencia de la mesa técnica se modifica el nombre del Título V y del párrafo I quedando de la siguiente manera “Título V. Sistema Nacional de Acceso a la información sobre Cambio Climático, Acceso y Participación Ciudadana”, párrafo I “Del Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático”, e incluyéndose un artículo nuevo (24) que se reproduce a continuación:

“Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático. Se desarrollará un único Sistema Nacional de Acceso a la Información y Participación Ciudadana sobre Cambio Climático, que será administrado y coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente, con apoyo del Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento e Innovación y demás órganos de la Administración del Estado competentes. Este Sistema, incluirá los subsistemas de Información mencionados en los Párrafos II y Párrafos III del presente Título, como también aquellos instrumentos y sistemas de información que existan o puedan existir en la materia.

Este Sistema Nacional promoverá y facilitará la participación ciudadana, en la elaboración, actualización y seguimientos de los instrumentos de gestión del cambio climático.

Como señalamos precedentemente, el proyecto de ley original contenía un artículo relativo a la participación ciudadana, sin embargo, la propuesta sufrió modificaciones sustantivas, tal como se observa a continuación (Lo que está subraya se incorporó):

Artículo 31. Participación ciudadana en la gestión del cambio climático. Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a participar, de manera informada, en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la presente ley.

La participación ciudadana deberá permitir el acceso oportuno y por medios apropiados a la información necesaria para el efectivo ejercicio de este derecho. Asimismo, considerará la oportunidad y los mecanismos para formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas, considerando criterios de viabilidad legal, pertinencia técnica y oportunidad.

Los órganos referidos en el título IV deberán facilitar instancias de participación ciudadana, en el marco de sus competencias y atribuciones. Lo anterior, de manera abierta e inclusiva, teniendo especial consideración con los sectores y comunidades vulnerables, aplicando un enfoque multicultural y de género.

Las sesiones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el cambio climático y de los Comités Regionales de Cambio Climático deberán ser transmitidas en directo por el medio más idóneo y además grabadas y publicadas íntegramente en un plazo máximo de 24 horas en la plataforma que se disponga para dicho efecto en el sitio oficial del Ministerio del Medio Ambiente, bajo los mecanismos de transparencia activa que dispone la ley. Adicionalmente, las actas de la sesión deberán ser publicadas en la misma plataforma antes de la celebración de la siguiente sesión del consejo o comité respectivamente”.

3. La participación ciudadana en los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como caso de estudio

Se afirma que se “[...] puede reducir la vulnerabilidad disminuyendo la sensibilidad de la población afectada y mejorando la capacidad de adaptación de la sociedad al cambio climático. Lograrlo implica comprender el contexto social, económico, político y ambiental del país y sus sistemas, ya que

ellos contribuyen al régimen actual de resiliencia y a las posibilidades de adaptación futura”²⁴. Como se advierte, hay diversos conceptos que “acompañan” la noción de vulnerabilidad: exposición, sensibilidad, capacidad de adaptación²⁵.

Como se ha señalado previamente, Chile es, bajo este enfoque, un país vulnerable. En efecto, de acuerdo con el Ministerio del Medio Ambiente, “Chile es un país altamente vulnerable al cambio climático, tal como lo indican los estudios realizados a nivel internacional y nacional, y sus efectos ya se están haciendo notar en el territorio nacional. Las proyecciones climáticas para el país muestran como principales efectos el alza en la temperatura y la disminución en las precipitaciones. También se proyecta un aumento en la frecuencia de eventos extremos tales como sequías, e inundaciones fluviales y costeras. Todos estos cambios tendrán repercusión directa o indirecta sobre la mayor parte de las actividades productivas del país, y por supuesto, también las personas, en el medio ambiente y la biodiversidad”²⁶.

De los nueve criterios de vulnerabilidad de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), Chile cumple con siete de ellos²⁷, varios de los cuales están directa o indirectamente relacionados con el agua. La incorporación de la definición de “seguridad hídrica” (Artículo 3°), el establecimiento de Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático (Artículo 9°.1b), el instrumento de gestión a nivel local denominado Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas (Artículo 12), ameritan sin duda una breve evaluación sobre el tema junto al contrapunto de la participación ciudadana respecto de este instrumento de gestión en específico.

En relación con la seguridad hídrica, en particular la mención que se refiere a la “[...] posibilidad de acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada [...]”, cabe destacar positivamente que el proyecto haya incluido esta noción dentro del Artículo 3° sobre “Definiciones”. Sin embargo, resulta

24 <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/517/caf-indice-vulnerabilidad-cambio-climatico.pdf>

25 El Índice de Vulnerabilidad al Cambio Climático (IVCC) evalúa el riesgo de exposición al cambio climático y a fenómenos extremos con respecto a la sensibilidad humana actual a esa exposición y a la capacidad del país para adaptarse a los impactos potenciales del cambio climático o aprovechar esos posibles impactos. El Índice de Vulnerabilidad al Cambio Climático (IVCC) está compuesto por tres índices que, a su vez, son índices de riesgo diferenciados: índice de exposición (50%); índice de sensibilidad (25%); e, índice de capacidad adaptativa (25%).

26 <https://mma.gob.cl/cambio-climatico/vulnerabilidad-y-adaptacion/>

27 Ver mensaje, párrafo uno, del apartado II “Fundamentos del Proyecto”.

extraña la referencia al adjetivo “posibilidad”, en la definición, en relación con el acceso al agua²⁸, porque pueden prestarse dificultades interpretativas en el futuro, por cuanto el acceso al agua se vincula con los Planes Estratégicos y, estos, a su vez, con la participación ciudadana que pueda finalmente reconocerse en dichos Planes.

En otro orden de ideas, los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas, a cargo de la Dirección General de Aguas (entre otros Servicios luego de las indicaciones), dependiente del Ministerio de Obras Públicas²⁹, cuando se refiere al diagnóstico en la información disponible sobre la cantidad y calidad del recurso, menciona expresamente a las instituciones “[...] que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto del recurso hídrico [...]”, lo que nos permite preguntar si en este aspecto puntual, relevante por cierto, la participación ciudadana estuvo presente, pues es evidente que la ciudadanía no forma parte, en lo que nos atañe, de las “instituciones”. Estos Planes, por lo demás, deberán, según el proyecto original, actualizarse cada 10 años, lo que equivale a una generación³⁰.

Por último, en lo relativo a la participación ciudadana propiamente tal, resulta interesante observar que si bien el Artículo 12 original no hacía mención a la misma, probablemente porque el diseño detrás del proyecto de ley fue abordar la temática en forma individual y no en conexión con los instrumentos de gestión creados ni la nueva institucionalidad que deberá instalarse, los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas fueron objeto de 15 indicaciones, 3 de las cuales se refieren a la participación ciudadana³¹. Estas disponen lo siguiente:

28 No hubo observaciones a este respecto durante la tramitación en el Senado de acuerdo con la información consultada. Sin embargo, no se advierte cuál es la intención detrás de referirse a posibilidad de acceso y no a acceso sin más. Si por cualquier razón (sequía total, por ejemplo) una cuenca no tiene agua, nadie podría razonablemente siquiera intentar responsabilizar al Estado por no existir acceso. La “posibilidad de acceso” horada el fin de la norma.

29 Poner proyecto de ley que crea la Subsecretaría del Ramo... y que por ende modifica esto en términos institucionales...

30 De acuerdo con el Boletín de indicaciones correspondiente, hubo una solicitud orientada a que la actualización de los Planes fuera cada 5 años y no cada 10, pero la idea fue rechazada en atención a la cantidad de cuencas que tiene el país (101 cuencas) y a la capacidad del Estado ante esta realidad. No cabe duda que el número de cuencas es determinante, pero se pudo escoger una fórmula que permitiera ir avanzando progresivamente para que en el tiempo la actualización tenga una frecuencia mucho menor. La participación ciudadana tendrá que esperar una década a este respecto y, en ese sentido, al menos, la propuesta descartada es lamentable.

31 Comparado Primer trámite constitucional (Primer informe de comisión) Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales. Segundo informe de comisión (Comparado de estudio Tomo II).

[Al inciso primero]: “*El Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Obras Públicas estarán a cargo de elaborar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas, considerando previamente un proceso de participación ciudadana informado a nivel comunal, regional y nacional, que considere a todos los actores relacionados con la temática del agua*” (el subrayado y destacado es nuestro).

[Al inciso cuarto]: “[...] *agregar luego de la palabra “Cuencas”, la frase “, el que deberá contar al menos con una etapa de participación ciudadana”*” (el subrayado y destacado es nuestro).

[Inciso final, nuevo]: “*Un reglamento expedido por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, establecerá el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización de los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas. Dicho procedimiento deberá contemplar a lo menos, las siguientes etapas: análisis técnico y económico, consulta a organismos y entidades, públicas y privadas, una etapa de participación ciudadana de al menos 60 días [...]*” (el subrayado y destacado es nuestro).

Las indicaciones precedentes revelan importantes cuestiones a la luz de lo que el presente trabajo ha destacado en relación con la participación ciudadana en el contexto del cambio climático. En primer lugar, es sin duda positivo que al menos en relación con el instrumento de gestión en comento, se haya desacoplado el espíritu original del proyecto de abordar la participación en términos generales como una consulta pública, sin conexión ni a los instrumentos de gestión ni a la nueva institucionalidad.

En segundo lugar, estas indicaciones muestran que al menos de forma intuitiva nuestro legislador distingue la participación como etapa de la participación como proceso. Hemos dicho más arriba que, en el contexto del cambio climático, dejando de lado aquella que puede aparecer en el SEIA, se refiere a una participación continua, no a una que se agota en una sola etapa. Se podrá decir que es un problema semántico, que aquellas indicaciones que hablan de etapa, en el fondo se refiere a etapas que se suceden con una determinada frecuencia. Sin embargo, es claro que la referencia a proceso, en el fondo es solo eso, pues refleja una participación acotada, presente sólo cuando debe discutirse la elaboración del Plan respectivo, o su actualización (cada 10 años).

Finalmente, y como se ha esbozado a lo largo de este trabajo, incluir la participación ciudadana en conexión con toda la problemática del cambio climático (en este caso, con un instrumento de gestión), si bien aparentemente es un progreso, puede incluso terminar siendo un arma de doble filo si no se aborda como un proceso continuo, dinámico, complejo y necesario para una legitimidad genuina y acorde con las exigencias actuales y futuras, en vez de persistir en la participación como una etapa acotada.

Conclusiones

Sin perjuicio de que la tramitación legislativa continuará, pues el proyecto de Ley Marco sobre Cambio Climático acaba de finalizar el primer trámite constitucional en el Senado, debiendo ser remitido a la Cámara de Diputados para continuar con el segundo, y teniendo en cuenta el debate sobre materiales ambientales que tendrá lugar en el seno de la Convención Constitucional, creemos importante resaltar que el tema de la participación ciudadana en el contexto del cambio climático aún sigue siendo un problema sin solución. En otras palabras, el proyecto original junto con la discusión que ha tenido lugar en el Senado no aprueba el test del “buen diseño” de la participación ciudadana en el contexto climático, no por exceso sino más bien por déficit regulatorio.

En primer lugar, es importante destacar que la denominada participación anticipada en este proyecto de ley es un caso singular y, hasta cierto punto, ejemplar y que dio paso, afortunadamente, entre otras cosas, a la inclusión de los planes estratégicos de recursos hídricos dentro del proyecto de ley, como uno de los instrumentos de gestión a nivel local, y que ha sido abordado como caso de estudio.

En segundo lugar, que sin perjuicio de las mejoras introducidas a consecuencia de las indicaciones y sugerencias de la mesa técnica que ha asesorado a la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, y que avanzaron desde una consulta pública a una etapa de participación ciudadana por un plazo de 30 días en la elaboración de la Contribución Determinada a Nivel Nacional, en los Planes Sectoriales de Mitigación, en los Planes Sectoriales de Adaptación, en los Planes de Acción Regional de Cambio Climático, y Planes Estratégicos de Recursos Hídricos, este mejoramiento no resuelve todas las interrogantes planteadas en este trabajo. Es posible afirmar que ya sabemos quiénes y como participarán, pero queda pendiente el cómo se abordarán o canalizarán, además de cual será la incidencia que tendrán las observaciones planteadas en el plazo de 30 días, así como tampoco se cumple con

el ideal de un proceso entendido como un continuo que abarque las etapas de administración, implementación y seguimiento.

En tercer lugar, es importante destacar que hubo exposiciones de académicos así como de otros actores que hicieron presente estas falencias así como indicaciones de Senadores que buscaron profundizar en esta materia, por ejemplo respecto de la consulta indígena, pero que fueron retiradas o votadas en contra, por lo que pareciera probable que esta materia sea nuevamente discutida en la cámara baja, más aún si tenemos en consideración los problemas que la participación ciudadana concebida con el mismo diseño en el caso del SEIA ha presentado una serie de dificultades que ha significado retrotraer procedimientos administrativos a instancias muy prematura. En ese sentido, no hay claridad en el proyecto de ley sobre los mecanismos de impugnación para el caso en que existan vicios o se incumpla un estándar implícito de esta etapa ciudadana de 30 días.

En conclusión, el acercamiento a la participación ciudadana en este ámbito no se diferencia ni distancia en lo realmente sustantivo del escogido para abordar la participación en la creación de normas (consulta pública) o el existente en el SEIA (participación ciudadana), repitiéndose la falencia de determinar el mecanismo de incidencia de la misma. En nuestra comprensión, la participación ciudadana en el contexto del cambio climático es un continuo, dinámico, que desafía todos los modelos de participación democrática establecidos hasta el momento, pues exige no sólo una coordinación institucional, sino una desconcentración administrativa y política, un reconocimiento basal al conocimiento local en igualdad de condiciones a la participación científica y la del sector privado, todo ello, sin llegar a la obligatoriedad o a un carácter vinculante. En definitiva, todavía hay una deficiencia que suplir, la que sólo se resolverá respondiendo las interrogantes: ¿Cómo se aborda o canaliza esa participación? y ¿Cuál es la incidencia de esa participación?, esperemos que ello se salve en el segundo trámite legislativo.

LA LEY DE HUMEDALES URBANOS EN CHILE: EL TRÁNSITO DESDE “PANTANOS INFECCIOSOS” A VALIOSOS ECOSISTEMAS DIGNOS DE PROTECCIÓN (Y RESTAURACIÓN)

Verónica Delgado Schneider¹

Resumen

La comprensión de la relevancia de los humedales ha evolucionado a través del tiempo, llegando hoy a constituirse en ecosistemas valiosos dignos de protección. El presente artículo analiza el camino recorrido en esta dirección, desde un punto de vista jurídico, considerando la normativa y jurisprudencia nacional más importante y cuyo hito más significativo es la Ley de Humedales Urbanos (HU).

Introducción

En estos tiempos, no cabe duda del gran valor que los humedales tienen para el país, especialmente dada la crisis climática, hídrica y ambiental que sufrimos. Cada día se pierde más biodiversidad por los cambios de uso de suelo (agrícolas o inmobiliarios), el agua escasea en varias localidades (ya sea por falta de precipitaciones o por una mala gestión) y aumentan, por el cambio climático, las lluvias extremas, las inundaciones y marejadas. Además, las actividades han contaminado aguas superficiales y subterráneas y sus ecosistemas asociados, como los humedales.

Estas áreas son únicas en el desarrollo de hábitats para sustentar una elevada biodiversidad de flora y fauna. Concentran, purifican y liberan agua en periodos de sequía, la misma que acumulan durante eventos extremos de lluvia, protegiendo a la población humana de inundaciones. Además, capturan gases de efecto invernadero, y, por lo tanto, purifican el aire que respiramos,

¹ Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático de la misma casa de estudios. vedelgado@udec.cl

una función que se multiplica cuando mantienen la vegetación arbórea nativa asociada. Ellos constituyen también espacios culturales del saber y del sentir popular, a través de su uso para recreación, turismo, educación, ciencia, pequeñas producciones agrícolas controladas, en los períodos en que baja el agua del humedal, y aprovechamiento para el ganado, cuando son los únicos espacios verdes que generan hierbas, debido al agua subsuperficial que mantienen en épocas estivales. Y en este sentido somos muy afortunados, pues en un estudio reciente encargado por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) se actualiza que en Chile la superficie de humedales alcanza los 5,6 millones de hectáreas.²

Sin embargo, en el mundo y en Chile, cada día se pierden y deterioran estos valiosos ecosistemas. De hecho, el último informe del país sobre el estado del medio ambiente advirtió sobre una acelerada pérdida de los humedales continentales del país, cuya disminución se estima entre un 69% y un 75%, mientras que los humedales costeros se habrían reducido en cerca de un 62%.³ Muchos son rellenados para construcciones asociadas generalmente a proyectos inmobiliarios, se contaminan al usarlos como basurales o por descargas directas de residuos industriales líquidos o aguas servidas; o por la contaminación difusa derivada del uso de agroquímicos en la agricultura y ganadería o las aguas de contacto mineras. También son objeto de pastoreo e introducción de especies exóticas y de la llegada de animales domésticos depredadores (como gatos y perros). Les afecta también la deforestación de la vegetación ripariana, la extracción que se hace de su biomasa y la existencia cercana de monocultivos. Son objeto muchas veces de actividades de desecación o extracción ilegal de agua. En fin, son ecosistemas frágiles y vulnerables al cambio climático, especialmente a la megasequía que nos afecta hace ya más de una década.

De hecho, son tan valiosos en los servicios que nos prestan y tanto el deterioro y vulnerabilidad a la que están expuestos, que la ciencia ha hecho un llamado, a través de las llamadas Soluciones Basadas en la Naturaleza (SBN), no sólo a protegerlos y conservarlos, sino a restaurarlos, para que puedan recuperar las capacidades de prestar todos los servicios ecosistémicos que brindan.⁴

2 Edáfica, *Inventario de humedales urbanos y actualización del Catastro Nacional de Humedales, Informe Etapa III*, 2020.

3 Gligo, Nicolo (dir.), *Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile 2018*, (Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile), 2019, p. 325.

4 Intergovernmental Panel on Climate Change, *Summary for Policymakers, Climate Change and Land: an IPCC special report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*, (Intergovernmental Panel on Climate Change), 2019.

Pues bien, esta valorización positiva de los humedales se ha ido comprendiendo desde hace años por la ciencia, pero más lentamente por la comunidad y las autoridades a nivel central y local. Y este trabajo tiene por objeto demostrar justamente cómo fue el tránsito, desde lo legal, desde ser concebidos como simples pantanos infecciosos o terrenos húmedos que convenía rellenar para otros usos lucrativos, hasta ecosistemas valiosos dignos de protección. El hito será la nueva ley que protege a los humedales urbanos (HU). El análisis se hará considerando la normativa más importante⁵ y jurisprudencia judicial.

1. Pese a Ramsar, se miran como pantanos infecciosos y terrenos sin valor a desecar y/o rellenar.

A nivel internacional, Chile promulga en 1981 (mediante el Decreto N°771) la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, firmada en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971 y que, entró en vigencia en 1975, en adelante la “Convención Ramsar”. Este instrumento aportó una amplia definición de humedales que se mantiene hasta hoy y que, de hecho, inspiró a la utilizada en la reciente ley chilena de humedales urbanos: “A los efectos de la presente Convención son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros” (art. 1°). Sin embargo, en el Decreto N°771 la definición es notoriamente diferente y excluyó a las turberas.⁶

La Convención Ramsar hace ya 50 años fijaba pilares para la protección de humedales que tardaron mucho tiempo en ser comprendidas a cabalidad en el país. Así, a) se reconocía la interdependencia del hombre y el medio ambiente que lo rodea; b) que los humedales cumplían “funciones ecológicas fundamentales” como reguladoras de los regímenes de agua y como regiones que permiten la conservación de una flora y fauna características, especialmente aves acuáticas; c) que constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable; d) que hay que

5 Recopiladas en varias tesis y documentos estatales.

6 Se señala “las zonas húmedas se dividen en áreas de ciénagas, pantanos, áreas de musgos o agua, sean éstas naturales o artificiales, permanentes o temporales, de aguas estáticas o corrientes, frescas, con helechos o saladas, incluyendo zonas de agua de mar cuya profundidad no exceda de seis metros durante la marea baja.” (art. 1).

“detener” su progresiva usurpación y pérdida y e) que es posible “conservar” los humedales y la flora y fauna asociada a ellos, mediante políticas nacionales de largo alcance combinadas con una acción internacional coordinada.

Y para lograr estas metas, la Convención incluyó para los Estados obligaciones relacionadas a los humedales incluidos en la Lista oficial, pero también fuera de ella, algo muy importante y no siempre advertido. Así, los Estados Partes se obligan entonces, a designar humedales dentro de su territorio (al menos uno), para ser incluidas en la lista de humedales de importancia internacional, seleccionadas en base a su importancia internacional en términos de ecología, botánica, zoología, limnología o hidrología; describiendo minuciosamente sus límites, y pudiendo incorporar zonas ribereñas y litorales adyacentes cuya profundidad en la marea baja sea mayor de seis metros, especialmente cuando éstas tienen importancia como hábitat de aves acuáticas (art. 2). Cada Parte se obliga a la conservación, administración y explotación racional de la población migratoria de aves acuáticas (art. 2) mediante la elaboración y ejecución de planes para favorecer la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, hasta donde sea posible, la utilización racional de ellos (art. 3). Y, de hecho, cada Estado se obliga a informar y tomar las medidas pertinentes cuando la “índole ecológica” de alguna zona de la Lista hubiera cambiado, se encuentre en proceso de cambio o pueda cambiar como consecuencia del desarrollo tecnológico, polución u otra interferencia humana (art. 3). Pero, además, cada Parte Contratante “favorecerá” la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas al crear reservas naturales en humedales, estén o no incluidas en la Lista, y proveerá para su adecuada protección (art. 4).

Es importante destacar que la Convención permite excepcionalmente (“sólo por razones urgentes de interés nacional”), suprimir o restringir los límites de una zona de la Lista, y exige, en consecuencia, que se “deberá compensar en la medida que le sea posible, toda pérdida de recursos en ésta y, especialmente, deberá crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección, de una porción adecuada del hábitat original, ya sea en la misma área o en otro lugar (art. 4 y 9). La Convención exige avanzar en protección, pero admite excepcionalmente retroceder, aunque exige compensar.

Como síntesis de lo anterior, no cabe duda que la Convención plasmaba claramente una adecuada valoración ecológica de los humedales y, por otra, exigía avanzar en la conservación de estas zonas y su fauna y flora asociada, estuvieran o no dentro de la lista oficial. El mensaje era claro.

Sin embargo, este mensaje tardó en entenderse en el país. Al ratificar la Convención incluimos un humedal en la lista y debieron pasar otros 16 años para agregar otros. De hecho, la legislación los trataba como pantanos infecciosos que había que depurar, desecar o rellenar⁷. Así, el Código Sanitario de 1967 (Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del Ministerio de Salud) hasta el día de hoy, sigue refiriéndose a ellos como “pantanos” que hay que “sanear” cuando en ellos se desarrolle una “epidemia” (art. 31).

Y qué decir del Código de Aguas de 1981, aprobado el mismo año en que el Estado de Chile se comprometía a respetar la Convención de Ramsar, y que originalmente dio escuetas normas para los que llamaba “pantanos”, centradas en su aprovechamiento y más bien en su desecación; y no en protegerlos. Así, son “aguas detenidas”, las “acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses” (art. 2). No se requiere contar con derechos de aprovechamiento de aguas tratándose de “lagunas y pantanos” situados dentro de una sola propiedad siempre que no existan derechos constituidos a favor de terceros a la fecha del Código de Aguas. De esta manera, la propiedad de estos derechos pertenece, por el solo ministerio de la ley al propietario de las riberas (art. 20). Estos propietarios riberaños (privados o públicos) podrán, además, “aprovechar y cultivar el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, en las épocas en que no estuviere ocupado por las mismas.” (art. 30). Y se permite expresamente drenar sus aguas, sin autorización alguna, para “recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie” (art. 47). De hecho, el mismo Gobierno describía la regulación en el país, a la Secretaría de la Convención Ramsar en 1997, ante la pregunta de si en el país era prioritario conservar y restaurar humedales, de la siguiente manera: “No, incluso existe legislación que fomenta la desecación de suelos húmedos y con mal drenaje denominados “ñadis” (...) De hecho, el Código de Aguas admite la carencia de normas referentes a la conservación y protección de recursos hídricos. Desde el punto de vista del uso consuntivo del agua en Chile, debe señalarse que a nivel nacional un 89.2% es para fines agrícolas. Específicamente en el extremo norte del país, un 69.5% de los derechos de agua son de empresas mineras, siendo el porcentaje restante para

7 Heimlich, Susan, *Régimen jurídico de los humedales en Chile. Aplicación en Chile de la Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas*, Tesis de Pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2004.

uso agrícola y de particulares. No han sido evaluados los impactos de estos diferentes tipos de uso”.⁸

Este flexible sistema, sólo logró mejorar un poco con una reforma al mismo Código, como se revisará ahora y con el arribo de la normativa ambiental, en el punto siguiente. En efecto, a partir de la reforma de 1992, mediante la ley N° 19.145, se prohibió efectuar exploraciones y explotaciones, en vegas, bofedales y acuíferos que los alimenten, en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, zonas que previamente deben estar identificadas y delimitadas por la Dirección General de Aguas (DGA).⁹ Esta es una de las pocas normas “ambientales” en el Código de Aguas y de las pocas prohibiciones que existen. En todo caso, la primera admite excepciones y la segunda no afecta las extracciones ya otorgadas. La norma, según su historia, persiguió “evitar la desaparición de bofedales y vegas” en algunas regiones del norte de Chile, pues “la legislación existente no ha considerado debidamente la conexión e interdependencia entre zonas de pastoreo y aguas subterráneas, con grave perjuicio de las comunidades indígenas”.¹⁰ Además, el año 2005, se incluyó en el Código la regulación de las aguas subterráneas, mediante principios (unidad de la corriente) y varias otras normas que *podrían* contribuir al cuidado de los humedales relacionados a ellas (como las que establecen las zonas de restricción, áreas de prohibición o reducción temporal de derechos o que regulan la recarga artificial), pero que no abordará aquí, pues como ya se ha señalado en detalle, ellas en realidad no sirven, o sirviendo, no se aplican y poco se fiscalizan.¹¹

Por otra parte, y considerando la gran cantidad de humedales que están en las ciudades, es importante advertir que, en la Ley General de Urbanismo y

8 Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Chile. *Aplicación de la Convención de Ramsar en general y del Plan Estratégico 1997-2002 de Ramsar en particular en el período comprendido entre la preparación del Informe Nacional para la COP6 en 1995 y el 30 de junio de 1998.*

9 Se dispone que “se prohíbe efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas” (art. 58). Y en cuanto a su explotación, se dispuso que “Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa.” (art. 63). En ambos casos, la autoridad deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

10 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.145 Modifica el Código de Aguas en lo Relativo a la Extracción de Aguas Subterráneas en la I y II Regiones del País, (Biblioteca del Congreso Nacional)*, 2018, p. 3.

11 Delgado, Verónica, *Capítulo IV Restricciones o limitaciones a la explotación de las aguas subterráneas en Chile: un modelo ambiental insuficiente en un contexto de cambio climático*, en *El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales*, (Tirant Lo Blanch), 2021, p. 154-198.

Construcciones (LGUYC) y su Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), tampoco existen normas de protección pues, en realidad, el artículo 5.7.13 de la Ordenanza prohíbe las construcciones en zonas inundables, pero las permite si el riesgo se asume con soluciones de ingeniería. Y, por otra parte, un plan regulador sólo puede “reconocer” (pero no definir nuevas) zonas de valor natural, es decir, aquellas que ya están protegidas oficialmente como el borde costero, parques nacionales, etc. (art. 2.1.18 OGUC).¹² Sin embargo, en épocas pasadas, hubo muchos planes que sí crearon nuevas zonas de protección, con distintas denominaciones y ellas fueron objeto de conflictos iniciados por los propietarios de dichos terrenos o inversionistas.¹³ Por ello promovimos en su época que esta norma fuera modificada, para que la palabra “reconocer” fuera reemplazada por “definir”, como ocurre con las nuevas zonas de conservación históricas que sí puede crear un plan regulador. Otros proponían que los planes reguladores consideraran a los humedales urbanos “parques”, mediante la declaración de utilidad pública del art. 59, pues se podía limitar la construcción, aunque fueran terrenos privados.

2.- Los primeros esfuerzos (y fracasos) desde el “derecho ambiental” para mejorar la protección de los humedales.

Sin duda, la valoración de los humedales comenzó de la mano de la normativa ambiental en Chile, pero ha sido un lento camino si pensamos que la Convención de Ramsar fue suscrita por el país en 1981 y sólo tenemos dieciséis humedales protegidos en esa categoría, de los casi cuarenta mil humedales existentes en Chile.

Pues bien, cuando se dictó la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en 1994, la consideración de los humedales se limitó a evaluar sus impactos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y a protegerlos en la medida que estuvieran en un área protegida. El artículo 35 además impuso

¹² Art. 2.1.18 OGUYC: “Los instrumentos de planificación territorial deberán reconocer las áreas de protección de recursos de valor natural, así como definir o reconocer, según corresponda, áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural. Para estos efectos, se entenderán por “áreas de protección de recursos de valor natural” todas aquellas en que existan zonas o elementos naturales protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, tales como: bordes costeros marítimos, lacustres o fluviales, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales.”

¹³ El ejemplo emblemático es la Ordenanza del Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano de Valparaíso, que consideró, entre otras, las áreas de Protección natural en Zona de Recursos de Valor Natural Protegidas “Reglamentariamente” (ZPE-R) y las Zona de Protección Ecológica de Humedales (ZPE-H), determinando que estas últimas, “serán mantenidas en estado natural, concentrando los esfuerzos en la preservación, para así asegurar y contribuir a conservar el patrimonio paisajístico, el área de reproducción de fauna, mamíferos y aves y otros fenómenos naturales relevantes”.

al Estado el fomentar e incentivar las áreas protegidas de propiedad privada e imponerles ciertas obligaciones de aquellas del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), incluyendo dentro de las áreas protegidas, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, “pantanos y otros humedales”, situados dentro de su perímetro (art. 36).

Específicamente en el SEIA, se obligó a ingresar a este procedimiento (que entró en vigencia en 1997) a proyectos de “...drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, *significativos*, de cuerpos o cursos naturales de aguas”, distinguiendo entre vegas y bofedales; cuerpos naturales de agua (tales como lagos, lagunas, pantanos, marismas, turberas, vegas, humedales o bofedales) y suelos con problemas de drenaje (como los suelos ñadis), indicándose las magnitudes relacionadas a cada una. Además, el SEIA consideraba la evaluación de otros proyectos, por ejemplo, mineros o inmobiliarios, donde también se evaluaban los efectos en humedales.

Sin embargo, en sus primeros años, la evaluación ambiental no necesariamente se tradujo en una adecuada protección de estos ecosistemas. Y el tema se transformó en un punto importante en la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), la cual asumió la tarea (que antes tenía Corporación Nacional Forestal sin éxito) de elaborar la Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile (aprobada el año 2005)¹⁴ y su Plan de Acción, para posteriormente formalizar al Comité Nacional de Humedales el año 2013.

Pero tampoco estos esfuerzos tuvieron éxito. En la Estrategia, por ejemplo, se estableció como pilar de la protección de los humedales en el país, la implementación de las normas secundarias de calidad de aguas, pues ello estimularía el manejo integrado de cuencas hidrográficas y bahías, para alcanzar los objetivos de calidad ambiental definidos a través de planes de descontaminación y/o prevención en el medio hídrico; y asegurar la participación ciudadana en la gestión y protección de humedales. Pese a aquello, hasta el día de hoy no existe manejo integrado de cuencas, ni un solo plan de descontaminación en aguas y sólo un puñado de normas de calidad. Se consideró elaborar un catastro nacional de humedales, elaborar sus planes de manejo (incluyendo labores de restauración) e implementar un sistema de seguimiento de los humedales, incluyendo la aplicación de metodologías de valorización económica

¹⁴ Comisión Nacional del Medio Ambiente, *Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile*, (Comisión Nacional del Medio Ambiente), 2005.

de los humedales. Se incluyó incorporar los mecanismos de planificación de los humedales en el desarrollo de los instrumentos de planificación territorial, a nivel comunal, regional y nacional; y planes de ordenación territorial específicos a nivel regional. Y, además, implementar un marco legal para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales, texto que debería ser propuesto por el Comité Nacional de Humedales, creando también incentivos económicos (subsidios, créditos blandos, exenciones tributarias, etc.) especialmente para que las comunidades locales de escasos recursos y los pequeños propietarios, pudieran adecuadamente manejar humedales. Todo ello —salvo algunas excepciones— es, hasta el día de hoy, letra muerta. Más éxito tuvo, como se verá, la Estrategia y Plan de Acción para la Conservación y el Uso Sustentable de la Biodiversidad, al incluirse estos ecosistemas en muchas de las Estrategias Regionales para la Conservación de la Biodiversidad validadas por las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, como se verá.

3. Otros esfuerzos.

Un esfuerzo más decisivo se efectuó en la reforma que en el año 2010 se realizó a la normativa ambiental, mediante la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente e introdujo cambios importantes al SEIA. En lo que nos interesa, hay una evidente intención de proteger a los humedales de mejor forma, ya sea en las causales que obligan a ingresar al SEIA (lo que se realizó en realidad en el Reglamento), como en las circunstancias que imponen hacerlo, mediante un estudio de impacto ambiental, reformando el art. 11. También ha sido relevante en el proceso, el rol que ha jugado el Contralor General de la República, Jorge Bermúdez Soto, connotado profesor de derecho ambiental; algunas otras reformas legales y otras innovaciones jurídicas que se pasan a describir. Y, por cierto, la reforma del 2010 suponía tener en un corto tiempo aprobado el proyecto sobre el Servicio Nacional de Biodiversidad y áreas protegidas, lo que lamentablemente aún no se logra.

Pero antes de ver en detalle la reforma, destaquemos que paralelamente se dictan por el entonces Ministerio Secretaría General de la Presidencia (MIN-SEGPRES) del cual dependía la CONAMA, otras normas, de índole reglamentaria que también protegen a los humedales de la contaminación, como para el manejo de lodos, tanto en la industria de frutas y hortalizas (Decreto Supremo N° 3/2012) como para el manejo de lodos de las plantas de tratamiento de aguas servidas (Decreto Supremo N° 4/2010). Las medidas son, por ejemplo, no depositar lodos en suelos saturados con agua la mayor parte

del tiempo, suelos cuya napa se encuentre a menos de un metro (efecto napa colgante), suelos ubicados a menos de 15 metros de riberas de lagos y ríos o suelos con riesgo de inundación.

El año 2008, se dicta la Ley N° 20.256, de pesca recreativa, que permite declarar un “área preferencial” de pesca (donde deberá implementarse un manejo integrado) o “degradada” por la disminución significativa de peces. Todo ello podría contribuir a la protección de humedales pues la autoridad marítima puede decretar medidas de conservación y restauración, respectivamente. Pese a aquello, en la práctica, estas normas no han tenido una aplicación importante.

Por otra parte, el Ministerio de Agricultura, en el Reglamento de Agua, Suelos y Humedales (Decreto Supremo N°82/2010) de la Ley N°20.283 del año 2008, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, dio una definición de humedal bastante distinta a Ramsar (Ecosistemas asociados a sustratos saturados de agua en forma temporal o permanente, en los que existe y desarrolla biota acuática) y donde lo determinante para que operaran sus normas de protección, era el acto de autoridad que declaraba al humedal sitio Ramsar o “sitio prioritario” de conservación. De esta manera, si bien es criticable que sólo se proteja a humedales ya reconocidos formalmente como importantes por la autoridad, al menos se incluía a aquellos aún no protegidos pero que era prioritario proteger oficialmente; y que eran un número importante de ecosistemas. Además, en este Reglamento se dieron lineamientos para delimitar a los humedales, mediante la presencia y extensión de la vegetación hidrófila o, tratándose de ambientes que carezcan de ella, considerando la presencia de otras expresiones de biótica acuática (art. 2). El objetivo declarado en el Reglamento es “proteger los suelos, manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua y humedales declarados... evitando su deterioro y resguardando la calidad de las aguas” (art. 1) y dentro de las normas de tutela, operativas para ciertas actividades, se incluyen la prohibición de corte, menoscabo o eliminación de vegetación hidrófita nativa, descarga de agua con sustancias químicas y desechos, corta de bosque nativo a 10 metros del límite humedal (cobertura arbórea de 50%), vía de tránsito de maquinaria y equipos, y depositar desechos de explotación. Además, se reguló la construcción de caminos e incorporó requisitos a los planes de manejo y de trabajo.

Volvamos a la Ley N° 20.417 y sus reformas a la Ley N°19.300 en el SEIA, recogidas también en la reforma de su Reglamento, sólo actualizado el año 2013. La Ley N°20.417 modificó la letra d), del artículo 11, estableciendo la

obligación de realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para aquellos proyectos o actividades que se localicen en o próximos a humedales protegidos. La norma no sólo incluyó expresamente a los humedales, sino que implicó otros cambios importantes como se aprecia en la siguiente tabla:

Art. 11 letra d) Texto original Ley N°19.300	Art. 11 letra d) Texto tras reforma con la Ley N° 20.417
d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;	d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

Tabla N°1. Fuente: elaboración propia.

Se ampliaron considerablemente las hipótesis para exigir estudios de impacto ambiental y, en consecuencia, los proyectos que deberán mitigar, reparar o compensar aquello que provoquen. En lo que más nos interesa, se consideran expresamente los “humedales protegidos” y los sitios prioritarios para la conservación, pero no se dieron pautas para determinar qué entender por humedal y cuándo estimarlo protegido.

Paralelamente, el ahora ya Ministerio del Medio Ambiente, trabajó en el Inventario Nacional de Humedales de 2011,¹⁵ usando la misma definición del Reglamento de aguas, suelo y humedales, aunque sin hacer referencia al acto oficial declarativo de humedal Ramsar o sitios prioritarios. De hecho, si bien se precisó en la metodología de trabajo, que por cuestiones técnicas no se pudo incluir a todos aquellos que coincidían con la amplia definición de Ramsar, especialmente los más pequeños, el resultado incluyó humedales Ramsar, ubicados en otras áreas protegidas, humedales no protegidos y también sitios prioritarios. De ahí que en seminarios o talleres era común seguir escuchando la necesidad de concordar criterios entre todos los ministerios con competencia para autorizar actividades, proyectos, permisos de extracción de agua, etc. Y propuestas, como, por ejemplo, para determinar cuándo estamos frente

¹⁵ Ministerio del Medio Ambiente; Centro de Ecología Aplicada, *Informe Final Diseño del Inventario Nacional de Humedales y el seguimiento ambiental N°1588-28-LP10*, (Ministerio del Medio Ambiente), 2011.

a un humedal, aplicar derechamente la definición Ramsar o considerar como tales los incluidos en el Inventario.

Pues bien, tres años más tarde a la reforma, se aprueba la nueva versión del Reglamento del SEIA, el que sí precisó cuáles eran los humedales “protegidos” del art. 11. Lo hizo considerando sólo a los Ramsar, que sabemos son poquísimos. En una primera lectura la norma aparecía como regresiva en consideración a la Ley de bosque nativo y su Reglamento, que incluían en su protección también a los sitios prioritarios. Pero, en realidad hay que distinguir bien el ámbito de aplicación del art. 10 y 11, para entender lo que llamaré la inicial “incoherencia” del sistema. Así, para los efectos del art. 10 letra p) está obligado a ingresar al SEIA el proyecto que se ejecuta “en” un humedal que estuviera en el listado del SEA de las “áreas bajo protección oficial” (que incluía Ramsar y otros ubicados dentro de parques, reservas, etc. pero no los “sitios prioritarios”). Pero, para los efectos del art. 11, sólo se debe exigir un estudio de impacto ambiental a los proyectos que se ejecutan en o próximos a un sitio “protegido” (donde sólo se incluirían los Ramsar).

Sin embargo, esta incoherencia se salvaría, si recordamos la nueva redacción del art. 11 letra d) de la Ley tras su reforma. En efecto, la ley exige estudio de impacto ambiental no sólo cuando se afecta a los humedales “protegidos” sino también a los sitios prioritarios (en general, sean o no humedales) y a los territorios de alto valor ambiental por los servicios ecosistémicos que presta.¹⁶ Así, tratándose de un proyecto que se localiza en o próximo a un humedal susceptible de ser afectado, procederá exigir estudio de impacto ambiental cuando se trate de un humedal Ramsar o cuando no sea Ramsar, pero si un “sitio prioritario” o bien, cuando no siendo tampoco prioritario, sea un territorio de alto valor ambiental. Esta interpretación debiera aplicarse también, inspirada en el principio *pro natura*, para incluir también aquí a las turberas en general y al *sphagnum Magallanicus* en particular, que crece en los pantanos o humedales ubicados desde Puerto Montt hacia el Sur de Chile.

Por otra parte, el Reglamento del SEIA del año 2013, perfeccionó la fórmula de ingreso obligatorio al SEIA, de los proyectos de drenaje y desecación, considerando (sin magnitud, como en el Reglamento anterior)¹⁷ aquellos que

16 La norma, eso sí, tiene algunas limitaciones prácticas. Delgado, Verónica, *Servicios Ecosistémicos y Ambientales en la legislación chilena*, Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, (La Ley-Thomson Reuters), Vol. VII, 2014, p. 523-553. Ver también causa Corte Suprema, Rol11.932-2014, 6-08-2014, C°8, 10 y 11

17 En el Decreto Supremo N°30 y 95 estaban obligados a ingresar al SEIA los proyectos de Drenaje o desecación de turberas cuya superficie afectada sea igual o superior a diez hectáreas (10 há), tratándose

afecten a turberas. Los demás humedales, sin embargo, sí atienden a criterios de magnitud en base a la superficie afectada, regla criticada desde hace años y que la ley actual de humedales urbanos supera.¹⁸ Además, si bien se mantuvo la causal de ingreso obligatorio de la letra p) por cualquier actividad o proyecto que se realice en áreas bajo protección oficial, la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), mediante el Oficio N° 130844/2013, al menos uniformó criterios y exigencias técnicas sobre las “áreas bajo protección oficial” del art. 10 y las “áreas protegidas” del art. 11, considerando listados de ellas.

Interesa también destacar, que la reforma de 2010 creó un nuevo instrumento de gestión ambiental, llamado Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que podría haber tenido un rol realmente relevante en la protección de humedales. En efecto, la Ley N° 20.417 la exige para la elaboración del manejo integrado de cuencas; de los nuevos Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (que cubren el territorio rural); las zonificaciones del borde costero y de todos los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT) y sus modificaciones “sustanciales” detalladas en el Reglamento (Decreto Supremo N° 32/2015). No obstante, aún no existe en el derecho chileno gestión integrada de cuencas y tampoco han podido entrar en vigencia los planes regionales.

Ahora bien y como adelantamos, en poco tiempo se producirían cambios sucesivos importantes a favor de los humedales, y todos ellos desde el derecho ambiental, como pasamos a sintetizar.

Así, en cuanto a la letra p) del art. 10, es decir, la causal de ingreso obligatoria asociada a todo proyecto o actividad (de cualquier magnitud) que se realice en un “área bajo protección oficial”, el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 48.164, del año 2016, determinó que la redacción del Reglamento de Aguas, Suelos y Humedales, implica que todo humedal declarado sitio prioritario por la autoridad ambiental es un área bajo protección oficial

de las Regiones I a IV, o a veinte hectáreas (20 há), tratándose de las Regiones V a VII y Metropolitana, o a treinta hectáreas (30 há), tratándose de las Regiones VIII a XII. En el DS 40, si se trata de una turbera, todos.

18 En la introducción del proyecto de ley se afirma: “Como podemos apreciar, el criterio para someterse al SEIA, en los casos de obras de drenaje o desecación atiende exclusivamente a la extensión del terreno, dejando fuera características importantes de los humedales que debieran ser tenidas en consideración, como por ejemplo, la diversidad biológica que contienen, o su rol como contenedores de aguas lluvia cuando se encuentran ubicados en zonas urbanas. Estas funciones no tienen por qué encontrarse relacionadas necesariamente con el tamaño que posee un humedal, por lo que condicionar el cuidado de estos a su tamaño, parece poco adecuado a la realidad, es decir, un criterio poco eficiente.” citando a Antiao, Mitzy, *Legislación aplicable a los Humedales en Chile: Análisis crítico de su protección en la normativa vigente*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2013.

para efectos del SEIA, siempre que se trate de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental. Y con ello debió ser actualizado el listado del SEA, complementado por el Ordinario SEA N° 161081, de 2016.

En el mismo año 2016, por otra parte, se crea en Chile, mediante la Ley N° 20.930 el derecho real de conservación ambiental, un nuevo instrumento que ha servido y puede cumplir un rol relevante en la protección de humedales ubicados en terrenos privados. Este derecho se constituye de forma voluntaria a través de un contrato celebrado por escritura pública, en el que debe establecerse al menos uno de los gravámenes “al inmueble” establecidos en la ley, entre ellos la restricción o prohibición de destinar el predio a fines inmobiliarios, comerciales, industriales o de otro tipo; la obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, descontaminación, reparación o aprovechamientos “racionales”; y la obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo para el uso racional y sostenible de los recursos naturales del bien raíz.¹⁹

Además, algunas Municipalidades dictaron Ordenanzas con algunos criterios de regulación y protección, como en Santo Domingo, Coronel, Panguipulli y Valdivia, especialmente sobre los rellenos de humedales.²⁰

Por otra parte, la labor de la SMA comenzó a involucrarse en varios casos importantes relacionados a humedales. Así, y por dar sólo un ejemplo, ordenó la clausura parcial de los pozos de extracción de agua subterránea como sanción contra una minera que provocó el desecamiento de setenta hectáreas de lagunas y humedales Ramsar en la región de Atacama.²¹

El año 2018 la Ley N° 21.075, que regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises, considera que podrán usarse para la mantención de humedales y todo otro que contribuya a la conservación y sustentabilidad ambiental (art. 8). Sin embargo, ella todavía no entra en vigencia.

Y aunque no se ha desplegado totalmente la reforma al Código de Aguas del año 2018, que fortaleció la fiscalización y los montos de las sanciones que puede aplicar la DGA,²² fue emblemático que el primer caso de multa aplica-

19 En detalle, Ubilla, Jaime, El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal, en Revista de Derecho, N° 240, año LXXXIV, (Universidad de Concepción), Jul-Dic 2016, p.151-185.

20 Moción proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos (Boletín N° 11.256-12).

21 Confirmada por Corte Suprema, Rol 42004-2017, 9-10-2018.

22 Delgado, Verónica; Arumí, José, *Capítulo VI. La extracción ilegal de aguas subterráneas en Chile: un nuevo modelo de control “menos privado”*, en El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el Derecho Ambiental y las Ciencias Ambientales, (Tirant Lo Blanch), 2021, p. 245-274.

da en base a este nuevo estatuto en la región del Biobío haya sido por “rellenar” el humedal Los Batros, uno de los más valiosos, pero a la vez deteriorado y amenazados en la zona y que muchas otras veces, sin éxito, había sido objeto de denuncias ante la misma autoridad. La misma reforma, aumentó las multas en caso de extracción ilegal de aguas y las penas por el delito de usurpación de aguas, aunque la reforma penal sólo fue una pincelada,²³ que no asegura traducirse en una efectiva mayor persecución como se quería.

Y, en materia judicial, se ha hecho cada vez más frecuente tratar de prevenir daños en humedales a través del recurso de protección (al que dedicaremos el siguiente párrafo) y cuando ya existe deterioro, el delito del art. 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en casos de contaminación, como en el caso de Valdivia por riles de la empresa Celco; figura penal que, desde hace poco, se puede ejercer también contra personas jurídicas) y, las demandas por daño ambiental, cuando ya todo lo preventivo fracasó, como en el caso de Atacama recién comentado.²⁴

4. Por fin se escucha la voz de los humedales. El aporte de los Tribunales de Justicia, en la valoración ecosistémica (aunque antropocéntrica) de los humedales, mediante el recurso de protección.

Desde el famoso caso que afectó hace más de 10 años con contaminación el humedal del río Cruces en Valdivia, que provocó la desaparición de la planta acuática *Egeria densa*, provocando la muerte por inanición de cisnes de cuello negro, ha habido esfuerzos decididos a mejorar esta protección desde varios sectores. Aunque parece que nada sensibiliza el tema a las autoridades pues la ley sobre Biodiversidad que permitiría avanzar en un nuevo Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y un sistema de áreas protegidas públicas y privadas, con incentivos a la conservación sigue sin movimiento en el Congreso Nacional, con más de tres mil observaciones de la Academia, ONG, Juntas de Vecinos, etc.²⁵

En este contexto, es interesante mencionar que en el último tiempo,

23 Delgado, Verónica, *La reforma al delito de usurpación de aguas en Chile: solo una pincelada*, en Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Pañailillo Arévalo, (Thomson Reuters), 2019, p. 31-65.

24 Delgado, Verónica, “Reparación del daño Ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile”, en Revista de Derecho Privado, N°38, (Universidad del Externado de Colombia), 2019, p. 279-310.

25 El Mostrador.cl, Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales, 2 de enero de 2019.

nuestros Tribunales han resuelto numerosos casos de graves afectaciones a humedales y en todos estos casos, la respuesta ha sido a favor de una “*amplia protección*”, dictaminando que no sólo el Estado tiene el deber de proteger a estos ecosistemas sino también los particulares, aunque los humedales estén en sus propios predios, aunque sean artificiales, aunque ya se cuente con permisos para realizar esas actividades o proyectos, pues existe siempre la obligación de “*evitar*” su deterioro y, si el daño se causa, de “*reparar*” este daño (no en dinero ni en compensaciones) con acciones que restablezcan el estado del humedal a su situación anterior al daño. En todos estos fallos, por fin, se escucha la voz de los humedales. Ellos se ubican en el centro de la protección, con independencia de si está afectado el “*derecho de propiedad*” que pueda tener un particular sobre la tierra o el agua, como es la lectura tradicional que se hace de estos problemas. Por fin, entonces, se escucha la voz de los ecosistemas naturales reclamando no ser devastados a cambio de los beneficios que proporcionan.²⁶ Me concentraré en recursos de protección.

Así, el 27 de agosto de 2018, la Corte Suprema declara que el Humedal el Llantén en Puerto Montt, es un humedal y que aunque sea “*artificial*” y no goce de protección oficial, debe ser protegido, para lo cual ordena reubicar en tres años un colegio construido sobre él (para despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias) y ordena que se implementen una serie de medidas, tanto por los privados (a quien obliga a implementar todas las medidas para proteger el humedal) como por la Municipalidad, la Secretaría Ministerial Regional de Medio Ambiente y el Servicio de Vivienda y Urbanización, organismos a quien la Corte critica por no actuar coordinadamente. Incluso ordena revisar los permisos ya otorgados para construir sobre el humedal y los pendientes.²⁷

El 12 de septiembre del mismo año, la Corte Suprema, revoca una sentencia de la Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso por el art. 19 N° 8, interpuesto por “habitantes de la isla Teja”, ordenando cesar los trabajos de remoción de tierras y alteración de cursos de agua en la confluencia de los ríos Valdivia y Cruces, hasta la obtención de autorizaciones administrativas

26 El Mostrador.cl, Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales, 2 de enero de 2019.

27 Corte Suprema, Rol N° 118-2018, 27-08-2018. actualidadjuridicambiental.com, Comentario Sentencia Corte Suprema de 27 de agosto de 2018: Protección de Humedales Artificiales, 20 de diciembre de 2018. Comentado también por Tisné, Jorge, “Categorización de los conflictos vecinales y la improcedencia de invocar autorizaciones administrativas y la observancia de leyes y reglamentos como justificación suficiente para vulnerar derechos de terceros. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2018, Rol N° 18.218-2017”, en Revista chilena de Derecho, vol. 46, N° 1, 2019, p. 287-300.

y ambientales que correspondan (pues el derecho minero a catar y cavar no basta), sin “riesgo para el ecosistema o el curso de las aguas en que se desarrollan”.²⁸

En octubre del mismo 2018, la Corte Suprema confirmó la sentencia que el 28 de agosto de 2018 rechazó el recurso de protección interpuesto por una empresa que proponía desarrollar una cancha de sky acuático en laguna grande de San Pedro de la Paz en la región del Biobío, en plena área urbana, contra la Gobernación Marítima, que negó la autorización. El fundamento fue la contaminación que la actividad puede causar en un cuerpo de agua que, además de rico en biodiversidad, aunque no protegido todavía, debe mantener el agua limpia para proveer de agua a la comunidad, en caso de emergencias y otras condicionantes que se oyeron fuerte desde el mundo académico.²⁹

Y en un caso muy relacionado, recientemente, el 7 de junio de 2021, la Corte Suprema ha reiterado, en un claro lenguaje, que la sostenibilidad en torno a los humedales implica respetar su integridad y, en el fondo, priorizar en los variados servicios que presta, aquellos que tributan al “interés general de la comuna” y no a una actividad particular. Se aleja —en forma más decidida— a la visión antropocéntrica y se acerca cada vez más a proteger a los ecosistemas por su valor en sí mismos. En efecto, el máximo Tribunal resuelve que es legal la Ordenanza Municipal que establece una prohibición de uso de embarcaciones o vehículos motorizados que indica en la Laguna Avendaño, “a fin de proteger el ecosistema de ese cuerpo hídrico, su flora y fauna, y, eventualmente, para la salud de personas y animales, considerando la ocurrencia de fenómenos tales como la eutrofización, y, en definitiva, su integridad medio ambiental, así como la sustentabilidad económica del mismo, considerando su importancia para la comunidad local”. Si bien se refiere a que “la dictación de esta ordenanza cumple con resguardar derechos fundamentales de las personas”, lo hace estableciendo una protección ambiental “reforzada” de la laguna, y reconoce que los tiempos son otros. A nuestro juicio en la sentencia, se refleja claramente la evolución que se intenta rescatar: que ya no son pantanos infecciosos y que la autoridad se hace cargo de un bien común valioso. Señala textualmente, refiriéndose a la Municipalidad: “De igual forma, instaura un cambio de paradigma en cuanto a la utilización del patrimonio público comunal en orden al desarrollo sostenible o sustentable del

28 Corte Suprema, Rol 5171-2018, 12-09-2018.

29 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 6412-2018, 28-08-2018 y Corte Suprema Rol N° 22.196-2018, 30-10-2018.

mismo, al reducir la producción de nocivos contaminantes en el ecosistema acuático, compatibilizándolo con el desarrollo económico y turístico del lugar mediante una autorización excepcional de carácter transitorio, y al permitir la circulación de toda otra clase vehículos de menor impacto ecológico, todo lo cual armoniza perfectamente con la legislación imperante”.³⁰

5. La Ley de humedales urbanos del año 2020: un paso fundamental para la protección “ecológica” de estos ecosistemas y su restauración.

En este escenario legal y judicial favorable a valorar los distintos servicios ecosistémicos prestados por los humedales, nace la Ley N°21.202, sobre *Protección de Humedales Urbanos*, publicada en el Diario oficial el 23 de enero de 2020. Esta ley fue tramitada en el Congreso Nacional, escuchando como nunca la opinión de la sociedad civil y de expertos, destacando el trabajo de la geógrafa Carolina Rojas. Como tantos otros proyectos ambientales, hasta el último día, contó con la resistencia o ánimo de limitar sus normas, de varios Ministerios del Gobierno (de Obras Públicas, Transportes, etc.) y de grandes gremios asociados principalmente a la actividad de la construcción inmobiliaria. Sin embargo, la tenacidad de varios senadores (liderados por el Senador de los Ríos, Alfonso de Urresti) logró afortunadamente imponerse. Son varios sus aciertos.

En primer lugar, esta ley busca la “protección” de los humedales, aunque sólo los “urbanos”, es decir, los que estén total o parcialmente dentro del límite urbano³¹, mediante varias medidas de tutela, que vale la pena destacar. La tutela es así de amplia portada. Si bien se limita en rigor a los humedales urbanos, la ley amplía bastante su ámbito de aplicación, cuando incluye también la parte de los humedales ubicada fuera del límite urbano. Por otra parte, en nuestra legislación, “proteger”, para todos los efectos legales, implica prevenir, controlar y mejorar lo protegido (art. 2 de la Ley N°19.300), es decir, incluiría también la “restauración” de estos ecosistemas.

En segundo lugar, es aplaudible que se haya dado una definición de humedal y que —como siempre debió ser la interpretación de toda autoridad— corresponde a la amplia definición de Ramsar, agregando que este humedal

³⁰ Corte Suprema, Rol N°18.955-2021, 7-06-2021, C°7 al C°9.

³¹ Que se define en el art. 2 del Reglamento, l) Límite urbano: línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal; y en la letra k) Límite de extensión urbana: línea imaginaria que determina la superficie máxima destinada al crecimiento urbano proyectado por el plan regulador intercomunal.

debe ser urbano en los términos recién expresados.

En tercer lugar, el punto esencial para que esta ley se despliegue es obtener la declaración del MMA, de que se trata de un humedal urbano (HU), y ello puede ser de oficio o —y aquí el aporte— a petición de la Municipalidad. Así, será sin duda la comunidad local la que impulse que quien los representa en el territorio presente la solicitud para proteger un humedal que ella valora. Y el MMA tendrá un plazo máximo de sólo 6 meses para pronunciarse, periodo en el que la autoridad comunal “podrá” postergar (según el procedimiento del art. 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), la entrega de permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones en los terrenos (art. 3). El diseño de la ley, entonces, es uno que promueve la agilidad de todos, en favor de los ecosistemas.

En cuarto lugar, los humedales urbanos que sean bienes nacionales de uso público, “se usarán en concordancia” con lo dispuesto en el Plan Regulador y su Ordenanza Local. Las concesiones que la Dirección del Litoral otorgare sobre ellos requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales respectiva.³² Esta norma obviamente tendrá un rol importante en la fiscalización de construcciones y otras actividades ilegales en estos humedales; y que para lograr sus objetivos debe engarzarse con la deuda quizá más importante que se tenía en la normativa urbana nacional y que la ley de humedales urbanos salda.

En efecto, como medida indispensable para lograr la protección, —y aquí el quinto aporte— por fin se impone que “todo” IPT deberá incluir los HU existentes en cada escala territorial, en calidad de área de protección de valor natural, para efectos de establecer las condiciones bajo las que deberán otorgarse los permisos de urbanizaciones o construcciones que se desarrollen “en o próximos a ellos”. Esta norma incluye los planes comunales, intercomunales y seccionales. Lo ideal habría sido, por cierto, que también se hubiese impuesto alguna medida para la elaboración de los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial. Pero —hay que destacarlo— esta norma es fundamental y como aquí se ha relatado, supera todos los problemas que antes debían sortearse para la legalidad de zonas de protección ya creadas en estos instrumentos. En el fondo, el plan sigue sin poder crear áreas de protección de valor natural, pero tendrá que reconocer automáticamente las oficiales, donde ahora se incluyen las que logren la declaratoria de HU en el

³² Se modificó el art. 64 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones para agregar la palabra humedal, que antes sólo incluía terrenos de playa o riberas de mar, de ríos y de lagos navegables.

MMA. Y será fundamental entonces, que las normas sean adecuadas y prolijas, pues como señala el art. 2.1.18 de la OGUC, los IPT podrán establecer las condiciones urbanísticas que deberán cumplir las edificaciones que se pretendan emplazar en dichas áreas y el mandato es claro: “Estas condiciones deberán ser compatibles con la protección oficialmente establecida para dichas áreas.”

En sexto lugar, el proyecto impone cambios realmente profundos en el SEIA pues —como afirma Plumer— se cambia la regla del ingreso por tipo de proyecto a la de impacto ambiental, tímidamente formulada en la letra p) del art. 10 de la Ley N°19.300,³³ siendo obligatorio ahora someterse a él en tres nuevos casos: i) cualquier proyecto (ejecución de obras, programas o actividades) que se ejecute “en” HU, ii) aplicación masiva de químicos “sobre” humedales, y iii) la ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación, zonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie.

Finalmente, quiero destacar que el proceso por el cual la comunidad, municipalidad y autoridades deben avanzar en la protección de los humedales, no será fácil, pues obtenida la declaración de HU (lo que supondrá conocerlo, delimitarlo etc., lo que puede ser costoso) se habrá dado un paso fundamental, pero sólo inicial. Se necesitará mucha coordinación, pues, de hecho, existen más de 33 organizaciones del Estado con competencias en materia de humedales.³⁴ Y, —fundamental—, una intensa colaboración público privada para lograr que ella se concrete en medidas y planes de gestión, que requerirán financiamiento, apoyo de la ciencia y especialmente, de la autoridad municipal (que tiene nuevas obligaciones especialmente en relación a los instrumentos de planificación territorial, no fáciles de lograr y controlar luego al dar los permisos), de la ambiental (en la que recaerá el peso de aplicar criterios de tutela en el SEIA); de todas aquellas que deberán fiscalizar (ojalá coordinadamente)

33 ElMostrador.cl, El comienzo del fin del SEIA, 22 de julio de 2020.

34 Por todos. Bergamini, Kay, *Capítulo VIII Toolkit para la gestión y conservación de humedales: una propuesta de fortalecimiento a su actual institucionalidad*, en *Propuestas para Chile. Concurso de Políticas Públicas*, (Centro de Políticas Públicas UC), 2019, p. 255-288.

y, por cierto, de una comunidad comprometida y —muy importante— de los propietarios de los humedales. El camino puede ser muy complejo en este último aspecto en muchos casos se judicializará.

Veamos ahora los pilares de la protección. Atendiendo a las particularidades de los territorios, cada Municipalidad que cuente con estos valiosos ecosistemas “deberá” establecer en una Ordenanza General, los criterios mínimos para la protección, conservación y preservación de los HU ubicados dentro de los límites de su comuna, pero para estandarizar el lenguaje y asegurar estos “mínimos”, la ley las obliga a utilizar los lineamientos establecidos en un Reglamento del MMA (del cual dependía la vigencia de la ley), el Decreto Supremo N°15 del MMA, publicado en el Diario oficial el 24 de Noviembre de 2020. Este reglamento fue elaborado con bastante participación académica y de la organización civil.

La ley mandata a que este Reglamento defina los criterios mínimos para la sustentabilidad de los HU (art. 2) y el procedimiento mediante el cual el municipio podrá solicitar el reconocimiento de la calidad de tal (art. 3). Es curioso que se haya usado en la ley de HU, la expresión “sustentabilidad” pues, hasta ahora, nunca se había desarrollado ya que sólo ha sido usada en la ley del ambiente para temas acotados, bien alejados de lo aquí tratado. En efecto, se usa sólo para denominar al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, para determinar cuándo procede la EAE³⁵ y para dar competencia al MMA para otorgar ciertos certificados, títulos o etiquetas a particulares.

En el Reglamento de la ley de HU, en cambio, la expresión “sustentabilidad” se usa en términos ecológicos, para referirse concretamente a la pervivencia de los ecosistemas, la cual depende, primero, del resguardo de sus características ecológicas³⁶ y de su funcionamiento y, segundo, de mantener su régimen hidrológico³⁷, tanto superficial como subterráneo. Estos criterios se aplicarán en el SEIA, para los efectos de determinar la existencia de impactos ambientales significativos, de conformidad con el artículo 11 letras b) y d) de la Ley N°19.300 y la propuesta de medidas de mitigación, reparación o compensación, según corresponda. Y deberán ser respetados a la hora de establecer

35 Al definir la EAE en el art. 2 letra i bis) como: “...al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad...”

36 Art. 2° letra c) Características ecológicas: combinación de los componentes bióticos y abióticos, estructura, funciones, procesos y servicios ecosistémicos que caracterizan a un humedal en un momento determinado.

37 Art. 2 letra o): comportamiento hidrológico del humedal que considera el nivel del agua, la variabilidad de los caudales, balances y tiempos de residencia del movimiento del agua a través del humedal.

las condiciones urbanísticas aplicables a proyectos a ejecutarse en los HU.

Para lograr el primer objetivo, se fijan como criterios mínimos, la mantención de la superficie de los humedales; la conservación, protección y/o restauración de las características ecológicas del humedal (controlando sus amenazas y haciendo un seguimiento de las acciones) y la mantención (y en lo posible mejora) de la conectividad biológica de los humedales urbanos y los adyacentes. Y para este último punto, se dispone que los IPT deberán establecer las condiciones urbanísticas que deberán cumplir las edificaciones que se pretendan emplazar en humedales urbanos, así como los procesos de planificación, diseño y construcción de infraestructura que pueda afectar al humedal, deberán ser compatibles con la mantención de la conectividad biológica, su estructura, funcionamiento y la conservación de hábitats en estos humedales.

Respecto a la mantención de su régimen hidrológico, los criterios mínimos asociados a la gestión de los humedales urbanos son dos: la mantención del régimen y conectividad hidrológica de los humedales urbanos, procurando evitar la modificación de la cantidad, niveles y volumen de agua, su estacionalidad, el régimen de sedimentos y la conectividad hidrológica dentro y entre humedales adyacentes, y entre el agua superficial y subterránea que lo constituye. Y segundo, un añorado (desde la década de los 90) manejo integrado de recursos hídricos superficiales y subterráneos como base para su conservación. También es destacable que el “uso racional” de un humedal implica asegurar su “caudal ambiental” (que deberá ser considerado al fijar el caudal mínimo ecológico del Código de Aguas) y su “calidad”. Aquí hay una diferencia importante con el Código de Aguas pues, primero, el código casi no da importancia a la calidad de los recursos hídricos y segundo, porque —en la práctica— exige respetar el caudal ecológico en un número mínimo de cuencas.

El “uso racional” además implica, como criterios para la toma de decisiones, dos pilares, que reflejan actualizadas miradas. Se considera que los proyectos y actividades que se desarrollen en los HU deben considerar un “enfoque de desarrollo sustentable” integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales; y que los humedales declarados urbanos, puedan ser integrados —como “infraestructura ecológica” de las ciudades—, a otros elementos del entorno construido, permitiendo —a la vez— asegurar la conservación y protección de estos humedales, y aumentar la resiliencia al cambio climático de las ciudades, especialmente con los sistemas de agua lluvia de las ciudades, la conservación de defensas fluviales y la mantención

de riberas. Y este enfoque e integración deberán respetarse al momento de establecer las condiciones urbanísticas en el proceso de planificación territorial en que se incluyan los HU.

De manera certera, el Reglamento asume que la sustentabilidad se debe lograr mediante una gestión y gobernanza adecuadas. Para estos efectos, el MMA creará comités a nivel nacional, regional y comunal para promover la adecuada gestión de los humedales urbanos, así como una gobernanza que permita la participación efectiva de los actores involucrados en su gestión, protección y conservación (art. 5). En efecto, respecto a las personas, naturales o jurídicas, u organismos de la Administración del Estado que voluntariamente se obligan a gestionar un humedal urbano, los criterios a considerar implican que prime una participación informada, una gestión adaptativa (que incluya las prácticas culturales locales) y el manejo activo del humedal, abordando las amenazas que los afectan. Se deberán considerar, además, estrategias de educación y comunicación, creación de capacidades técnicas e investigación aplicada.

Pues bien, sabemos que los desafíos que plantea esta ley son ambiciosos pero complejos. Ya tenemos el primer caso judicializado, de una de las preguntas frecuentes en los seminarios relacionados a estas nuevas normas. ¿Cómo afecta esta ley a los permisos de edificación, loteos o urbanizaciones ya otorgados? Se ha resuelto que no los afecta.³⁸ Y ¿a los que están en tramitación? Si bien el tema es complejo y hay decisiones judiciales y de Contraloría diferentes, la regla es que sólo cabría respetar las normas en base a las cuales se presentó, en la medida que haya obtenido la aprobación de un anteproyecto (art. 116 LGUC) y por los plazos que indica la ordenanza de 180 días o un año, según el caso (art. 1.4.11 OGUC) y mientras mantengan su vigencia.

¿Y en el SEIA qué efectos provocará la declaratoria de HU en proyectos en evaluación? A falta de una norma que resuelva el problema, me parece razonable que, si el proyecto o actividad se está evaluando, ella deba ser rechazada por falta de información esencial o relevante si estamos dentro de los primeros 40 días hábiles de evaluación; o si ellos ya transcurrieron, correspondería su rechazo por ser procedente un estudio de impacto ambiental. Quizá la situación más problemática es estar evaluando un proyecto existiendo una

³⁸ El 17 de marzo de 2021, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó un recurso de protección interpuesto por personas naturales y comunidades indígenas, contra la construcción de un proyecto de Loteo (Jardines del Volcán) en el humedal Artesanos de Alerce en Puerto Montt. Los argumentos fueron que los permisos habían sido obtenidos antes de la declaratoria de Humedal urbano, procedimiento que está aún tramitándose. El Tribunal agrega que, de esta declaración, se podrá reclamar ante el Tribunal Ambiental. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 1866-2020, 17-03-2021. Actualmente, esta causa se encuentra en acuerdo en la Corte Suprema, Rol N° 21970-2021.

declaratoria pendiente. La ley permite al alcalde suspender el otorgamiento de los permisos de edificación o urbanización, pero nada dijo del SEIA. Sin embargo, deberían operar los principios preventivo y *pro natura*, y argumentar que se requiere un estudio de impacto ambiental, mediante el art. 11 letra d) parte final, pues se trataría de un territorio de alto valor (por los servicios ecosistémicos que presta, que constan en la misma solicitud de la declaratoria), pero que no es sitio prioritario ni área protegida aún, siempre que sea susceptible de ser afectado por el proyecto o actividad sometida a evaluación.

6. Los aportes del nuevo derecho “climático” en la valoración y protección de los humedales. El triunfo de las soluciones basadas en la naturaleza.

En este escenario legal y judicial favorable a valorar los distintos servicios ecosistémicos prestados por los humedales, naturales y artificiales, el nuevo derecho climático chileno está también apostando a la protección y restauración de los humedales, para que ellos asuman un rol y lugar importante en la lucha contra el cambio climático. Y lo más novedoso es que lo hace no sólo en materia de adaptación, sino también para la mitigación de gases de efecto invernadero.

En efecto, y tal como lo destacaron varias mesas de científicos chilenos organizados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, para realizar recomendaciones al Gobierno sobre los compromisos que debía asumir al entregar una nueva contribución nacionalmente determinada (NDC), los humedales (y varios otros ecosistemas) no sólo pueden contribuir a adaptarnos a nuestras peores vulnerabilidades (por ejemplo, amortiguar las aguas ante un aumento en el nivel del mar etc.), sino además mitigar, cuando tengan capacidad de capturar carbono.³⁹ Una razón más por la cual deben ser protegidos y/o restaurados, para que puedan, respectivamente, prestar o recuperar la capacidad para brindar estos servicios.

Y así fue como, en la NDC del año 2020, entregada oficialmente con ocasión de la COP 25, Chile acertadamente incluye dentro de sus compromisos internacionales, a las soluciones basadas en la naturaleza (SBN), como

³⁹ En efecto, se destacó que hasta ahora estas medidas no habían sido incluidas en las anteriores Estrategias y se propuso con detalle, por ejemplo, en la Mesa Agua, Biodiversidad y Océanos, donde participé. Ver en Por todos, Rojas, Maisa, *Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones*, (Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), 2019 y en detalle en Por todos. Stehr, Alejandra, *Recursos hídricos en Chile: impactos y adaptación al cambio climático*, (Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), 2019.

un “criterio” que deberán “favorecer” en el futuro todos los instrumentos y medidas climáticas; aunque paralelamente el Plan Nacional de Humedales, aprobado el 13 de octubre del 2020, sólo incluyó 40 humedales priorizados a protegerse entre 2018-2022, a través de distintas figuras según se trate de ecosistemas públicos o privados.

Por otra parte, Grau demuestra que a pesar de la importancia que estos ecosistemas tienen para contener inundaciones, en las políticas, programas y planes asociados al riesgo y combate a desastres naturales, no existen compromisos o alusiones importantes a los humedales.⁴⁰

En fin, esperemos que la señal en la NDC presentada el año 2020, se robustezca en la futura ley marco de cambio climático, que se tramita vertiginosamente en el Congreso Nacional. Hasta ahora, fruto del debate, ellas fueron definidas⁴¹ y, además, se exige que la Contribución Determinada a Nivel Nacional contenga un componente de integración que considere aspectos de mitigación y adaptación de manera conjunta, promoviendo la generación de sinergias, tales como soluciones basadas en la naturaleza.

Conclusiones

Después de varios años de haber gestado la idea desde el sur de Chile, se aprobó el año 2020 la Ley N° 21.202, sobre Protección de Humedales Urbanos. Se trata de una iniciativa que, por fin, valora una parte importante de la riqueza natural de Chile, que ha sido objeto por décadas de acciones dañinas (relleno, drenaje, etc.), víctima de la omisión negligente de las autoridades para dictar normas protectoras, planificar adecuadamente el territorio y fiscalizar aquello que los afecta.

La puerta de entrada para la adecuada valoración de los humedales (de pantanos infecciosos a ecosistemas valiosos dignos de protección), fue investigar, comunicar y sensibilizar, para y desde los territorios, los variados e importantes servicios o funciones que cumplen en este planeta, para nuestro bienestar.

En este proceso, hubo omisiones y desinterés por mucho tiempo; pero

40 Grau, Alonso, *La Protección y Restauración de los Humedales Costeros en Chile frente a las Inundaciones*, Tesis pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2018, dirigida por Delgado, Verónica.

41 “Soluciones basadas en la naturaleza: acciones para proteger, gestionar de manera sostenible y restaurar ecosistemas naturales o modificados, que abordan desafíos de la sociedad como el cambio climático, la seguridad alimentaria e hídrica o el riesgo de desastres, de manera eficaz y adaptativa, al mismo tiempo que proporcionan beneficios para el desarrollo sustentable de la biodiversidad”, en la sesión de la Comisión de Medio Ambiente del Senado de fecha 11-01-2021. Dacc.udec.cl, Ficha N°7 Seguimiento Legislativo Proyecto de Ley que fija Ley Marco de Cambio Climático, marzo de 2020.

también se advierte un lento proceso, para lograr el doble propósito de protegerlos e integrarlos como parte de las soluciones a los problemas que nos aquejan. Fue relevante en este proceso la concepción de “sitios prioritarios”, su regulación en el Reglamento del Ministerio de Agricultura y la Contraloría general de la República. También la reforma del año 2010 a la ley ambiental y el reglamento del SEIA.

La jurisprudencia también ha jugado un rol esencial en esta nueva mirada, en la que ya no son basurales, ni terrenos a desecar, rellenar o construir, sino ecosistemas valiosos dignos de tutela, especialmente vía recurso de protección por el art. 19 N° 8, incluyendo incluso hipótesis distintas a la contaminación.

Ahora que la Ley de protección de los Humedales Urbanos logró aprobarse y entrar en vigencia en un corto tiempo, nuestros esfuerzos deben concentrarse en implementar y cumplir esta ley, de manera seria y con urgencia. Les debemos “protección” ahora y de manera integral, incluyendo acciones para prevenir daños, controlar cómo están funcionando y, en los casos de afectación, restaurarlos. Para ello necesitamos, por cierto, autoridades comprometidas a la hora de otorgar permisos ambientales y sectoriales; y fiscalizadores atentos y coordinados. Y esperemos que los conflictos que esta ley suscite sean resueltos en base a sus máximas, interpretadas en base al principio *pro natura*, esto es, en favor de la naturaleza. Porque habrá conflictos, especialmente de los propietarios de los terrenos contra la declaratoria; o de la comunidad, contra las autoridades por la inacción (por ejemplo, no solicitar la declaratoria o no postergar los permisos de edificación etc.) o cuando el MMA no declare el humedal como urbano o bien, lo haga de manera incompleta etc.

Termino estas líneas destacando que la ley y su reglamento están plagados de aciertos que debemos saber aprovechar. El mejor, valorar a los HU per se. Pues bien, espero que esta nueva mirada, más ecológica, marque un punto de inflexión e inspire una relectura de los estatutos existentes (especialmente del SEIA, la regulación sectorial de aguas y suelo y, por qué no, de la concepción tradicional de la propiedad) y, por cierto, de las nuevas normas que necesitamos para turberas, glaciares, bosques de algas, fondos marinos, etc.

Y en este nuevo proceso, qué mejor que la nueva Constitución sea la que dé el siguiente esencial paso.

CONSIDERACIONES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN CONTRA DEL PROYECTO DE CONTINUIDAD OPERACIONAL COMPAÑÍA MINERA CERRO COLORADO

Arturo Brandt Rivas¹

Félix Vergara Sommerhoff²

Resumen

El siguiente comentario jurisprudencial, analiza críticamente la incorporación de la posibilidad de revisar judicialmente Resoluciones Exentas y de Calificación Ambiental, ordenando ajustar estas, fundamentalmente debido al impacto del cambio climático durante la vida útil de un proyecto. El análisis de las sentencias evalúa, por una parte, la legalidad de dicha incorporación, como también su incidencia, presente y futura en nuestro Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sentencias:

- Segundo Tribunal Ambiental. 8 febrero 2019, rol n° 1-141-2017 (acumulada con 1-142-2017), conociendo solicitud de invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó el proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”.
- Corte Suprema. 13 enero 2021, rol n° 8573-2019, conociendo recursos de casación en el fondo y en la forma en contra de la sentencia mencionada en el párrafo anterior.

Introducción y exposición sumaria de las sentencias.

El cambio climático, definido en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición

¹ Abogado, Universidad Diego Portales, Environmental Law LLM, Vermont Law School . abrandt@vial-serrano.cl

² Abogado, Universidad de Chile. felix.vergara@ug.uchile.cl

de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”³, constituye, sin lugar a dudas, una de las mayores preocupaciones y desafíos medioambientales desde hace ya varios años. Sus efectos son globales, por lo tanto, las soluciones deben ser conjuntas, respetando el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas.

Chile contribuye un 0,26% de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), y no puede estar al margen de la solución. Nuestro país no está ajeno a este fenómeno, sino que por el contrario es un país altamente vulnerable a esta crisis climática, cumpliendo siete de los nueve criterios de vulnerabilidad, de entre los que destacan: áreas costeras de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas de bosques; territorio susceptible de desastres naturales, etc. No obstante lo anterior, solo recién el 8 de febrero del año 2019 nuestra jurisprudencia recoge, por primera vez de manera expresa, esta problemática, con consecuencias significativas en la manera de resolver un litigio, y que a su vez también pueden y deben influenciar la evaluación de los impactos ambientales de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Lo anterior tomando en cuenta que el cambio climático constituye una variable que impacta transversalmente a nuestros ecosistemas. En consecuencia, el SEIA, no puede ignorar este fenómeno, y debe necesariamente recogerlo como un elemento de análisis de los proyectos sometidos a su consideración.

En el ámbito internacional, se observa una marcada tendencia a lo que se ha denominado litigación climática, que puede ser entendida como casos que han sido llevados a instancias administrativas o judiciales que presentan cuestiones de hecho y de derecho relacionadas al cambio climático, ya sea a aspectos científicos y/o vinculados a esfuerzos de mitigación o adaptación. Según data de Sabine Center for Climate Change Law, hoy en día existen casi 2.100 casos relacionados al cambio climático a nivel mundial.

De modo general podemos indicar que algunos de los elementos comunes en la litigación climática son: los derechos humanos, la aplicación efectiva de las leyes climáticas, el mantenimiento de los combustibles fósiles en su estado natural, responsabilidades corporativas por daños, fallas en la adaptación, una mayor transparencia en publicación de la información acerca de los riesgos climáticos, el fin del “maquillaje verde” y la transición energética.

3 NACIONES UNIDAS, Convención Marco sobre Cambio Climático, 1992. p.3.

La litigación climática está aumentando, el número de teorías que lo sostienen, está expandiéndose y está quedando cada vez más claro que los casos de litigación climática pueden contribuir efectivamente a la acción de los gobiernos y sector privado a alcanzar metas de mitigación y adaptación más ambiciosas.

En nuestro país, previo al que analizaremos, solo existen dos casos de litigación climática. Tanto en los casos Central Hidroeléctrica Cuervo⁴ como en el Proyecto Minero Desarrollo Mantoverde⁵ los sentenciadores señalaron que no existe un mandato legal en orden a considerar el cambio climático como una variable dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

El 17 de julio de 2013, la Compañía Minera Cerro Colorado (CMCC) ingresó un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) al SEIA denominado “Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado”, a fin de continuar la operación del Proyecto Minera Cerro Colorado hasta el año 2023. El proyecto contemplaba, entre otros, la modificación del trazado del acueducto Lagunillas CMCC.

El 28 de octubre de 2013, don Luis Jara Alarcón formuló observaciones al EIA, solicitando su rechazo fundado en el empeoramiento de la condición ambiental de la Laguna Huntija y del bofedal Lagunillas, debido a las actividades históricas de la Minera en el lugar y a los tiempos de recuperación de los acuíferos.

Posteriormente, con fecha 28 de octubre de 2013, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (AIASIQ) formuló una observación al EIA fundado en la denuncia, de entre otros la afectación de su agua y medio ambiente.

El proyecto fue calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, el 1 de octubre de 2015.

El 25 de noviembre de 2015, Luis Jara Alarcon, interpone recurso de reclamación en contra de la Resolución que calificó favorablemente el proyecto ante el Comité de Ministros, el cual, con fecha 25 de Julio de 2016, desecha el recurso, decisión formalizada el 15 de Noviembre de 2016, mediante Resolución Exenta 1317/2016.

El caso que nos ocupa corresponde a la reclamación interpuesta ante el Segundo Tribunal Ambiental por Luis Jara Alarcón, en contra de esta última Resolución Exenta. A esta acción judicial, se sumaría, con posterioridad otra

4 Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 42-2016, 4 de enero de 2018.

5 Primer Tribunal Ambiental, Rol N° 23-2019, 25 de noviembre de 2019.

reclamación, interpuesta por AIASIQ. El expediente al que dio origen esta última acción (r-142-2017), se acumuló al de la primera.

La primera de las reclamaciones (Luis Jara Alarcón) solicitó “1. Dejar sin efecto la calificación ambiental favorable del referido proyecto. 2. En subsidio, enmendarla conforme a derecho, de acuerdo a los que SSI considere pertinente. 3. Condenar en costas al reclamado.”

El demandante, fundó sus reclamaciones en la afectación de recursos hídricos subterráneos del sector Lagunillas, debido a las actividades extractivas históricas de CMCC, lo anterior, producto específicamente del empeoramiento en las condiciones ambientales de la Laguna Huntija y del bofedal Lagunillas, y que no habrían sido adecuadamente consideradas en el EIA que culminó con la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Dentro de los efectos se consideró que los planes de manejo y acción de la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, no habrían previsto reparar en tiempo razonables los descensos del nivel y los tiempos de recuperación del acuífero, destacando que dicho pronunciamiento no consideraba las consecuencias producto del aumento de 23 años adicionales en las operaciones y de los efectos que se generarían al haber sido aprobada la continuidad del proyecto mediante la RCA. Indica además el reclamante, que la RCA violaría el principio precautorio relativo a una hipotética desconexión entre el acuífero de Lagunillas y otros acuíferos vecinos, tesis sostenida por el Reclamado, al aprobar un proyecto con incertidumbre o falta de datos que persistentemente se alegaron y descreyeron.

La segunda reclamación, con el mismo objetivo, se basaba principalmente en una supuesta ilegalidad en el proceso de consulta indígena, parte del ya mencionado estudio, fundada en la no consideración de la ocupación de sus territorios ancestrales y afectaciones en la calidad de su agua y medio ambiente.

La defensa de la minera Cerro Colorado, asegura que ambos argumentos deben ser descartados debido a que el proyecto habría presentado antecedentes técnicos robustos con la finalidad de estudiar la desvinculación entre los acuíferos de Pampa Lagunillas, Lirima y Collacagua; y, adicionalmente se estableció el “Plan de Alerta Temprana” correspondiente a un programa de seguimiento que se implementaría en la cuenca del Salar de Lagunillas, para el resguardo de los acuíferos de Lirima y Collacagua, debido a la extracción de aguas desde Lagunillas. En relación al aumento del tiempo necesario para la recuperación de los niveles de agua en la Pampa Lagunillas, la reclamada explicó que el proyecto implicaba continuar con la actual operación por siete años, lo que requiere

aumentar la extracción de aguas por el mismo periodo y que en la resolución impugnada por el Comité de Ministros se tuvo en consideración los antecedentes aportados por CMC, medidas que contemplaban; i) la reubicación de uno de los pozos de extracción, lo que lograría disminuir el tiempo de recuperación en seis años, ii) la restricción del caudal de extracción de aguas subterráneas, y iii) la renuncia voluntaria a ciertos derechos de aprovechamiento de aguas en el Salar Lagunillas, cuando la RCA se encontrase firme.

Importante es destacar que la reclamada reconoció en que efectivamente existiría un aumento de tiempo para la recuperación de los niveles de agua en la Pampa Lagunillas.

El Segundo Tribunal Ambiental desarrolla su sentencia analizando la situación de afectación constatada en la zona del acuífero de Pampa Lagunillas y la necesidad de lograr la recuperación de los niveles freáticos del acuífero, y que a su vez permitiesen los afloramientos naturales de aguas que irrigan el sistema vegetacional azonal y superficial de dicho ecosistema, constituyen elementos esenciales en una adecuada evaluación ambiental de cualquier modificación de proyecto que implicara algún grado de afectación de los recursos naturales de dicha zona en recuperación.

Del mismo modo la recuperación del acuífero en las condiciones y plazos evaluados y aprobados de manera de asegurar la auto sustentación del bofedal y que resulta un aspecto indispensable tanto para el proponente como para la autoridad ambiental, que debe ser cautelado. Para lo anterior es necesario ponderar si hubo o no una debida consideración de las observaciones de personas naturales y/o jurídicas planteadas en los procedimientos de participación ciudadana dentro de la evaluación ambiental, punto clave, pues la no debida consideración es lo que otorga competencia a este órgano para conocer de la acción intentada. El efecto de las medidas, indica el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, no aparece evaluado o fundado en modelos predictivos que permitan precisar la cuantía de dicha reducción.

Al respecto, en primer lugar, el tribunal establece que no se referirá a las alegaciones sobre daño ambiental, por tener ellas un procedimiento legal diverso al de autos. No obstante, si se tomarán en cuenta los argumentos referidos a impacto ambiental, materia diversa y compatible con este juicio⁶.

En segundo lugar, en relación a este último punto y entrando de lleno en lo que hemos anunciado, el Tribunal da por establecido que, en cuanto a la

⁶ Segundo Tribunal Ambiental. Rol n° R-141-2017.08-02-2019, considerando decimocuarto.

observación ciudadana referida al impacto ambiental consistente en la problemática recuperación de los niveles de agua del acuífero Pampa Lagunillas, planteada por don Luis Jara, esta “no ha sido abordada de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental”⁷.

Esta conclusión se elabora a partir de consideraciones técnicas, analizadas a la luz de conceptos y principios claves del Derecho Ambiental. Para los sentenciadores, tras un análisis pormenorizado de las medidas de mitigación y condiciones impuestas para hacerse cargo de dicha observación ciudadana⁸, y teniendo presentes los principios *preventivo* y *el que contamina paga*, además de los conceptos de *desarrollo sustentable*, *protección del medio ambiente*, *conservación del patrimonio ambiental* y *preservación de la naturaleza*⁹, necesariamente debe concluirse que no hubo una debida consideración de esta observación, la cual fue calificada como incompleta, imprecisa e insuficiente durante el proceso de evaluación ambiental, por lo que la acción intentada por don Luis Jara fue en este punto acogida. El Tribunal, en consecuencia, no compartió la conclusión del Comité de Ministros que validó las medidas y condiciones propuestas por CMCC en el sentido de que estas fuesen apropiadas para hacerse cargo del impacto ya descrito.

Establecido dicho punto, el tribunal analiza la acción intentada por el segundo actor, la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca, descartando su procedencia en el procedimiento que se lleva a cabo, por lo que no será en definitiva objeto de pronunciamiento¹⁰.

El tercer ítem en la parte considerativa de la sentencia, constituye lo realmente revolucionario e innovador de esta. Buscando argumentar por qué determinaron que no existió una debida consideración en el procedimiento de evaluación ambiental hacia los planteamientos del primer actor, desarrolla bajo el título “De las consideraciones sobre cambio climático”, una argumentación que comienza describiendo la vulnerabilidad de nuestro país, y específicamente del sector en que se sitúa el proyecto, frente a los efectos del cambio climático. En dicho sentido, cita informes científicos que plantean afectaciones en las recargas de los acuíferos, alteraciones en las precipitaciones y temperaturas, incluyendo, predicciones específicas para el altiplano chileno: un aumento de

7 Nota n°4, considerando quincuagésimo segundo.

8 Nota n°4, considerandos cuadragésimo a cuadragésimo octavo.

9 Nota n°4, considerando quincuagésimo. Destacado es propio.

10 Nota n°4, considerandos quincuagésimo sexto a septuagésimo quinto. No analizaremos profundamente el razonamiento al respecto para centrarnos en Cambio Climático.

entre 0.5 a 1.5°C en las temperaturas medias y una disminución de un 5 a 15% de las precipitaciones anuales al año 2040II. Estas problemáticas, determinan de manera concreta la necesidad de poner énfasis en el manejo prudente de las aguas subterráneas como parte de la adaptación a este fenómeno global¹².

Luego de esa exposición científica, el tribunal establece que tras el análisis del expediente de evaluación ambiental y las autorizaciones impugnadas, se llega a la conclusión de que estas “no consideraron la influencia del cambio climático sobre la recarga de acuífero y por ende sobre los tiempos de recuperación esperados. Esta situación deberá ser enmendada al momento de dar cumplimiento a la presente sentencia”¹³. Sin lugar a dudas, los informes científicos citados incorporaban datos concluyentes que no podían ser ignorados en la evaluación de un proyecto. En razón de esto, ordena a la autoridad ambiental, en el cumplimiento de esta sentencia, realizar una nueva evaluación, en la cual “deberá evaluar el efecto sobre el ecosistema Lagunillas de la extracción de agua subterránea para la actividad minera de CMCC, considerando los escenarios de cambio climático utilizados por los expertos en la materia”¹⁴.

El cuarto apartado del fallo fundamenta la necesidad y posibilidad de anular de manera parcial una RCA. En esta línea, ya en la parte resolutive, el sentenciador acoge parcialmente la acción del primer reclamante, resolviendo la nulidad parcial de la Resolución Exenta y de la RCA.

Esta nulidad es parcial, que se circunscribe a las medidas y condiciones que se establecieron como la consideración a la observación planteada por el actor, referida a hacerse cargo del impacto ambiental del proyecto en el ecosistema Lagunillas, ordenando, en definitiva, contemplar “los escenarios de cambio climático conforme se ha razonado en la parte considerativa de este fallo”¹⁵ en la complementación que deberá hacerse a la parcialmente nula resolución.

En contra de la sentencia se interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo, que fueron resueltos por nuestra Excelentísima Corte Suprema

11 Los informes citados corresponden a: Green, Timothy R., et al. *Beneath the surface of global change: Impacts of climate change on groundwater*, Journal of Hydrology, 2011, vol. 405, N° 3-4, p. 532-560 y Rojas, Maisa, *Escenarios climáticos y la vulnerabilidad de Chile*, 2016.

12 Nota n°4, considerandos septuagésimo noveno y Octogésimo.

13 Nota n°4, considerando octogésimo primero.

14 Nota n°4, considerando octogésimo segundo. Destacado es propio.

15 Nota n°4, punto 4 de la parte resolutive.

en la sentencia Rol n° 8573-2019 del 13 enero 2021. A pesar de la diversidad de motivos de impugnación esgrimidos por los litigantes, centraremos nuestro análisis solo en aquellos que guardan relación con el cambio climático.

En primer lugar, tanto el SEIA como la CMCC fundamentaron sus recursos de casación en la forma aduciendo que, al ordenar considerar el cambio climático en la reevaluación de las medidas necesarias para aprobar el proyecto, el Tribunal había fallado *extra petita* porque ninguna de las partes realizó alegaciones o defensas sobre aquello en específico, así como el hecho de que el SEIA no exige las consideraciones sobre el cambio climático.

La Corte Suprema desestimó dicho argumento, señalando que a pesar de ser cierto que tal escenario no fue traído al pleito por las partes, los sentenciadores lo introducen únicamente buscando “hacer presente la importancia de evaluar la totalidad de los factores que pudieran tener incidencia en el presente proyecto, a la luz del principio precautorio que, por lo demás, cruza toda nuestra legislación ambiental.”¹⁶.

El entendimiento que la Corte tiene de aquel principio, exige a los sentenciadores en este caso particular “la consideración de todas y cada una de las variables que pudieran tener efecto futuro sobre el nivel de las aguas, esto es, la proyección de las precipitaciones, temperaturas, sequías, efectos sinérgicos y otros factores que incida en las condiciones hídricas a largo plazo.”¹⁷ Por lo demás, esto encuentra justificación en el artículo 2° letra g) de la Ley N°19.300, el que exige a toda evaluación ambiental el propender al desarrollo sustentable, a través de la adopción de “medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”.¹⁸

En segundo lugar, el mismo SEIA fundamenta su recurso de casación en el fondo señalando que el artículo 12 de la ley n°19.300 regula el contenido mínimo del Estudio de Impacto Ambiental sin exigir información alguna referida al cambio climático, por lo que, al ordenar considerarlo en la futura resolución, el tribunal habría infringido derechamente tanto dicho precepto como el artículo 30 de la misma ley, al determinar el contenido discrecional de tal acto administrativo.

La Corte Suprema desechó este razonamiento, señalando que comparte

¹⁶ Corte Suprema, rol n° 8573-2019, Sentencia de casación del 13-01-2021, considerando vigésimo cuarto.

¹⁷ Nota n°14, considerando vigésimo quinto.

¹⁸ Nota n°14, considerando vigésimo cuarto.

el criterio del Segundo Tribunal Ambiental, en el sentido de que un “examen adecuado y cabal de los impactos ambientales asociados al proyecto, demanda hacerse cargo debidamente de todos los aspectos que pudieran incidir en la adecuada recuperación del estado original del acuífero”¹⁹, y entre dichos aspectos, es fundamental considerar la influencia del cambio climático. Esto no importa una trasgresión del mencionado artículo 30, pues no definen el contenido discrecional, sino únicamente “explicitan, dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista y cuya ausencia no puede ser tolerada, por cuanto ello implicaría desatender los principios básicos de nuestra legislación ambiental, especialmente su carácter preventivo y precautorio.”²⁰

A continuación, el fallo analiza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la AIASIQ, que en definitiva es acogido, pero no ahondaremos en las razones, por ser éstas ajenas a nuestro objeto de estudio. Cabe destacar además que el fallo de reemplazo explícitamente reproduce el apartado “De las consideraciones sobre cambio climático”, por lo que todo el razonamiento del Segundo Tribunal Ambiental ahí contenido permanece en la vida jurídica.

Dentro del fallo, se encuentra el voto disidente del Ministro Muñoz, el cual, refuerza la idea de la consideración al cambio climático que debe atenderse en el SEIA, indicando el Ministro Muñoz, que la competencia del SEIA en tanto conoce y evalúa proyectos, es amplia, lo que se traduce en gozar de facultades que le obligan a identificar todos los efectos perniciosos que para el medio ambiente puedan derivarse de una actividad determinada a su consideración. De esta forma se puede concluir, que esta actividad, llevada a cabo por el SEIA, no queda limitada por los impactos declarados por el titular del proyecto, sino que debe tener un rol activo, e ir más allá y tener la iniciativa de deber de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Fundamenta su decisión el Ministro Muñoz, en que el cambio climático es una realidad en nuestro país y que así lo han recogido distintos instrumentos como el Acuerdo de París, el Plan Nacional de Cambio Climático y el informe “Consideración de Variables de Cambio Climático en la Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos Asociados al SEIA”, del cual ni los sentenciadores, ni las autoridades administrativas deben apartarse.

19 Nota n°14, considerando cuadragésimo quinto.

20 Nota n°14, considerando cuadragésimo quinto.

Concluye Muñoz que el cambio climático constituye una variable que necesariamente debe ser incorporada en el análisis de los impactos medioambientales de todo proyecto que se someta al SEIA.

Análisis crítico de la sentencia

Como se indicó más arriba, lo revolucionario de estas sentencias es la incorporación expresa de consideraciones en torno al cambio climático, que no fueron tomadas en cuenta por el sistema de evaluación ambiental, ni por el Comité de Ministros que hizo suya la RCA, como argumentos principales para la anulación de las resoluciones reclamadas. Esto es una innovación revolucionaria en nuestra jurisprudencia, la cual celebramos y compartimos, debido a la magnitud de la crisis climática que enfrentamos hace ya algunas décadas.

Respecto a este elemento, podemos encontrar argumentos a favor y en contra. Algunas de las críticas que pueden hacerse a esta incorporación, se encuentran en los escritos de casación. A continuación, intentaremos desarrollar estas, para, a partir de ellas, vislumbrar si existen contraargumentos que justifiquen el actuar de los sentenciadores.

De manera general, puede sostenerse que el introducir la variable climática y sus efectos en el futuro, como consecuencia del desarrollo de un proyecto como un elemento que necesariamente debe ser considerado en el análisis de los impactos del mismo, por el SEIA en la evaluación de todo proyecto, en la forma en que lo han hecho-propuesto los sentenciadores, tendría la dificultad de que la ciencia climática no cuenta todavía con los instrumentos y herramientas para predecir con exactitud sus efectos, lo que atentaría directamente en contra de una acertada evaluación de los riesgos de un proyecto y el principio de la seguridad jurídica. Sin embargo, especialmente en el ámbito del Derecho Ambiental, esto último no es realmente un obstáculo, ya que, de acuerdo con el principio precautorio, se respalda la adopción de medidas protectoras ante las sospechas fundadas de que ciertas acciones crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente, aun cuando no se cuente todavía con una prueba científica definitiva. A mayor abundamiento, y en concordancia con lo anterior, se podrían establecer diferentes escenarios, los cuales podrían ir evaluándose en la medida que el proyecto se desarrolle y tengamos mayores certezas sobre los efectos significativos del proyecto sobre el cambio climático en el área de influencia de este.

En la línea de lo anterior, aterrizando y dotando de sustento dicha crítica,

se podría sostener que el fallo presentaría problemas de legalidad, bajo la hipótesis de que en nuestra legislación no habría una norma legal que expresamente ordene tener en consideración este fenómeno para fallar casos como el comentado, ni tampoco previamente, durante el procedimiento de evaluación ambiental mismo. Esto último es algo que ya ha sido advertido y criticado por expertos en la materia²¹. Efectivamente el cambio climático no se encuentra reconocido explícitamente en nuestra legislación doméstica en ninguno de tales sentidos. Solo la ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente hace referencia expresa al cambio climático, en su artículo 2 letra a ter) para definirlo y en su artículo 70 letra h) al señalar que una de las funciones que corresponde al Ministerio del Medio Ambiente es precisamente la formulación de planes y políticas de acción respecto a esta problemática²².

Sin lugar a duda, consideramos que la ausencia en nuestra legislación doméstica del fenómeno del cambio climático, de manera explícita, como un criterio preventivo en el sistema de evaluación y como criterio resolutivo para la judicatura ambiental, debiese ser subsanada, y esperamos que así se haga, mediante la nueva ley de cambio climático que se encuentra en tramitación y que sí considera la evaluación de los efectos del cambio climático dentro del SEIA.

No obstante lo anterior, a nuestro parecer el fallo no puede catalogarse de *contra legem*, porque ello implicaría desconocer que fuera de nuestra legislación doméstica, existe un sistema de tratados ratificados por Chile, que tienen fuerza obligatoria conforme al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República²³. En esta línea, no podemos pasar por alto el artículo 4, numeral 1, letra f) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático²⁴, que establece como compromiso para las partes del trata-

21 En este sentido Pilar Moraga, profesora del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, ha manifestado su preocupación, declarando que nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental “no contempla para nada la consideración del fenómeno en la evaluación de los proyectos de inversión”. Entrevista en: <https://radio.uchile.cl>, Los puntos clave para la ley de cambio climático que Chile necesita, 24 de abril 2019.

22 En nuestra opinión, la problemática que se analiza en este comentario deja en evidencia al menos una deficiencia en el cumplimiento de esta misión por parte del Ministerio de Medio Ambiente.

23 Para un análisis acabado del estatus de los tratados internacionales y su obligatoriedad en nuestra legislación, véase www.redalyc.org, Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, 23 de abril de 2019.

24 El tenor literal de la norma citada reza: “Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para

do el deber de tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en las evaluaciones de impacto ambiental²⁵.

Hay en esta norma, una consagración expresa y que no deja lugar a dudas, de dichas consideraciones como criterio precautorio, la cual no puede ser ignorada por la judicatura al momento de determinar si un procedimiento de evaluación ambiental puede o no ser calificado como conforme a la ley. Tal manera de proceder no es más que una aplicación de esta regla obligatoria contenida en dicho tratado y a la vez una aplicación del principio precautorio o, con mayor precisión, como señala Jorge Bermúdez Soto, una manifestación del *principio de prevención* debido a la certeza científica del cambio climático²⁶.

En razón de lo expuesto, es que sostenemos que el recurso de casación en el fondo por infracción de ley que influye en lo dispositivo de este fallo fue correctamente rechazado por la Excelentísima Corte Suprema, puesto que la doctrina y jurisprudencia parecieren estar contestes en que dentro del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, la acepción “ley” debe entenderse en un sentido amplio, incluyéndose entonces los tratados internacionales²⁷.

Otra estrategia procesal utilizada en el caso en comento para impugnar la sentencia, esta vez mediante un recurso de casación en la forma, fue alegar que, al establecerse consideraciones en torno al cambio climático, el tribunal falló *extra petita*, pues los actores no introdujeron dichos fundamentos en sus presentaciones. En nuestra opinión, dicho argumento fue también correctamente descartado, porque confunde lo que es la causa de pedir, que, junto al objeto pedido, conforman los límites de lo que el tribunal debe resolver, con lo que corresponde a las consideraciones, argumentos o fundamentos del fallo que sirven para llegar a tal resolución. La *extra petita* se circunscribe y manifiesta en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia, en este sentido se ha resuelto que: “(...) la irregularidad se debe hacer presente en su parte decisoria, independientemente de que, en la fundamentación de la misma, se puedan tocar puntos o formular argumentaciones diversas de las efectuadas

mitigar el cambio climático o adaptarse a él;”

25 Para una aproximación más profunda al sistema de tratados en torno al cambio climático, consúltese: Motles, Ilan y Porte, Ignacio. *El Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Dra. Ana María Moure Pino (Santiago: Universidad de Chile, 2016).

26 Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2014, p. 47.

27 Mosquera, Mario y Maturana, Cristián. *Los Recursos Procesales*. (Editorial Jurídica de Chile), 2010, Pp. 301-304.

por las partes del respectivo proceso (...)”²⁸. Junto a lo anterior compartimos lo indicado en el considerando vigésimo cuarto de que “los sentenciadores buscaron no fue más que hacer presente la importancia de evaluar la totalidad de los factores que pudieran tener incidencia en el presente proyecto, a la luz del principio precautorio, que por lo demás, cruza toda nuestra legislación medioambiental”²⁹.

Reflexiones finales y conclusión

Creemos haber despejado las principales críticas al fallo, en lo relativo a la importante innovación que este presenta. En este sentido, estimamos necesario valorar positivamente lo realizado por el Segundo Tribunal Ambiental y la Excelentísima Corte Suprema.

En nuestra opinión, existe una verdadera ceguera, una fijación en las normas domésticas de parte de la praxis jurídica en nuestro país, la que debe ser superada con prontitud. Quizás es cierto que puede extrañarse en la sentencia una argumentación explícita, mediante normas de derecho internacional (como sí lo hace el ministro Muñoz en su voto disidente), que sostenga la incorporación de las consideraciones en razón de la crisis climática como criterio resolutivo. Por supuesto también, que una incorporación expresa del deber de considerar el cambio climático preventivamente en el proceso de evaluación de impacto ambiental es necesaria, más aún, teniendo en consideración el carácter de *soft law* que alguna doctrina postula respecto del derecho internacional de los tratados³⁰.

En definitiva, estimamos que la osadía del sentenciador en el fallo está legalmente más que justificada, como fue expuesto con anterioridad. Además de esta justificación, debemos tener presente que como se señaló más arriba, Chile es un país especialmente vulnerable a los efectos del cambio climático y que, evaluando nuestro desempeño al respecto, la OCDE y la CEPAL recomiendan expresamente “mayores esfuerzos de integración del cambio climático en las asignaciones presupuestarias, en las evaluaciones de proyectos y en las evaluaciones ambientales estratégicas”³¹.

28 Corte Suprema, rol 3580 de 2002, sentencia 26 de abril de 2004, citada en Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, *op. cit.* (n. 18), p. 253.

29 Nota n°26, considerando vigésimo cuarto.

30 Nota n°23, pp. 68-72.

31 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Evaluaciones de desempeño ambiental: Chile 2016, p.41.

Pareciera que al menos en sede jurisdiccional estas recomendaciones han sido escuchadas y he aquí lo relevante del fallo. Esperemos que esta innovación, no obstante el efecto relativo de la sentencias, determine un cambio en nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental, para que este efectivamente considere la crisis climática que atravesamos, a la hora de elaborar sus decisiones.

El cambio climático, y el camino hacia una economía descarbonizada, es un desafío global que urge una pronta solución, y respecto de la cual queda cada vez menos tiempo para ponernos de acuerdo en cómo abordarlo en forma efectiva, y respecto de la cual el papel del poder judicial es y deberá ser determinante en nuestra sociedad, como un actor relevante en la Justicia Climática, en la cual los sectores más desposeídos están sufriendo con mayor dureza los efectos del mismo.

Celebramos que los fallos que comentamos, en sus dos instancias, sean parte y liderado los cambios que se hacen necesarios y de alguna forma iluminen el camino al resto del Poder Judicial y a otros poderes del estado.

Es destacable que aún con una legislación incipiente, débil e incompleta en materia de cambio climático, lo anterior no haya sido obstáculo para dirigir su mirada en la dirección que la ciencia nos indica.