



JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

Año VII, N° 7 - Diciembre 2015

Con derecho al ambiente



FIMA

ONG - DESDE 1998





Consejo Editorial:

Álvaro Fuentealba Hernández, Raúl Campusano Droguett, Fernando Dougnac Rodríguez,
Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg y Ezio Costa Cordella.

Director General:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci, Francisca Silva Valdebenito y Antonio Madrid Meschi.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll

Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA

ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile

Representante Legal:

Fernando Dougnac Rodríguez
Portugal 120, oficina 1-A, Santiago / (56-2) 222 216 70
www.fima.cl

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros.

Fotografía:

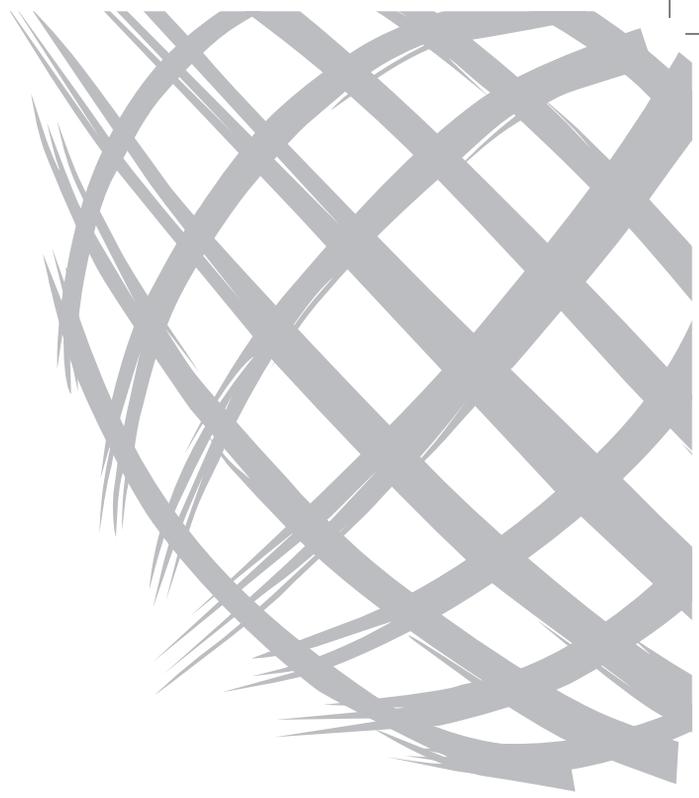
Adela Cano Iglesias.

Impresión:

Jorge Luis Roque.

"Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista."





Índice de Contenidos ■



ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL

Gabriela Burdiles Perucci. / 11

ESTUDIOS

1. Hacia una Nueva Definición del Concepto de 'Interesado'. / 17
Paula Gajardo Matthews.
2. El acto administrativo ambiental como objeto mediato de la acción / 33
general de reclamación de la Ley N° 20.600.
Christian Paredes Letelier.
3. Responsabilidad Ambiental de las Entidades Financieras: Análisis de su / 61
Aplicación en Chile de Acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema.
Macarena Muñoz Valenzuela.
4. Participación Pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto / 79
Ambiental: Un Análisis desde el Derecho Internacional.
Romina Chávez Fica.
5. Institucionalidad y Desafíos del Registro de Emisiones y Transferencia / 109
de Contaminantes en Chile: Historia, comparación y propuestas.
Natalia Acevedo Castillo.
6. Ausencia de la Regulación de Usos Prioritarios de las Aguas en Chile: / 133
Propuesta de Modificación Legal al Código de Aguas desde una
Perspectiva Comparada.
María Ignacia Sandoval Muñoz.
7. Orientaciones y contradicciones en la Ley de Bosque Nativo. / 163
Felipe Moreno del Valle.

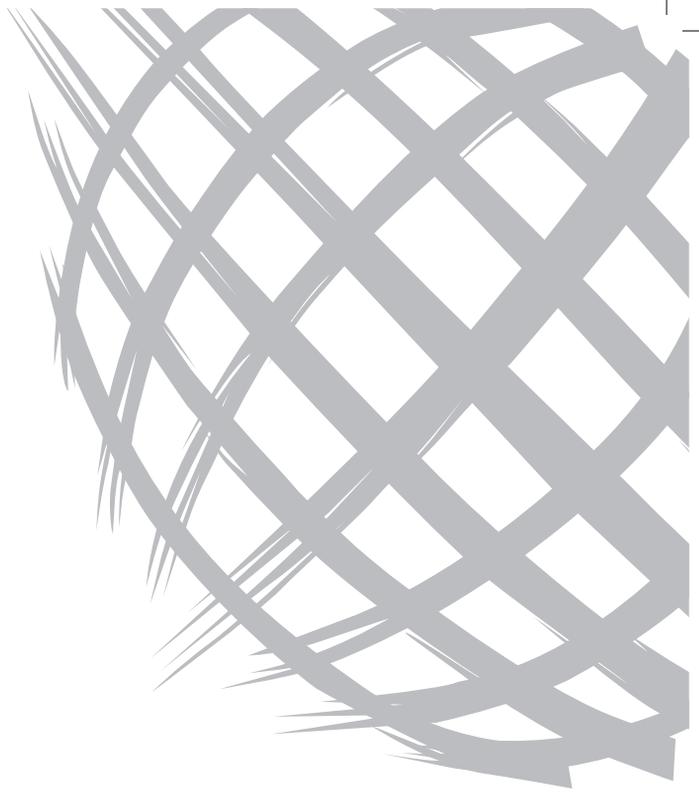
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. ¿Se puede intervenir en las áreas silvestres protegidas del Estado? Una / 189
aproximación al contexto chileno a partir del dictamen N° 38.429 de
la Contraloría General de la República.
Felipe Guerra Schleef.
2. Mejora Regulatoria, Legitimación y Principio de No Regresión: El Fallo / 203
de la Corte Suprema en el Caso MP 10.
Ezio Costa Cordella.

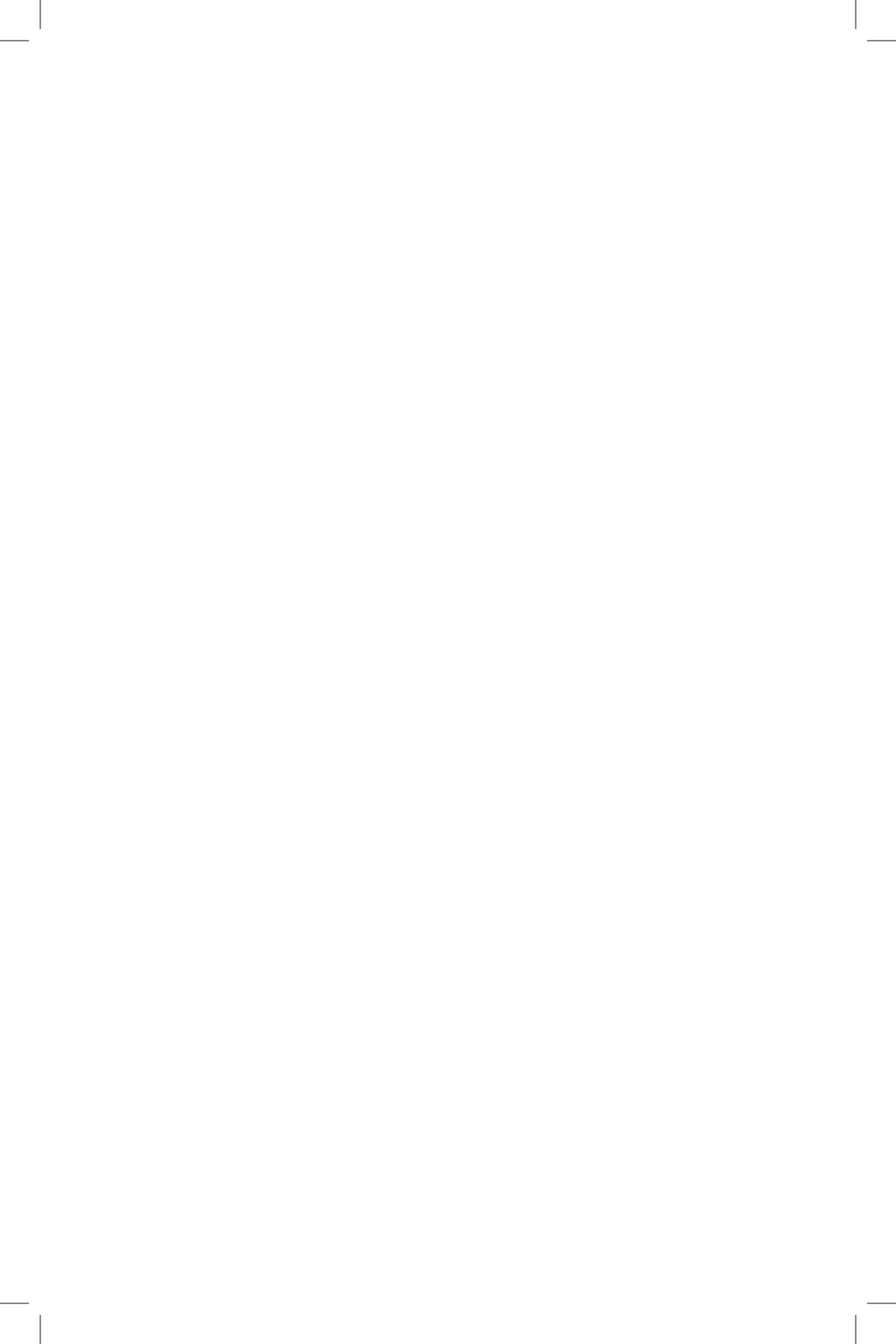
FICHAS DE JURISPRUDENCIA

1. Rubén Cruz Pérez y Otros con Compañía Minera Nevada SpA. / 227
2. Rubén Cruz Pérez y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente. / 245

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES / 269



Editorial ■



EDITORIAL

A TRES AÑOS DE LA “NUEVA JUSTICIA AMBIENTAL”

Gabriela Burdiles Perucci

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile.
Msc © en Derechos Humanos,
The London School of Economics and Political Science.
Directora de Proyectos ONG FIMA.

Como uno de los pilares fundamentales de la denominada justicia ambiental, se sitúa el acceso igualitario a procedimientos jurisdiccionales y administrativos expeditos para la resolución de los conflictos ambientales. De este modo, el acceso a la justicia en materia ambiental implica que todos los ciudadanos, sin distinción de ningún tipo, puedan recurrir a árbitros imparciales e independientes para proteger sus derechos ambientales, como son el derecho a obtener información de relevancia ambiental, participar de las decisiones con impactos ambientales y ser compensados o protegidos de todo daño ambiental sufrido.

A tres años de la entrada en vigencia de la Ley 20.600, que creó los Tribunales Ambientales, diversas acciones han sido resueltas a través de procedimientos especiales más expeditos y concentrados en casos como demandas por daño ambiental, dictación de normas de calidad ambiental, o por la no consideración de observaciones ciudadanas en la calificación ambiental de proyectos, entre otras materias. A través de ellos, ya es posible apreciar en la jurisprudencia tanto del Tribunal como de la Corte Suprema, la emergencia de ciertos criterios de interpretación que sin duda tendrán implicancias en lo sucesivo, para el acceso a la justicia en materia ambiental.

A estos desarrollos se refieren gran parte de las contribuciones de este número. Así, en su artículo, Paula Gajardo Matthews analiza el concepto de “interesado” como requisito de la legitimación activa de los intervinientes en diferentes acciones de la Ley 19.300 y

20.600, y cómo la jurisprudencia reciente del Segundo Tribunal Ambiental revisa y amplía dicho concepto en favor de terceros interesados ajenos al procedimiento de evaluación ambiental, asegurándoles vías de impugnación respecto del mismo.

Asimismo, la consagración de una "acción general de reclamación ambiental" en el artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600 es analizada por Cristián Paredes Letelier, como una importante vía contenciosa administrativa especial de amplio carácter, que se establece en favor de cualquier titular de un interés legítimo afectado por un acto administrativo de contenido ambiental. Dicho autor centra su estudio en el objeto mediato de dicha acción el "acto administrativo ambiental", en los requisitos de este acto y en la importancia de la interpretación de dicha norma para su aplicación respecto de actos asociados a instrumentos de gestión ambiental en diferentes cuerpos normativos.

La responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras como resultado de la omisión negligente o falta de vigilancia de las actividades que financian, por su parte, es analizado a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en un caso de quema y tala de bosque nativo en la causa "Consejo de Defensa del Estado con Forestal León y Banco de Chile". Macarena Muñoz Valenzuela, analiza este fallo como un interesante aporte en materia de responsabilidad ambiental de este tipo de entidades, respecto de las cuales Chile aún carece de regulación.

La legitimación activa también ha sido discutida en materia de reclamaciones de normas de calidad ambiental, lo cual es analizado en un comentario de Ezio Costa Cordella sobre el reciente fallo de la Corte Suprema, que confirma la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental sobre la norma de calidad ambiental referida al MP10. En dicho caso se discutió la falta de legitimación de las personas naturales y de las Municipalidades, respecto de la acción del artículo 50 de la Ley 19.300. Esta postura es finalmente rechazada por la Corte atendiendo a la naturaleza general de la norma impugnada y descartando una interpretación "tradicional" de la expresión "perjuicio" contenido en dicha norma. Se destaca en dicho comentario también, la relevancia de los estándares procedimentales y el reproche a un procedimiento llevado a cabo de una manera desprolija y "con la sola intención de dar un cumplimiento formal a la ley".

Vinculado a la justicia ambiental, la participación pública en la evaluación de impacto ambiental, es abordada por Romina Chávez Fica. En su trabajo la autora destaca los beneficios de una mayor participación pública en la toma de decisiones ambientales para la resolución y prevención de conflictos ambientales, advirtiendo que sus resultados están condicionados a los mecanismos específicos empleados para su logro, así como en el nivel

de poder conferido a los ciudadanos. Estos mecanismos son analizados a la luz del derecho internacional, donde se han ido desarrollando ciertos estándares, primero de carácter regional para luego ir evolucionando hacia criterios globales en el marco de la protección de los derechos humanos.

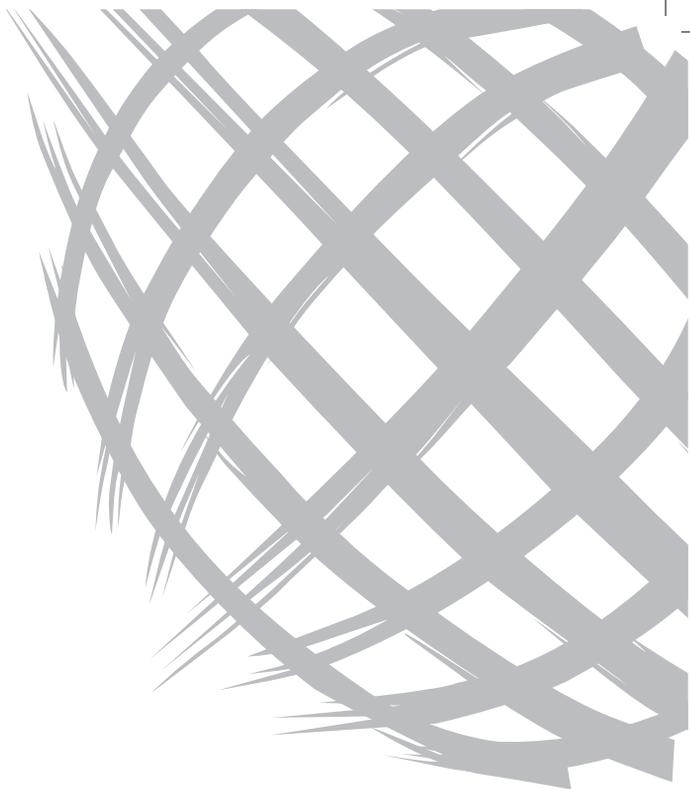
El acceso a la información ambiental, es el otro pilar de la justicia ambiental y uno de los principios esenciales que impulsaron la creación de los RETC en el mundo, cuyo objetivo es poder contar con datos accesibles y sistematizados sobre la emisión de sustancias químicas potencialmente dañinas para todas las partes afectadas e interesadas de manera regular y oportuna. Sin embargo, Natalia Acevedo Castillo previene en su artículo que esta herramienta ha sido muy poco difundida entre la ciudadanía y es escasamente utilizada por los órganos de la administración con competencias ambientales, así como para la implementación y fiscalización de otros instrumentos de gestión ambiental.

Finalmente, la séptima edición de esta revista incluye dos contribuciones relativas a dos áreas del derecho ambiental que han dado lugar a numerosos conflictos a lo largo del territorio nacional. Por una parte, la total ausencia de regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile, especialmente para consumo humano, saneamiento y conservación ambiental. Así, María Ignacia Sandoval Muñoz, propone en su artículo, la adopción de un orden de prelación en este sentido, aplicable al procedimiento de otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas, que ayude a disminuir dichos conflictos.

Esta misma tensión es abordada en el trabajo de Felipe Moreno del Valle que se refiere a las contradicciones que presenta la actual Ley de Bosque Nativo, la cual protege simultáneamente tanto el interés por la preservación del bosque nativo chileno como por su explotación industrial. Sin embargo, dicho autor postula que ambas finalidades no se encuentran debidamente equilibradas en la ley, privilegiando la incorporación del bosque nativo a la matriz productiva de la industria forestal por sobre la conservación del recurso, en una suerte de "doble discurso" respecto de una idea de sustentabilidad del modelo forestal chileno.

Esta nueva edición de la Revista Justicia Ambiental, es una contribución al análisis y comprensión de la jurisprudencia desarrollada en esta primera etapa por nuestros Tribunales Ambientales, a tres años de su entrada en funcionamiento. Con ello, buscamos hacer un aporte a la discusión sobre la protección y desarrollo de los tres pilares de la justicia ambiental, como una manera de avanzar hacia la plena implementación de los derechos ambientales de todos los ciudadanos.





Estudios ■

Hacia una nueva definición del concepto de ‘interesado’

Towards a new concept of ‘interested party’

Paula Gajardo Matthews

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile
Magister en Medio Ambiente Universidad FinisTerra
paulagajardom@gmail.com

RESUMEN

El Servicio de Evaluación Ambiental ha sostenido que el concepto especial de interesado en el procedimiento administrativo ambiental es aquél dispuesto en los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, no resultando procedente la aplicación supletoria del concepto de interesado del artículo 21 de la Ley N° 19.880. No obstante, los fallos del Segundo Tribunal Ambiental y la Corte Suprema que se revisarán a continuación, obligan al Servicio de Evaluación Ambiental a ampliar su concepto de interesado en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, en tanto reconocen la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880.

Palabras clave: Legitimación Activa; Calidad de Interesado; Procedimiento de Evaluación Ambiental; Impugnación del Acto Administrativo; Jurisprudencia Judicial.

ABSTRACT

The Environmental Assessment Service has asserted that, regarding environmental administrative process, the special concept of interested party is that established in articles 20, 29 and 30 bis of Law N°19.300, thus excluding the substitutive application of the concept established in article 21 of Law N°19.880. However, the rulings of the Second Environmental Court and the Supreme Court that will be examined in this article compel the Environmental Assessment Service to broaden the concept of interested party in environmental administrative process, for both of them recognize the substitutive application of the Law N°19.880.

Key Words: Locus Standing; Interested Party; Environmental Assessment Proceeding; Challenge to an Administrative Decision; Judicial Jurisprudence.

I. El concepto de interesado y la legitimación activa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

La legitimación activa se refiere a la posibilidad de ejercer una acción determinada. Específicamente, en lo que respecta a la posibilidad de impugnar un acto administrativo, el artículo 15 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, dispone que *"Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales"* (énfasis agregado).

De este modo, a fin de poder establecer quiénes se encuentran legitimados para impugnar un determinado acto administrativo, resulta esencial considerar quiénes tienen la calidad de interesado en el procedimiento en que se ha dictado dicho acto. Al respecto cabe tener presente, conforme señala Moraga Klenner, que *"la legitimación de una persona para actuar en un procedimiento administrativo en calidad de interesado – sea iniciándolo o apersonándose durante su sustanciación y hasta antes de haberse dictado resolución definitiva – requiere la invocación de un derecho o interés individual o colectivo (artículo 21)"*^{1,2}.

Al respecto, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y, con anterioridad, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), han sostenido consistentemente la existencia de un concepto especial de interesado en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, el cual estaría reconocido en los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Si bien dichos artículos se refieren específicamente al recurso de reclamación que puede deducirse en contra de una Resolución de Calificación Ambiental, el SEA (y antes, la CONAMA) han aplicado los criterios establecidos en dichas normas para determinar la procedencia de otros recursos administrativos respecto de los diversos actos administrativos que forman parte del procedimiento de evaluación ambiental.

1 MORAGA KLENNER, Claudio. "La Actividad Formal de la Administración del Estado". En: Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), "Derecho Administrativo Chileno". México: Editorial Porrúa S.A. de C.V. – 8; México, 1997. P.252.

2 De acuerdo a lo indicado en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quiénes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. 3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Conforme al criterio sostenido primero por la extinta CONAMA y actualmente por el SEA, el concepto de interesado aplicable en el marco del SEIA sería aquél establecido en la Ley N° 19.300, no resultando procedente la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en lo que respecta a dicho concepto, atendida la naturaleza especial y reglada del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. De este modo, se ha estimado que no sería procedente la aplicación supletoria del concepto de interesado establecido en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, por cuanto éste no sería conciliable con la naturaleza del procedimiento especial establecido en la Ley N° 19.300³.

En consecuencia, solamente tendrían la calidad de interesado en el marco del SEIA los titulares de los proyectos sometidos a evaluación y las personas naturales o jurídicas que hubiesen formulado observaciones durante el proceso de participación ciudadana, en caso de haber existido tal proceso.

A modo de ejemplo, cabe tener presente lo resuelto el 11 de noviembre de 2009 por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA en el marco de un recurso extraordinario de revisión deducido por terceros respecto de la resolución que calificó favorablemente el Proyecto Hipógeno: "6.6. *En este contexto, encontrándose expresamente definido en la Ley quienes tienen el carácter de interesado en el procedimiento de evaluación ambiental, no corresponde aplicar supletoriamente el artículo 21 de la Ley N° 19.880, ya que el carácter supletorio de esta ley, referido a la tramitación del procedimiento administrativo, implica que las leyes especiales siguen rigiendo y priman por sobre la Ley N° 19.880, pero que ésta se aplica a falta de ley especial que regule un procedimiento administrativo determinado, y en forma complementaria, en todo lo que la ley especial no regule respecto a un procedimiento dado*" (énfasis agregado)⁴.

El SEA ha mantenido el criterio sentado por la CONAMA al respecto, y es conforme a él que ha resuelto numerosos recursos administrativos deducidos en contra de diversas resoluciones dictadas en el marco del SEIA. A fin de corroborar la aplicación reciente de este criterio, basta revisar lo informado por el SEA respecto de las reclamaciones correspondientes a las causas Rol N° R-10-2013 y N° R-11-2013, del Segundo Tribunal Ambiental, que se revisan en el presente artículo.

3 Respecto de esta materia, ver dictámenes N° 38.581/2013, 12.971/2006 y 33.255/2004 de la Contraloría General de la República.

4 CONAMA, Dirección Ejecutiva. Resolución Exenta N° 6860/2009, de 11 de noviembre de 2009. Disponible en <<http://seia.sea.gob.cl/archivos/Res.RechazaRRevision61bis-07.PDF>>

No obstante lo señalado, los fallos dictados recientemente por el Segundo Tribunal Ambiental y la Corte Suprema respecto de los proyectos 'Trazado de Agua a Chiniquiray', de Sociedad Contractual Minera Copiapó, 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad', de Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte, y 'Piscicultura Río Calcurrupe', de Agrícola Sicahue Limitada, obligan necesariamente al SEA a revisar su criterio respecto de quiénes pueden ser considerados como interesados en el marco del SEIA para impugnar los actos administrativos dictados en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental.

II. Revisión de las sentencias dictadas a propósito de los proyectos 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad' y 'Trazado de Agua a Chiniquiray'

A. Proyecto 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad'

Con fecha 8 de febrero de 2013, Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (SQM) presentó una solicitud de invalidación ante la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá en contra de la Resolución Exenta N° 1, de 2 de enero de 2013 (en adelante, R.E. N° 1/2013), que calificó favorablemente el proyecto 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad', de Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte, alegando: (i) la existencia de vicios de carácter esencial durante la tramitación de la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental (DIA); (ii) que el proyecto presentaría los efectos del artículo 11 letra f) de la Ley N° 19.300; y (iii) que el mismo habría sido presentado fraccionadamente.

A continuación, el 16 de abril de 2013, la Comisión de Evaluación dictó la Resolución Exenta N° 45 (en adelante, R.E. N° 45/2013) mediante la cual resolvió no admitir a trámite la solicitud de invalidación de SQM y dar inicio a un procedimiento de invalidación de oficio respecto de la referida R.E. N° 1/2013. Por su parte, SQM presentó recursos de reposición y jerárquico en subsidio en contra de la R.E. N° 45/2013, los que fueron rechazados por la Comisión mediante la Resolución Exenta N° 73, de 21 de junio de 2013 (en adelante, R.E. N° 73/2013). El 8 de julio de 2013, la Comisión de Evaluación dictó la Resolución Exenta N° 78 (en adelante, R.E. N° 78/2013), rechazando definitivamente la invalidación de la R.E. N° 1/2013.

El 14 de agosto de 2013, SQM interpuso una reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental (causa Rol N° R-10-2013), con el propósito de impugnar las R.E. N° 73/2013 y N° 78/2013. La reclamación presentada por SQM se fundó en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, sobre Tribunales Ambientales, que establece que "*Los Tribunales Ambientales*

serán competentes para [...] 8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental".

Los puntos debatidos a propósito de la reclamación fueron: (i) la impugnabilidad de las R.E. Nº 73/2013 y Nº78/2013; (ii) la legitimación activa de SQM; (iii) la existencia de vicios esenciales durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental; (iv) la generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley Nº 19.300; y (v) el fraccionamiento del proyecto. Para efectos del presente análisis, nos enfocaremos solamente en lo razonado por el Segundo Tribunal Ambiental a propósito de la impugnabilidad de las resoluciones y la legitimación activa del reclamante.

Primeramente, la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en esta causa razona que la R.E. Nº 73/2013 sí sería impugnable por tratarse de un acto trámite que pone término al procedimiento.

En cuanto al carácter ambiental de la resolución impugnada, la sentencia señala que si bien ella se pronunció respecto de la legitimación activa del solicitante, dicha decisión se encontraría enmarcada dentro del SEIA, de modo que *"el requisito del carácter ambiental del acto recae sobre aquel que es objeto de la impugnación por la vía de la invalidación"*⁵. Asimismo, el Segundo Tribunal Ambiental estima que SQM cumple con las condiciones establecidas en el artículo 18 Nº 7 de la Ley Nº 20.600, conforme al cual *"[...] Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17: [...] 7) En el caso del número 8), quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación"*.

Respecto a la legitimación activa de SQM para impugnar la R.E. Nº 1/2013, el fallo recuerda que la razón por la cual la R.E. Nº 73/2013 habría declarado la falta de aquélla sería que *"el solicitante no se encuentra facultado para impugnar la RCA del proyecto conforme al mecanismo previsto en la Ley Nº 19.300 y tampoco posee la calidad de interesado para impugnar dicha resolución, no siendo procedente la aplicación supletoria del concepto de interesado establecido en la Ley Nº 19.880, por cuanto éste no resulta conciliable con la*

5 Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia dictada en causa Rol Nº R-10-2013. Considerando séptimo.

6 *Ibid.* Considerando décimo.

*naturaleza del procedimiento especial establecido en la Ley N° 19.300*⁶. Dicho razonamiento evidencia que la resolución impugnada habría sido dictada por la Comisión siguiendo el criterio histórico mantenido por el SEA en materia de legitimación activa, ya revisado.

El fallo en comento resulta interesante por cuanto difiere del criterio señalado por la Comisión de Evaluación, señalando el Segundo Tribunal Ambiental expresamente que *“que SQM no detente la calidad de titular del proyecto y que no haya realizado observaciones en un periodo de participación ciudadana -pues no hubo tal periodo- en principio sólo le impide ejercer las impugnaciones de los artículos 20 y 30 bis de la Ley N° 19.300 y accionar en contra de la RCA a través de las reclamaciones de los numerales 5 o 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600; pero no le impide requerir la invalidación de la RCA. Por lo tanto, para determinar si SQM estaba habilitado para solicitar la invalidación de la RCA del proyecto “Ampliación Planta Productora de Yodo Soledad”, éste debió acreditar fehacientemente que le asistía la calidad de interesado conforme al artículo 21 de la Ley N° 19.880*⁷ (énfasis agregado). Se desecha, por lo tanto, el criterio sostenido por el Servicio en cuanto a la existencia de un concepto especial de interesado en la Ley N° 19.300 y a la improcedencia de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 para efectos de establecer dicha calidad.

Ahora bien, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental va más allá y se refiere a la naturaleza que debe tener el interés de quien impugna el acto, al señalar: *“Que, conforme a lo anterior, se debe agregar que tampoco es suficiente acreditar cualquier tipo de interés individual o colectivo – conforme al artículo 21 de la Ley N° 19.880- para ser legitimado activo y solicitar la invalidación de una acto administrativo ambiental y en particular una RCA, pues se requiere que el derecho o interés esté vinculado y limitado a aquellos que el procedimiento de evaluación ambiental resguarda. Así, el contenido sustantivo del interés y/o derechos que se invoquen en el caso concreto conforme al artículo 21 de la Ley N° 19.880, deben relacionarse con el procedimiento respecto del cual se están invocando, lo que implica una limitación al interés o derecho pretendido. Por ende, si lo que se pretende invalidar es un acto de carácter ambiental dictado dentro de un proceso de evaluación ambiental, entonces se debe acreditar que el interés y/o derechos invocados son de aquellos relacionados con la protección del medio ambiente*⁸ (énfasis agregado).

En síntesis, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental concluye señalando que, si bien comparte la decisión adoptada por la Comisión de Evaluación de Tarapacá, no

7 Ibid. Considerando decimosexto.

8 Ibid. Considerando decimoséptimo.

comparte sus fundamentos, y explica que *"el motivo por el cual SQM carece de legitimación activa se debe a que no acreditó suficientemente su interés individual o colectivo afectado por la RCA del proyecto. Al no ser parte del proceso de evaluación ambiental, recaía sobre el solicitante una mayor exigencia para acreditar el carácter de interesado conforme al artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880"*⁹.

Por su parte, respecto de la R.E. N° 78/2013, el Segundo Tribunal Ambiental resuelve que no concurren respecto de SQM las exigencias establecidas en el artículo 18 N°7 de la Ley N° 20.600, puesto que no puede ser considerada solicitante en un procedimiento iniciado de oficio ni tampoco directamente afectado por la R.E. N° 78/2013. Por lo mismo, no se encontraría legitimada para impugnar esta última conforme al artículo 17 N° 8 de la citada ley.

No obstante lo anterior, señala específicamente que *"en este caso, el directamente afectado necesariamente requiere acreditar una afectación a un derecho o interés, pero no cualquiera, como sería el mero interés económico que quedó de manifiesto tras las alegaciones del reclamante, sino que aquellos intereses o derechos vinculados a los componentes ambientales y a la salud de las personas que se pretende proteger mediante las normas, condiciones y medidas contempladas en la respectiva RCA"*¹⁰.

De este modo, el Segundo Tribunal Ambiental resuelve rechazar la reclamación tanto respecto de la R.E. N° 73/2013 como respecto de la R.E. N° 78/2013, en ambos casos por carecer el reclamante de legitimación activa.

Acto seguido, SQM interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental.

El recurso de casación en la forma se fundamenta en haber incurrido la sentencia en la causal de nulidad prevista por el inciso cuarto del artículo 26 en relación al artículo 25, ambos de la Ley N° 20.600, y con el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, es decir, por carecer (i) de los fundamentos de hecho y de derecho que le sirven de sustento, y (ii) de los fundamentos técnico-ambientales a que se refiere el artículo 25 de la referida Ley. Asimismo, el recurrente invoca la causal prevista en el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la de contener la sentencia decisiones contradictorias.

9 Ibid. Considerando vigesimosegundo.

10 Ibid. Considerando vigesimoséptimo.

Ambos argumentos invocados por SQM respecto de la casación en la forma son desechados por la Corte Suprema. El primero, por cuanto no se configuraría el vicio invocado en relación a la falta de consideraciones respecto al fondo de la petición de invalidación, toda vez que como señala el fallo impugnado, en concepto del tribunal la reclamante no tendría la capacidad para alegar en dicha sede las alegaciones de fondo de la invalidación. En cuanto al segundo argumento esgrimido por SQM, la Corte llega a la conclusión de que no existirían decisiones contradictorias en el sentido alegado por el recurrente.

En cuanto a la casación en el fondo, la Corte Suprema sintetiza la discusión de la siguiente forma: *"el razonamiento medular que cruza los dos primeros capítulos de nulidad descansa en aseverar el recurrente que el yerro que influyó decisivamente en lo dispositivo del fallo consistió en adicionar los jueces, al texto del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, una calificación del concepto de interesado que la norma no contempla, esto es, la exigencia de que se trate de un interés de naturaleza ambiental, en circunstancias que el único elemento que la disposición citada enuncia es que el tercero sea titular de un interés y que éste se vea afectado por el acto administrativo"*¹¹ (énfasis agregado).

La Corte resuelve limitar su examen respecto de la materia a la impugnación de la Res. Ex. N° 73/2013, y da inicio al mismo analizando la concurrencia respecto del reclamante de los elementos establecidos en el N° 3 del artículo 21 de la Ley N° 19.880. Al respecto, la sentencia señala que *"es contundente la opinión en la doctrina en orden a que no se trata del mero y simple interés, como el de un ciudadano por el interés en la observancia de la legalidad; ha de tratarse de un interés protegido por el ordenamiento jurídico y que haya de afectarle, sea individualmente o, en su caso, cuando se trate de una afectación colectiva"*¹². Por otra parte, en cuanto a la exigencia de un interés de naturaleza ambiental, afirma que ello *"desborda efectivamente los términos y marco en el que corresponde situar el contenido del numeral 3° del artículo 21 de la Ley N° 19.880 para evaluar su aplicación a la situación del reclamante. Sin embargo, es lo cierto que tal yerro denunciado carece de influencia en lo dispositivo del fallo"*¹³ y agrega que *"aun cuando se prescindiera de la exigencia planteada en el fallo que se impugna, relativo al carácter de ambiental que debía definir el interés alegado, tal circunstancia no conduciría a variar la decisión en el sentido que interesa al recurrente por no haberse fundado la pretensión invalidatoria en interés alguno protegido por el ordenamiento jurídico [...]"*¹⁴. De este modo resuelve rechazar también el recurso de casación en el fondo.

11 Corte Suprema. Sentencia dictada en causa Rol N° 21.547-2014. Considerando decimonoveno.

12 Ibid. Considerando vigesimoséptimo.

13 Ibid. Considerando vigesimooctavo.

14 Ibid. Considerando vigesimooctavo.

B. Proyecto 'Trazado de Agua a Chiniquiray'

También con fecha 6 de abril de 2015, la Corte Suprema resolvió otro recurso de casación en la forma y en el fondo en la causa Rol N° 21.993-2014, prácticamente idéntico al anterior, igualmente presentado por SQM, esta vez en relación al proyecto 'Trazado de Agua a Chiniquiray' de Sociedad Contractual Minera Copiapó. Dichos recursos, a su vez, buscaban la anulación de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en la causa Rol N° R-11-2013, gemela a la emitida en la causa Rol N° R-10-2013, ya revisada.

La sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en esta causa fue emitida solo 6 días después de aquélla dictada en la causa Rol N° R-10-2013, y también resolvía una reclamación presentada por SQM mediante la cual se impugnaba dos resoluciones exentas dictadas por la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, a saber: (i) La Resolución Exenta N° 74, de 21 de junio de 2013, que rechazó el recurso de reposición interpuesto por SQM para dejar sin efecto la decisión de dicha Comisión de no acoger la solicitud de invalidación de la resolución que calificaba favorablemente el proyecto, por falta de legitimación activa; y (ii) la Resolución Exenta N° 79, de 8 de julio de 2013, que puso término al procedimiento de invalidación iniciado de oficio por la Comisión, y en la cual se decidió no invalidar la resolución que calificaba favorablemente el proyecto.

Dado que las sentencias dictadas por el Segundo Tribunal Ambiental en ambas causas son prácticamente idénticas, al igual que aquéllas dictadas por la Corte Suprema respecto de los correspondientes recursos de casación, no se revisarán las particularidades de cada fallo, siendo aplicable todo lo dicho en el acápite anterior respecto de lo resuelto por ambos tribunales a propósito de este proyecto.

III. Revisión de las sentencias dictadas a propósito del proyecto 'Piscicultura Río Calcurrupe'

Mediante Resolución Exenta N° 0725/2013, de 14 de agosto de 2013 (en adelante, R.E. N° 0725/2013), el Director Ejecutivo del SEA resolvió acoger el recurso de reclamación deducido por el señor Juan Alejandro Schweikart Bruggen, en representación de Agrícola Sicahue Limitada, en contra de la Resolución Exenta N° 53, de 11 de junio de 2012, de la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos (en adelante, R.E. N° 53/2012), mediante la cual se calificaba desfavorablemente la DIA del proyecto 'Piscicultura Río Calcurrupe'. De este modo dicho proyecto, rechazado inicialmente por la respectiva Comisión de Evaluación, era calificado favorablemente en la instancia recursiva.

Con fecha 2 de octubre de 2013, Marila Castillo Pitripan, José Sorto Leguey, José Gómez Huenupan y Pedro Huenulef Oporto, interpusieron ante el Segundo Tribunal Ambiental una reclamación en contra de la referida R.E. N° 0725/2015, de la Dirección Ejecutiva del SEA, de conformidad a los artículos 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600. Los reclamantes fundaban su reclamación en que el proyecto tendría efectos negativos en la salud de las familias y comunidad Mapuche, en lo productivo, en lo cultural y en lo social; junto con la existencia de un vicio de ilegalidad en el proceso de evaluación del proyecto, consistente en no haberse realizado la consulta establecida en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Entre otras alegaciones, la Dirección Ejecutiva del SEA adujo la falta de legitimación activa de los reclamantes, señalando que éstos no habrían siquiera solicitado la apertura de un proceso de participación ciudadana durante la evaluación del proyecto conforme a lo dispuesto en el artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, no pudiendo por tanto reclamar judicialmente la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto.

En cuanto a este punto, el Segundo Tribunal Ambiental declara en su fallo que solamente los titulares de proyectos se encontrarían legitimados para interponer la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600. En cuanto a este punto, expresa que *"los reclamantes erraron en utilizar la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, por cuanto este medio de impugnación sólo puede ser impetrado por el titular del proyecto, quien es el único que puede ejercer la reclamación administrativa contenida en el inciso 1° del artículo 20 de la Ley N° 19.300, para posteriormente, de lo resuelto por el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros, reclamar ante el Tribunal Ambiental conforme al citado artículo 17 N° 5, en relación al inciso 4° del artículo 20 señalado"*¹⁵ (énfasis agregado). Asimismo, aclara que *"los reclamantes de autos tampoco podían impetrar la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, por cuanto ésta sólo puede ser ejercida por quienes hayan sido parte de un proceso de participación ciudadana cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, y se haya agotado la vía recursiva administrativa"*¹⁶ (énfasis agregado).

En síntesis, el Segundo Tribunal Ambiental resuelve rechazar la reclamación deducida, sin pronunciarse respecto del fondo de la misma, dado que *"los reclamantes de autos no cuentan con legitimación activa para impetrar la reclamación contenida en el artículo 17 N° 5*

15 Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia dictada en causa Rol N° R-16-2013. Considerando decimoquinto.

16 Ibid. Considerando décimo séptimo.

de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 725, de 14 de agosto de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, sin perjuicio de la procedencia de otras vías de impugnación o invalidación del acto administrativo¹⁷. Cabe destacar que no existe una inconsistencia entre lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en esta causa y lo fallado en aquellas examinadas en el acápite anterior, dado que en este caso el reclamo se funda en el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, en tanto que en los anteriores el reclamo se funda en el artículo 17 N° 8 de la misma Ley.

A continuación, los mismos Marila Castillo Pitripan, José Soto Leguey, José Gómez Huenupan y Pedro Huenulef Oporto dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 26 de la Ley N° 20.600, en relación al artículo 25 de la misma Ley y al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Los recursos fueron resueltos por la Corte Suprema mediante sentencia de 22 de mayo de 2015.

En cuanto a la casación en la forma, señalan primeramente que la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental no contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, puesto que las expresadas son contradictorias. Lo anterior, debido a que los argumentos esgrimidos en la sentencia para afirmar la competencia del tribunal serían opuestos a aquellos utilizados para establecer la falta de legitimación activa. A continuación, indican que el fallo habría omitido la decisión del asunto controvertido, al no pronunciarse respecto de las cuestiones de ilegalidad de fondo.

La Corte Suprema resuelve que no concurren los defectos sobre la base de los cuales se ha impetrado el recurso de casación en la forma. Primeramente, por cuanto lo sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental respecto del análisis sobre la falta de legitimación activa de los reclamantes, no dice relación con la incompetencia de dicho órgano jurisdiccional. En cuanto al segundo argumento de los recurrentes, lo descarta en consideración a que habiéndose acogido la excepción de falta de legitimación activa de los reclamantes, el tribunal ya no se encontraba obligado a hacerse cargo de las alegaciones de ilegalidad de fondo.

En cuanto al recurso de casación en el fondo, los reclamantes argumentan que la sentencia impugnada habría incurrido en un error de derecho, al establecer que solamente

17 *Ibid.* Considerando décimo octavo.

el titular del proyecto habría podido interponer el reclamo judicial a que se refieren el artículo 20 de la Ley N° 19.300 y el artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600.

A este respecto, la Corte Suprema confirma el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Ambiental, señalando que este último habría resuelto correctamente la falta de legitimación activa de los reclamantes. Lo anterior, por cuanto ellos habrían presentado su reclamación de conformidad con los artículos 20 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, *"para lo cual no se encuentran legitimados, puesto que dicho medio está contemplado para ser ejercido sólo por aquel que hubiere presentado una Declaración de Impacto Ambiental, o en su caso, un Estudio de Impacto Ambiental"*¹⁸. Agrega el fallo que *"tampoco tienen derecho a la acción de reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley de los Tribunales Ambientales, desde que requiere que las personas naturales o jurídicas que acudan a ella hubieren opuesto observaciones ciudadanas al proyecto y en el caso de que éstas no hubieren sido adecuadamente atendidas, haber presentado el recurso de reclamación administrativo que prevé el artículo 20 de la Ley N° 19.300, conforme lo señala el inciso quinto del artículo 30 bis de este último cuerpo legal"*¹⁹. Rechaza, de este modo, también la casación en el fondo deducida.

No obstante lo ya señalado, lo más llamativo de esta sentencia no es lo decidido respecto de los recursos de casación sino las consideraciones con que el Ministro Pierry concurre a lo resuelto, específicamente respecto del alcance de la norma contenida en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600. Al respecto el Ministro arguye, sobre la base de la historia de la ley, que se trataría de un recurso diferente a la invalidación establecida en el artículo 53 de la Ley N° 19.880. Se apoya, además, en que la referencia a dicha norma contenida en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 (*"no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880"*), *"sólo se justifica tratándose de un recurso distinto de aquel del inciso primero del mismo número"*²⁰.

En línea con lo anterior, declara el Ministro Pierry que *"es necesario entonces distinguir por una parte, entre este recurso que denominaremos "invalidación impropia", y la invalidación propiamente tal"*²¹. Esta última efectivamente correspondería a la facultad establecida en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, distinguiéndose de aquélla solamente en razón del plazo

18 Corte Suprema. Sentencia dictada en causa Rol N° 23.000-2014. Considerando octavo.

19 Ibid. Considerando octavo.

20 Ibid. Número 2.

21 Ibid. Número 4.

para recurrir en caso de ejercerse dicha facultad (30 días) y el tribunal competente para conocer de dicho recurso (Tribunal Ambiental).

En cuanto a la primera, señala que *"la invalidación recurso, o "invalidación impropia"; ella constituye en realidad un reclamo de ilegalidad contra un acto de naturaleza ambiental; un reclamo de ilegalidad ante el tribunal ambiental, con agotamiento previo de la vía administrativa [...]. Este reclamo de ilegalidad abre un "procedimiento administrativo de invalidación" permitiendo al que lo interpuso reclamar de lo resuelto por la Administración, en el plazo de 30 días ante el tribunal ambiental, ya sea porque acogió el reclamo o porque lo rechazó"*²² (número 5). Especifica que *"interpretando armónicamente las disposiciones de las Leyes N° 19.300 y N° 20.600 no puede llegarse a otra conclusión que la de que el plazo es de 30 días, ya que precisamente ese es el plazo que se señala para los reclamos administrativos y ante el tribunal en las diversas normas de la Ley N° 19.300"*²³.

El Ministro sintetiza sus consideraciones señalando que *"existen dos tipos de invalidación; la general de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo, excluida para el responsable del proyecto y los terceros intervinientes en el procedimiento, con reclamo ante el tribunal ambiental cuando la Administración invalida; y la "invalidación impropia" o invalidación recurso, para los terceros que no han intervenido en el procedimiento, así como también para el responsable del proyecto y los terceros que han intervenido en el procedimiento administrativo, con un plazo de treinta días para reclamar ante el tribunal ambiental, ya sea que se acepte o rechace la solicitud de invalidación; debiendo resolverse respecto a estos últimos, si esta invalidación que vendría a ser una reposición, mantiene el plazo general de cinco días de la Ley de Procedimiento Administrativo o el de treinta días que hemos estado proponiendo"*²⁴ (énfasis agregado).

22 Ibid. Número 5.

23 Ibid. Número 6.

24 Ibid. Número 11.

IV. CONCLUSIONES

Lo resuelto recientemente tanto por el Segundo Tribunal Ambiental como por la Corte Suprema a propósito de los proyectos 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad', 'Trazado de Agua a Chiquiquiray' y 'Piscicultura Río Calcurrupe' genera un nuevo escenario para el SEA. En éste, el Servicio se encuentra obligado a revisar y ampliar el concepto de interesado utilizado históricamente a efectos de determinar si los recurrentes se encuentran legitimados para impugnar los actos administrativos dictados en el marco del SEIA.

Primeramente, en relación a los proyectos 'Ampliación Planta Producción de Yodo Soledad' y 'Trazado de Agua a Chiquiquiray', resulta relevante lo afirmado tanto en los fallos del Segundo Tribunal Ambiental como en los de la Corte Suprema en cuanto a que el hecho de tratarse de un tercero ajeno al procedimiento de evaluación, esto es, de ser una persona distinta del titular del proyecto y no haber presentado observaciones durante el período de participación ciudadana, no constituye un impedimento para requerir la invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental y la Corte Suprema coinciden en desestimar lo sostenido por el SEA en cuanto a que los actos dictados en el marco del procedimiento de evaluación ambiental solamente serían impugnables por las personas a que se refieren los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley Nº 19.300.

Asimismo, contrariamente a lo sostenido por el SEA, las sentencias dictadas por ambos tribunales reconocen la aplicación supletoria de la Ley Nº 19.880 en lo que respecta a la determinación de la calidad de interesado, la cual, en consecuencia, deberá verificarse conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de dicha ley. En este sentido, el Servicio se ve obligado a ampliar el concepto de interesado, el cual podría incluir a terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental, en caso de verificarse respecto de ellos los supuestos que establece el referido artículo 21. Cabe precisar, no obstante, que contrariamente a lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, la Corte Suprema no estima necesario que el interés a que hace referencia dicha norma deba ser necesariamente un interés relacionado con la protección del medio ambiente, en tanto se acredite razonablemente que dicho interés se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico y pueda verse afectado, ya sea individualmente o colectivamente.

A continuación, el fallo dictado por la Corte Suprema en relación al proyecto 'Piscicultura Río Calcurrupe' confirma lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental, en

cuanto a descartar la posibilidad de que terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental puedan reclamar conforme a lo establecido en los N° 5 y 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600. Se confirma, de este modo, que la vía de impugnación disponible para terceros ajenos al procedimiento no es otra que la establecida en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.

A este respecto, cabe señalar que las consideraciones efectuadas por el Ministro Pierry en cuanto a la existencia de una 'invalidación impropia' o 'invalidación recurso' constituyen, en definitiva, el reconocimiento jurisprudencial de una vía de impugnación para terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental. En efecto, conforme a dichas consideraciones, los terceros ajenos al procedimiento de evaluación contarían con la posibilidad de impetrar un verdadero reclamo de ilegalidad, el cual a su vez daría lugar a un procedimiento de invalidación. El plazo para interponer dicho reclamo sería de 30 días, y de lo resuelto por la Administración podría deducirse la correspondiente reclamación ante el Tribunal Ambiental en el plazo de 30 días, ya sea porque se acogió el reclamo o porque se rechazó.

Queda por verse si la Corte Suprema, los Tribunales Ambientales y el mismo SEA reconocerán la tesis planteada por el Ministro Pierry. No obstante, independiente de aquello, resulta indispensable avanzar en cuanto a clarificar la forma en que terceros ajenos al procedimiento pueden impugnar los actos dictados por la autoridad ambiental en el marco de un procedimiento de evaluación ambiental.

Lo anterior si se considera, por ejemplo, que con frecuencia los proyectos sometidos a evaluación ambiental sufren cambios importantes durante su tramitación, de modo que personas que inicialmente no se sintieron afectadas por el mismo y, por lo tanto, no realizaron observaciones ciudadanas oportunamente, en definitiva no pueden manifestar sus inquietudes y opiniones al respecto. Para ellos, el reconocimiento de una vía de impugnación para terceros ajenos al procedimiento constituye, en definitiva, el único medio de hacer valer sus pretensiones y acceder a la justicia ambiental.

Recibido: 4 de junio de 2015

Aprobado: 14 de Octubre de 2015

El acto administrativo ambiental como objeto mediato de la acción general de reclamación de la Ley N° 20.600

The environmental administrative act as mediate object of the general action of claim of Act N° 20.600

Christian Paredes Letelier

Egresado de Derecho
Universidad Católica de Valparaíso
cparedesletelier@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza los diversos requisitos que logran desprenderse del concepto de "acto administrativo ambiental" que brinda el inciso 2° del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, entendido como objeto mediato o indirecto de la acción general de reclamación que dicha disposición consagra, a fin de contribuir a delinear los contornos aparentemente tan extensos de la misma y delimitar, como corolario, el ámbito competencial de los Tribunales Ambientales en la materia.

Palabras clave: Acto Administrativo Ambiental, Reclamación, Artículo 17 N° 8, Tribunales Ambientales, Contencioso Administrativo.

ABSTRACT

This article analyzes the diverse requirements that manage to break off from the concept of "environmental administrative act" provided by the second subsection of article 17 N° 8 of the Act No. 20.600, understood as mediate or indirect object of the general action of claim that the mentioned disposition establishes, in order to contribute to delineate the seemingly extensive contours of it and define, as a corollary, the competence area of the Environmental Courts in that matter.

Key words: Environmental Administrative Act, Claim, Article 17 N° 8, Environmental Courts, Containment Function.

INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600, que creó los Tribunales Ambientales (en adelante LTTAA), las vías tradicionales de impugnación judicial de un acto administrativo de relevancia ambiental susceptibles de ser ejercidas por el ciudadano-particular afectado por él se reconducían básicamente al recurso (acción) de protección, como paliativo ante la inexistencia de un recurso contencioso-administrativo general¹, y –aunque más tangencialmente– a la acción de nulidad de derecho público, siendo la Resolución de Calificación Ambiental el acto recurrido por excelencia en cuanto autorizatorio de un determinado proyecto o actividad²⁻³. A la luz de la sola regulación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, por su parte, no se consagró recurso administrativo ni contencioso-administrativo alguno en favor de terceros que, pese a no haber participado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fueren titulares de derechos o intereses eventualmente afectados⁴.

Así las cosas, la entrada en vigencia de la LTTAA supuso la vuelta de tuerca necesaria respecto del escenario impugnatorio expuesto, materializando –ahora en sede ambiental– la garantía que la Carta Fundamental reconoce a todas las personas en su artículo 38 inciso 2°. En este sentido, particular interés presenta su artículo 17, el que, además de someter bajo conocimiento de la jurisdicción ambiental la acción de responsabilidad ambiental y la autorización de ciertas medidas adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente, vino a establecer un catálogo de reclamaciones (acciones, en sentido estricto) contra diversos actos formales de órganos administrativos que la norma se encarga de enumerar (como son el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia del Medio Ambiente, entre otros). Lo anterior no sólo supuso la incorporación de un

-
- 1 Completo y revelador resulta el estudio realizado por REYES MENDY, Francisca. "Las Cortes y los conflictos socioambientales: ¿Quo vadis Poder Judicial?" *Anuario de Derecho Público*. Ediciones Universidad Diego Portales. 2014. Pp. 293-316. La autora, tras analizar la totalidad de los recursos de protección ingresados al sistema judicial en temas de relevancia ambiental desde 1985 –año en que se falla la primera acción de esta naturaleza– a la fecha, arriba al resultado que desde 1985 a 2012, el 90,9% del total de las acciones judiciales presentadas en temas de relevancia ambiental corresponden a recursos de protección (328 de 361 casos).
 - 2 RAMÍREZ SIERRA, José Agustín. "Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental". *Revista de Derecho CDE* [en línea]. 2001, n° 3. P. 1. Disponible en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/646ff6f8-b093-4c01-b169-8ea402a23052/9.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 28.05.2015].
 - 3 Otras vías de impugnación a estos efectos, aunque de menor frecuencia en su utilización, han sido el recurso de amparo económico (Ley N° 18.971), la acción ambiental prevista en la LBGMA (artículos 53 y 54) y la solicitud de dictamen a la CGR.
 - 4 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2a ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. Pp. 323, 324.

nuevo actor en el marco de la llamada "reforma de la institucionalidad ambiental", sino que propiamente la creación de un verdadero órgano contencioso-administrativo especial, encargado de velar por la legalidad de la actuación formal de la Administración del Estado, tal como expresa el Mensaje del Ejecutivo en el proyecto de ley ingresado al Congreso Nacional.

Es en este contexto normativo que se inserta una vía contencioso-administrativa especial, de amplio carácter, cuya consagración cede eminentemente en favor del particular titular de un legítimo interés afectado por un acto de una autoridad sectorial, trátase aquél de una empresa o agente económico, trátase de un ciudadano común. Tal es la contenida en el numeral 8° del artículo 17 LTTAA, que establece una acción residual de impugnación-*"reclamación"*, en términos de la norma- contra la resolución que resuelve un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, el que pasa luego a definir el legislador, a ser interpuesta en el plazo de treinta días contado desde la notificación de aquella.

Si bien la prosperidad o el fracaso de dicha acción producirá, en último término, efectos sobre el acto administrativo ambiental, no es este último el que directa e inmediatamente se impugna, sino la resolución que resuelve acerca de su invalidación. Por lo mismo, bien puede predicarse de aquél su condición de objeto mediato o indirecto de la acción, cuya suerte -que es la que realmente interesará al reclamante- quedará definida en la sentencia por la vigencia o anulación del acto invalidatorio, por vía consecuencial. En otras palabras, la objeción al acto administrativo ambiental está mediatizada, en definitiva, por la impugnación del acto que resuelve el procedimiento invalidatorio, en cumplimiento de la exigencia legal del agotamiento previo de la vía administrativa.

Vastos son, como podrá apreciarse en lo sucesivo, los alcances de este mecanismo impugnatorio, no sólo en lo que a su legitimación activa respecta (artículo 18 N° 7 LTTAA), sino también -y fundamentalmente- en lo referente al acto administrativo a la base de la resolución en contra del cual se dirige, materia del presente trabajo. Se trata, en palabras de Bermúdez Soto, "de la cláusula de cierre de la norma de competencia de los Tribunales Ambientales, ya que no está restringida a un acto administrativo específico, sino que es general respecto de cualquier acto administrativo de contenido ambiental"⁵.

5 Ibid. P. 538.

Tras esta aproximación a la norma, entendible resulta que en la aún incipiente doctrina sobre el tema se haya venido en concebir a esta reclamación como un "sistema de impugnación general"⁶ y, más precisamente, como una "acción general de impugnación ambiental"⁷. A fin de evitar equívocos y siendo respetuosos con la letra de la ley se optará en lo sucesivo por denominarla como "acción general de reclamación ambiental" (en adelante, AGRA), a pesar de las críticas que pueda razonablemente merecer la terminología empleada por el legislador⁸.

I. El concepto legal de acto administrativo ambiental: una aproximación general

El inciso 2º del artículo 17 N° 8 LTTAA otorga, a los solos efectos de la acción prevista por dicha disposición (*"para estos efectos"*), una definición amplia de acto administrativo de carácter ambiental, entendiéndose por tal *"toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos"*.

Conscientes los actores de la discusión parlamentaria de que la incorporación o supresión de tal o cual elemento al concepto influiría directamente en la extensión competencial de los TTAA, la definición transcrita fue objeto de amplio debate en el primer y segundo trámite constitucional –ante el Senado y la Cámara de Diputados, respectivamente–, quedando en definitiva, fijada y aprobada en el Informe de la Comisión Mixta⁹, mas no por ello exenta de dificultades hermenéuticas.

Como podrá constatar, al utilizar la ley la expresión *"para estos efectos"*, acota el ámbito de aplicación u operatividad del concepto a los solos efectos de la mencionada reclamación. Con esto, esclarece de antemano el legislador que no es pretensión suya otorgar una definición general de acto administrativo ambiental; por ende, nada obsta

6 CORDERO VEGA, Luis. *Invalidez ambiental* [en línea], en Análisis Jurídico, El Mercurio Legal. Disponible en: www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2012/06/14/Invalidacionambiental.aspx [consulta: 30.05.2015].

7 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (4). P. 538.

8 Respecto de la expresión "reclamación" señala Bermúdez Soto: "Se debe criticar esta denominación ya que en realidad lo que regula la LTTAA son acciones de impugnación, es decir, vías jurídicas para obtener la revisión de legalidad de actos administrativos y normas ambientales". Ibid. P. 526.

9 CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 20.600* [en línea]. P. 1283. Disponible en: www.leychile.cl [consulta: 30.05.2015].

a que fuera de este concepto especial puedan existir actos administrativos ambientales con características diversas a las preceptuadas (como lo sería, por ejemplo, un acto que sin corresponder ni asociarse a un instrumento de gestión, pueda producir consecuencias ambientales en su cumplimiento o ejecución).

El punto no es menor, toda vez que si se reflexiona sobre los actos objeto de reclamación del N° 7 del artículo 17 LTTAA –*actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación*–, se concluye que ellos encajan perfectamente en el concepto de acto administrativo ambiental del N° 8; mas el legislador ha querido referirse aquí al concepto ordinario de acto administrativo de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (en adelante, LBPA). En efecto, si bien no es posible desconocer que estos actos de ejecución son, en rigor, actos administrativos ambientales, no se consideran tales a efectos de la AGRA pues asociados a ellos existe una vía de impugnación específica diversa, directa o inmediata (no mediatizada). Por consiguiente, mal podrían impugnarse, solicitud de invalidación mediante, por vía de la AGRA.

II. El acto administrativo en la LBPA: un contraste necesario

Desde un primer acercamiento, el concepto de "acto administrativo de carácter ambiental" incorporado en la LTTAA contrasta, en forma evidente, con la definición del acto administrativo adoptada en la LBPA, en su artículo 3º. Siguiendo esta última un concepto pandectista de acto administrativo construido sobre la base de aquel que en la primera mitad del siglo XX elaboraría el italiano Guido Zanobini, su inciso 2º lo define de la siguiente manera: *"Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública"*, complementando luego esta definición su inciso 6º al disponer que *"constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias"*.

Conviene simplemente recordar que la disposición transcrita, en forma similar a como sucede en la LTTAA, limita el concepto de acto administrativo sólo *"para efectos de esta ley"*, es decir, de la LBPA. Sin embargo, tal como señalara Pierry Arrau¹⁰, esta limitación

10 PIERRY ARRAU, Pedro. "Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República". *Revista de Derecho CDE* [en línea]. 2005, n° 13. P. 5. Disponible en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/14b0181a-a031-47f3-a12a-825285f51a7e/5.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 30.05.2015].

"es muy relativa, ya que tratándose de actos administrativos, y como la ley es de Bases de Procedimientos, en realidad se aplica a todos los actos administrativos que no tengan, de acuerdo con el artículo 1º, un procedimiento administrativo especial". Como ya consta, dicha limitación sí que encuentra en la LTTAA un sentido práctico.

Si bien durante la discusión legislativa de la LTTAA se tuvo en consideración una remisión tácita a la definición de acto administrativo expuesta, con la elaboración de un concepto especial de "acto administrativo de carácter ambiental" se buscó finalmente evitar los riesgos que un universo muy amplio de resoluciones recurribles acarrearía consigo. En palabras del Senador Larraín, según consta en el Segundo Informe de Comisiones de Constitución y Medio Ambiente unidas, "entendido el acto administrativo de esta forma [en los términos del artículo 3º LBPA], surge el desafío de constituir alguna fórmula que permita, al mismo tiempo, asegurar el acceso a la justicia ambiental y regular los casos específicos que permitan recurrir a ellos evitando la saturación de los mismos"¹¹. Como podrá luego colegirse, lejos está el concepto de acto administrativo ambiental de restringir a casos específicos la procedencia de la AGRA y de cumplirse, por tanto, dicha pretensión legislativa.

Ahora bien, más allá de que el acto administrativo ambiental deba ser dictado en ejercicio de una competencia específica (una competencia ambiental), un análisis detenido de las palabras empleadas por el legislador permite concluir que la definición del acto administrativo ambiental es respetuosa, en sus aspectos básicos, de la definición brindada por el artículo 3º LBPA. Siendo elemento común a ambos conceptos y necesario de todo acto administrativo su carácter decisorio, el acto administrativo ambiental, pese a no explicitarlo el legislador, podrá tener también por contenido declaraciones de voluntad, de juicio o dictamen, y de constancia o conocimiento (actos estos últimos llamados "de constatación" o "certificatorios"), desde que se le conceptúa como "*toda*" decisión formal, tal como posteriormente se argumentará. Asimismo, si bien la LTTAA no señala que el acto debió ser dictado "*en ejercicio de una potestad pública*" como sí lo hace el artículo 3º LBPA (lo que se debió a una decisión deliberada de la Comisión Mixta), es claro que ha de cumplir también con dicho presupuesto, pues, tal como se señalaría en la instancia, "por definición sólo son válidos los actos administrativos que se fundan en el ejercicio de una potestad pública"¹².

11 CONGRESO NACIONAL. Cit. ant. (9). P. 444.

12 *Ibid.* P. 1282.

Se desprende de lo anterior que el contraste conceptual referido es más aparente que real y que la definición de "acto administrativo de carácter ambiental" no sería sino una verdadera especie del concepto ordinario de acto administrativo entregado por la LBPA; conclusión que, en realidad, no es del todo obvia con vista a la expresión restrictiva "para estos efectos" que encabeza la definición de la LTTAA. Es, en realidad, la propia ley la que da este hecho por subentendido, en la medida que para ser un acto administrativo ambiental impugnado por la vía de la AGRA ha de ser necesariamente susceptible de invalidación; potestad que, regulada en la LBPA (artículo 53), es sólo predicable de aquellas decisiones formales dictadas por los órganos circunscritos al ámbito de aplicación de dicha ley (artículo 2) y ajustadas al concepto de acto administrativo que la misma contempla (artículo 3)¹³.

Siendo esto así y como podrá advertirse, la verdadera nota particular o elemento especificador del acto administrativo ambiental radica en la competencia ambiental de los órganos administrativos susceptibles de emitirlo y en su relación con la idea de instrumento de gestión ambiental, aspecto este último que, en nuestra opinión, presupone de suyo al primero.

III. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

1. Debe tratarse de una decisión formal (carácter decisorio)

El acto administrativo es, ante todo, una decisión de un órgano administrativo, esto es, una determinación que, en palabras de Bermúdez Soto, "resuelve un caso concreto, distinguiéndose de otras actuaciones como las de tipo normativo (reglamento), que regulan un número indeterminado de casos [...]".¹⁴ Sobre este carácter decisorio, continúa diciendo que "a través del acto administrativo lo que hace la Administración del Estado es tomar una decisión de aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto en una determinada forma"¹⁵. En suma, sólo existirá acto administrativo cuando se decide, es decir, "cuando se adopta una resolución sobre una cuestión o un asunto determinado"¹⁶.

13 Cabe consignar que discrepa de lo argumentado en estas líneas lo sostenido por el Ministro Pierry en la prevención –meramente académica– con la que culmina la sentencia de la Corte Suprema en la causa rol N° 23.000-2014, que decidió sobre el caso "Piscicultura Río Calcurrupe". En dicha prevención, sostiene el Ministro que "[l]a mención expresa a la invalidación del artículo 53 de la Ley N° 19.880 significa que el legislador ha entendido que hay dos tipos de invalidación, la del artículo mencionado [que llama "invalidación general"], y la establecida en el inciso primero del número 8 [que llama "invalidación impropia" o "invalidación recurso"]".

14 BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo general*. 3a ed. Santiago: Legal Publishing, 2014. P.139.

15 *Ibid.* P.154.

16 CORDERO VEGA, Luis. *El procedimiento administrativo*. Santiago: LexisNexis, 2003. P. 50.

En esta línea, bien puede decirse que la naturaleza decisoria o resolutoria del acto guarda relación no con la forma que éste reviste (continente), sino con su contenido en los términos expresados; ello, atendida la existencia de actos administrativos dictados por funcionarios públicos con poder decisorio que toman una forma distinta a los clásicos modelos del decreto y la resolución. Compartimos que incluso un oficio ordinario o un memorándum pueden ser lo suficientemente aptos para contener decisiones administrativas, de manera que al particular siempre cabrá ejercer en su contra la vía impugnatoria administrativa y la vía jurisdiccional¹⁷. Como ha expresado la doctrina¹⁸, “la circunstancia de no contenerse esas decisiones administrativas en un decreto o resolución no reflejan ni un déficit de formas jurídicas esenciales, ni un déficit de protección para el privado”¹⁹.

Por más evidente que parezca, menester es recalcar que este carácter decisorio o resolutorio propio del acto administrativo ambiental y, en general, de todo acto administrativo no debe, desde la perspectiva de su función en el procedimiento administrativo, ser confundido o identificado necesariamente con el carácter terminal del mismo, porque también los actos trámite representan, *per se*, decisiones orgánicas administrativas, pese a no pronunciarse sobre el fondo de la materia objeto del procedimiento; ello, claro está, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 15 inciso 2° LBPA, que limita la impugnación de actos trámite a aquellos que determinen la imposibilidad de continuarlo o produzcan indefensión, como se explicará en detalle más adelante. De hecho, ya en la causa rol R-5-2013, mejor conocida como el caso “Camino de la Fruta”, el Segundo Tribunal Ambiental acogió la reclamación contra una resolución que negó lugar a la invalidación de un acto trámite, a saber, de una resolución del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) que accedió a una solicitud de reserva de información en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), reputándolo de acto administrativo ambiental, ergo, de decisión formal.

17 MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de Derecho Administrativo*, VII: *La actividad formal de la Administración del Estado*. Santiago: Legal Publishing, 2010. P.127.

18 *Ibid.*

19 En este mismo sentido, Camacho Céspedes expone que el inciso 6° del artículo 3° LBPA –que incluye dentro del concepto de acto administrativo los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento– “hace susceptible que la noción comprenda todo tipo de actuación de un órgano administrativo [...]. Así, la noción se desliga de la forma exigida de la manifestación de la voluntad orgánica exigida tradicionalmente, esto es, ya no se requiere que se exprese a través de un decreto o resolución. Es decir, un simple oficio u ordinario puede incluirse en la categoría de acto administrativo”, en CAMACHO CEPEDA, Gladys. *El concepto de Acto Administrativo*, en BOCKSANG HOLA, Gabriel, LARA ARROYO, José Luis (coord.). *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.880*. Santiago: Legal Publishing, 2013. P. 83.

Tampoco puede esta naturaleza resolutive ser únicamente atribuida a actos administrativos de voluntad, pues, del mismo modo, aquella es –al menos en nuestro sistema jurídico-administrativo actual, alejado en este aspecto del Derecho francés– transversal a todo acto administrativo cualquiera sea su contenido, aun a los de juicio o dictamen y a los de constancia conocimiento, a que alude el inciso 6° del artículo 3° LBPA. Como en este sentido expresa Pierry Arrau, “[a] partir de la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya no interesa si los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento, producen o no efectos jurídicos de acuerdo al concepto mismo [de acto administrativo], o si son o no declaraciones de voluntad. Ahora, son actos administrativos de todas maneras, y una mera constancia pasa a ser una decisión administrativa”²⁰, aunque sea por simple extensión.

Los efectos de esta constatación, como podrá colegirse, se ven proyectados también en el acto administrativo ambiental y reafirmados a su respecto mediante la voz “*toda decisión formal*”, pudiendo contener declaraciones de voluntad, como sucede con la Resolución de Calificación Ambiental o con un decreto alcaldicio que contiene una ordenanza ambiental local; juicios o dictámenes, como ocurre con el acto mediante el cual el SEA responde consultas de pertinencia (artículo 26 Reglamento del SEIA)²¹; y constancias o certificaciones, como es el caso del certificado o certificados expedidos por el SERNAGEOMIN que acreditan el cumplimiento del plan de cierre de una faena minera (artículo 29 Ley N° 20.551), o del expedido por el Director Regional o el Director Ejecutivo del SEA para el caso de entenderse aprobado un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental como consecuencia de la aplicación del silencio administrativo positivo del artículo 19 bis LBGMA.

De ahí que para morigerar lo anterior adquiera importancia capital una vez más el efecto de lo dispuesto en el artículo 15 inciso 2° LBPA, que prescribe sobre los requisitos de impugnabilidad de actos trámite. Este alcance resulta trascendental si se piensa, a modo de ejemplo, en los informes sectoriales evacuados al interior del SEIA por los diversos órganos con competencia ambiental, los que, pudiendo *a priori* calificarse de actos administrativos

20 PIERRY ARRAU, Pedro. Cit. ant. (10). P. 6.

21 Así lo ha zanjado la jurisprudencia contralora por dictamen N° 7620/2013, que concluye que siendo tales actos declaraciones de juicio realizadas por el SEIA, quedan incluidas dentro del concepto de acto administrativo del artículo 3° LBPA y son, en consecuencia, impugnables mediante los recursos de reposición y jerárquico, y extraordinario de revisión, contemplados en los artículos 59 y 60 LBPA, respectivamente. Para un tratamiento en extenso del tema, cfr. ARELLANO REYES, Gustavo, SILVA SANTELICES, Carolina, *Consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: un problema práctico-jurídico*, en ARANDA, Jorge, et. al. (ed.). *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* Santiago: Legal Publishing, 2014. Pp. 447-478.

ambientales, habrán de ser estimados, en general, de inimpugnables no por constituir actos de juicio o dictamen—que, como dijimos, igualmente contienen una decisión administrativa—, sino por tratarse de actos trámite dictados al interior de un procedimiento complejo²² que muy difícilmente determinarán la imposibilidad de continuarlo o producirán indefensión.

Seguidamente y hecha la aclaración anterior, una decisión reviste el carácter de formal cuando es expresada externamente a través de manifestaciones solemnes que constan por escrito. Se alude, en definitiva, a la observancia de “una determinada documentación externa que materializa la declaración de voluntad orgánica en que consiste el acto administrativo”²³, a la expresión externa del ejercicio de la potestad pública. Siendo así, quedan excluidas del concepto de acto administrativo de carácter ambiental las actuaciones materiales realizadas por la Administración, es decir, aquellas que conllevan la ejecución o puesta en práctica de un acto formal en el plano de la realidad, en la medida que la actuación formal no pretende intervenir en el plano fáctico, sino jurídico, sea creando, modificando o extinguiendo determinadas situaciones. Así, por ejemplo, corresponderá a una actuación formal de la Administración el decreto emanado de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (del Ministerio de Defensa Nacional) que otorga una concesión marítima; corresponderá, en cambio, a una actuación material la inspección en terreno efectuada por funcionarios de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2. El acto debe haber sido emitido por cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado

Durante la tramitación legislativa, el punto objeto de controversia se dio precisamente sobre el alcance de la expresión “*organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental*” y si era posible, en particular, incluir dentro de tal conjunto a las Municipalidades, debate que quedaría definitivamente zanjado con la incorporación de la frase “*mencionados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*», que expresamente las incluye²⁴. Como cuestión al margen, cabe

22 El Tercer Tribunal Ambiental lo ha reconocido en la causa rol R-9-2014, al sostener “[q]ue los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencias ambientales, son actos administrativos terminales para cada uno de estos servicios, pero que en el contexto del SEIA son preliminares o “actis trámite”, al ser el mismo SEIA un proceso complejo [...]”, pronunciamientos que “dejan de producir efectos jurídicos, desde el momento en que un nuevo pronunciamiento modifica lo que en ellos se contiene o actualiza o complementa su contenido” (Considerando Décimo).

23 MORAGA KLENNER, Claudio. Cit. ant. (17). Pp. 114,115.

24 Si aun así no lo fuere, resulta innegable la no despreciable competencia ambiental que las Municipalidades revisten, conferida tanto por la LBGMA (por ejemplo, artículos 25 bis y 54), como por la propia LOCM (por ejemplo, artículos 4º letra b), 5º inciso 3º, entre otros).

poner de relieve la escasa pulcritud legislativa en el empleo de la voz “organismos”, a la vez que la disposición a la que se hace remisión refiere a “órganos”.

Prescribe la disposición citada: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”, del artículo 1º inciso 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LBGAE). En suma, de manera amplia y genérica, todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, quedando excluidos los órganos legislativos y jurisdiccionales²⁵.

De esta remisión normativa se sigue que pueden, en consecuencia, dictar actos administrativos ambientales todos aquellos órganos de la Administración del Estado que formen parte de ésta en un sentido formal, es decir, aquellos creados por ley y que cuenten con personalidad jurídica de derecho público²⁶, remisión a partir de la cual reconoce el legislador el criterio de transectorialidad que debe informar la gestión ambiental toda²⁷. Dentro de ellos, los servicios públicos que cuentan con competencia ambiental sectorial involucrados en la gestión ambiental ocupan, en número e importancia, el lugar preferente. Entre los principales, pueden mencionarse el SEA, el SAG, el SERNAPESCA, la DGA, el SERNAGEOMIN, la CONADI, los SERVIU, entre muchos otros²⁸.

Sin embargo, es por la misma globalidad que esta remisión comporta que persisten incógnitas con relación a la competencia de ciertos órganos para la dictación de actos administrativos ambientales, en particular dos: de las empresas públicas creadas por ley y de la CONAF²⁹. La interrogante estriba, en el fondo, en si es factible calificar de actos administrativos ambientales las decisiones formales dictadas por dichas entidades a efectos de su impugnación ante la jurisdicción ambiental.

25 PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, III: Ley N° 18.575 interpretada. Santiago: Legal Publishing, 2012. P. 22.

26 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (4). P. 539.

27 Al respecto, Fernández Bitterlich señala que “una de las características más importantes de la gestión ambiental es su aplicación transversal, la cual se hace presente a través de toda la administración del Estado, toda vez que los problemas ambientales deben ser considerados en forma global y sistémica, de tal manera que ninguna autoridad podría marginarse de prestar su colaboración a la solución de los problemas ambientales”, en FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Manual de Derecho Ambiental Chileno. 3a ed. Santiago: Legal Publishing, 2013. P. 186.

28 Para un completo listado de los servicios públicos con competencia ambiental sectorial, *Ibid.* P. 147.

29 Tratándose de la CONAF, la problemática ha sido ya planteada con anterioridad en BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (4). P. 539.

a) *El caso de las empresas públicas creadas por ley.* Pese a la remisión al inciso 2º del artículo 1º LBGAE –que las integra dentro del complejo orgánico administrativo–, la falta de claridad sobre su competencia para la dictación de actos administrativos ambientales se sigue de lo preceptuado por el artículo 2º LBPA, que deliberadamente las excluye del ámbito de aplicación de dicha ley y, junto con ello, les niega, en teoría, toda competencia para la dictación de actos administrativos en los términos de la misma (lo propio ocurre con el Banco Central); lo anterior, en circunstancias que, tal como ha tenido ocasión de explicarse, es requisito implícito al acto administrativo ambiental –en cuanto objeto mediato de impugnación– su susceptibilidad de ser invalidado, potestad que, regulada en la LBPA (artículo 53), es sólo predicable de aquellas decisiones formales que, además de constitutivas de actos administrativos en los términos de dicho cuerpo legal, hayan sido dictadas por los órganos circunscritos a su ámbito de aplicación (artículo 2º).

El asunto merece la mayor atención, pues no son pocas las empresas públicas que, en el desarrollo de su giro o negocio, pueden adoptar decisiones con un componente ambiental relevante desde la óptica de sus consecuencias y de su relación con un instrumento de gestión específico, como lo son ENAP, CODELCO, EFE, entre otras. En este sentido, trascendental resulta lo dictaminado en la materia por el ente contralor, según el cual si bien se sitúan aquéllas fuera del ámbito de aplicación de la LBPA, también despliegan –al igual que las demás entidades afectas a la LBGAE– una actividad jurídica unilateral emitiendo propiamente actos administrativos, estos últimos impugnables mediante los recursos administrativos que al efecto franquea la ley, particularmente, los de reposición y jerárquico, en virtud de lo ordenado por el artículo 9º LBGAE (dictámenes N° 12.371/2011 y 24.191/1993).

Pues bien, reconociendo que debe privilegiarse aquella interpretación útil por sobre aquella que niegue toda posibilidad de aplicación a la norma interpretada (más todavía existiendo referencia expresa), es que la dictación de actos administrativos ambientales por tales empresas ha de estimarse del todo admisible. Al situarse éstas, sin embargo, fuera del ámbito de aplicación de la LBPA, el ejercicio de la potestad invalidatoria no podrá instarse ya por la vía procedimental que le es propia (descrita en el artículo 53 LBPA) sino por una diversa, la que, coherentemente con la jurisprudencia administrativa expuesta, habrá de ser el recurso administrativo de reposición o reconsideración, ex artículo 9º LBGAE, con todo el régimen procedimental que acarrea consigo³⁰. Esta tesis resulta perfectamente plausible

30 Similar tesis ha sido sostenida por la parte reclamante en el Segundo Tribunal Ambiental, causa rol R-62-2015, caratulada "ENAP Refinerías S.A. con Fiscal Marítimo de la Gobernación Marítima de Valparaíso".

a la luz del inciso final del artículo 59 LBPA, conforme al cual la resolución que acoja el recurso podrá, además de modificar o reemplazar, "*dejar sin efecto el acto impugnado*", esto es, invalidarlo totalmente cuando la causal de impugnación invocada –al no limitarla la ley– sea la ilegalidad del mismo. Esta tesis ha sido respaldada recientemente por la propia Corte Suprema (causa rol N° 8902-2014, Considerando Vigésimo Cuarto).

b) *El caso de la CONAF*. Es asunto conocido en nuestro medio su naturaleza constitucionalmente anómala en cuanto a corporación de derecho privado que ejerce potestades públicas, como así lo reafirmó el Tribunal Constitucional el año 2008, en la causa rol N° 1024-2008 (con motivo del control de constitucionalidad del proyecto de Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, N° 20.283). Al respecto, pertinente resulta traer a colación lo prescrito por el artículo 10 de dicha ley, en cuyo inciso 1° se reconoce en forma expresa la competencia de este órgano para la dictación de actos administrativos y su invalidación conforme a las reglas generales³¹⁻³². Piénsese, a vía ejemplar, en una resolución que aprueba un plan de manejo forestal.

Sobre el punto en cuestión, la jurisprudencia administrativa³³ ha sido reiterativa en señalar que, atendida su peculiar naturaleza de corporación de derecho privado, ésta no forma parte de la Administración del Estado, sino que se enmarca, en cambio, dentro de las entidades a que refiere el artículo 6° LBGAE³⁴ y a las que la doctrina ha venido en denominar como "Administración invisible". Bajo este argumento, mal podrían revestir sus decisiones formales de autoridad la calidad de actos administrativos, y particularmente, de actos administrativos ambientales (ello, al menos, hasta su reemplazo por el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, en actual tramitación).

31 Preceptúa el artículo 10 inciso 1° de la Ley N° 20.288 "Si con posterioridad a la aprobación del plan de manejo, se estableciera que éste se ha fundado en antecedentes falsos, la corporación podrá invalidar, conforme a las reglas generales, los actos administrativos que se hayan basado en los mismos, sin perjuicio de perseguir las responsabilidades civiles o penales que de ello se deriven".

32 Cabe consignar que en el voto en contra de la mencionada causa ante el Tribunal Constitucional, los Ministros Bertelsen, Vodanovic y Correa estuvieron por declarar, entre otras disposiciones, la inconstitucionalidad de este precepto, en tanto CONAF no forme parte de la Administración del Estado.

33 Así, en dictámenes N° 1201/2004, 24.058/2007, 14.089/2009, entre otros. En este último, expone el órgano contralor: "Es del caso señalar que [...] CONAF mantiene en la actualidad su condición de entidad de derecho privado mientras no se dicte el decreto supremo que ordene su disolución y posterior transformación en una corporación autónoma estatal, como lo establece el artículo 19 de la ley N° 18.348". Refiriéndose luego a la LBGAE, continúa expresando que ésta "no es aplicable en la especie por cuanto, atendida su naturaleza jurídica, esa Corporación no forma parte de los órganos o servicios que comprende la Administración del Estado, regidos por ese texto legal".

34 Reza el artículo 6° inciso 1° LBGAE: "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales". Continúa el inciso 2°: "Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas". Sobre lo dispuesto en este último inciso debe reconocerse que la CONAF constituye, precisamente, el punto de quiebre.

3. El órgano de la Administración debe ostentar competencia ambiental

Siguiendo a Silva Cimma, "la competencia como supuesto del acto administrativo significa que el acto que emita el órgano o autoridad administrativa debe estar inserto en el ámbito de la esfera de sus atribuciones, única forma de que el acto que emita se entienda resultante del legítimo ejercicio de sus poderes jurídicos". No obstante ser la "competencia ambiental"³⁵ una expresión tan amplia como difusa, el legislador prescinde absolutamente de proporcionar una definición sobre la misma; en buena hora, si lo pretendido fue ampliar el ámbito competencial de los TTAA, pero a costa, claro está, de la certeza jurídica. Se hace imperioso, por tanto, acudir a algún criterio orientador que contribuya a objetivar la expresión.

En este intento, bastante referencial resulta el concepto que de "órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental" ofrecía el artículo 2º letra e) del antiguo RSEIA (contenido en DS N° 95 de 2001, del MINSEGPRES, que fijó el texto refundido del DS N° 30 de 1997), vigente hasta diciembre de 2013. Su artículo 2º letra e) entendía por tal todo "*Ministerio, servicio público, órgano o institución creado para el cumplimiento de una función pública, que otorgue algún permiso ambiental sectorial de los señalados en este Reglamento, o que posea atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad*".

Una definición no muy distinta a la transcrita recoge el artículo 24 RSEIA actual (DS N° 40 de 2012, del MMA), en cuya virtud son órganos administrativos con competencia ambiental que participan en la evaluación ambiental de un proyecto o actividad "*aquellos que cuenten con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular*" (inciso 1º), que son los detallados en los párrafos 2º, 3º y 4º RSEIA (artículos 111 y ss.); reconociéndose adicionalmente la existencia de otros "*órganos de la Administración del Estado que posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, o el uso y manejo de algún recurso natural*" (inciso 2º). Esta noción, aunque consagrada para efectos de un instrumento de gestión específico (el SEIA), es reveladora de la amplitud con que ha de ser abordada la expresión en comento.

35 SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. P.111.

Como sea que se le defina, si se conviene en que el adjetivo "ambiental" quiere decir "perteneciente o relativo al ambiente"³⁶, el alcance de la competencia ambiental se halla indefectiblemente condicionado por el concepto de "medio ambiente" definido, para todos los efectos legales, en el artículo 2º letra ll) LBGMA, el cual lo hace en términos amplios³⁷. A la luz de este concepto, se ostentará esta competencia no sólo cuando en su ejercicio puedan verse involucrados elementos naturales, sino también elementos artificiales (el "ambiente construido") y socioculturales. Sobra, por lo demás, decir que esta competencia ambiental podrá ser tanto genérica (como es la del MMA o del SEA) como específica dentro de la función del órgano de que se trate (como es la del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Dirección de Medio Ambiente y Asuntos Marítimos), esta última cuya concurrencia quedará, en el caso a caso, sometida a la apreciación judicial.

Teniendo presente lo recientemente señalado, no es la "competencia ambiental" del órgano emisor un requisito que, analizado aisladamente, pueda aportar demasiado a la delimitación de los supuestos susceptibles de quedar captados por el concepto de acto administrativo ambiental. El criterio rector y decisorio para calificar de "ambiental" el acto dictado será siempre en razón de su especialidad, su correspondencia o directa relación con un instrumento de gestión específico, circunstancia que, de concurrir, presupondrá forzosamente la competencia en comento, sea genérica o específica.

4. El acto debe, desde el punto de vista de su contenido, corresponder a un instrumento de gestión ambiental o encontrarse directamente asociado con uno de éstos

4.1. La noción de "instrumento de gestión ambiental"

Los instrumentos de gestión ambiental pueden ser concebidos, desde una aproximación general, como "herramientas cuyo fin es traslucir diversas señales que direccionan el comportamiento de la sociedad y de los individuos en su relación con el medio ambiente en el cual se desenvuelven"³⁸. Desde el ámbito internacional, la CEPAL³⁹ ha definido la gestión ambiental como "la administración y manejo de todas las actividades

36 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. 22a ed. Disponible en: <http://www.rae.es/> [consulta: 30.05.2015].

37 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (4). P. 539.

38 GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *Derecho Ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Santiago: Planeta Sostenible, 2012. P. 122.

39 CEPAL/CLADES, *Tesoro del medio ambiente para América Latina y el Caribe* [en línea]. Santiago de Chile: 1981. P.10. Disponible en: www.bvsde.paho.org/documentosdigitales/bvsde/texcom/cd045364/011242.Pdf [consulta: 30.05.2015].

humanas que influyen sobre el medio ambiente, mediante un conjunto de pautas, técnicas y mecanismos que aseguren la puesta en práctica de una política ambiental racional y sostenida" y, en documento conjunto con el PNUMA⁴⁰, como "el conjunto de acciones normativas, administrativas y operativas que impulsa el Estado para alcanzar un desarrollo con sustentabilidad ambiental".

En el ordenamiento jurídico nacional, como es sabido, es el Título II de la LBGMA, rubricado "*De los instrumentos de gestión ambiental*", el que expresamente los regula en sus diversos párrafos, pero omitiendo el legislador proporcionar toda conceptualización de los mismos (pudiendo perfectamente haberlo hecho dentro del catálogo de definiciones que para todos los efectos legales contempla el artículo 2º LBGMA). Silente al respecto también la jurisprudencia (sea por omisión, sea por precaución), ha venido a ser la doctrina la encargada de abordar dicha noción.

En palabras de Fernández Bitterlich, la gestión ambiental puede definirse como "el conjunto de acciones destinadas a administrar el ambiente con el fin de alcanzar el cumplimiento de una política nacional ambiental que contribuya al logro del desarrollo sustentable"⁴¹. Bermúdez Soto, por su parte, entiende por instrumento de gestión o protección ambiental "el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental"⁴².

4.2. El punto de incertidumbre: la extensión material del acto administrativo ambiental a instrumentos de gestión ambiental regulados fuera de la LBGMA

No obstante la inexistencia de una definición legal y jurisprudencial de "instrumentos de gestión ambiental", el tema continúa siendo aún relativamente pacífico si por tales se entienden solamente los circunscritos al Título II de la LBGMA. El verdadero punto de incertidumbre reside, en primer lugar, en si es posible atribuir la naturaleza de instrumentos de gestión ambiental a medidas o acciones que, si bien lo son desde una aproximación iuscomparatista y doctrinal, encuentran su regulación fuera de dicho cuerpo legal. De reconocerse lo anterior, queda todavía por dilucidar, en segundo lugar, si el contenido del acto administrativo ambiental definido por la LTAA se extiende también a dichos

40 PNUMA/CEPAL, *El reto ambiental del desarrollo en América Latina y el Caribe* [en línea]. Santiago de Chile: 1990. P. 73. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/1559> [consulta: 30.05.2015].

41 FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Cit. ant. (27). P. 185.

42 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (4). P. 140.

instrumentos, a efectos de su impugnación ante la jurisdicción ambiental. Se trata de dos problemas que, aunque íntimamente relacionados, son distintos y distinguibles, siendo la resolución del primero presupuesto del planteamiento del segundo.

a) *Sobre el reconocimiento legal de la naturaleza de instrumentos de gestión ambiental a acciones o medidas de protección ambiental no reguladas en la LBGMA.* Si anteriormente el punto no revestía importancia más que meramente doctrinal, hoy es asunto de extraordinaria significación práctica a la luz de la AGRA y gravitante en la demarcación competencial de los TTAA. Al respecto, basta con revisar someramente el orden normativo ambiental para constatar la existencia de acciones o medidas específicas de protección y mejoramiento ambiental que, si bien reguladas fuera de la LBGMA, representan propiamente, desde una perspectiva iuscomparatista y doctrinal, instrumentos de gestión.

Así sucede, por ejemplo, con el establecimiento de un caudal ecológico mínimo (artículo 129 bis 1 del Código de Aguas y DS N° 14 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente); con la declaración de zona típica (artículos 29 y 30 Ley de Monumentos Nacionales); con la declaración de santuario de la naturaleza (artículo 31 Ley de Monumentos Nacionales); con los instrumentos de planificación territorial (Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza); con las prohibiciones o medidas de administración de recursos hidrobiológicos contemplados en la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), como el decreto de una veda biológica o la fijación de una cuota pesquera de captura (artículo 3º LGPA, fundamentalmente); con la caracterización preliminar de sitio (Título III, Reglamento Ambiental para la Acuicultura); con los denominados impuestos "verdes" a fuentes móviles y fijas (artículo 3º y 8º, respectivamente, Ley N° 20.780, de Reforma Tributaria); con el plan de cierre de faenas mineras (LCFIM); entre muchos otros.

Además de esta constatación, conviene traer a colación ciertos aspectos de texto. En primer lugar, el artículo 46 LBGMA, al enumerar los contenidos mínimos de los Planes de Prevención y Descontaminación, menciona como uno de ellos en su letra e) "[l]os instrumentos de gestión ambiental que se usarán para cumplir sus objetivos", permitiendo de esta manera su establecimiento por norma infralegal y de creación administrativa –ejercicio, en último término, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República⁴³–, proyectando así el sentido del concepto y su posibilidad de regulación fuera del referido Título.

43 Así lo ha entendido la CGR, la que por dictamen N° 20.340/2001 señaló –muy al pasar– que "el Presidente de la República; tanto al establecer el PPDA [Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana], como al modificarlo en esta ocasión, no ha hecho sino ejercer su potestad reglamentaria para la ejecución de los cuerpos legales citados, acorde con el artículo 32, N° 8, de la Carta Fundamental".

De mayor interés resulta el artículo 2º LOSMA, que dispone que la SMA “*tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*”, cláusula abierta indicativa de la no taxatividad del listado. En la línea de esta enumeración y guardando una debida deferencia a la armonía o coherencia interna del precepto, debe entenderse que cuando el legislador deja bajo competencia de la SMA las acciones que indica sobre “*todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*” no está haciendo sino derecha alusión, aunque con diversa terminología, a otros instrumentos de gestión ambiental en general, establecidos sea en el presente o en lo futuro, regulados sea en LBGMA o fuera de ella⁴⁴. Esta interpretación contextual se vuelve aún más palmaria si se constata que ya nombra la disposición los principales instrumentos de gestión ambiental que franquea la LBGMA, su “núcleo esencial”, de modo que con escaso contenido quedaría la cláusula abierta de no comprenderse en el sentido planteado.

Interpretada esta insoslayable realidad normativa al alero de las definiciones de “gestión ambiental” suministradas por organismos internacionales y por la doctrina nacional, antes presentadas, la respuesta al tema en cuestión no puede sino ser lo más amplia posible: existirían, para el legislador, instrumentos de gestión ambiental regulados y considerados como tales fuera del Título II de la LBGMA.

b) Sobre la extensión material del acto administrativo ambiental a instrumentos de gestión ambiental regulados fuera de la LBGMA. Esclarecido el punto anterior, resta aún por dilucidar si es posible subsumir bajo el contenido del acto administrativo ambiental a efectos de su impugnación, también aquellos correspondientes o directamente asociados a un instrumento de gestión ambiental no regulado por la LBGMA. Sin perjuicio de no realizar el legislador distingo alguno a este respecto, existen, a nuestro modo de ver, razonables argumentos que permiten responder afirmativamente la interrogante, uno de carácter histórico, el otro construido a partir de la necesidad de una interpretación útil.

b.1) El Mensaje del Ejecutivo si bien predica de los TAA “competencias asociadas a la integralidad de la regulación ambiental” o “competencias generales en materia ambiental”⁴⁵, es claro en su intención de trasladar bajo la competencia de los TAA –

44 La misma expresión se repite en el artículo 3º letra t) LOSMA.

45 CONGRESO NACIONAL. Cit. ant. (9). P. 11.

además del control de las decisiones de la SMA– sólo las atribuciones contencioso-administrativas contempladas en la LBGMA⁴⁶ (luego, sólo respecto de actos administrativos correspondientes o relacionados con los instrumentos de gestión que allí figuran), sin incluir el proyecto de ley original norma equivalente al actual numeral 8° del artículo 17 LTTAA.

Siendo éste el panorama inicial, la inclusión en primer trámite constitucional de la mencionada disposición -innovadora, como se ha dicho, del proyecto original- y su consolidación en la posterior discusión legislativa simbolizó un giro expreso y radical de la idea matriz expuesta, mediante la cual "se buscaba cubrir todas las hipótesis posibles destinadas a impugnar un acto administrativo de carácter ambiental, habiéndose previamente tenido que agotar la vía administrativa"⁴⁷, primer indicio del propósito de proyectar el contencioso-administrativo ambiental por sobre las fronteras de la LBGMA. Refuerza esta aseveración el hecho de la aprobación definitiva de la norma no obstante haberse prevenido en la instancia que "la competencia establecida en el número 8) de este artículo [17 LTTAA] ampliaba considerablemente las facultades de estos tribunales, de tal modo que prácticamente todos los actos administrativos de carácter ambiental serían reclamables ante ellos"⁴⁸, alcance que no fue objeto de mayor consideración.

Se entiende lo anterior a la luz de la razón política misma subyacente a la inserción de la norma, cual fue servir de moneda de cambio frente al rechazo a la indicación propulsada por ONGs en el sentido de ampliar las competencias de los TTAA a todos los conflictos de relevancia ambiental, viéndose así alcanzados también los suscitados en instancias sectoriales (agua, bosques, caza, residuos, etc.)⁴⁹.

b.2) Desde la necesidad de una interpretación útil, puede sostenerse que sólo es posible dotar de sentido sustancial el N° 8, como cláusula de cierre del artículo 17 LTTAA, si la remisión a "instrumentos de gestión ambiental" se entiende hecha en términos amplios. Lo anterior se proyecta tanto en relación con la AGRA como vía de impugnación residual, como con quiénes pueden, de conformidad con el inciso 2°, emitir un acto administrativo ambiental.

46 Ibid.

47 Ibid. P. 817.

48 Ibid. P. 975.

49 CORDERO VEGA, Luis. Cit. ant. (6). Continúa explicando el autor que el Congreso resolvió la imposibilidad de aprobar tal solicitud, mientras no se modificaran los sistemas sancionatorios sectoriales, dado que las competencias de los TTAA eran de revisión de actos administrativos.

Por lo que respecta al primer asunto, si se observa el catálogo de instrumentos de gestión ambiental contenidos en la LBGMA que se identifican con actos administrativos o que encuentran en ellos, al menos, una cierta materialidad, podrá advertirse que el legislador ha previsto para la mayoría de ellos vías especiales de reclamación en el artículo 17 LTTAA distintas de la contemplada en su N° 8 (AGRA). Tales vías son las reglamentadas en los numerales 1º y 7º –contra decretos supremos que establezcan normas de calidad ambiental y de emisión, declaraciones de zona y planes de prevención o de descontaminación, y sus actos administrativos de ejecución, respectivamente– y 5º y 6º –en último término, contra la RCA por su contenido desfavorable para el titular, o por falta de consideración a observaciones planteadas por quienes ejercieron su derecho a participación, respectivamente⁵⁰– del artículo 17 LTTAA.

Sentado lo anterior, mal podría –si lo que se pretende es proveer de contenido la definición de acto administrativo ambiental a efectos de su impugnación– afirmarse su remisión estricta a los instrumentos de gestión que franquea la LBGMA, toda vez que el legislador ha previsto ya vías de reclamación especiales contra los principales actos administrativos en que ellos se ven identificados o materializados. De lo anterior se colige, entonces, que para alcanzar la norma operatividad auténtica y consistente ha de entenderse necesariamente referida a actos administrativos ambientales correspondientes o asociados a otros instrumentos de gestión, diversos de los contemplados en dicho cuerpo legal.

En lo que atañe al segundo punto, preciso es señalar que la amplitud que supone la referencia a los "organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso 2º del artículo 1º LBGAE", en cuanto órganos emisores de un acto administrativo ambiental, no se condice, a nuestro juicio, con una concepción restrictiva del mismo. En efecto, constatándose que especialmente son el MMA y –en el caso del SEIA– el SEA los principales órganos competentes en la creación y/o desarrollo de la mayoría de los instrumentos de gestión contenidos en la LBGMA, no se entiende, entonces, la remisión normativa a una disposición omnicompreensiva de la Administración Pública –que justamente da cuenta de un concepto orgánico de la misma–, más aún cuando dentro de ésta se incluyen, como expresión–válvula para colmo, "*los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*" (artículo 1º inciso 2º LBGAE). Nuevamente, una adecuada inteligencia del artículo 17 N° 8 LTTAA exige comprender del contenido acto administrativo ambiental más allá del estricto campo de la LBGMA.

50 Decimos "en último término", pues tales reclamaciones directamente proceden contra la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA, en su caso, reclamada que fuere ante ellos la RCA respectiva por los motivos y sujetos indicados.

4.3. Hipótesis de vinculación entre el acto administrativo y un instrumento de gestión ambiental específico

Como podrá constatar, la disposición prevé en este punto dos hipótesis o supuestos: a) que el acto corresponda él mismo a un instrumento de gestión ambiental, o bien b) que se encuentre directamente asociado con uno de éstos. En lo referido a la primera hipótesis, no son pocos los casos de actos administrativos que corresponden ellos mismos a un instrumento de gestión ambiental. Dentro de la LBGMA, tal es el caso de la declaración de zona latente y saturada, los planes de prevención y de descontaminación, las normas de calidad ambiental y de emisión –todos los cuales si bien nacen a la vida jurídica como decretos supremos, llevan asociadas, empero, una vía reclamatoria propia– y los permisos de emisión transables (estos últimos, aunque enunciados por la LBGMA, aún sin implementación); fuera de ella, los decretos que declaran un santuario de la naturaleza, un monumento natural, un área de desarrollo indígena o una zona de interés turístico nacional, el decreto alcaldicio que contiene una ordenanza ambiental local, por mencionar algunos.

Así y todo, la verdadera extensión de la norma queda más bien definida por el segundo supuesto, referido a los actos directamente asociados con un instrumento de gestión ambiental. Si bien puede citarse, a este respecto, la RCA como el ejemplo más representativo⁵¹, son tantos que se hace sumamente difícil una enumeración taxativa. A modo simplemente referencial, puede nombrarse el certificado o certificados expedidos por el SERNAGEOMIN que acreditan el cumplimiento del plan de cierre de una faena minera, un decreto de la SUBPESCA que suspende temporalmente una veda biológica y establece una cuota de captura, las resoluciones sectoriales aprobatorias de un plan de manejo, etc. Mención aparte merecen los instrumentos de planificación u ordenación territorial, catalogables de actos administrativos ambientales siempre y en todo caso, sea por considerárseles propiamente instrumentos de gestión ambiental⁵², sea porque, no considerándoseles tales, deberán forzosamente someterse a Evaluación Ambiental Estratégica por disposición del artículo 7 bis inciso 2° LBGMA.

51 Sobre la RCA como acto administrativo ambiental se ha pronunciado ya la Corte Suprema en el conocido caso "Proyecto Inmobiliario Costa Laguna", de rol N° 2892-2014. Con ocasión de aquél, expresa el máximo tribunal que habiéndose instaurado ya una jurisdicción especializada ambiental, el recurso de protección no sería ya, en función de su naturaleza cautelar, el mecanismo impugnatorio idóneo para obtener la nulidad o invalidación de una RCA por vicios de ilegalidad, ni las Cortes sede pertinente para su discusión. En este sentido, atendida las características de dicho acto y la complejidad inherente a su dictación, son los TTAA los que constituyen –sostiene la Corte– la "sede natural" para su discusión y control, conociendo de su impugnación por la vía del artículo 17 N° 8 LTAA, previo agotamiento de la vía administrativa (Considerando Séptimo).

52 En esta línea FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Cit. Ant. (27). P.187.

Siendo vasto, como ha quedado de manifiesto, el espectro de actos susceptibles de quedar captados por esta última hipótesis, será rol de la jurisprudencia determinar, para el caso en concreto, la mayor o menor proximidad entre tales actos y un instrumento de gestión específico, en cumplimiento de la exigencia legal de que dicha vinculación sea “directa”. Sobre este adjetivo, no enuncia ni sugiere el legislador un criterio en función del cual deba apreciarse, en los hechos, dicha proximidad, ni en el texto legal mismo, ni en la historia fidedigna de su establecimiento.

Según el Diccionario de la Real Academia Española⁵³, dicese directo respecto de algo “que se encamina derechamente a una mira u objeto”, e indirecto, al contrario, de algo “que no va rectamente a un fin, aunque se encamine a él”. Teniendo presente el sentido natural de la expresión, estimamos que bien puede interpretarse la voluntad legislativa en el sentido de exigir que el acto administrativo esté derechamente destinado a prestar eficacia o, al menos, operatividad al instrumento de gestión ambiental con el que se vincula, en una suerte de implicancia recíproca. Bajo el criterio propuesto, difícilmente podría, por ejemplo, atribuirse *a priori* el carácter de actos administrativos ambientales a las medidas establecidas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, especialmente en Santiago, por el sólo hecho de basarse en el Plan de Prevención y Descontaminación de la Región Metropolitana, como llegó a plantearse en la Comisión de Constitución ante la Cámara de Diputados⁵⁴ (a menos que se traten propiamente de actos de ejecución, impugnables en tal evento por la vía del N° 7 del artículo 17 LTTAA). En todo caso, el tema es debatible y se erige, en la práctica, como un no despreciable argumento de oposición.

IV. Actos administrativos de relevancia ambiental no susceptibles de impugnación

Desglosada la definición proporcionada por el inciso 2° del artículo 17 N° 8 LTTAA en sus diversos requisitos y analizados éstos en sus cuestiones fundamentales, aparecen como aspectos a destacar del acto administrativo ambiental su materialización tanto en actos de voluntad, como de juicio y de constancia o conocimiento, sean terminales o de trámite; y su extensión material a instrumentos de gestión ambiental regulados tanto en la LBGMA como fuera de ella. Es por lo anterior que los límites conceptuales del acto administrativo ambiental, aparentemente tan extensos, pueden y deben ser delineados a fin de perfilarlo más prolijamente como objeto de impugnación que es, lo que hemos preferido realizar aquí por vía de exclusión. De lo expuesto en las líneas anteriores, es posible reconocer al menos

53 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Cit. ant. (36).

54 CONGRESO NACIONAL. Cit. ant. (9). P. 975.

tres categorías de actos administrativos que, si bien gozan de relevancia ambiental, no son susceptibles de ser impugnados por esta vía.

a) *Actos administrativos que no correspondan ni se asocien (o lo hagan sólo indirectamente) a un instrumento de gestión ambiental, aun cuando puedan conllevar consecuencias ambientales en su cumplimiento o ejecución.* Es el caso de una resolución emanada de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que autoriza la instalación de una antena de telefonía móvil, de una orden de demolición emanada del Alcalde, de un permiso de edificación o, en principio, de todo acto autorizatorio de un proyecto o actividad que, pese a su potencial impacto ambiental, quede eximido del SEIA por no figurar en la enumeración del artículo 10 LBGMA. No dando cumplimiento estos actos a todos y cada uno de los requisitos que de la definición se desprenden, natural resulta su exclusión independientemente de sus eventuales efectos ambientales pues, tal como se señaló en el contexto de su tramitación legislativa, la norma "sólo pretendería la invalidación de actos administrativos ambientales en razón de sus defectos de legalidad y no debido a sus posibles consecuencias ambientales"⁵⁵.

Cabe explicitar que lo anterior en modo alguno significa que quedarán estos actos desprovistos de toda vía de impugnación, pues subsistirán igualmente a su respecto las vías contencioso-administrativas clásicamente utilizadas: hablamos de la acción de protección y de la nulidad de derecho público. Adicionalmente, podrá intentarse la acción de reparación por daño ambiental contra el Estado u órganos administrativos descentralizados, en su caso, cuando durante la eficacia de estos actos y con causa en la misma se produzca un daño ambiental significativo.

b) *Actos que, si bien son formalmente catalogables de actos administrativos ambientales, cuentan con una vía específica de impugnación (reclamación) diversa de la AGRA.* Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema en la causa rol N° 7451-2013, en el ya nombrado caso "Camino de la Fruta", en que por sentencia de reemplazo señaló que "la acción de que se trata [vale decir, la AGRA] debe ser entendida e interpretada armónicamente dentro del ordenamiento jurídico y aplicada a la luz de los diversos medios que la legislación otorga a quien se vea agraviado por un acto de la Administración, de modo que ha de prevalecer aquel medio de impugnación específico previsto por el legislador por encima de soluciones genéricas, estatuidas únicamente para aquellas situaciones en que el acto no puede ser objeto de una impugnación determinada" (Considerando Décimo Segundo).

55 *Ibíd.* Cit. ant. (9). P. 1282.

En aplicación de este principio ordenador, jamás podrían los actos especificados en los N° 1, 3, 5, 6 y 7 del artículo 17 LTTAA ser objeto de impugnación (indirecto o mediato) por la acción en estudio, no obstante su plena concordancia en naturaleza con las características del acto administrativo ambiental (como acontece con los decretos que establecen normas de calidad y de emisión, declaraciones de zona, o que contienen planes de prevención o de descontaminación, los actos de ejecución de los mismos, las resoluciones de la SMA, etc.).

c) Actos administrativos ambientales que, siendo de mero trámite, no logran satisfacer alguna de las exigencias de impugnabilidad que a su respecto prevé el artículo 15 inciso 2° LBPA. A la luz de la regulación de la LBPA, la regla general es que sea impugnabile únicamente el acto terminal, y sólo excepcionalmente los actos de mero trámite, cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión (artículo 15 inciso 2° LBPA), en cuanto unidos teleológicamente por el primero. No cumpliendo el acto trámite con alguna de las mencionadas condiciones, mal podría solicitarse su invalidación e impugnarse, consecencialmente, a través de la AGRA con posibilidades reales de ser ésta acogida. Lo anterior resulta de toda lógica, al impedirse así una impugnación continua de los mismos y, con ello, una traba o dilación excesiva en la tramitación del procedimiento administrativo de que se trate, en circunstancias que tales actos, de adolecer verdaderamente de un vicio de ilegalidad, contaminarán igualmente la resolución terminal.

Es lo que acontece, a nuestro parecer, con los informes sectoriales evacuados al interior del SEIA, los que siendo propiamente actos trámite dictados al interior de un procedimiento complejo, muy difícilmente determinarán la imposibilidad de continuarlo o producirán indefensión. Lo propio sucede, por regla general, con la mayoría de los actos trámite dictados al interior del procedimiento de evaluación, como son el ICE o ICSARAS, declarando el Segundo Tribunal Ambiental respecto de estos últimos que "no dejan en la indefensión porque todavía era posible atacar los mismos mediante el cuestionamiento de la RCA" (R-5-2013)⁵⁶. Esta argumentación deja entrever, *a contrario sensu*, que la indefensión producida por un acto trámite se definirá, por regla general, por la imposibilidad impugnatoria del acto terminal posterior.

56 Cabe consignar que en el mismo fallo el tribunal aplica, eso sí, un criterio diferenciado de indefensión para la resolución que accedió a una solicitud de reserva de información (artículo 22 RSEIA), entendiendo que efectivamente la produjo tanto para el titular del proyecto así como de la comunidad afectada por él; esto, pues calificada por el tribunal la información reservada como "imprescindible" para el adecuado conocimiento de los impactos negativos del proyecto, se vio, a la postre, sacrificada en favor de la reserva una participación ciudadana verdaderamente informada (Considerandos Vigésimo Tercero, Trigésimo Tercero y Cuadragésimo Tercero). A nuestro parecer, razona bien el tribunal toda vez que la información que se entregue o se omita por virtud de la reserva condicionará indefectiblemente la calidad y completitud de las observaciones y alegaciones defensivas que con posterioridad puedan esgrimir, tanto en sede administrativa como judicial, los demás intervinientes distintos del titular del proyecto.

Lo anterior es sin perjuicio, claro está, de la invalidación que de oficio pueda practicar la autoridad de sus actos trámite a fin de evitar la nulidad posterior de los actos terminales sustentados en ilegalidades en su proceso de gestación. Adicionalmente, la Contraloría General de la República mantendrá siempre su facultad dictaminadora para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, siéndole luego inoponible el plazo de dos años para invalidar respecto de dictámenes que ordenen al órgano correspondiente ejercer dicha potestad (dictamen N° 62.378/2009).

CONCLUSIONES

1°. Configurándose en la AGRA como una vía de impugnación residual al interior de la LTTAA, la delimitación conceptual del acto administrativo ambiental en cuanto objeto indirecto o mediato de la misma aparece como tarea trascendental y necesaria a fin de modelar la extensión competencial de los TTAA en la materia. Siendo esta definición una verdadera especie del concepto ordinario de acto administrativo ofrecido por la LBPA, aparecen como aspectos a destacar la materialización de su carácter decisorio tanto en actos de voluntad, como de juicio y de constancia o conocimiento, sean terminales o de trámite; y, sobre todo, su extensión material a instrumentos de gestión regulados tanto en el Título II de la LBGMA, como fuera de dicho cuerpo normativo.

2°. Apreciándose, en los hechos, la correspondencia o directa relación del acto con un instrumento de gestión ambiental específico, será precisamente esta constatación fáctica el criterio rector y decisorio para calificar de "ambiental" el acto administrativo, presuponiendo de suyo el ejercicio de una competencia de tal naturaleza, sea genérica o específica, por el órgano que lo emitió. Se ha subrayado, en este contexto, que no correspondiendo el acto propiamente a un instrumento de gestión, la vinculación con alguno de ellos debe ser necesariamente directa, exigencia legal según la cual, desde nuestra interpretación, el acto administrativo debe estar derechamente destinado a prestar eficacia o, al menos, operatividad al instrumento de gestión ambiental con el que se vincula, en una suerte de implicancia recíproca.

3°. Los límites conceptuales del acto administrativo ambiental como objeto de impugnación, si bien amplios, quedan demarcados y morigerados en su extensión por el reconocimiento de ciertas condiciones implícitas de impugnabilidad, dos al menos: a) el acto no ha de ser impugnable por otra vía específica de reclamación de las establecidas en el artículo 17 LTTAA, y b) siendo el acto de mero trámite, ha de satisfacer alguna de las exigencias que, a efectos impugnatorios, prevé a su respecto el artículo 15 inciso 2° LBPA; ambos requisitos sustentados tanto por la Corte Suprema como por los TTAA.

4°. En razón de lo expuesto, la AGRA se erige hoy como la acción-contencioso administrativa ambiental por antonomasia en nuestro sistema jurídico actual. Se aclara con ello el rol que ha de desempeñar, en lo sucesivo, el recurso de protección en esta sede, que no será ya el de servir de contencioso-administrativo ambiental, sino aquél que

le es realmente propio: servir de acción cautelar frente al quebrantamiento de un derecho –como es el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación– cuyo imperio haya de restablecerse.

Recibido: 1 de junio de 2015

Aprobado: 14 de octubre de 2015

Responsabilidad Ambiental de las Entidades Financieras: Análisis de su Aplicación en Chile de Acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Lender`s Environmental Liability. Chilean Law Enforcement Analysis In Accordance To The Supreme Court Decisions.

Macarena Muñoz Valenzuela

Licenciada en Ciencias Jurídicas PUCV

Candidata a Magíster con tesis en Derecho Ambiental, U. de Chile

Abogada del Consejo de Defensa del Estado

Profesora Legislación Ambiental UNAB

macarenamunozvalenz@gmail.com

RESUMEN

Responsabilidad ambiental de las entidades financieras y su aplicación en el Derecho Chileno. Revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa "Consejo de Defensa del Estado con Forestal León y Banco Chile".

Palabras clave: Responsabilidad Ambiental, Responsabilidad por Omisión, Responsabilidad de la Entidad Financiera.

ABSTRACT

Lender's Environmental Liability at the Chilean law. Analysis of a recent Supreme Court decision in the cause "Consejo de Defensa del Estado con Forestal León y Banco Chile".

Key words: Environmental Liability, Lender's Environmental Liability, Environmental Responsibility, Lender Liability.

I.GENERALIDADES

En nuestro sistema jurídico la responsabilidad es de índole subjetiva, y por lo tanto, el reproche de la conducta, basado en la culpa o el dolo, es el eje fundamental del sistema de resarcimiento, principio que se mantiene en la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

No obstante ello, en lo que respecta a la responsabilidad por daño ambiental, la tendencia en el Derecho Comparado es que el resarcimiento no esté estructurado en torno a la idea de la reprochabilidad de la conducta- en que la indemnización es tanto reparación como castigo- sino más bien en torno a la idea de la reparación integral, y que por lo tanto, el fundamento de la indemnizabilidad no se encuentre tanto en el acto ilícito como en el hecho dañoso, siempre que este daño sea injusto. La víctima del daño –que en el caso de los bienes ambientales, siempre resulta ser la sociedad toda- debe ser protegida mediante la reparación integral, más allá de la existencia de este juicio de reprochabilidad, lo que explica la tendencia a objetivar la responsabilidad en esta materia.

Frente a la dificultad que presenta lograr la reparación en un sistema subjetivo cuando el responsable directo carece de medios para llevarla a cabo, es natural que se tienda a extender el espectro de la responsabilidad en la mayor medida posible, incluyendo la idea de que todo aquel que pudiere tener algún tipo de tutela o deber respecto de los componentes ambientales sea sujeto de responsabilidad como legitimado pasivo de la acción, de allí la emergencia de la responsabilidad ambiental por omisión interpretada en forma amplia. Esta circunstancia no es exclusiva del Derecho Ambiental, sino una tendencia en el Derecho de Daños que ha significado que hoy se hable de "la crisis de la responsabilidad civil"¹, aludiendo a como las fórmulas tradicionales de la responsabilidad extracontractual han quedado superadas por las circunstancias históricas de la evolución social y tecnológica.

Si bien la Ley 19.300 y sus posteriores normas modificatorias no han aludido en forma específica a la responsabilidad por daño ambiental que surge por omisión del cuidado necesario o previsto en bienes ambientales, la doctrina y la jurisprudencia en Chile han confirmado su procedencia, la cual se origina en las reglas que aplican al derecho de daños, que en términos generales incorporan la responsabilidad por acción y por omisión.

1 DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, P.19.

Ahora, el alcance de dicha responsabilidad es una cuestión compleja que en nuestro Derecho ha quedado enteramente entregada a la jurisprudencia, la cual ya en repetidas oportunidades se ha pronunciado al respecto, extendiendo la responsabilidad de una forma que a muchos ha parecido peligrosa, circunstancia que no viene sino a manifestar la noción amplia de responsabilidad que nuestros tribunales han entendido le corresponde a los particulares respecto de los bienes ambientalmente relevantes, lo que entendemos es una forma de morigerar los vicios del sistema subjetivo de responsabilidad.

Relevante es en ese sentido la jurisprudencia emanada la Corte Suprema y recaída en una causa sobre responsabilidad por daño ambiental en que se condenó a la reparación del daño causado tanto al responsable de la acción dañosa, la empresa Forestal León, como a quien actuaba como su financista mediante una operación denominada *lease back*: el Banco Chile.

Aunque esta jurisprudencia no ha recibido especial atención por parte del mundo financiero, es de importancia por cuanto podría abrir la puerta a una de las formas de responsabilidad más controvertidas en el Derecho Ambiental: la responsabilidad de la entidad financiera (*lender liability*, en su idioma original).

En virtud de lo anterior, nos proponemos revisar la responsabilidad ambiental de la entidad financiera a partir de esta jurisprudencia, con el afán de examinar el fundamento que lleva a nuestros tribunales a condenar a quien es vinculado a la situación del daño a través de un contrato financiero, a fin de determinar su alcance, trascendencia, y la posibilidad de aplicar el instituto de una manera sistemática en nuestro Derecho.

II. La Responsabilidad ambiental de la entidad financiera: Breve Análisis

La responsabilidad ambiental de la entidad financiera es aquella en que el acreedor, generalmente por título de préstamo, puede ser declarado responsable por los daños ambientales producidos por su deudor².

Se funda en que las entidades financieras pueden ser facilitadoras de los recursos para actividades que pudieren generar daño ambiental, y en tal caso, debe considerarse su eventual responsabilidad pese a que las actividades del sector financiero se consideran de muy bajo impacto ambiental.

2 BESALÚ PARKINSON, Aurora. V.S. *Responsabilidad por Daño Ambiental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005, P. 237.

En efecto, son muchas las situaciones en que el financiamiento otorgado a un tercero puede comprometer la responsabilidad final de la entidad que lo otorgó: el préstamo para un proyecto riesgoso, la toma de posesión de un bien contaminado para cobrarse del crédito adeudado, el ejercicio del derecho de hipoteca, la venta de un bien contaminado a un tercero, la propiedad fiduciaria o las distintas formas de leasing. De tal manera, y si bien no puede afirmarse que el prestador de recursos financieros tenga que desempeñar el rol de actor principal en el cuidado del medio ambiente, desde la óptica del eventual daño que puede llegar a provocar el proyecto o actividad que financie, debe tener en cuenta sus riesgos ambientales a fin de prevenir una eventual responsabilidad al respecto.

Este tipo de responsabilidad ambiental ha sido extensamente tratada por el Derecho Norteamericano, específicamente en el contexto de la regulación de la Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (CERCLA) de 1980³, a su vez modificada por las normas Asset Conservation Lender Liability (1996) y Deposit Insurance Protection Act (1997)⁴, la cual que fue promulgada para que los costos del saneamiento de sitios contaminados con sustancias peligrosas, sean soportados por el propietario u operador, siguiendo un criterio de responsabilidad estricto y objetivo, separado e independiente de la existencia de culpa o negligencia, siendo las únicas causas de exoneración de la responsabilidad el caso fortuito o fuerza mayor, y el hecho de un tercero.

La responsabilidad contemplada por CERCLA se extiende a las entidades financieras en términos amplios: instituciones financieras, de leasing, de fideicomiso, aseguradoras de crédito y acreedores ordinarios, y así fue entendido por la jurisprudencia, al punto que su primera modificación, tuvo justamente por objeto limitar dicha responsabilidad⁵.

Al respecto, la jurisprudencia norteamericana señaló que siempre que la entidad financiera ha tenido la posibilidad de influir en las decisiones de administración y gestión de aquel a quien financia, sea por su participación activa en el proyecto concreto, o porque estaba en posesión de un bien contaminado, podría ser responsable de daño ambiental (United States vs. Fleet Factors Corp.)⁶.

3 Estados Unidos, *The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980* (CERCLA), publicada el 11 de Diciembre de 1980, Public Law 96-510 (42 U.S.C. 9601-9675).

4 Estados Unidos, *Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act (Lender Liability Amendments)*, publicada el 30 de Septiembre de 1996 como parte del *Omnibus Consolidated Appropriations Act for fiscal year 1997*. (H.R. 3610, P.L. 104-208).

5 GOMIS CATALÁ, Lucía. *Responsabilidad Por Daños Al Medio Ambiente*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, P. 181.

6 ALEGRÍA Héctor. "Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero". En : *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini: Teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: Perspectiva y prospectiva*. Coord. Alberto José Bueres, Aída Kemelmajer de Carlucci, Madrid: Editorial Abeledo Perrot, 1997, P.327.

Para explicar lo anterior, tendremos que detenernos en una breve revisión de cómo CERCLA establece la responsabilidad de la entidad financiera. De acuerdo a esta norma, dicha responsabilidad surgiría en dos situaciones: la primera, cuando el acreedor influye en la actividad del deudor al gestionar determinados aspectos del negocio (*security interest*), en cuyo caso, la responsabilidad dependerá de los poderes que ejerza sobre la actividad de la empresa o respecto del bien que ha provocado el daño ambiental; en segundo lugar, cuando la entidad financiera se transforma en propietaria de las instalaciones o inmuebles contaminados de su deudor por ejecución de una garantía o *foreclosure*⁷.

La pertinencia de aplicar en nuestro país la responsabilidad ambiental a la entidad financiera -haciéndola sujeto pasivo de una acción ambiental- no puede analizarse en base a una normativa específica, dada la falta de desarrollo en nuestro Derecho. Por ello, considerando las características y fundamentos del instituto esbozados en el Derecho Comparado, es necesario revisar la responsabilidad por daño ambiental fundada en la omisión, examinando si a partir de dicho sistema, la entidad financiera puede ser sujeto pasivo de la acción ambiental.

III. Precisiones respecto de la legitimidad pasiva en el sistema de responsabilidad por daño ambiental de la Ley 19.300 para la aplicación de la responsabilidad ambiental de la entidad financiera

El artículo 3 de la Ley 19.300 señala que "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley".

Luego, el artículo 51 reitera: "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley. No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley. Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

Las normas aludidas- haciendo eco del sistema subjetivo de responsabilidad del Código Civil- replican sus requisitos de procedencia en el artículo 53 de la Ley 19.300, con ciertas precisiones y modificaciones necesarias en atención a la naturaleza del bien

7 BESALÚ PARKINSON Aurora V.S. *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005, P. 238.

protegido, a saber: a) daño ambiental, b) acción u omisión culposa o dolosa del agente y, c) relación de causalidad entre la conducta dolosa o culpable y el daño.

En el tema que nos convoca, esto es, lo que respecta a la legitimación pasiva, no se hace distinción entre acción u omisión. Cuando el legislador se refiere a la responsabilidad por daño ambiental no efectúa precisión alguna respecto de la forma en que se origina, y por lo demás, es innecesario que lo haga. La inexistencia de norma legal que imponga a las personas el deber genérico e inespecífico de proteger el medio ambiente "no quita, sin embargo, que por aplicación de las normas generales sobre responsabilidad extracontractual las personas puedan incurrir en responsabilidad civil por daño ambiental debido a conductas omisivas que les sean imputables⁸.

Al respecto, aclara el profesor Pablo Rodríguez "la responsabilidad puede tener como antecedente una acción que infringe la obligación de no causar daño, o una omisión cuando -debiendo el sujeto actuar- deja de hacerlo, sea porque quebranta un mandato legal expreso o porque permite que se cause un daño previsible que pudo evitarse sin asumir un riesgo inminente y grave"⁹.

La doctrina civil, en efecto, indica que tanto la culpa como el dolo pueden serlo por acción u omisión. De esta manera, debemos entender que en el contexto de la responsabilidad subjetiva que consagra nuestro derecho, está plenamente cubierta la situación de la omisión.

En el caso del dolo, se llama "dolo negativo" a la omisión o abstención en la que su autor, pudiendo o debiendo obrar sin detrimento propio, se abstiene de hacerlo, con el deliberado propósito de dañar a otro. La culpa es por omisión cuando incide en la no ejecución de un hecho, es decir, en una abstención (*culpa in omitendo*) y puede ser de dos tipos: según la abstención sea pura y simple o incida en una acción. Existe abstención pura y simple cuando el agente, sin ejecutar acto alguno, se limita a permanecer pasivo. Este tipo de abstención constituye culpa no solo cuando el agente se exime de ejecutar un acto expresamente ordenado por ley, sino también, cuando, pudiendo o debiendo obrar sin detrimento propio, no lo hace, por descuido o negligencia, aunque la obligación de actuar no le esté impuesta por una norma jurídica.

8 VALENZUELA, Rafael. *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental (Régimen Vigente en Chile)*, del Programa de Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe [en línea] <http://www.pnuma.org> [Consulta: 10 de octubre de 2015].

9 RODRÍGUEZ Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, P. 129.

Existe abstención en la acción, en cambio, cuando el agente, al ejecutar un acto perjudicial, omite adoptar las precauciones necesarias para evitar el daño, sea que la precaución omitida se encuentre o no impuesta por ley. En el caso de que en efecto lo esté, la sola omisión constituye culpa. En caso de que no lo esté, es el juez el que determinará si existió negligencia en la conducta¹⁰.

Por ello, tanto si se lleva a cabo un acto que traiga consecuencias nocivas al medio ambiente, como si se omite realizar lo necesario para dar adecuada protección a los componentes ambientales, existiendo culpa o dolo, debemos entender que se pueda atribuir responsabilidad.

Tendríamos que preguntarnos si a partir de estos fundamentos se puede esbozar la responsabilidad ambiental de la entidad financiera. Creemos que, en efecto, a partir de la omisión culpable o dolosa dicha responsabilidad puede ser atribuida, pero como veremos, el instituto requiere la existencia de al menos algún deber de vigilancia establecido para la entidad financiera, la cual difícilmente puede ser responsable por el daño ambiental por su mero rol de financiar una operación, proyecto o actividad, no obstante que dicha circunstancia acrecentaría los deberes de cuidado de la entidad financiera respecto de la actividad potencialmente dañina.

Al respecto, nuestros tribunales se han pronunciado en una interesante jurisprudencia que revisaremos a continuación y que se hace cargo de esta situación. A partir de ella, examinaremos la posibilidad de que esta forma de responsabilidad ambiental pueda ser exigible en nuestro sistema jurídico.

IV. Causa "Consejo de Defensa del Estado con Forestal León y Banco Chile"

La causa en cuestión se refiere a una acción de reparación por el daño ambiental ocasionado a un inmueble poblado de bosque nativo, en que se condenó a reparar tanto al autor directo del daño como a la entidad financiera que se había hecho de la propiedad de dicho inmueble mediante una operación de financiamiento al agente del daño.

Desde la perspectiva meramente civil, dicho dueño podría ser considerado como víctima; sin embargo, nuestros tribunales -siendo destacable al respecto la sentencia de reemplazo dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema- estimaron que existía responsabilidad por daño ambiental al omitir la entidad financiera el debido resguardo a los

10 VALENZUELA Rafael. Cit.ant. (8) [consultado el 10 de octubre de 2015].

bienes ambientales, específicamente al bosque nativo, vulnerando con ello los deberes que le correspondían como propietario y facilitador de los medios para llevar a cabo el proyecto, sin que pudiera eximirse de esa responsabilidad por la naturaleza financiera del contrato que celebró con quien fue el autor directo del daño.

Resumen de la causa:

1. El Consejo de Defensa del Estado interpuso acción de reparación por daño ambiental en contra de la empresa Forestal León Limitada y el Banco Chile ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Chillán, en virtud del detrimento producido en el predio denominado "El Peñasco", de la comuna de Quirihue, de 160 hectáreas, poblado con bosque nativo chileno del tipo forestal "Roble Hualo", asociado a formas vegetacionales del tipo forestal "Siempreverde de Galerías", con presencia de dos especies en peligro de extinción, y con categoría de monumento natural: el Queule y el Pitao.
2. El predio había sido adquirido por Forestal León a fin de iniciar en él actividades forestales; sin embargo, en diciembre de 2005, lo vendió al Banco Chile, y en la misma fecha se celebró entre ambos un contrato de *lease back* (arrendamiento con opción de compra posterior), por el cual el Banco Chile entregó este inmueble a Forestal León, con la opción de compra para esta última; todo ello a objeto de que Forestal León obtuviera financiamiento para sus actividades productivas, al recibir el precio de la compra del predio de parte del Banco Chile.
3. La defensa de Forestal León consistió en esgrimir en su favor la absolución dictada a su respecto por parte del Juzgado de Policía Local respecto de una causa infraccional iniciada en el contexto de los mismos hechos, como asimismo la inexistencia del daño ambiental.
4. El Banco Chile alegó en cambio su falta de legitimación pasiva, ya que su carácter de dueño del predio no podía ser suficiente para atribuírsele responsabilidad por omisión en el daño ambiental producido por su arrendatario.
5. Con fecha 16 de mayo de 2011 el tribunal dictó sentencia de primer grado, condenando solidariamente a Forestal León Limitada y al Banco Chile a reparar el daño ambiental ocasionado en el Predio el Peñasco. La sentencia acogió la demanda del Consejo de Defensa del Estado parcialmente, no dando lugar a algunas de las reparaciones solicitadas.

6. Las demandadas apelaron y el Consejo de Defensa del Estado adhirió a la apelación, a fin de solicitar que se confirmara la sentencia con declaración de que se incluían los aspectos de la reparación omitidos por el fallo de primera instancia.
7. La sentencia de segunda instancia se dictó con fecha 12 de octubre de 2012, acogiendo en parte la adhesión del Fisco, condenando a Forestal León a la totalidad de las medidas de reparación solicitadas en la demanda, y acogiendo también la apelación del Banco Chile, revocando la sentencia de primera instancia en cuanto condenaba a dicho demandado solidario, y haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por éste.
8. Con fecha 31 de octubre de 2012, el Consejo de Defensa del Estado presentó recurso de casación en la forma, alegando ultrapetita; y recurrió de casación en el fondo por errónea aplicación de la normativa ambiental contemplada en la Ley 19.300, específicamente los artículos 3, 51 y 54 y los artículos 2314, 2316 y 2317 del Código Civil, los primeros vinculados a la responsabilidad por daño ambiental, complementados con las normas civiles respecto de la responsabilidad extracontractual. Forestal León también presentó recurso de casación en la forma y en el fondo.
9. La Corte Suprema en los autos Rol 8593-2012, con fecha 5 de septiembre de 2013, resolvió acoger la casación en el fondo impetrada por el Consejo de Defensa del Estado, revocando la sentencia de primera instancia en la parte que rechazó condenar a los demandados a ejecutar la totalidad de las acciones consignadas en el peticitorio de la demanda y decidiendo que Forestal León y el Banco Chile quedaban condenados solidariamente las acciones de reparación.

Argumentos relevantes a examinar esgrimidos durante el juicio:

1. Banco Chile:

Como podrá apreciarse a continuación, el Banco Chile aludió justamente a argumentos relativos a su posición de entidad financiera, y pretendió escudarse en normas de carácter civil, específicamente en el contrato celebrado con la demandada Forestal León, para eximirse de responsabilidad ambiental. Incluso aludió a una situación de hecho: que el dominio respecto del predio era meramente formal en virtud del objeto del contrato. Revisemos dichas explicaciones:

- 1) Inexistencia de una norma legal que lo obligara a fiscalizar o supervigilar la actividad del arrendatario o tener una posición de garante, custodio o vigilante en el predio.
- 2) A falta de norma legal que lo obligara a dicho cuidado, resultaría aplicable el contrato de lease back celebrado con Forestal León, el cual establecería que la obligación de cuidado y conservación quedaba a cargo del arrendatario.
- 3) El contrato contemplaba la realización de una actividad lícita, por lo tanto el Banco no podía prever una actividad ilícita por parte del arrendatario.
- 4) El Banco no habría sido informado de ninguna irregularidad por lo que todo su obrar habría sido de buena fe.
- 5) El Banco no sería un propietario común que pudiese o debiere asumir la obligación de cuidado respecto del predio. Era un propietario temporal y condicional, sujeto a la opción de compra por parte del arrendatario, quien en realidad se comportaba como verdadero dueño del predio.
- 6) El Banco habría comprado el predio con el único y exclusivo objeto de darlo en arrendamiento con opción de compra al arrendatario de manera que, en los hechos, sólo tenía una limitada facultad de disposición.
- 7) Dado que el arrendatario asumió toda la responsabilidad ante cualquier problema y ante cualquier autoridad, el Banco Chile no podría ser autor por omisión ya que carecería de toda responsabilidad civil.

2. Razonamiento del Tribunal de Primera Instancia:

En lo que nos interesa a objeto de este análisis, el tribunal no acogió los argumentos planteados por el Banco, razonando a partir de las normas que establecían obligaciones a su respecto como dueño del predio, como asimismo, a partir de las propias estipulaciones del contrato.

Según señala el tribunal, de acuerdo al contrato, el predio se utilizaría solo para uso forestal, siendo la demandada Forestal León responsable del uso, manejo y explotación del predio, y correspondiéndole efectuar actos de conservación y mantención de las especies. De tal manera, el Banco Chile estaba al tanto del uso que se le daría al predio, y de los procedimientos a seguir para la explotación forestal, autorizando a Forestal León para

solicitar a su favor las bonificaciones forestales.

Asimismo, el Banco tenía derecho a inspeccionar el bien arrendado, no pudiendo en consecuencia abstraerse de las obligaciones que debían cumplirse a ese respecto. En este punto, el tribunal agregó que debía tenerse presente la responsabilidad que el artículo 51 de la Ley Sobre Recuperación Del Bosque Nativo y Fomento Forestal le asigna al propietario del predio, calidad que tenía el banco.

3. Razonamiento de la Corte de Apelaciones de Chillán

La Corte acogió la alegación del Banco Chile, relativa a que la institución financiera, en calidad de dueña del inmueble, debía ser considerada como víctima del daño, y como tal, debía atribuírsele la condición de legitimada activa para ejercer la acción de daño ambiental y no de legitimada pasiva.

4. Razonamiento y decisión de la Corte Suprema

Tras acoger la casación en el fondo impetrada por el Consejo de Defensa del Estado, la Tercera Sala de la Corte Suprema- integrada por los Ministros Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, y el Abogado Integrante Guillermo Piedrabuena- anuló la sentencia de segunda instancia y dictó sentencia de reemplazo.

En lo que concierne al presente análisis, las reflexiones del Excelentísimo Tribunal para acoger la responsabilidad del Banco Chile son de gran relevancia, al establecer la responsabilidad del Banco Chile en consideración a su omisión negligente.

Los Ministros de la Tercera Sala llegan a su decisión aplicando las normas de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, específicamente los artículos 3º y 51 de dicha norma, bajo la premisa de que todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley, y analizando en forma exhaustiva la concurrencia de los cuatro requisitos de la responsabilidad que dicha norma señala. La Corte indica que la presunción de culpa que contiene la norma ambiental no resulta aplicable al caso en cuestión (Considerandos Segundo y Tercero de la sentencia en análisis).

Las normas señaladas las aplican en consideración a los siguientes hechos que se dejan establecidos como no controvertidos en el Primer Considerando de la sentencia:

- 1) El 1º de diciembre del año 2005 el Banco Chile entregó el predio El Peñasco en arriendo a la Sociedad Forestal León Limitada con el objeto de que esta última lo utilizara para la explotación forestal.
- 2) En el inmueble existía bosque nativo de acuerdo al catastro elaborado por la CONAMA en el año 1998. Este bosque fue talado y luego se procedió a la quema de los rebrotes. Esta tala y roza produjo daño al medio ambiente, lo que habría quedado establecido en la sentencia de primera instancia.
- 3) En el contrato de arrendamiento celebrado entre las demandadas respecto del predio denominado El Peñasco, el Banco Chile autorizó a Forestal León Limitada solicitar en su favor las bonificaciones forestales que entrega la Corporación Nacional Forestal de acuerdo al Decreto Ley N° 701 de 1974.
- 4) El Banco de Chile no llevó a cabo ninguna fiscalización para controlar la forma en que la forestal llevaba a cabo la explotación del inmueble, pese a que según el contrato de arrendamiento, cláusula duodécima, el Banco estaba facultado para inspeccionar el predio y fiscalizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones que asumió Forestal León Limitada, que decían relación con la explotación forestal y el cuidado del predio.

Luego, en el Considerando Cuarto la sentencia estableció que existió falta de vigilancia y cuidado del Banco Chile en orden a la protección de las especies que fueron objeto de la tala ilegal y posterior quema, y con ello una conducta al menos descuidada y negligente.

Como la Corte estimó que no resultaba aplicable respecto del Banco la presunción de culpa del artículo 52 de la Ley 19.300, efectuó un extenso análisis respecto de la culpa por omisión en el Considerando Quinto de la sentencia: En primer lugar acudió al artículo 44 del Código Civil, dejando en claro que las definiciones que da la norma civil para la culpa se aplican igualmente en materia de delitos y cuasidelitos, porque la culpa es una misma en materia contractual y en materia cuasi delictual y porque el propio artículo 44 ya aludido distingue tres especies de culpa o descuido sin referirlas a una materia determinada. De dichas definiciones, según los sentenciadores, se desprende que la culpa es sinónimo de descuido o negligencia, y más específicamente sería "la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios", aludiendo con ello a que la responsabilidad del Banco sería la del buen padre de familia.

Añade la sentencia, citando a Alessandri, que la culpa es “un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria, ya que la ley no la exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiere debido hacerse”¹¹.

En el Considerando Sexto nuestro máximo tribunal señala que la previsión que se estima exigible al propietario del predio en este caso, era un actuar para evitar las consecuencias de la tala y posterior quema de las especies que se encontraban en proceso de retoñación, impidiendo las acciones de los autores materiales de ésta. A juicio de los sentenciadores era previsible para el Banco propietario del predio que en la explotación que efectuaba la sociedad demandada se llevara a cabo la tala y quema de rebrotes de las especies nativas existentes con el objeto de plantar y explotar especies de rápido crecimiento y de fácil comercialización, actividad, por lo demás, para lo cual se le proveía el financiamiento.

Añade la sentencia que con una fiscalización efectiva que comprendiera visitas al predio y la exigencia de la debida obtención de las autorizaciones de CONAF por parte de la forestal, el Banco podría haber probado su diligencia en orden a proteger las especies nativas plantadas en el predio, pero como ya se había dejado establecido, el Banco no adoptó ninguna medida conducente a la protección de las referidas especies con lo que se configura la responsabilidad ambiental a su respecto como autor de una omisión consistente básicamente en la falta de vigilancia al no haber efectuado acciones para proteger las especies nativas. Según la sentencia, la corta y quema efectuada por Forestal León Limitada era una acción del todo previsible.

En su Considerando Séptimo, la sentencia reitera que tanto el daño como su relación de causalidad con la omisión se encuentran establecidos en los considerandos 50, 51, 53 y 54 del fallo de primera instancia, los que se estima como parte del razonamiento.

Finalmente, y en cuanto a la reparación del daño causado, en el Considerando Octavo los sentenciadores estimaron que si bien no era posible obtenerlo en forma íntegra, debía procurarse de los demandados la realización de todas las acciones tendientes a obtener la restauración más aproximada al ecosistema anterior a la destrucción, de manera que

11 Alessandri Rodríguez Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile: Editorial Imprenta Universitaria, 1943, P. 172.

resolvieron que debían llevarse a cabo la totalidad de las acciones solicitadas por el Consejo de Defensa del Estado en la demanda.

V. Aplicación del instituto de la responsabilidad ambiental de la entidad financiera de acuerdo a la referida jurisprudencia

Según resolvió la Corte Suprema, la entidad bancaria que financió la acción dañosa cometida por Forestal León, era también responsable por el daño ambiental ocasionado al Predio El Peñasco. Su responsabilidad surgió de su calidad de propietaria del predio en cuestión, de la cual- a juicio de la Corte- emanaban deberes de vigilancia respecto de los bienes ambientales presentes en él, no obstante que no existiera una normativa específica al respecto.

Entendió la Corte que el contrato de arrendamiento por el cual la entidad financiera entregó el predio a Forestal León, no la eximía de tomar los resguardos para evitar el daño ambiental, y más aun, se agrega que existiendo en el contrato cláusulas que permitían la fiscalización en el lugar, el no haber practicado visita alguna y no haber constatado que Forestal León hubiere obtenido las autorizaciones pertinentes de parte de CONAF para la explotación forestal del mismo, daba cuenta de un actuar negligente.

Para la Corte Suprema resultaba evidente la posible acción dañina al medio ambiente por parte de la empresa forestal, dado que el financiamiento otorgado por el Banco tenía por objeto el desarrollo de una actividad consistente en la explotación de especies comerciales de rápido crecimiento, circunstancia que la Corte estima que la entidad financiera debió considerar. De tal manera, a juicio de los sentenciadores el deber de vigilancia estaba implícito, y el actuar de la Forestal era previsible. El no cumplir con el deber de vigilancia habría constituido un actuar negligente que desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual se enmarca en la figura de la culpa por omisión.

Es destacable, en lo que respecta a la culpa del Banco como entidad financiera, en el Considerando Sexto, la reflexión relativa a que el financiamiento otorgado era proveído para el desarrollo de un cierto tipo de actividad forestal vinculada a la explotación de especies foráneas de rápido crecimiento. La Corte hace hincapié en que el Banco era propietario del inmueble y por lo tanto debía conocer la condición del mismo poblado de flora nativa, pero además era quien proveía medios para la actividad forestal que, efectuada sin vigilancia ni cuidado alguno de su parte, resultó ser ilícita.

Vinculado a lo anterior, resulta también de relevancia la circunstancia que destaca la Corte respecto de la facultad que tenía el Banco de incidir en el proyecto al entregar la autorización para que la empresa arrendataria obtuviese los permisos de explotación pertinentes y el hecho de que el Banco no constató su efectiva obtención, contando con una facultad que finalmente la Corte estima es un deber: fiscalizar que se cumplieran las obligaciones que asumía la empresa en cuanto a la explotación del predio, lo que se razona en el tercer párrafo del mismo considerando.

Estos argumentos fueron relevantes en cuanto a la evaluación del cuidado de la entidad financiera respecto del inmueble por cuanto es a partir de ellos que se atribuye la culpa; pues como bien destaca el fallo, en lo que respecta al Banco, no era procedente la aplicación de la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la Ley 19.300, que procede ante el evento de que se vulneren normas ambientales específicas, circunstancias que se estima no resultaban atingentes al caso. La culpa se estructura entonces en base a la negligencia por omitir el cuidado debido, pero considerando todas las antedichas condiciones como antecedente relevante.

De tal manera, y si bien no hay una plena determinación de la responsabilidad ambiental de la entidad financiera de la forma en que la entiende el Derecho Comparado, se advierten disquisiciones que permiten hacer aplicable el instituto de una forma similar, y que incluso replican las circunstancias que plantea CERCLA como origen de la responsabilidad ambiental de la entidad financiera, no obstante que la responsabilidad en esta caso aparezca enunciada a partir del deber fundamental de cuidado de la entidad financiera por las obligaciones que emanan del derecho de propiedad sobre bienes ambientalmente relevantes, dominio que en el caso del Banco proviene de un contrato de naturaleza financiera.

Esta naturaleza financiera del contrato, vinculada al negocio del Banco Chile, evidentemente -y a juicio de la Corte Suprema- no justifica que éste desatendiera el deber de cuidado que le correspondía como propietario de los bienes ambientales objeto de protección, y más aun, ello ponía a la entidad en el deber de hacerse cargo de una manera estricta de la fiscalización pertinente. En la sentencia se encuentra implícita, aunque no desarrollada, la idea de una responsabilidad acentuada a partir de ser el Banco el proveedor de los medios para la actividad que luego causaría el daño ambiental. Se recalca de manera específica en el fallo que el financiamiento tenía un destino específico, y dicho objeto a juicio de la Corte habría hecho al menos presumible la posibilidad de daño a los bienes ambientales, dada la naturaleza del proyecto para el cual se solicitó el financiamiento.

VI. CONCLUSIONES

1. Si bien en nuestro país no existe una determinación o enunciación normativa de la responsabilidad ambiental de la entidad financiera como la entiende el Derecho Comparado, existen fundamentos para hacer aplicable el instituto en nuestro Derecho.

2. A partir de las normas vigentes es necesaria la existencia de contratos financieros que entreguen a la entidad financiera la propiedad de bienes con relevancia ambiental.

Las fórmulas de esos contratos son variadas, pero lo relevante es que en la calidad de propietaria, y pese a que la entidad financiera no tenga el uso y goce de la propiedad, adquiera deberes de cuidado y vigilancia respecto de dichos bienes.

3. Existiendo culpa o dolo, la responsabilidad antedicha puede estructurarse a partir de la acción o de la omisión, dado que la Ley 19.300 y el Código Civil no efectúan distinción al efecto, admitiéndose plenamente la responsabilidad ambiental en uno u otro caso.

No obstante, y debido a la naturaleza de la actividad financiera, es probable que por regla general la responsabilidad ambiental surja en el contexto de la omisión culpable.

4. La circunstancia de que la propiedad que adquiera la entidad financiera sea temporal, o que surja en el contexto de un contrato de índole financiera, no obsta para la existencia de una eventual responsabilidad por daño ambiental.

5. El hecho de que mediante la actividad financiera se provean medios para llevar a cabo actividades productivas puede ser considerado una circunstancia que exige a la entidad financiera un mayor cuidado, no pudiendo desconocer su deber de vigilancia respecto de los bienes que adquiere o que eventualmente se le entregan, en virtud de la naturaleza de su negocio.

6. Resulta mucho más difícil incorporar la idea de la responsabilidad ambiental de estas entidades sólo por su función de financiamiento de actividades que pudieren causar

daño ambiental, aun cuando puede advertirse el germen de una responsabilidad de ese tipo en la sentencia analizada.

Recibido: 31 de mayo de 2015

Aprobado: 7 de octubre de 2015

Participación Pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto Ambiental: Un Análisis desde el Derecho Internacional

Public Participation in Environmental Impact Assessment and Environmental Conflict: An Analysis from International Law

Romina V. Chávez Fica¹.

Abogada. LL.M. en Derecho Ambiental Global y del Cambio Climático por la Universidad de Edimburgo.
romina.chavez@gmail.com

RESUMEN

La participación pública constituye una parte esencial del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EVI), de conformidad a su lógica y objetivos, y según los diferentes instrumentos internacionales que lo regulan. En cuanto a la utilidad de esta instancia para la resolución y prevención de conflictos ambientales, la participación pública en la EVI constituye una oportunidad real de influencia del público en la decisión resultante y de lograr acuerdos mutuamente beneficiosos, pero su alcance limitado no permite considerarla como una solución completa para conflictos ambientales complejos.

Palabras claves: Participación Pública, Evaluación de Impacto Ambiental, Conflicto Ambiental, Derecho Ambiental, Derecho Internacional.

¹ Diplomada en Gestión Socioambiental y Sustentabilidad por la Universidad de Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.

ABSTRACT

Public participation is an essential part of the environmental impact assessment procedure. According to its logic and objectives and the different international instruments regulating it. As to the utility of this instance for prevention and resolution of environmental conflicts, public participation in EIA is a real opportunity for the public to influence the resulting decision and to achieve mutually beneficial agreements. However, its limited scope does not allow to consider public participation as a complete solution for complex environmental conflicts.

Keywords: Public Participation, Environmental Impact Assessment, Environmental Conflict, Environmental Law, International Law.

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, el mayor acceso a la información a través de las nuevas tecnologías ha contribuido a generar conciencia en la sociedad respecto de los impactos ambientales derivados de proyectos. En este contexto, las comunidades locales, organizaciones no gubernamentales (ONGs) y el público en general están dispuestos a oponerse a aquellas iniciativas que perciban como perjudiciales para el medio ambiente, y la Evaluación de Impacto Ambiental (EVI) se ha convertido en el escenario de una creciente cantidad de conflictos. Esto, ya que la EVI requiere que el proponente interactúe con las autoridades administrativas, las personas potencialmente afectadas y otras partes interesadas, y usualmente aquellos que se oponen a un proyecto rebatirán las conclusiones del proponente en relación a la magnitud y extensión de los impactos del proyecto o actividad propuesta.

La EVI constituye una herramienta para asegurar que los impactos ambientales de un proyecto o actividad se consideren en el proceso de decisión, integrando consideraciones científicas, políticas y normativas². Una de las características que definen a la EVI es la incorporación de mecanismos de participación pública. Estas oportunidades para la participación suelen incluir la recolección de información desde las comunidades locales como parte de los estudios de línea de base, la entrega de información acerca del proyecto y sus impactos a las autoridades administrativas y al público interesado, y la posibilidad de que el público exprese sus puntos de vista y preocupaciones respecto del desarrollo propuesto.

La adopción de mecanismos de participación pública ha sido generalmente aceptada como inherentemente positiva y adecuada para promover una serie de objetivos, tales como la promoción de la democracia³ y el aprendizaje social⁴, proporcionando oportunidades para la resolución de disputas⁵ y para mejorar la calidad de las decisiones adoptadas⁶.

2 CRAIK, Neil. *International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 3.

3 HOLDER, Jane; LEE, Maria. *Environmental protection, law and policy*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 87-88.

4 HOLDER, Jane. *Environmental Assessment: The Regulation of Decision-Making*. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 198-200; O'FAIRCHEALLAIGH, Claire. "Public participation and environmental impact assessment: Purposes, implications, and lessons for public policy making". *Environmental Impact Assessment Review*. 2010, vol 30. P. 21.

5 GLUCKER, Anne; P.J. DRIESSEN, Peter; KOLHOFF, Arend; A.C. RUNHAAR, Hens. "Public participation in environmental impact assessment: why, who and how?" *Environmental Impact Assessment Review*. 2013, vol 43. P.108.

6 HOLDER, Jane; LEE, Maria. Cit. ant. (3). P. 87; HOLDER, Jane. Cit. ant. (4). P. 196.

Sin embargo, la real efectividad en el logro de estos objetivos está íntimamente ligada al mecanismo utilizado, así como a las circunstancias del caso en particular.

Este estudio busca proporcionar una perspectiva crítica respecto de la participación pública en la EvIA, reconociendo su utilidad y beneficios, así como también sus condiciones y límites. Ello a fin de determinar hasta qué punto y bajo qué circunstancias, la participación pública puede considerarse una herramienta para la resolución de conflictos en la EvIA. Para ello, es necesario determinar qué conlleva la participación pública en este contexto, y cuál es el nivel de participación pública requerida en la EvIA de conformidad a los estándares que emanan del derecho internacional. Aun cuando a la fecha no existe un instrumento que regule de forma global la EvIA ni la participación pública, ha habido un consistente desarrollo de estándares a través de instrumentos regionales, mecanismos de responsabilidad corporativa y derecho internacional de los derechos humanos, de acuerdo a los cuales la participación pública en la EvIA no solo es deseable, sino que necesaria. Considerando lo anterior, nos enfocaremos en las variables que definen el diseño de las oportunidades de participación en la EvIA, y en cómo éstas han sido abordadas en los regímenes existentes. Finalmente, abordaremos el concepto de conflicto ambiental, distinguiendo sus fuentes y características, para establecer los beneficios y los límites de abordar este tipo de conflictos a través de la participación pública en la EvIA.

1. Participación pública en asuntos ambientales

1.1 Argumentos para la participación pública

El término participación pública ha sido utilizado para definir un amplio espectro de interacciones entre el gobierno y el público en las diferentes etapas del proceso de elaboración de políticas⁷. Durante las últimas décadas, la importancia de proporcionar oportunidades de participación ha crecido como resultado de varios factores, tales como la mayor divulgación de tendencias democráticas, el desarrollo de la participación pública como un requerimiento de derechos humanos y el mayor acceso ciudadano a la información a través de nuevas tecnologías⁸. En este contexto, se ha llegado a un consenso respecto a

7 COENEN, Frans H.J.M. "Introduction". En: COENEN, Frans H.J.M. (ed.) *Public Participation and Better Environmental Decisions: The Promise and Limits of Participatory Processes for the Quality of Environmentally Related Decision-Making*. Enschede: Springer, 2008. P.3.

8 PRING, George; NOÉ, Susan. "The emerging international law of public participation affecting global mining, energy and resources development". En: ZILLMAN, Donald; LUCAS, Alastair; PRING, George (eds). *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*. Oxford: Oxford University Press, 2002. P.14.

que debieran promoverse mayores niveles de involucramiento ciudadano.

Esto ha sido particularmente importante en materias ambientales, en que la idea de que la protección ambiental no puede ser dejada como una responsabilidad exclusiva del gobierno⁹, ha hecho que la participación pública sea considerada uno de los pilares para el desarrollo sustentable¹⁰. Así, los asuntos ambientales se han convertido en uno de los principales escenarios para el desarrollo de mecanismos de participación pública, los cuales han adoptado tres formas interrelacionadas: acceso a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia¹¹.

Los beneficios de la participación pública han sido planteados desde distintas perspectivas. Desde una perspectiva *normativa o procesal*, la participación pública ha sido considerada como una meta en sí misma, independientemente de sus resultados. Este pensamiento se enfoca en el potencial de la participación para influir en las decisiones y promover la conciencia y el aprendizaje social a través de la deliberación. De esta forma, se mejora la capacidad democrática y las habilidades ciudadanas del público, empoderando a quienes han sido marginados¹², equilibrando la distribución de poder a su favor¹³ y fortaleciendo a las comunidades locales¹⁴. Asimismo, la participación pública ha sido considerada como una forma de facilitar la rendición de cuentas de los gobiernos¹⁵ y de aumentar la aceptación pública de los resultados de procesos que hayan contemplado oportunidades de participación, revistiéndolos de legitimidad¹⁶.

Sin embargo, la efectividad de la participación para lograr los objetivos señalados está directamente vinculada al nivel de poder otorgado a los ciudadanos. La legitimidad y aceptación pública de los resultados no mejorarán si existe la percepción de que las oportunidades de participación no fueron reales, y no se tomaron debidamente en cuenta las preocupaciones de quienes participaron. Para ilustrar este punto, Arnstein elaboró una 'escala de participación ciudadana' considerando ocho niveles de acuerdo al nivel de poder

9 BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 288.

10 PRING, George; NOÉ, Susan. Cit. ant. (8). P. 14.

11 PRING, George; NOÉ, Susan. Cit. ant. (8). P. 29.

12 GLUCKER, Anne; P.J. DRIESSEN, Peter; KOLHOFF, Arend; A.C. RUNHAAR, Hens. Cit. ant. (5). P. 106-107.

13 O'FAIRCHEALLAIGH, Claire. Cit. ant. (4). P. 22-23.

14 PRING, George; NOÉ, Susan. Cit. ant. (8). P. 23.

15 TILLEMANN, William. "Public Participation in the Environmental Impact Assessment Process: A Comparative Study of Impact Assessment in Canada, the United States and the European Community". *Columbia Journal of Transnational Law*. 1995, vol 33. P. 343.

16 PRING, George; NOÉ, Susan. Cit. ant. (8). P. 23.

entregado a los participantes en la decisión. Estos niveles van desde la no-participación –en que se incluyen la *manipulación* y la *terapia*, utilizadas para influir en las personas sin que ellas tengan por su parte una posibilidad real de influir a su vez en la decisión- al poder ciudadano –que comprende el *poder delegado* y el *control ciudadano*¹⁷. Entre estos extremos, el nivel intermedio es el tokenismo –que con actividades tales como *información*, *aplacamiento* y *consulta*¹⁸, contiene las aproximaciones más comunes a la participación pública. Según lo expuesto, la participación pública se puede dar en diferentes grados, y los resultados para cada uno de ellos varían dependiendo de la forma en que se distribuya el poder sobre la decisión entre la autoridad y la ciudadanía.

Por otra parte, desde una perspectiva *sustantiva*, la participación pública se considera como una forma de mejorar la calidad de la decisión adoptada¹⁹. En este sentido, puede constituir una fuente de información para quienes deciden²⁰, al recopilar información y conocimiento local, y otorgar oportunidades para la verificación de los datos en base a los cuales se tomará la decisión²¹, lo que debería llevar a un mejor resultado. Claramente, la percepción de aquellos que están más cercanos a un problema es susceptible de ser más completa y precisa que la de otros actores involucrados en el proceso decisorio²². Además, en relación a problemas ambientales surgen distintas percepciones respecto a si un impacto constituye un problema, y su magnitud²³. Aún cuando los detractores de la participación pública cuestionan la validez de los argumentos del público en base a que estos pueden ser irracionales y emocionales²⁴, las reacciones del público ante los riesgos –aún cuando éstos sean remotos según criterios objetivos y científicos- reflejan su punto de vista acerca de lo que está en juego en una determinada situación²⁵. Estas perspectivas necesitan ser incorporadas como contrapeso a la información técnica y científica incluida para describir los efectos ambientales de un proyecto propuesto²⁶.

17 ARNSTEIN, Sherry R. "A ladder of citizen participation". *Journal of American Planning Association*. 1969, vol 36.P. 217.

18 ARNSTEIN, Sherry R. Cit. ant. (17).P. 217.

19 HOLDER, Jane; LEE, Maria. Cit. ant. (3).P. 87; HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 196; CHRISTIE, Edward. *Finding Solutions for Environmental Conflicts: Power and Negotiation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.P. 53.

20 O'FAIRCHEALLAIGH, Claire. Cit. ant. (4).P. 20-21.

21 GLUCKER, Anne; P.J. DRIESSEN, Peter; KOLHOFF, Arend; A.C. RUNHAAR, Hens. Cit. ant. (5).P. 107-108; HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 195.

22 STEELE, Jenny. "Participation and deliberation in environmental law: exploring a problem-solving approach". *Oxford Journal of Legal Studies*. 2001, vol 21.P.438.

23 EBESSON, Jonas. "Public participation". En: BRUNNÉE, Jutta; BODANSKY, Daniel; HEY, Ellen (eds). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.P. 688.

24 SIDAWAY, Roger. *Resolving Environmental Disputes: From Conflict to Consensus*. London: Earthscan, 2005.P. 125.

25 STEELE, Jenny. Cit. ant. (22).P. 438; HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 196.

26 HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 196.

Si bien es cierto que la participación pública puede contribuir a la adopción de decisiones más orientadas a la protección del medio ambiente y a tomar en cuenta las necesidades y valores locales²⁷, es necesario reconocer que la participación no implica *necesariamente* un mejor resultado en términos de protección ambiental. Ante un proyecto de desarrollo propuesto en una zona deprimida económicamente, es posible que las comunidades locales estén más dispuestas a albergar un proyecto con el potencial de mejorar la economía local que a abogar por la protección del medio ambiente.

Como fluye del análisis previo, a pesar de los beneficios sustantivos y normativos que han sido atribuidos a la participación pública en materias ambientales, no es posible asumir que ellos se producirán. La aptitud de un determinado proceso de participación para lograr un objetivo dependerá de su diseño y del nivel de poder conferido a los ciudadanos, en tanto que la elección de la forma de participación más adecuada dependerá del problema a abordar²⁸.

1.2 Evolución de la participación pública en derecho ambiental internacional

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante, Declaración de Río), reconoce que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”²⁹, y consagra los tres pilares de la participación pública: el acceso a la información ambiental en poder de autoridades públicas, participación en la toma de decisiones y acceso a procedimientos judiciales y administrativos. Específicamente en el contexto de la EvIA, antes de la Declaración de Río, la Convención sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 1991 (Convenio de Espoo) ya contemplaba la necesidad de dar al público en las áreas susceptibles de ser afectadas por un desarrollo propuesto la oportunidad de participar en los procedimientos relevantes de EvIA³⁰.

El Principio 10 de la Declaración de Río demuestra el consenso existente en la comunidad internacional en torno a la importancia de la participación pública, estableciendo una base para desarrollos legales posteriores³¹. De esta forma, los requerimientos de participación

27 PRING, George; NOÉ, Susan. Cit. ant. (8).P. 23.

28 O'FAIRCHEALLAIGH, Claire. Cit. ant. (4).P. 19-20.

29 ONU. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Río de Janeiro, 1992. Principio 10.

30 UNECE. *Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo*. Espoo, 1991. Artículo 2(6).

31 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23).P. 685.

pública han sido incorporados en numerosos instrumentos de alcance global³², aunque sin proporcionar detalles específicos sobre como materializarlos.

El Proyecto de Artículos sobre Prevención de Daño Transfronterizo de la Comisión de Derecho Internacional³³ (Proyecto de Artículos de la CDI) establece que los Estados deben proporcionar al público que pueda resultar afectado por una actividad susceptible de causar daño transfronterizo la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, consultando su opinión³⁴. Esto es relevante dado el amplio alcance de este Proyecto de Artículos, que es aplicable en general a actividades peligrosas, y que considera explícitamente la necesidad de tomar en cuenta la opinión del público, yendo más allá de la mera entrega de información, considerando a la participación pública como una 'calle de doble sentido'³⁵.

Por otra parte, en el contexto regional, la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente del Consejo de Europa contiene disposiciones detalladas sobre acceso a información ambiental en poder de autoridades públicas³⁶, órganos con responsabilidades públicas sobre el medio ambiente³⁷, e incluso de operadores³⁸. Sin embargo, la contribución más significativa y detallada a la evolución de la participación pública en asuntos ambientales es el Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales de la UNECE, de 1998³⁹ (Convenio de Aarhus), el cual contiene disposiciones relativas a los tres pilares de la participación pública. A pesar de ser de alcance regional, esta Convención está abierta a la adhesión de otros Estados fuera de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE, por sus siglas en inglés),

32 OSPAR. *Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste*. París, 1993. Artículo 9; *North American Agreement on Environmental Cooperation*. 1993. Artículo 6; ONU. *Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación*. París, 1994. Artículo 19; UNECE. *Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes*. Estocolmo, 2001. Artículo 10; UNECE. *Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo*. Kiev, 2003, Artículo 18; ONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. 2007. Artículos 18, 19, 32 y 40; ONU. *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización al Convenio Sobre Diversidad Biológica*. Nagoya, 2010. Artículo 12.

33 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23).P. 686; ILC, *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*. 2001.

34 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 13.

35 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23).P. 700.

36 CdE. *Convenio sobre responsabilidad civil por perjuicios resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente*. Lugano, 1993. Artículo 14.

37 Convenio sobre Responsabilidad Civil. Cit. ant. (36). Artículo 15.

38 Convenio sobre Responsabilidad Civil. Cit. ant. (36). Artículo 16.

39 UNECE. *Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente*. Aarhus, 1998.

lo cual le da el potencial de convertirse en un marco global para fortalecer los derechos ambientales de los ciudadanos⁴⁰.

Por último, cabe destacar el hecho de que una parte importante de los avances en participación pública en la toma de decisiones ambientales se han materializado en la forma de instrumentos no vinculantes, tales como guías, recomendaciones y planes de acción⁴¹. La participación pública ha sido también reconocida en el contexto de mecanismos de responsabilidad corporativa, tales como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁴² y las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional (IFC)⁴³; y como parte de la evaluación y gestión de riesgos ambientales y sociales, con los Bancos Multilaterales de Desarrollo (BMD) jugando un importante rol en establecer requerimientos de participación pública. Una cantidad importante de instituciones financieras privadas han desarrollado estándares de participación pública similares, y a través de los Principios del Ecuador han adoptado las Normas de Desempeño de la IFC⁴⁴ como las mejores prácticas de la industria⁴⁵.

En este contexto, Ebesson señala que a pesar del consenso y apoyo a la participación pública en la toma de decisiones ambientales en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, su incorporación en acuerdos ambientales globales ha sido más bien modesta, y que hay muy pocos estándares legales internacionales mínimos para la participación pública, la mayor parte de los cuales se han desarrollado regionalmente⁴⁶. Sin perjuicio de ello, estos avances regionales en participación pública están evolucionando hacia estándares legales globales. Como analizaremos más adelante, la consideración de la participación pública como un requisito procedimental para la protección de derechos humanos tiene el potencial de unificar perspectivas sobre participación entre los diferentes instrumentos regionales.

40 UNECE. *Guidance on Public Participation in EIA in a Transboundary Context ECE/MP.EIA/7* [en línea]. Ginebra: United Nations Publication, 2006. Disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2006/eia/ece.mp.eia.7.pdf>.

41 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23). P. 685.

42 OCDE. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* [en línea]. OECD Publishing, 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>. VI 2(b).

43 IFC, Corporación Financiera Internacional. *IFC Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental* [en línea]. 2012. Disponible en: http://http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES. Nº 25.

44 BRADLOW, Daniel; CHAPMAN, Megan. "Public participation and the private sector: the role of multilateral development banks in the evolution of international legal standards". *Erasmus Law Review*. 2011, vol 4. P.92.

45 BRADLOW, Daniel; CHAPMAN, Megan. Cit. ant. (44). P. 119.

46 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23). P. 697-698.

2. La necesidad de participación pública en la EvIA

En el caso *Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) llegó a una conclusión inesperada, al señalar que no existía obligación legal de consultar a la población afectada de acuerdo a los instrumentos invocados por Argentina⁴⁷ esto es, la Convención de Espoo, el Proyecto de Artículos de la CDI, y las Metas y Principios de EvIA del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente⁴⁸. Esta conclusión de la CIJ sorprende considerando que el Proyecto de Artículos de la CDI de 2001 constituye una compilación de obligaciones legales internacionales existentes, basadas en precedentes de práctica de los Estados, tratados y otros⁴⁹, y que como tal, es vinculante. Asimismo, tal conclusión es inconsistente con los últimos desarrollos en derechos humanos, de acuerdo a los cuales la participación pública puede ser vista como un derecho emergente bajo el derecho nacional e internacional⁵⁰. En razón de ello, la Corte podría haber sido persuadida de que la participación pública es un elemento necesario de la EvIA⁵¹. A continuación, nos enfocaremos en desarrollar los argumentos en este sentido.

Es necesario tener en mente que en *Plantas de Celulosa* la CIJ reconoció a la EvIA como un elemento de debida diligencia bajo la costumbre internacional. En este sentido, reconoció que la EvIA ha ganado tanta aceptación en años recientes, que ya se ha convertido en un requerimiento según el derecho internacional general, cuando hay riesgo de que una actividad tenga un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo⁵². De hecho, a pesar de la falta de un acuerdo global, la EvIA ha sido ampliamente reconocida en tratados y declaraciones internacionales, mecanismos de responsabilidad corporativa y en más de cien marcos regulatorios nacionales⁵³. En este contexto, resulta inconsistente reconocer a la EvIA como un requerimiento según el derecho internacional general, en base a su aceptación general por parte de los Estados, a la vez que se descarta la necesidad de consultar a la población susceptible de ser afectada, que es igualmente aceptada, e incorporada en las regulaciones de EvIA más relevantes. Como demostraremos, no considerar a la participación pública en una EvIA va directamente en contra de la lógica del procedimiento y las tendencias en derecho internacional.

47 Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay *Argentina v. Uruguay* [2010] ICJ Reports 14. Párrafos 215-216.

48 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30) Artículos 2(6) y 3(8); ILC. Cit. ant. (33) Artículo 13; UNEP. *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment: Decision 14/25 of the Governing Council of UNEP, of 17 June 1987* [en línea]. UNEP, 1987. Disponible en: <http://www.unep.org/regionalseas/publications/reports/RSRS/pdfs/rsrs122.pdf>. Principios 7 y 8.

49 BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. Cit. ant. (9). P. 141.

50 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 13 Comentario 10.

51 BOYLE, Alan. "Developments in International Law of EIA and their Relation to the Espoo Convention". *Review of European Community & International Environmental Law*. 2011, vol 20. P. 231.

52 Pulp Mills. Cit. ant. (47). Párrafo 204.

53 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2). P. 4-5.

2.1 La lógica de la participación pública en la EvIA

La EvIA ha sido concebida como un procedimiento cuyo principal propósito es proporcionar información a quienes deben tomar una decisión, de modo que puedan considerar los efectos en el medio ambiente de una propuesta de desarrollo antes de adoptar una decisión respecto al proyecto o actividad en estudio⁵⁴. Con este objeto, la EvIA establece requerimientos en cuanto al estilo y estructura del proceso de toma de decisión, establece vías para recibir información y recolectar datos del público y de expertos⁵⁵. La información deriva de metodologías basadas en hechos, tales como la modelación⁵⁶, junto con opiniones basadas en valores. En este sentido, la EvIA ha sido considerada como una herramienta para lograr decisiones que incorporen valores públicos y legitimidad democrática⁵⁷.

De ahí que la existencia de oportunidades para la participación en la EvIA es una de sus características clave⁵⁸, proveyendo oportunidades para poner en práctica los tres pilares de la participación. En una primera etapa, se obtiene información de los expertos y de las personas potencialmente afectadas para preparar el estudio de impacto ambiental, luego, se proporciona acceso a la información relativa a las características e impactos previstos del desarrollo propuesto. La participación en la toma de decisiones se incorpora a través de las oportunidades en las cuales el público puede expresar sus preocupaciones y puntos de vistas sobre el desarrollo y sus impactos. Finalmente, en la mayoría de los casos, las decisiones adoptadas tras una EvIA pueden ser objeto de revisión administrativa o judicial.

2.2 La participación pública en la EvIA como un requerimiento de acuerdo al derecho internacional

Ya en 1972 la Declaración de Estocolmo consideraba un artículo que se refería en parte a la EvIA, el cual fue finalmente dejado fuera debido a la preocupación de los países en vías de desarrollo, de que esto limitase sus posibilidades de desarrollo⁵⁹. En 1983, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP, por sus siglas en inglés) comenzó la elaboración de un conjunto de requerimientos de la EvIA, comprendiendo una serie de principios fundacionales, aplicables a las EvIA tanto domésticas como internacionales⁶⁰.

54 UNEP. Cit. ant. (48). Prefacio.

55 HOLDER, Jane; LEE, Maria. Cit. ant. (3).P. 550-551.

56 HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 202.

57 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 39.

58 HOLDER, Jane. Cit. ant. (4).P. 233.

59 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2). P. 91; SOHN, Louis. "Stockholm Declaration on the Human Environment" *Harvard International Law Journal*.1973, vol 14.P. 431. De todas formas se incluyó en varias recomendaciones contenidas en el Plan de Acción para el Medio Humano adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

60 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 93.

Las Metas y Principios de la EvIA de la UNEP resultantes reconocieron la necesidad de participación pública en la EvIA, estableciendo que antes de que se tomara una decisión, los miembros del público, expertos y grupos interesados deberían tener la oportunidad de comentar la EvIA⁶¹, agregando que la decisión debería ser tomada sólo una vez transcurrido un periodo apropiado, para considerar los comentarios⁶².

Más tarde, la Declaración de Río de 1992 reconoció definitivamente la relevancia de la EvIA como un instrumento nacional para evaluar aquellas actividades susceptibles de tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente⁶³. Después de eso, varios otros tratados se han referido en términos amplios a la necesidad de llevar a cabo una EvIA⁶⁴. En este contexto, aquellos instrumentos que profundizan en sus contenidos y requerimientos invariablemente consideran la necesidad de establecer oportunidades de participación pública en estos procedimientos. El Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB, por sus siglas en inglés) requiere expresamente que las Partes realicen EvIA de aquellos proyectos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica y permitan participación pública en este procedimiento⁶⁵. El Anexo I del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección Ambiental regula la EvIA y considera la oportunidad para el público de comentar el proyecto de la Evaluación Medio Ambiental Global⁶⁶. En la misma línea, el Convenio de Espoo proporciona oportunidades para que el público de la parte afectada tenga oportunidad de formular observaciones o plantear objeciones con respecto a la actividad propuesta y de transmitir estas observaciones y objeciones a la autoridad competente de la parte de origen después de la notificación⁶⁷ y después que la documentación de la EvIA se haga pública⁶⁸. El Convenio de Espoo es particularmente relevante, porque a pesar de que emergió como un tratado regional, ha sido modificado para permitir que países fuera de la UNECE puedan ser partes, lo que constituiría un primer paso hacia un tratado de EvIA transfronterizo global⁶⁹. Si bien ningún país fuera de la UNECE ha suscrito este tratado hasta la fecha, los principales elementos de la EvIA de acuerdo a la costumbre internacional son cercanos a aquellos contenidos en esta Convención⁷⁰.

61 UNEP. Cit. ant. (48). Principio 7.

62 UNEP. Cit. ant. (48). Principio 8.

63 Declaración de Río. Cit. ant. (29) Principio 17.

64 ONU. *Convención sobre el Derecho del Mar*. Nueva York, 1982. Artículo 206; ONU. *Convención sobre Diversidad Biológica*. Río de Janeiro, 1992. Artículo 14(1)(a); ONU. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Nueva York, 1992. Artículo 4(1)(f); UNECE. *Convención sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales*. Helsinki, 1992. Artículo 3(1)(h).

65 CDB. Cit. ant. (64). Artículo 14(1)(a).

66 Protocolo al Tratado Antártico. Madrid, 1991. Anexo I Artículo 3(3).

67 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30) Artículo 3(8).

68 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30) Artículo 4(2).

69 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 102.

70 BOYLE, Alan. Cit. ant. (51).P. 231.

Uno de los argumentos más fuertes para la incorporación de participación pública en la EvIA viene directamente del Proyecto de Artículos de la CDI que codifica obligaciones existentes en derecho internacional, reflejando los desarrollos en la práctica de los Estados y en instrumentos existentes⁷¹. Estos artículos requieren que la autorización de actividades que podrían producir daño transfronterizo se basen en una EvIA⁷² para permitir al Estado adoptar medidas preventivas⁷³. Esta evaluación debería contener a lo menos una evaluación del potencial efecto dañino derivado de la actividad⁷⁴, y esta información debería ser proporcionada al público, para darles la oportunidad de manifestar sus opiniones sobre la propuesta de desarrollo⁷⁵. Esto último revela que la necesidad de incorporar participación pública en la EvIA es reconocida como parte del derecho internacional por la CDI.

2.3 Participación pública y EvIA como requerimientos de derechos humanos

La participación pública en asuntos ambientales tiene una dimensión de derechos humanos. De hecho, los pilares de la participación pública en asuntos ambientales están fuertemente ligados a derechos humanos reconocidos en instrumentos existentes de derecho internacional de los derechos humanos. Ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoce los derechos a investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas⁷⁶, así como el derecho a participar en el gobierno del país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos⁷⁷. Estos derechos están reconocidos también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁸, así como en instrumentos regionales de derechos humanos en Europa, América y África.

A través de la adopción e implementación del Convenio de Aarhus, se ha logrado un mayor desarrollo de los derechos participatorios en Europa. Este Convenio considera los derechos de acceso a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia como condiciones necesarias para el goce del derecho a vivir en un ambiente que permita garantizar salud y bienestar, y el deber de proteger y mejorar el ambiente en interés de las generaciones futuras y presentes⁷⁹. Sus disposiciones pueden ser consideradas como

71 BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. Cit. ant. (9).P. 141.

72 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7.

73 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7 Comentario 1.

74 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7 Comentario 7.

75 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 13 Comentario 2.

76 ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, 1948. Artículo 19.

77 Declaración Universal de Derechos Humanos. Cit. ant. (76). Artículo 21.

78 ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, 1966. Artículos 19 y 25(a).

79 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Preámbulo.

una extensión de los derechos humanos y ambientales⁸⁰, lo que se demuestra por el hecho de que la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha interpretado los requerimientos procedimentales para proteger el derecho a la vida privada y la familia en armonía con este instrumento, aún respecto de Estados que no son partes del Convenio de Aarhus⁸¹.

Se ha argumentado que la falta de una contraparte al Convenio de Aarhus a nivel global, y la forma en la cual la participación pública ha sido incorporada en los Acuerdos Multilaterales Ambientales (AMA), no otorga al público un derecho a tomar parte en las decisiones ambientales ni a obtener información ambiental, y está lejos de reflejar el enfoque basado en derechos del Convenio de Aarhus o incluso del Principio 10 de la Declaración de Río⁸². Sin embargo, la participación pública ha tenido una considerable evolución, y algunas Cortes de derechos humanos están requiriendo consistentemente que los Estados provean acceso a información y oportunidades de participación en la toma de decisiones en materia ambiental.

En este contexto, la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) ha desarrollado su jurisprudencia sobre participación pública en asuntos ambientales considerándola como un aspecto procedimental del derecho a la vida privada y familiar. En *Guerra v. Italia*, la CtEDH determinó que el Estado había atentado contra el derecho a la vida privada y familiar al no proporcionar acceso a información ambiental, lo que hubiera permitido a los peticionarios evaluar los riesgos que podrían correr si continuaban viviendo cerca de una fábrica en caso de producirse un accidente⁸³. De similar manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH) en *Claude Reyes v. Chile* determinó que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión y pensamiento de los peticionarios por negarse a proporcionar acceso a información en poder del Estado referente a un proyecto de deforestación⁸⁴, lo cual hubiera permitido a los peticionarios determinar los impactos ambientales del desarrollo propuesto. Ambos casos son ejemplos del uso del acceso a la información ambiental para asegurar el ejercicio y goce de derechos humanos.

Por otra parte, la CtEDH tanto en *Hatton v. Reino Unido* como en *Taskin v. Turquía* ha reconocido el derecho a participar en la toma de decisiones en materia ambiental. En estos casos, la Corte estableció que a pesar de que el derecho a la vida privada y familiar no contempla requisitos procedimentales expresos –según los términos en que está

80 BOYLE, Alan. "Human rights and the environment: where next?". *European Journal of International Law*. 2012, vol 23.P. 624.

81 BOYLE, Alan. Cit. ant. (80).P. 622-624.

82 EBESSON, Jonas. Cit. ant. (23).P. 699-700.

83 *Guerra v. Italia* (1998) 26 EHRR 357. Párrafos 58-60.

84 *Claude Reyes et al v. Chile* (2006) IACHR Series C No 151. Párrafo 103.

establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)-, al considerar medidas que podrían interferir con este derecho, el proceso de toma de decisión debe ser justo, y permitir el debido respeto por los intereses de los individuos, tomando sus opiniones en cuenta⁸⁵. La CtEDH en *Taskin v. Turquía* estableció requisitos procedimentales específicos con el fin de asegurar el respeto a la vida privada y familiar, señalando que "donde un Estado debe determinar asuntos complejos de política ambiental y económica, el proceso de toma de decisión debe primeramente contemplar investigaciones y estudios apropiados para permitirles predecir y evaluar anticipadamente los efectos de aquellas actividades que puedan dañar el medio ambiente e infringir derechos individuales, y habilitarlos a dar con un balance justo entre los varios intereses en conflicto que están en juego (...). La importancia del acceso público a las conclusiones de tales estudios y a la información que habilite a los miembros del público a evaluar el peligro al cual está expuesto es incuestionable (...)"⁸⁶. Aún cuando no hay referencia explícita a la EvIA en la sentencia⁸⁷, las características del referido proceso son precisamente aquellas de una EvIA, ya que requiere la predicción y evaluación de los efectos de las actividades en el medio ambiente, las cuales forman parte esencial de una evaluación de impacto ambiental. La Corte además reconoce específicamente la importancia de la participación pública durante dicho proceso, al establecer la necesidad de que sea abierto al público.

Por otra parte, la CtIA DH también ha contribuido al desarrollo de la jurisprudencia sobre participación pública y EvIA. En esta materia, los mayores avances se han enfocado en derechos de los pueblos indígenas, a través de una interpretación progresiva y evolucionaria de los instrumentos internacionales existentes⁸⁸. Ciertamente, los instrumentos de derechos humanos relativos a pueblos indígenas han ido mucho más allá que los instrumentos de alcance general en relación a los estándares de participación requeridos. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 OIT) requiere consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y esta consulta debe ser realizada con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁸⁹. Además, se requiere el consentimiento previo e informado de los pueblos cuando se requiera su traslado y

85 *Taskin v. Turquía* (2006) 42 EHRR 50. Párrafo 118; *Hatton v. Reino Unido* (2003) 37 EHRR 28. Párrafo 104.

86 *Taskin v. Turquía*. Cit. ant. (85). Párrafo 119; *Hatton v. Reino Unido*. Cit. ant. (85). Párrafo 128.

87 BOYLE, Alan. Cit. ant. (80). P. 624.

88 *AwasTingni v. Nicaragua* (2001) IACHR Series C No 79. Párrafo 148; *Sarayaku v. Ecuador* (2012) IACHR Series C No 245. Párrafo 161.

89 OIT. *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Ginebra, 1989. Artículo 6.

reubicación⁹⁰. En la misma línea, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2007) requiere el consentimiento previo, libre e informado antes del traslado de pueblos indígenas interesados⁹¹, de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten⁹² o antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales (artículo 32). Considerando estos instrumentos, la CtIADH en *Sarayaku v. Ecuador* consideró a la obligación de consultar como un principio general de derecho internacional⁹³.

Tanto en *Saramaka v. Surinam* como en *Sarayaku v. Ecuador*, la CtIADH determinó que los Estados habían infringido su obligación de respetar los derechos de propiedad de miembros de las comunidades indígenas involucradas, ya que no se permitió participación efectiva en los procesos de toma de decisión que tendrían efectos sobre sus tierras⁹⁴. En estas sentencias, la Corte determinó que los Estados no llevaron a cabo ni supervisaron evaluaciones de impacto ambiental y social que cumplieran con estándares internacionales, violando así derechos de propiedad de las respectivas comunidades indígenas⁹⁵.

En *Sarayaku v. Ecuador* la Corte profundiza en el rol que la EvIA juega en el proceso de consulta, indicando que su objetivo no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre las tierras y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, 'con conocimiento y de forma voluntaria'⁹⁶. Además, recomienda seguir estándares internacionales y buenas prácticas al respecto⁹⁷ como las Directrices voluntarias de Akwé:Kon elaboradas por la Secretaría de la CDB⁹⁸. La Corte además estableció que en este caso no se realizó una consulta informada, ya que en las aproximaciones al pueblo Sarayaku, no presentó ni discutió con ellos la información contenida en la EvIA⁹⁹.

90 OIT. Cit. ant. (89). Artículo 16.

91 Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Cit. ant. (32). Artículo 10.

92 Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Cit. ant. (32). Artículo 18.

93 *Sarayaku v. Ecuador*. Cit. ant. (88). Párrafo 164-166.

94 *Saramaka v. Surinam* (2007) IACHR Series C No 172. Párrafos 154 and 156.

95 *Saramaka v. Surinam*. Cit. ant. (106). Párrafos 154, 156; *Sarayaku v. Ecuador*. Cit. ant. (88). Párrafo 204-207, 232.

96 *Sarayaku v. Ecuador* Cit. ant. (88). Párrafo 205.

97 *Sarayaku v. Ecuador* Cit. ant. (88). Párrafo 206.

98 *Saramaka v. Surinam* (2008) IACHR Series C No 185. Para. 41; Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Directrices Akwé:Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares*. Montreal: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2004. Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>.

99 *Sarayaku v. Ecuador*. Cit. ant. (88). Párrafo 209.

Resulta claro del análisis realizado que la participación pública, y especialmente la consulta, es un requisito esencial de una EvIA: la lógica del procedimiento así lo demanda, así como también los regímenes de EvIA existentes. Además, ha habido una creciente y convergente consideración de la EvIA y la participación pública como un requisito procedimental para la protección de derechos humanos, tales como la vida privada y familiar y la propiedad.

3. Condiciones que definen a la participación pública en la EvIA

Para evaluar si la participación pública en la EvIA es apta para abordar conflictos ambientales, es necesario establecer las principales características de los procedimientos de participación contemplados en la EvIA. A pesar de que no existe un acuerdo global sobre EvIA, podemos extraer estándares comunes mínimos de los instrumentos internacionales que regulan la EvIA en contextos específicos. Estos instrumentos usualmente delegan la regulación detallada del procedimiento a los marcos regulatorios nacionales¹⁰⁰, los cuales tienen un importante rol en incorporar los estándares ambientales internacionales en la práctica doméstica¹⁰¹.

En esta línea, la CIJ en *Plantas de Celulosa* sostuvo que el derecho internacional general no especifica el alcance ni el contenido de una EvIA, señalando que corresponde a cada Estado determinar el contenido específico de la EvIA requerida en cada caso¹⁰². Sin embargo, el Estado no es completamente libre de determinar los contenidos de la regulación de la EvIA, ya que es necesario considerar la naturaleza y magnitud del proyecto, su potencial impacto en el medio ambiente y la necesidad de ejercer debida diligencia¹⁰³.

Por lo tanto, las características de la participación en la EvIA suelen depender de la magnitud del impacto previsto, con oportunidades más abiertas respecto de aquellos proyectos que son susceptibles de provocar impactos ambientales significativos¹⁰⁴. Esto es explícito en las Normas de Desempeño de la IFC, que requieren una *consulta* de las comunidades afectadas sujetas a riesgos e impactos adversos de una propuesta de desarrollo, y una *consulta y participación informada* cuando estos impactos son significativos. Lo último se describe como 'un intercambio más profundo de perspectivas e

100 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 2(2).

101 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 12; ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7 Comentario 4.

102 *Pulp Mills*. Cit. ant. (47). Párrafo 205.

103 *Pulp Mills*. Cit. ant. (47). Párrafo 205; BOYLE, Alan. Cit. ant. (51).P. 229.

104 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 32.

información, y una consulta organizada e interactiva, que conduce a que el cliente incorpore al proceso de formulación de decisiones las opiniones de las Comunidades Afectadas sobre los asuntos que las afectan directamente¹⁰⁵. Es más, en ciertos casos relativos a pueblos indígenas, las Normas de Desempeño de la IFC –en línea con regulaciones internacionales específicas sobre derechos de los pueblos indígenas- requieren consentimiento previo, libre e informado¹⁰⁶.

Cuándo y cómo tiene lugar la participación pública difiere de una regulación de EvIA a la otra, tanto en el contexto nacional como internacional¹⁰⁷. A continuación, abordaremos la forma en que los factores más relevantes en el diseño de los procesos participatorios han sido abordados en los regímenes de EvIA existentes.

3.1 Disponibilidad de información

El acceso a la información es esencial para una participación pública efectiva y significativa, y es uno de los elementos principales de la EvIA, proporcionando al público la oportunidad de considerar los efectos en el medio ambiente del proyecto¹⁰⁸ y decidir si participar en el proceso decisorio. Este es también uno de los aspectos más complejos y cruciales de una EvIA, y una potencial fuente de conflicto, lo que hace necesario considerar cuidadosamente cada aspecto de la entrega de información: su oportunidad, la información a ser entregada, la forma en que será entregada y la accesibilidad a la información por parte del público.

En relación a la oportunidad para la entrega de información, es importante conciliar la necesidad de proporcionar oportunidades tempranas para la participación con el nivel de detalle de la información requerido. En fases avanzadas del diseño de un proyecto, es posible tener una predicción más precisa de los impactos, pero por otro lado, por los costos en que los proponentes han incurrido a estas alturas, suelen estar menos dispuestos a modificar sus proyectos en razón de cuestionamientos ciudadanos. De ahí que la participación en etapas tardías provee condiciones en las cuales es probable que emerja un conflicto ambiental, y revela la necesidad de involucrar al público tempranamente para identificar alternativas cuando es más factible que estas sean consideradas, aun cuando la información disponible en un principio puede ser incompleta.

105 IFC. Cit. ant. (43). Párrafos 30-31.

106 IFC. Cit. ant. (43). Párrafo 32.

107 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2). P. 31.

108 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 152-153.

En esta línea, el Convenio de Espoo requiere que la notificación a la Parte que pueda ser afectada por un impacto transfronterizo perjudicial se haga lo antes posible¹⁰⁹, y esta Parte a su vez debe proporcionar información al público susceptible de ser afectado. Esto puede ser al principio del procedimiento de EvIA¹¹⁰, aunque el involucramiento del público en las etapas de *screening*¹¹¹ y *scoping*¹¹² dependerá de las disposiciones establecidas en la legislación y los procedimientos de EvIA domésticos¹¹³. Por otra parte, el Convenio de Aarhus requiere que el público interesado sea informado al comienzo del proceso, como convenga, de manera eficaz y en el momento oportuno¹¹⁴.

La información requerida normalmente comprende la descripción del proyecto, del ambiente susceptible de ser afectado y de los riesgos y potenciales impactos¹¹⁵. En este contexto, las EvIA contienen interpretaciones y predicciones en relación a los efectos en el medio ambiente de un proyecto cuya precisión es limitada¹¹⁶, y por lo tanto pueden generar condiciones para que emerjan disputas ambientales. El enfoque adoptado por la Convención de Espoo es particularmente útil en esta materia, ya que requiere expresamente señalar los métodos predictivos y los supuestos utilizados, así como la información ambiental relevante utilizada, y la identificación de brechas en el conocimiento e incertidumbres encontradas durante la compilación de información requerida¹¹⁷. Todo ello, mejora la transparencia del procedimiento, y da al público una mejor comprensión de la información y conclusiones presentadas.

Adicionalmente, el Convenio de Espoo requiere incluir alternativas a la actividad y medidas de mitigación propuestas. El Protocolo Antártico contempla requerimientos similares, añadiendo la necesidad de considerar potenciales impactos indirectos o de segundo orden y acumulativos, así como los efectos sobre el desarrollo de la investigación científica y sobre otros usos y valores existentes¹¹⁸. Además, el Convenio de Aarhus requiere que el público interesado sea informado de la naturaleza de las decisiones o del proyecto de decisión que podrían adoptarse; la autoridad pública encargada de tomar la decisión; el procedimiento previsto y el hecho de que la actividad sea objeto de un procedimiento

109 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 3.

110 UNECE. *Guidance on Public Participation in EIA in a Transboundary Context ECE/MP.EIA/7* [en línea]. Ginebra: United Nations Publication, 2006. Disponible en: <http://www.uncece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2006/eia/ece.mp.eia.7.pdf>. Para 62.

111 Determinación respecto a si un proyecto requiere o no de una EvIA.

112 Determinación del alcance de la información ambiental que debe presentarse en una EvIA.

113 UNECE. Cit. ant. (110). Párrafo 64.

114 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 6(2).

115 IFC. Cit. ant. (43). Párrafo 29; ILC. Cit. ant. (33). Artículo 13.

116 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19). P. 153.

117 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Apéndice II.

118 Protocolo al Tratado Antártico. Cit. ant. (66). Anexo I Artículo 3.

de evaluación del impacto nacional o transfronterizo sobre el medio ambiente¹¹⁹. Las Directrices de Akwé:Kon establecen la necesidad de notificar a las comunidades susceptibles de ser afectadas, incluyendo información sobre las condiciones de la consulta pública, y la indicación de las obligaciones en virtud de la legislación nacional y subnacional así como los acuerdos subregionales, regionales e internacionales¹²⁰.

Por otra parte, es también importante que la información proporcionada pueda llegar al público y ser efectivamente utilizada, proporcionando un acceso equitativo a la información y teniendo cuidado de no transformar la retención de información en una fuente de poder¹²¹. Los instrumentos internacionales existentes no entregan mayores detalles sobre la forma en que la información debería ser entregada al público, excepto por el Convenio de Aarhus, el cual requiere que el público sea informado por medio de comunicación pública o individualmente, según los casos, al comienzo del proceso¹²², y las Directrices de Akwé:Kon, las cuales recomiendan usar todos los medios públicos normales de notificación, tales como hojas impresas, medios electrónicos y personales, incluidos los periódicos, radio, televisión, correo, reuniones de aldea o ciudad, teniendo en cuenta la situación de comunidades remotas o aisladas y en gran parte incapaces de leer¹²³.

Otro problema en relación a la disponibilidad de la información se deriva del hecho que las metodologías usadas en la EvIA son a menudo difíciles de entender para quienes no tienen acceso a las formas de interpretarla¹²⁴, lo que es particularmente relevante al proporcionar información a comunidades locales vulnerables. Sin embargo, la mayoría de los regímenes de EvIA contemplan que la participación se realice en las mismas condiciones para los diferentes miembros del público, sin considerar estas situaciones. Para abordar este problema, las Directrices de Akwé:Kon reconocen que para participar efectivamente algunas comunidades indígenas y locales pueden requerir el suministro de recursos humanos, financieros, técnicos y legales¹²⁵.

119 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 6(2).

120 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 10.

121 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24). Párrafo 71.

122 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 6.

123 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 10.

124 HOLDER, Jane. Cit. ant. (4). P. 199.

125 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 18.

3.2 Oportunidades para la participación pública

La oportunidad para el público de hacer comentarios en la EvIA usualmente tiene lugar una vez que se ha completado el informe de la EvIA¹²⁶. Este es el enfoque del Protocolo Antártico¹²⁷ y del Proyecto de Artículos de la CDI¹²⁸, y tiene sentido, considerando que la publicación del informe de la EvIA proporciona al público la información necesaria para fundar sus comentarios y participar de forma significativa. Sin embargo, este enfoque también implica que en la práctica, las oportunidades de participación en algunas de las etapas previas de la EvIA están limitadas, lo que es susceptible de generar y potenciar diferencias entre las partes involucradas¹²⁹.

La inclusión de oportunidades tempranas para la participación, durante las etapas de *screening* y *scoping*, pueden ayudar a destacar problemas relevantes que de otra manera el proponente no habría considerado, y las regulaciones domésticas de EvIA crecientemente han ido incorporando alguna forma de consulta durante la fase de *scoping*¹³⁰. En esta línea, las Metas y Principios de la UNEP recomiendan que el involucramiento del público tenga lugar tanto durante la preparación del informe de EvIA, como una vez que el documento ha sido preparado¹³¹, y el Convenio de Espoo contempla oportunidades para recibir comentarios del público tanto de forma previa a la publicación de la documentación de EvIA¹³² como después de ella¹³³. El Convenio de Aarhus requiere a las Partes adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las opciones y soluciones sean aún posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real, y establecer plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que el público se prepare y participe efectivamente a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia medioambiental¹³⁴.

De la misma forma, las Normas de Desempeño de la IFC requieren que la consulta a las comunidades afectadas comience 'en una fase temprana del proceso de identificación de

126 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 31. Por informe de la EvIA nos referimos al estudio o declaración de impacto ambiental, según corresponda.

127 Protocolo al Tratado Antártico. Cit. ant. (66). Artículo 3(3).

128 IFC. Cit. ant. (43), para 29; ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7, 8, 13 Comentario 2.

129 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 123.

130 CRAIK, Neil. Cit. ant. (2).P. 197-198.

131 UNEP. Cit. ant. (48).P. 10-11.

132 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 4(2).

133 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 4(2).

134 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 6.

los riesgos e impactos ambientales y sociales, y continuar conforme vayan surgiendo riesgos e impactos¹³⁵. Por otra parte, las Directrices de Akwé:Kon establecen que la notificación y consulta pública del desarrollo propuesto deberían hacerse con una antelación suficiente, a fin de que las comunidades indígenas y locales afectadas preparen su respuesta, y debería darse la oportunidad de presentar la respuesta de forma que pueda ser considerada plena y equitativamente por el proponente¹³⁶. Es más, se recomienda que las comunidades indígenas y locales afectadas sean invitadas a participar en todo órgano nombrado para asesorar en las fases de *screening* y *scoping* de la EvIA, o sean consultadas, y estén involucradas en el establecimiento de los términos de referencia para la realización de las EvIA¹³⁷. También se recomienda prever el uso de modelos participativos para involucrar a la comunidad durante la realización de las EvIA, y que el proponente ofrezca regularmente retroinformación a la comunidad afectada en todas las etapas de los procesos de evaluación de impacto y de desarrollo¹³⁸.

3.3 Actores involucrados en la participación pública

A grandes rasgos, podemos distinguir tres actores principales involucrados en los procesos de participación pública. Estos son, el proponente del proyecto, el público y el Estado. En la mayoría de los instrumentos internacionales sobre EvIA existentes, el Estado determina quién está a cargo de realizar la evaluación –usualmente el proponente– y designa a la autoridad a cargo de revisar sus resultados, llevar a cabo los procedimientos de participación y adoptar una decisión en relación al desarrollo propuesto¹³⁹. Por otra parte, los instrumentos de responsabilidad corporativa establecen responsabilidades directamente en los proponentes.

En cuanto al público legitimado para participar, es necesario reconocer que pueden surgir diferentes intereses en las distintas etapas de la EvIA¹⁴⁰ y que la composición del público es altamente heterogénea¹⁴¹. De acuerdo a los regímenes internacionales existentes de EvIA, aquellos legitimados para participar son 'el público que pueda resultar afectado por una actividad'¹⁴², 'el público de la Parte afectada en las zonas susceptibles de ser afectadas'¹⁴³

135 IFC. Cit. ant. (43). Párrafo 30.

136 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 11.

137 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 14.

138 Directrices de Akwé:Kon. Cit. ant. (98). Párrafo 15

139 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 7 Comentario 5.

140 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 134.

141 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. *Public Participation in Environmental Assessment and Decision-making*. Washington, DC: The National Academies Press, 2008.P. 200.

142 ILC. Cit. ant. (33). Artículo 13.

143 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 4.

o 'las comunidades afectadas'¹⁴⁴. De lo anterior, surge que el principal requerimiento para que alguien pueda participar en la EvIA es ser potencialmente afectado por el desarrollo propuesto. En este contexto, los proyectos que provocan problemas ambientales a una escala mayor pueden ser especialmente desafiantes para la participación pública¹⁴⁵, ya que hacen más difícil determinar quién es afectado, especialmente en aquellas situaciones en que los recursos ambientales tienen un valor significativo más allá del alcance local¹⁴⁶, por ejemplo, si un desarrollo propuesto amenaza el hábitat de especies en peligro de extinción.

La mayoría de los acuerdos internacionales no especifican si las ONG especializadas son consideradas como parte del público. El Convenio de Aarhus adoptó una posición progresiva en esta materia, al señalar expresamente que se consideran como parte del 'público interesado' las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno¹⁴⁷. Este enfoque asume que la participación de ONGs es beneficiosa para la protección ambiental, y que éstas están autorizadas para hablar en representación del público, pero esto no está exento de dificultades. Es necesario considerar que a pesar de sus fines ambientales, las ONGs también enfrentan presiones tales como la obtención de fondos y el cumplimiento de metas establecidas por patrocinadores, y consecuentemente sus intervenciones no necesariamente benefician a todas las personas afectadas, lo que puede a su vez crear y mantener situaciones de desigualdad, dando origen a nuevos conflictos¹⁴⁸.

3.4 Resultados de la participación pública

En cuanto al nivel de influencia de las observaciones del público en el resultado del proceso decisorio, los regímenes internacionales de EvIA existentes consideran que la agencia encargada debe 'consultar la opinión'¹⁴⁹ del público, 'velar por que, en la decisión definitiva con respecto a la actividad propuesta, se tenga debidamente en cuenta los resultados de las observaciones recibidas y los resultados de las consultas'¹⁵⁰, 'informar a los afectados sobre la manera en que se han tenido en cuenta sus inquietudes'¹⁵¹ y 'velar por que, en el momento de tomar la decisión, se tengan debidamente en cuenta los

144 IFC. Cit. ant. (43). Párrafos 30-31.

145 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 194.

146 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 194-195.

147 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 2(5).

148 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 128-129.

149 ILC. Cit. ant. (38). Artículo 13.

150 Convenio de Espoo. Cit. ant. (30). Artículo 6.

151 IFC. Cit. ant. (43). Párrafo 31.

resultados del procedimiento de participación del público¹⁵². Una solución diferente se contiene en las Normas de Desempeño de la IFC en relación a los proyectos con impactos adversos sobre pueblos indígenas, donde el proponente en ciertos casos requiere obtener su consentimiento libre, previo e informado¹⁵³.

Fluye de los ejemplos anteriores que el requisito más común en los distintos regímenes de EvIA es 'tomar en cuenta' las observaciones del público, pero casi ninguno de los regímenes considerados especifica hasta qué grado estos comentarios del público deben ser tomados en cuenta. Esto es especialmente relevante cuando los argumentos del público no se basan en información objetiva ni científica, sino que en valores y creencias. Fromherz propone requerir consentimiento en lugar de consulta, al menos en aquellos casos en que hay un impacto significativo y que los costos son desproporcionados en relación a los beneficios, considerando la desconexión demográfica entre aquellos afectados por un proyecto y aquellos que se beneficiarán de él¹⁵⁴. Hasta ahora, este enfoque sólo ha sido adoptado en instrumentos relativos a pueblos indígenas. Sin embargo, esto parece una buena idea –especialmente si la meta es prevenir y resolver conflictos a través de la participación pública–, ya que conferir mayor poder a los ciudadanos puede mejorar su confianza en la efectividad del procedimiento para abordar sus inquietudes, y lograr acuerdos mutuamente beneficiosos. Por otra parte, si no hubiera obligación para la agencia de considerar la información recibida a través de procedimientos participatorios, la participación pública en la EvIA no sería más que un proceso de manipulación y mero simbolismo¹⁵⁵.

4. Abordando conflictos ambientales en la EvIA a través de la participación pública

Los conflictos ambientales se caracterizan por el hecho de que un aparente estado de equilibrio es interrumpido por alguna de las partes –en el caso de un EvIA, el proponente cuyo proyecto considera una redefinición respecto del uso o control sobre un determinado recurso natural¹⁵⁶, lo cual es resistido por al menos una de las otras partes. Hay varias fuentes de conflicto interrelacionadas y tensiones que son susceptibles de emerger o volverse visibles durante una EvIA¹⁵⁷.

152 Convenio de Aarhus. Cit. ant. (39). Artículo 6(8).

153 IFC. Cit. ant. (43). Párrafo 32.

154 FROMHERZ, Nicholas A. "From consultation to consent: Community approval as a prerequisite to environmentally significant projects". *Western Virginia Law Review*. 2013, vol 116. P. 194.

155 DRYZEK, John S. *The Politics of the Earth: Environmental Discourses*. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 101.

156 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24). P. 49.

157 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19). P. 5.

Una de las principales fuentes de conflictos está dada por la diversidad de valores, necesidades e inquietudes entre las partes involucradas, e incluso entre diferentes fracciones del público, ya que el público se compone de personas con diferentes opiniones y expectativas, y está lejos de ser una entidad homogénea¹⁵⁸. El uso de distintos criterios para evaluar una propuesta de desarrollo¹⁵⁹, las diferentes percepciones de los riesgos involucrados y las relaciones previas entre los actores relevantes y factores emocionales pueden definir sus opiniones sobre un problema ambiental¹⁶⁰, determinando una predisposición al conflicto¹⁶¹. Otros factores importantes son la información –especialmente cuando ésta es insuficiente o de baja calidad, y en aquellos casos en las cuales hay incertidumbre científica respecto de los impactos del desarrollo propuesto¹⁶²- y las diferencias en la distribución de poder –por falta de acceso a recursos o conocimiento sobre problemas ambientales sustantivos de alguna de las partes¹⁶³. Asimismo, es necesario reconocer que un proceso de participación en la EvIA mal realizado puede crear o potenciar conflictos que de otra forma no se hubieran producido¹⁶⁴.

La participación pública en la EvIA ha sido considerada como esencial para abordar problemas ambientales complejos¹⁶⁵, por lo que a continuación determinaremos si este es uno de los objetivos de este procedimiento, considerando los principales problemas de la participación pública en relación a la prevención y resolución de conflictos, así como su contribución en estas materias.

4.1 Principales problemas de la participación pública como herramienta para la resolución de conflictos

La mayoría de los regímenes de EvIA requieren 'tomar en cuenta' las opiniones del público susceptible de ser afectado, sin contemplar disposiciones para abordar las diferencias existentes entre los integrantes del público, por lo cual la participación refleja la actual distribución de poder¹⁶⁶. En efecto, no todos están en las mismas condiciones para aprovechar esas oportunidades, y sólo aquellos con suficientes recursos, tiempo y

158 GLUCKER, Anne; P.J. DRIESSEN, Peter; KOLHOFF, Arend; A.C. RUNHAAR, Hens. Cit. ant. (5).P. 109.

159 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 17.

160 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 17.

161 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 257-258.

162 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 17.

163 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 17.

164 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 54.

165 BALINT, Peter J.; STEWART, Ronald E.; DESAI, Anand; WALTERS, Lawrence C. *Wicked Environmental Problems*. Washington DC: Island Press, 2011.P. 103-105.

166 DEVLIN, John F.; YAP, Nonita T. "Contentious politics in environmental assessment: blocked projects and winning coalitions". *Impact Assessment and Project Appraisal*. 2008, vol 26.P. 25.

educación serán capaces de participar de una manera significativa, teniendo una mayor influencia en el proceso de toma de decisión¹⁶⁷. Por otro lado, aquellos que se sientan sin poder en el procedimiento de participación pública pueden recurrir a otros medios fuera del procedimiento formal para hacer valer sus puntos de vista¹⁶⁸, menoscabando la utilidad del EvIA como una herramienta para la resolución de conflictos. Una solución a estas situaciones puede ser encontrada en las Directrices de Akwé:Kon, las cuales reconocen la necesidad de proporcionar a los pueblos indígenas y comunidades locales los recursos para poder participar de forma significativa, y más generalmente a través de la aplicación de estándares de derechos humanos. En esta línea, la CtIADH en su jurisprudencia ha dado especial atención a propuestas de desarrollo que pueden afectar a los pueblos indígenas, considerando sus características particulares y regulaciones especiales.

Otro de los problemas principales de la participación pública en la EvIA es la falta de confianza en quienes toman la decisión, lo que puede llevar al público a abstenerse de participar, al sentir que de hacerlo estarían legitimando un proceso manipulado, en que la decisión ya ha sido tomada sin atender a sus opiniones¹⁶⁹. Por el contrario, mayores niveles de confianza entre quien toma la decisión y los participantes hacen más probable un resultado exitoso¹⁷⁰, lo que puede ser logrado a través de un proceso legítimo, justo, balanceado y abierto¹⁷¹. En la EvIA se puede generar un proceso con las referidas características, y para ello la claridad del público respecto de sus posibilidades de influir efectivamente en la decisión es crucial. Ciertamente, esto puede estar limitado por los procesos y mandatos específicos de la agencia encargada de la participación, los cuales deberían estar en conocimiento del público anticipadamente, sin que sean usados para restringir indebidamente la participación¹⁷². De otra forma, las expectativas del público podrían ser irreales, lo que a su vez es susceptible de crear o aumentar el nivel de conflicto.

El limitado alcance geográfico y temporal de la participación pública en la EvIA también puede menoscabar su aptitud para abordar conflictos ambientales. Ciertamente, los límites geográficos se circunscriben al lugar donde se espera que tengan lugar los efectos del desarrollo propuesto, y en el tiempo, las oportunidades de participación se limitan a momentos específicos del proceso de toma de decisión, los cuales son anteriores a la

167 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 208.

168 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 208.

169 WIKLUND, Hans. "Why high participatory ideals fail in practice: a bottom-up approach to public non-participation in EIA". *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*.2011, vol 13.P.172-173.

170 BALINT, Peter J.; STEWART, Ronald E.; DESAI, Anand; WALTERS, Lawrence C.Cit. ant. (165).P. 109.

171 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 69.

172 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 214.

ejecución del desarrollo propuesto¹⁷³. Para abordar problemas complejos, es necesario un proceso mucho más extensivo, que tome en cuenta la naturaleza dinámica de los valores y las prioridades del público como resultado de nuevos hallazgos científicos¹⁷⁴, y de la duración extendida en el tiempo del proyecto.

4.2 Contribuciones a la resolución de conflictos en la EvIA

Sin perjuicio de los problemas señalados en la Sección precedente, los conflictos ambientales pueden requerir el uso combinado de varios medios para su gestión¹⁷⁵, uno de los cuales sin duda es la participación pública en la EvIA. Ésta es susceptible de constituir una oportunidad real para que el público influya en el proceso de toma de decisión, caso en el cual el potencial para la prevención y resolución de conflictos es significativo, proporcionando oportunidades para el aprendizaje social y la transformación de valores¹⁷⁶.

La existencia de oportunidades para la participación en la EvIA puede proporcionar información valiosa para el proponente en relación a las necesidades públicas, el diseño de medidas de mitigación y compensación para los impactos previstos y mejorar la aceptación del resultado del procedimiento, haciéndolo menos susceptible de ser impugnado judicialmente¹⁷⁷ y evitando conflictos que en el largo plazo podrían demorar la ejecución del desarrollo propuesto¹⁷⁸. Además, la apertura del procedimiento de toma de decisión al público tiene el potencial de permitir a todas las partes involucradas mejorar su comprensión de los problemas que surgen en torno al desarrollo propuesto, generando oportunidades para el diálogo y la generación de acuerdos, incorporando concesiones mutuas en la decisión, y contribuyendo de esta forma a resolver potenciales conflictos¹⁷⁹. En este contexto, a través de la cooperación pueden descubrirse intereses mutuos, proporcionando oportunidades para debatir los diferentes intereses de las partes involucradas, lo cual ayuda a abordar la oposición y prevenir la judicialización de los conflictos ambientales¹⁸⁰. Asimismo, esto puede constituir una fuente de creatividad para elaborar nuevas alternativas que beneficien a todas las partes involucradas¹⁸¹.

173 BALINT, Peter J.; STEWART, Ronald E.; DESAI, Anand; WALTERS, Lawrence C. Cit. ant. (165).P. 103-104.

174 BALINT, Peter J.; STEWART, Ronald E.; DESAI, Anand; WALTERS, Lawrence C. Cit. ant. (165).P. 103-104.

175 CHRISTIE, Edward. Cit. ant. (19).P. 5.

176 WILKINS, Hugh. "The need for subjectivity in EvIA: discourse as a tool for sustainable development". *Environmental Impact Assessment Review*. 2003vol 23.P. 401-403.

177 TILLEMANN, William. Cit. ant. (15).P. 343.

178 SIDAWAY, Roger. Cit. ant. (24).P. 124.

179 TILLEMANN, William. Cit. ant. (15).P. 344-345.

180 GLUCKER, Anne; P.J. DRIESSEN, Peter; KOLHOFF, Arend; A.C. RUNHAAR, Hens. Cit. ant. (5).P. 108.

181 O'FAIRCHEALLAIGH, Claire. Cit. ant. (4).P. 21.

Por otra parte, aún si no se alcanza un acuerdo en la EvIA, el hecho de haber llevado a cabo un procedimiento participatorio donde se han hecho todos los esfuerzos por llegar a una solución de común acuerdo contribuye a la legitimidad de su resultado¹⁸². De esta forma, la EvIA puede proporcionar las condiciones institucionales para una deliberación pública efectiva y para abordar problemas de la comunidad a través de un diálogo libre y abierto, en tanto el proceso incorpore las especificaciones locales y culturales, considere las opiniones de aquellos potencialmente afectados -así como a las futuras generaciones-, y entregue oportunidades para el aprendizaje social¹⁸³.

182 DIETZ, Thomas; STERN, Paul C. Cit. ant. (141).P. 206.

183 WILKINS, Hugh. Cit. ant. (176).P. 401-403.

CONCLUSIÓN

La EvIA ha ganado una gran importancia como una herramienta para la toma de decisiones, y la participación pública constituye una parte esencial de ella. Esto fluye de la lógica y los objetivos del procedimiento de EvIA, y de las características comunes de los diferentes acuerdos internacionales, directrices e instrumentos de responsabilidad corporativa que han regulado la EvIA. Además, la participación pública ha sido desarrollada en derecho internacional de los derechos humanos como un requisito procedimental para el goce de derechos tales como el derecho a la vida privada y familiar, a la propiedad y la libertad de pensamiento y expresión.

A pesar de la ausencia de un acuerdo global sobre EvIA, podemos identificar ciertas características comunes en los procedimientos de participación contemplados en diferentes regulaciones de EvIA, y basados en ellas abordamos la pregunta sobre si el diseño de estos procedimientos les permite funcionar como herramientas de prevención y resolución de conflictos. En este aspecto, identificamos los principales problemas para este propósito, tales como la falta de disposiciones que reconozcan las diferencias de poder entre los distintos miembros del público; la falta de confianza entre las partes involucradas y la falta de definición de hasta qué punto las opiniones del público serán tomadas en cuenta. De la misma forma, el limitado alcance geográfico y temporal de la EvIA la hace insuficiente para resolver conflictos ambientales en el largo plazo. De acuerdo a lo anterior, la contribución de la participación pública en la EvIA para la prevención y resolución de conflictos no es susceptible de ser suficiente para abordar todo conflicto ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, ésta puede contribuir significativamente a este fin siempre que resulte en una oportunidad real de que el público influya en la decisión resultante, y que exista voluntad de las partes involucradas de cooperar y lograr acuerdos mutuamente beneficiosos. La participación debería empezar durante el diseño del proyecto y de forma previa a la elaboración del estudio de impacto ambiental, ya que una participación pública tardía y defectuosa puede contribuir a generar o empeorar conflictos ambientales.

Las Directrices de Akwé:Kon y las Normas de Desempeño de la IFC, a pesar de su carácter no vinculante y su alcance específico, respectivamente, entregan valiosas contribuciones cuya aplicación puede ayudar a evitar y resolver conflictos ambientales, proporcionando regulaciones más detalladas que otros instrumentos internacionales sobre la forma de realizar las actividades de participación pública en el marco de proyectos de

inversión, las cuales además están en línea con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

Recibido: 15 de mayo de 2015

Aprobado: 14 de octubre de 2015

Institucionalidad y Desafíos del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes en Chile: Historia, Comparación y Propuestas

Natalia Acevedo Castillo

Estudiante de Derecho,
Universidad Alberto Hurtado.
naacevedo.c@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo comprende brevemente la historia y contexto internacional que dieron origen al Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, junto con las experiencias comparadas de tres países representativos, con el objeto de proveer un marco a través del cual se analizará la institucionalidad del RETC en Chile dilucidando las debilidades de las que adolece y los desafíos que presenta.

Palabras clave: PRTR; RETC; Emisión de Contaminantes; Acceso a la Información Ambiental.

ABSTRACT

This paper briefly summarize the international context that framed Pollutant Release and Transfer Registers around the world; along with the experience of three representative countries, in order to provide a lens through which we will analyze Chilean Pollutant Release and Transfer Register, elucidating any weakness it may have and the challenges they present.

Keywords: PRTR; RETC; Pollutant Releases; Access to Environmental Information.

ACRÓNIMOS

RETC: Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes.

PRTR: Pollutant Release and Transfer Register.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

UNITAR: Instituto de las Naciones Unidas para Formaciones e Investigaciones

UNECE: Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa

TLC: Tratado de Libre Comercio.

GNC: Grupo Nacional Coordinador.

SMA: Superintendencia de Medio Ambiente.

RCA: Resolución de Calificación Ambiental.

TRI: Toxic Release Inventory (Inventario de Emisiones Tóxicas)

USEPA: Agencia de protección Ambiental de los Estados Unidos.

LBGMA: Ley de Bases Generales sobre el Medio Ambiente.

INTRODUCCIÓN

Concepto y Necesidad de un Registro de Emisiones y Transferencias Nacional

En 1992 la comunidad internacional enfrentaba nuevamente el problema del cambio climático. La industrialización y crecimiento de las ciudades trajo como consecuencia directa las emisiones de contaminantes al entorno, la industria llevaba a cabo sus procesos sin ningún tipo de control de los elementos potencialmente dañinos que emitía al ambiente, mientras que la población usaba esos productos y realizaba sus propios procesos sin la conciencia de que ciertos compuestos estaban lentamente poniendo en peligro no solo al medio ambiente, sino que su propia salud, llevando rápidamente a una potencial crisis ecológica.

La reacción de la comunidad internacional fue la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la cual se hizo patente la necesidad de controlar e inventariar las fuentes de contaminación, llevando registros que no solo midieran el daño mientras se iba causando, sino que detuvieran la contaminación en la fuente sin causarle mayor daño a la industria y al Estado.

Detener la contaminación en la fuente se convirtió en una necesidad perentoria para las partes de la convención, dado que *“una contaminación que nunca es generada no necesita ser controlada ni sus efectos requieren ser ulteriormente eliminados”*¹.

Se requería entonces una manera eficaz y eficiente de medir y prevenir la contaminación, y si bien cada país contaba con inventarios de emisiones de carácter sectorial, estos presentaban numerosos problemas que mermaban su eficiencia como herramienta preventiva.

Se planteó emular los registros de emisiones y/o transferencias nacionales ya existentes para diseñar un prototipo de registro nacional de emisiones y transferencias de contaminantes, concebido como un portal único de información que comprendiese además la fuente y cantidad de sustancias, y cuya periodicidad permitiese al gobierno, la industria y la ciudadanía hacer comparaciones entre periodos y establecer metas, que se denominó “RETC” (PRTTR, por sus siglas en inglés).

1 OCDE. *Prevención y Control de Contaminación Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (RETC): Una herramienta para la política ambiental y el desarrollo sostenible* [en línea]. México: 29 de junio de 1997. Disponible en web: <http://www.oecd.org/env/ehs/pollutant-release-transfer-register/2348006.pdf>. [consulta: 12 de febrero de 2015].

UNITAR definió al RETC como *"un catálogo o base de datos de las emisiones y transferencia de sustancias químicas potencialmente dañinas incluyendo información acerca de la naturaleza y cantidad de tales emisiones y transferencias"*².

El RETC como registro nacional viene a solucionar los cuatro grandes problemas de los registros de emisiones y/o transferencias sectoriales:

- 1. Duplicación de información:** Los gobiernos contaban con múltiples agencias que recolectaban información para proyectos propios y específicos, que podrían obtener datos similares cuyo manejo sería más eficiente con la existencia de un registro único debido a que la información se duplicaba en la recopilación de datos para fines locales y luego para fines nacionales.
- 2. Poca coordinación entre los recolectores de información cuando se hacen propuestas de políticas específicas:** El conocimiento suficiente de los contaminantes es imperioso para establecer políticas ambientales eficientes. Contar solo con una parte de la información necesaria deja al gobierno mal preparado para establecer programas claros y competentes, por lo que es necesario conocer la identidad de los contaminantes, las cantidades emitidas y/o transferidas y las fuentes de las cuales provienen.
- 3. Constancia de la producción de información:** Para llevar a cabo los objetivos ambientales del gobierno es necesaria no solo una fuente única de información y la coordinación entre los distintos agentes que la utilizan, sino que es necesario poder determinar la manera en que los factores anteriormente descritos varían con el paso del tiempo, haciendo necesario que la generación de información sea periódica. La mayoría de los registros nacionales hacen una compilación anual.
- 4. El acceso del público a la información puede ser limitado o nulo:** Quizás el mayor problema que busca solventar un registro nacional es el limitado acceso que tiene la ciudadanía a la información sobre las emisiones y/o transferencias de contaminantes ya que los organismos sectoriales no siempre estaban obligados a

2 UNITAR. *Implementación del Proyecto para el Diseño de un RETC Nacional: Manual Guía para los Gobiernos* [en línea]. Julio de 1997. P.8. [consulta: 12 de febrero 2015]. Disponible en web: <<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQfjAB&url=http%3A%2F%2Fwww2.unitar.org%2Fpublications%2Ftbl%2Fsynergy%2Fpdf%2Fcat2%2Fprtr%2Fprtrgds.pdf&ei=ZuzjVJOTFcGlnrSgbAH&usg=AFQjCNEqvrMVe2uAl0q1AcE1UuRhuWicA&sig2=jiU7PGynxrfAWpCukmoB1Q&bvm=bv.85970519,d.eXY>>

proporcionarla. Uno de los principios esenciales de los RETC en el mundo es que sus resultados deben ser accesibles a todas las partes afectadas e interesadas de manera regular y oportuna³.

Correctamente diseñado e implementado, el RETC prometía ser una herramienta valiosa en el diseño de políticas ambientales estatales e internacionales, erigiéndose también como un importante factor en el camino de los países hacia el acceso a la información medio ambiental y el desarrollo sustentable.

I. Origen y Marco Internacional

El RETC comienza a desarrollarse como idea en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992. Surge como un instrumento basado en el mercado, ya que estos registros proveen información cuantitativa y comparativa entre las empresas sujetas a reporte, y estimulan a los inversionistas y otras partes interesadas a requerir información sobre las empresas y exigir una mejoría de su gestión ambiental, característica que permite lograr el elusivo balance entre la economía y el cuidado del medio ambiente.

Para lograr un modelo de RETC apto para ser implementado en los diversos países del mundo, las organizaciones se inspiraron en distintos acuerdos internacionales: De la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁴ extrajeron los principios 10 sobre concientización y participación de la población mediante el acceso a la información, y el principio 15 o principio precautorio. De la Agenda 21 utilizaron el capítulo 19 sobre la gestión ecológicamente sustentable de los productos químicos tóxicos, que sugiere a los países mejorar las bases de datos y los programas de inventarios de emisiones⁵.

Así, la OCDE comenzó en 1994 la redacción de un documento que serviría de guía a los gobiernos para la implementación de un RETC nacional, fijando con él los fundamentos del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes a partir de los instrumentos mencionados y de las experiencias de otros países, que sería publicado en 1996.

3 OCDE. Cit. ant. (1).

4 ONU. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo [en línea]. 1992 [consulta: 13 de febrero de 2015]. Disponible en web: <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>>

5 ONU, 1992, Programa 21 adoptado en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992 [en línea] <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm>> [consulta: 13 de febrero de 2015]

Posteriormente, UNITAR desarrolla un documento enfocado al establecimiento de un RETC nacional en los países en vías de desarrollo, para lo cual inició planes piloto de RETC en México, Egipto y República Checa. Con los datos recopilados, establecieron un plan genérico de capacitación y creación de infraestructura para estos países, el cual fue publicado en 1997⁶.

Finalmente, en 1998, los países miembro de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE, por sus siglas en inglés) celebran la "Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y El Acceso a La Justicia en Asuntos Ambientales", también conocido como Convenio de Aarhus⁷, que encarga a las partes "la elaboración de un instrumento apropiado respecto del establecimiento de registros o inventarios de los hechos o transferencias de contaminantes que podrían anexarse a la presente Convención"⁸.

Con la firma de este último instrumento, pasa a consolidarse el RETC específicamente como herramienta de prevención de contaminación e información ambiental. A partir de este momento, la mayoría de los tratados y acuerdos entre países contemplarán su establecimiento a nivel nacional y su coordinación con los RETC de otras naciones.

II. Instrumentos Internacionales Específicos

- **Protocolo Sobre Registros de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (PRTR)**⁹: También conocido como Protocolo de Kiev, fue adoptado en el marco del Convenio de Aarhus el 21 de mayo del 2003 y es el primer instrumento internacional exclusivamente dedicado al establecimiento de un RETC.

Contiene planes de diseño y estructura, requisitos de notificación y la exigencia que sea anual, disposiciones sobre la colecta y archivo de datos, etc.

Contempla un apartado de acceso público a la información, debiendo las partes otorgarlo sin necesidad de que la persona invoque interés particular alguno y

6 UNITAR. Cit. ant. (2).

7 UNECE. Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales [en línea].1998 [consulta: 15 de febrero de 2015]. Disponible en web: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf>

8 *Ibíd.*

9 UNECE. Protocolo Sobre Registros de Emisiones y Transferencias de Contaminantes [en línea]. Kiev: 21 de mayo de 2003 [consulta: 16 de febrero de 2015]. Disponible en web < <http://www.unece.org/env/pp/prtr/docs/prtrtext.html>>

previando el acceso electrónico directo. De no ser posible, la autoridad competente debe suministrar la información a través de sus dependencias u otros lugares accesibles al público, como bibliotecas públicas.

En cuanto a la confidencialidad, contiene hipótesis taxativas de restricción a la información que miran al interés económico legítimo y al bien común.

En cuanto a la participación pública, ordena a las partes garantizarle al público oportunidades para participar en la elaboración de sus registros nacionales. Ello debe hacerse mediante el acceso gratuito a la información sobre las medidas propuestas para la elaboración del RETC y la oportunidad de presentar observaciones, datos, análisis y opiniones que deben ser consideradas por la autoridad.

Establece la novedad de incluir en el marco del RETC el acceso a la justicia en su artículo 14 para toda persona que considere que su solicitud de información ha sido desatendida, abusivamente rechazada o respondida de forma inadecuada, dándole la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o cualquier otro órgano independiente e imparcial.

- **Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN):** Es un tratado de cooperación ambiental firmado por México, Canadá y Estados Unidos mediante el cual se creó la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA), organización intergubernamental que incluía la incorporación de un RETC de América del Norte para promover el acceso público a los datos e información de los RETC de los tres países, y emplear los datos en el establecimiento de prioridades para proteger la salud de las comunidades y los ecosistemas y reducir la contaminación en la región¹⁰.
- **Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes: Una herramienta para la política ambiental y el desarrollo sostenible, Manual Guía para los Gobiernos:** Elaborado por la OCDE con el apoyo de numerosas organizaciones internacionales y finalizado en 1996, se ha tomado como la mayor referencia-después del Protocolo de Kiev- para el desarrollo de RETC en el mundo.

10 CCA. Rastreo de emisiones y transferencias de contaminantes en América del Norte (Proyecto RETC de América del Norte) [en línea]. 15 de junio de 2011 [consulta: 16 de febrero 2015]. Disponible en web: <http://www.cec.org/Storage/130/15516_prtr_cec_projectssummary_sp_web.pdf>

Este documento recopila las experiencias de países con RETC ya existentes a la fecha, como Canadá y Estados Unidos, junto con las experiencias de los planes piloto de México, Egipto y República Checa realizado por UNITAR. Como conclusión, detalla los puntos fundamentales a tener en cuenta al implementar un RETC, desde elegir con cuidado la lista de contaminantes hasta la estructura del proceso mismo, el cual desglosó en once etapas.

Uno de sus más importantes aportes es establecer los primeros principios del RETC, que pueden englobarse en¹¹: Proveer y Difundir información al público, a quien debe garantizarse la participación; Utilizar la información para prevenir la contaminación en la fuente y adoptar políticas ambientales; contemplar una adecuada cantidad de contaminantes; además deben ser integrados y flexibles a los cambios.

- **Implementación del Proyecto para el Diseño de un RETC Nacional, documento guía**¹²: Este documento desarrollado por UNITAR se enfoca en el establecimiento de un RETC nacional para los países en vías de desarrollo. Reúne las experiencias de los tres países piloto (México, Egipto y República Checa) y entre sus más grandes aportes está el desglose de beneficios del RETC y las Etapas sugeridas para el desarrollo del RETC.

Divide los beneficios en tres categorías¹³:

- a) Beneficios para el Gobierno:** El RETC provee información comprensiva que asiste al gobierno en la medición hacia las metas ambientales de la nación; a identificar áreas geográficas de interés o "sitios críticos"; investigar las tendencias de emisión de químicos específicos; monitorear el cumplimiento de la regulación ambiental y cumplir con los requerimientos de tratados internacionales.
- b) Beneficios para la Industria:** La experiencia de la industria indica que los datos del RETC sirven para identificar fugas y otras ineficiencias que aumentan las emisiones; facilita el intercambio de tecnología adentro y ente las compañías; y permite establecer comparaciones entre industrias para aumentar sus propias ventajas.

11 OCDE. Cit. ant. (1). P. 26.

12 UNITAR. Cit. ant. (2). P.8.

13 Ibid. P.10 y 11.

c) Beneficios para el Público: Al ser quienes están expuestos a los riesgos por sustancias químicas, las personas y trabajadores tienen derecho a conocer estos riesgos para tomar decisiones y acciones apropiadas; además, a nivel local o internacional los grupos de interés encuentran útiles los datos del RETC para establecer prioridades en cuanto a la gestión ambiental.

Quizás lo más importante es el mapa de etapas sugeridas para la implementación del RETC en países en vías de desarrollo, ya que es el método adoptado en la mayoría de los Estados, que consta de seis etapas¹⁴:

- 1) Identificación de las metas del RETC nacional: Identificar las metas del RETC mediante un proceso de consulta a las partes interesadas.
- 2) Evaluación de la Infraestructura existente para el RETC nacional: Ya sea legal, regulatoria, institucional y/o técnica.
- 3) Diseño de las características claves de un RETC nacional.
- 4) Ejecutar una prueba piloto del sistema RETC.
- 5) Finalizar una Propuesta Nacional de RETC.
- 6) Organizar un taller de implementación de RETC nacional.

III. RETC En Chile: Normativa Nacional

El proceso de aproximación de Chile al RETC comenzó el 2002 en el marco del programa de trabajo de la Comisión para la Cooperación Ambiental Chile – Canadá. Para ello se realizó en Santiago el 29 de Mayo de 2002 el Taller Registro Nacional de Emisiones y Transferencia de Contaminantes, del cual surgió la necesidad de realizar un estudio de factibilidad del RETC en Chile, el cual contó con el aporte de Environment Canada gracias a la firma de un memorando de acuerdo entre UNITAR y CONAMA.

Otro factor decisivo en el establecimiento de un RETC chileno fue el TLC con Estados Unidos, que incorpora de manera específica dentro de los proyectos de cooperación ambiental el desarrollo de un RETC en Chile. Producto de este acuerdo, USEPA aportó el financiamiento para completar las siguientes etapas del RETC. En junio del 2005 se

¹⁴ *Ibid.* P.20.

presentó la "Propuesta Nacional de Implementación del Registro Nacional De Emisiones y Transferencia De Contaminantes (RETC) en Chile"¹⁵.

Para efectos de este artículo, nos detendremos a analizar el Reglamento de RETC del Ministerio de Medio Ambiente, que contiene la institucionalidad del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes.

Reglamento del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes:

El Decreto N°1 de 2013 del Ministerio de Medio Ambiente, promulgado el 2 de enero del 2013 y publicado el 2 de mayo del mismo año, consta de ocho títulos, 30 artículos permanentes y uno transitorio.

- 1. Concepto y objetivos:** La norma define el RETC en su artículo 1º como "*una base de datos accesible al público, destinada a capturar, recopilar, sistematizar, conservar, analizar y difundir la información sobre emisiones, residuos y transferencias de contaminantes potencialmente dañinos para la salud y el medio ambiente que son emitidos al entorno, generados en actividades industriales o no industriales o transferidos para su valorización o eliminación*"¹⁶.

Chile adoptó la definición proporcionada por la OCDE en su manual guía para los gobiernos, realizando solo unos cambios menores como incluir el acceso al público así como el deber de difusión de información dentro del concepto de RETC.

Los objetivos del RETC se encuentran en el artículo 2º de su reglamento y miran a facilitar el acceso a la información de sus datos tanto del público como de los sujetos regulados; promover su conocimiento por parte de la ciudadanía; que el RETC constituya un instrumento de apoyo para la adopción de las políticas públicas de regulación, así como una herramienta que favorezca la toma de decisiones de políticas ambientales orientadas a reducir la contaminación y a avanzar hacia el desarrollo sustentable; propender a una gestión más adecuada de emisiones por parte de la industria y las municipalidades, y generar un formulario único de acceso con el fin de concentrar la información.

15 Gobierno de Chile. *Diseño del Sistema Nacional de Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes Etapa III*. Santiago: 30 de abril de 2004 [consulta: 17 de febrero 2015]. Disponible en web: < http://www.sinia.cl/1292/articles-41124_recurso_1.pdf >

16 Ministerio de Medio Ambiente. Decreto N° 001-2013 que aprueba Reglamento de Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, RETC. *Diario Oficial de la República de Chile*, 2 de junio de 2013. Artículo 1º.

2. Órganos del Estado vinculados al RETC:

- **Administración:** Corresponde al Ministerio de Medio Ambiente. Entre sus deberes está elaborar anualmente un informe consolidado de los datos de RETC y convocar y presidir las reuniones del Grupo Nacional Coordinador.
- **Grupo Nacional Coordinador:** Es un comité operativo integrado por representantes de distintos servicios o instituciones públicas que tiene a cargo la coordinación, colaboración, análisis y gestión en la operación del RETC.
- **Fiscalización:** Al momento de ingresar la información por el portal electrónico, el titular suscribe electrónicamente una declaración jurada dando fe de la veracidad de la información. De esta forma, la información accede a los órganos fiscalizadores correspondientes, que posteriormente analizarán la información.

3. Contenido del RETC: El RETC chileno contempla la recopilación de datos de emisiones de contaminantes que sean objeto de una norma de emisión, plan de prevención o descontaminación u otra regulación vigente. También contempla la estimación de la emisión de contaminantes no considerados en dichas normas cuando se trate de fuentes difusas o que deban estimarse por encontrarse en convenios internacionales suscritos por Chile; el órgano encargado de realizar estas estimaciones es el Ministerio del Medio Ambiente. Se registra igualmente la naturaleza, volumen y destino de los residuos sólidos generados por establecimientos y municipalidades¹⁷.

El RECT tendrá además las estimaciones de las fuentes difusas y fuentes puntuales no normadas entregadas por los órganos de la administración del Estado; junto con los reportes voluntarios de emisiones, residuos y transferencias¹⁸.

4. Estructura: Artículo 9 del reglamento. Los datos pueden buscarse en el portal electrónico por Establecimiento o ubicación geográfica, sector productivo o rubro, propietarios o titulares de empresas, tipo de fuente o de contaminante, destino de los residuos y transferencias, componente ambiental receptor de contaminantes e indicadores de desempeño ambiental de un sector productivo.

¹⁷ Ibid. Artículo 1º incisos 2, 3 y 4.

¹⁸ Ibid. Artículo 7.

5. Ventanilla única: Regulada en el artículo 17 del reglamento. A fin de mantener el carácter integrado de los datos del RETC, la ventanilla electrónica se contempla como único medio a través del cual se pueden reportar las emisiones, residuos y/o transferencias. Se encuentra en el portal electrónico de RETC y a través de ella se acceden a los sistemas de declaración de los órganos fiscalizadores; para ello, cada establecimiento cuenta con un identificador y una contraseña específicos.

6. Obligatoriedad: En su artículo 18 el reglamento establece una lista de los sujetos obligados a reportar. El criterio común a los siete grupos de sujetos obligados es la necesidad de que el deber de reportar se encuentre contemplado en una norma de emisión, un plan de prevención o de contaminación, en algún tratado internacional ratificado por Chile o en alguna otra norma o regulación general o sectorial.

La excepción son los aportes voluntarios cuando los sujetos no tengan obligación de reportar, pero los contaminantes que emiten están regulados en Chile¹⁹.

7. Acceso a la información: La regla general es que la información que contiene el RETC es pública. Excepcionalmente podrá restringirse su entrega y publicación si corresponde a alguna causal de reserva de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

En la reforma a la legislación ambiental introducida por la ley 20.417 se contempla entre las funciones del Ministerio de Medio Ambiente administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, mandato que viene a cumplir el reglamento anteriormente analizado; este fue incorporado a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 70 letra p).

IV. RETC en derecho comparado: Las experiencias de México, España y Estados Unidos

Ya que una de las finalidades de RECT es interconectar la información sobre emisiones, cabe analizar las experiencias comparadas de otros Estados que inspiraron el RETC nacional.

¹⁹ Decreto N° 001-2013 que aprueba Reglamento de Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, RETC. Cit. ant. (16). Artículo 19.

1. México

México inició el desarrollo de su RETC como parte del programa piloto de UNITAR, en el marco del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte. Está regulado por la Ley General de Equilibrio Ecológico, modificada en el año 2001 para incluir el artículo 169 bis el cual establece la obligatoriedad y publicidad del RETC; un nuevo reglamento de la ley que contiene la regulación de operación del RETC fue publicado el 2004²⁰.

México es el país más cercano a Chile en términos de recursos y desarrollo legislativo, su RECT contempla a la fecha cerca de 200 contaminantes y 700 establecimientos obligados a reportar. El primer artículo de su reglamento establece el alcance nacional de la norma, correspondiendo su aplicación al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales²¹.

El suministro de información es obligatorio para las industrias químicas, las que realizan procesos como generación de electricidad y de tratamiento de residuos peligrosos; además de aquellas generadoras de residuos peligrosos en virtud de la normativa aplicable y aquellas que descarguen aguas residuales en receptores de aguas nacionales²²⁻²³. Esta información debe proporcionarse anualmente por medio de una cédula a la Secretaría, sea por formato impreso, a través de un archivo electrónico o por medio del portal electrónico RETC.

En cuanto al acceso a la información, los datos son difundidos por medio de un informe anual publicado por la Secretaría en el portal electrónico de RETC, contempla además un formato impreso del mismo²⁴.

Esta información, contemplada en la base de datos de RETC, es pública cuando se trate del nombre de la persona física, denominación o razón social del establecimiento sujeto a reporte; de las emisiones y transferencias de sustancias y contaminantes y la localización geográfica de un establecimiento sujeto a reporte.

20 Portal Electrónico de RETC Mexicano. [Consulta: 18 de febrero de 2015]. Disponible en web: <<http://app1.semarnat.gob.mx/retc/tema/anteced.html>>

21 En adelante "la Secretaría".

22 México. Ley General de Equilibrio Ecológico. *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1998. Artículo 11 bis.

23 México. Reglamento de Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes. *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2004. Artículo 9.

24 *Ibid.* Artículo 12.

Sin embargo, contempla un obstáculo al acceso en el artículo 27, al disponer que todo interesado en obtener la información de la base de datos debe llenar una solicitud ante la Secretaría conforme al procedimiento de la Ley Federal de Acceso a la Información. Si bien este procedimiento no requiere que se invoque algún interés particular para realizar la solicitud, sí presenta problemas en cuanto al acceso expedito y oportuno de la información, ya que la tramitación de solicitudes por parte de órganos administrativos es conocidamente larga y burocrática, obstaculizando el alcance de los fines ambientales que motivaron su solicitud.

Existe además una reserva en el caso de que la información requerida este contemplada en algunas de las causales establecidas en la Ley Federal de Acceso a la Información o en Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y su Reglamento. En caso de denegación de la información, deben expresarse las razones que la motivan.

En cuanto a la fiscalización, es la Secretaría -conducto de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente- quien se encarga de constatar la veracidad de la información proporcionada por medio de requerimiento de informes, datos o documentos y visitas de inspección a instalaciones sujetas a reporte de competencia federal.

Finalmente, en cuanto a la participación ciudadana, el RETC mexicano contempla la publicación de un informe preliminar- que debe hacerse con 60 días de antelación a la publicación del informe definitivo- con el objeto de que los establecimientos sujetos a reporte revisen la información y señalen los posibles errores. Fuera de eso, no se contempla ninguna acción para que la ciudadanía exija información o realice denuncias por la falsedad u omisión de ésta. Incluso se expresa en el reglamento que la información contenida en el RECT es únicamente accesible con fines de información y consulta, desechando así la posibilidad de una acción ciudadana.

2. España

El RETC español está regulado por el Reglamento (CE) N°166/2006 del Parlamento Europeo de 2006, vigente desde el 2009 en España al igual que el Protocolo PRTR. Desde entonces se han dictado diversas normas orientadas a complementar tanto el protocolo como el reglamento E-PRTR, siendo la más importante el Real Decreto 508/2007 de 20 de abril que regula el suministro de información.

En el reglamento E-PRTR se contemplan 91 sustancias contaminantes, además de la lista de actividades que según el Real Decreto 508/2007 y otras normas obligan a suministrar su información a los establecimientos que las realizan. Estos sujetos obligados

deben suministrar la información anualmente a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente²⁵.

Al haber incorporado a su legislación tanto el Convenio de Aarhus como el Protocolo de PRTR, España contiene diversas disposiciones que aluden al derecho de la ciudadanía a acceder a la información. En el E-PRTR -que tiene aplicación directa en España- se reitera la importancia de asegurar dicho acceso sin necesidad de invocar un interés particular, que debe existir un portal electrónico que asegure el acceso al PRTR europeo y que éste no debe conocer restricciones salvo por norma expresa²⁶. Ya a nivel local, la reserva está contemplada en la Ley 27-2006 sobre Acceso a la Información Ambiental en los casos de interés público, procesos judiciales, confidencialidad industrial y protección de terceros, entre otras²⁷.

Fuera de estas excepciones, la información contenida en el RETC es pública por regla general y su difusión se realiza mediante el portal electrónico PRTR y, cuando no sea suficiente, por medio de ejemplares impresos en lugares accesibles al público.

En cuanto a la fiscalización, España tiene un sistema similar al chileno ya que no está sujeta a un órgano específico; en este caso, la autoridad ambiental competente para recopilar toda la información PRTR y validar o evaluar la calidad de los datos es designada por cada comunidad autónoma²⁸.

Es en la participación ciudadana donde España tiene la normativa más completa, además de la garantía de participación en el E-PRTR por medio de observaciones a la información y la obligación de la comisión europea de tenerlas en cuenta, se contempla en él un mandato a los Estados de fomentar la sensibilización.

Ya en el Real Decreto 508-2007, se contempla un plazo de 10 días para que las comunidades autónomas requieran de la autoridad competente un pronunciamiento sobre la exactitud de los datos, cuando se trate de emisiones a cuencas hidrográficas que administre el Estado.

Otro punto interesante es el artículo sobre acceso a la justicia contemplado en el reglamento de E-PRTR, que establece el mandato a los Estados de garantizar el acceso a la

25 España. Real Decreto 508/2007. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2007, núm. 96. P. 17.686. Artículo 4 n°1.

26 Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Reglamento (CE) N° 166/2006. Artículo 10 N°1 y 2.

27 España. Ley 27-2006. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de julio de 2006, núm.171. P. 27.109. Artículo 13.

28 Portal electrónico de PRTR Español [consulta: 18 de febrero de 2015]. Disponible en web: <<http://www.prtr-es.es/conozca/Autoridades-competentes-1024062012.html>>

justicia medio ambiental en términos de la Directiva 2003/4/ CE, la cual fue incorporada por la Ley de Acceso a la Información Ambiental española y que cuenta como legitimados activos para ejercer la acción popular a las personas jurídicas sin fines de lucro, algo que hasta el momento no ha sido especificado por otra de las legislaciones analizadas.

3. Estados Unidos

El TRI (Toxic Release Inventory) estadounidense es uno de los más antiguos registros de emisiones a nivel nacional que existen y tiene su origen en el "Right To Know Act"²⁹ o "EPCRA" de 1986.

Al ser un registro a nivel federal, se encuentra bajo la administración de la EPA y contempla más de 650 contaminantes distintos. Un establecimiento está obligado a reportar si cumple tres requisitos copulativos: corresponde a un sector industrial contemplado en TRI; si manufactura o procesa más de 25.000 lbs -o utiliza más de 10,000 lbs por año- de químicos contemplados en el TRI; y si tiene más de 10 empleados trabajando jornada completa.

En cuanto a las excepciones, solo están obligados ciertos procesos, bajo ciertas cantidades de producción, dejando a las pequeñas y medianas empresas fuera de la obligación³⁰; el reporte de la información debe ser anual.

En términos de acceso a la información y difusión, el portal TRI es el más completo de los tres sistemas analizados. Al tener más antigüedad su portal, se ha desarrollado, conteniendo toda la información necesaria sobre la normativa, químicos, acciones y reportes, lo que hace su acceso fácil a la comunidad. Contempla las reservas que establezcan otras normas aplicables.

La EPA está también a cargo de la fiscalización del TRI, pudiendo realizar inspecciones y ejercer acciones administrativas (una notificación de violación o una orden administrativa de obedecer la normativa); interponer acciones civiles judiciales; o interponer acciones criminales (que puede resultar en la imposición de multas o encarcelamiento)³¹. EPA

29 Traducido como "Derecho del público a conocer". En este caso, se refiere a las emisiones de sustancias químicas potencialmente dañinas para su salud y el medio ambiente.

30 Para más información, consultar la lista disponible en el portal electrónico de TRI <<http://www2.epa.gov/toxics-release-inventory-tri-program/my-facilitys-six-digit-naics-code-tri-covered-industry>>

31 Portal electrónico TRI, EPA: Enforcement and Compliance <<http://www2.epa.gov/enforcement/enforcement-basic-information>> [consulta: 19 de febrero de 2015].

además lleva a cabo el proceso por medio del apoyo ciudadano, quienes pueden denunciar el incumplimiento a la obligación de reporte por medio de un formulario disponible en el portal electrónico TRI.

Finalmente, lo más interesante del TRI se encuentra en la participación ciudadana. La EPA no solo desarrolla programas de sensibilización para universidades y distintas comunidades, también contempla en su portal un formulario y una guía a los criterios de obligatoriedad de reporte. Más interesante aún, el EPCRA contempla una acción civil en el apartado 11046, que puede ejercer un ciudadano contra el establecimiento, la autoridad administrativa o un gobernador del Estado que no provea la información del TRI en la forma establecida, que la omita o que deniegue su acceso o publicación, algo que no se ha encontrado en ninguna de las instituciones analizadas.

En cuanto a la experiencia, todos estos países establecieron sus RETC con la idea de que aquello que puede medirse, puede controlarse. La experiencia que reportan es satisfactoria, el hecho de que los portales más antiguos tengan más herramientas de acceso a la información demuestra que es un proceso gradual, construido en conjunto con la industria, el gobierno y la ciudadanía.

Cuadro resumen:

	México	España	Estados
ADMINISTRACIÓN	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.	Autoridad designada cada Comunidad Autónoma.	EPA.
INFORME OBLIGATORIO	Sí.	Sí.	Sí.
FISCALIZACIÓN	La Secretaría, por conducto de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.	La autoridad es designada por cada Comunidad Autónoma.	EPA, en conjunto con la ciudadanía por medio de sus denuncias.
ACCESO A LA INFORMACIÓN	Garantizado, pero obstruido por la necesidad de llenar una solicitud en ciertos casos.	Garantizado.	Garantizado.
PARTICIPACIÓN CIUDADANA	No contempla acción civil, la información de RETC es solo para fines de información y consulta.	Contemplado en la Ley de Acceso a la Justicia Ambiental. Las ONG son legitimados activos de la acción popular.	Contempla formulario de denuncia electrónico y acción civil ciudadana en el Right to Know Act.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Del análisis del marco internacional de RETC y del derecho comparado, podemos concluir que el RETC no difiere mayormente de sus homólogos extranjeros en cuanto a su institucionalidad: concentrado en la adecuada sistematización de la información y la coordinación con los órganos involucrados.

Sin embargo, hasta la fecha, el tema no ha tenido mayor desarrollo en el ámbito académico. Esta falta de opiniones doctrinarias se debe a múltiples factores como el alto nivel de tecnicismo que reviste la materia, y - en el caso nacional- a que aún se trata de un tema novel en el sistema jurídico chileno.

Más en un país donde la minería es la principal actividad económica y la comercialización de materias primas tiene un rol primordial, entender y desarrollar una herramienta como el RETC resulta muy valioso para apoyar su camino hacia el desarrollo sustentable; es por ello que brevemente trataremos los obstáculos a que se enfrenta el RETC y recomendaciones para atenuarlos.

El primer y más evidente problema que presenta el REC chileno es que es una herramienta desconocida y poco o nada promocionada. A excepción de las autoridades directamente involucradas y algunas ONGs, la gran mayoría del país desconoce su existencia; a pesar de ser bastante reciente, su difusión ha sido más bien pobre y su incorporación a la legislación silenciosa.

En la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBGMA) solo se lo menciona en el artículo 70 letra p), que establece el deber de administrarlo por el Ministerio de Medio Ambiente. Otro punto importante es que no ha sido incorporado a la LBGMA como instrumento de gestión ambiental, a pesar de tratarse- como ya se ha expuesto- de un mecanismo legal que sirve en forma directa a la institucionalidad ambiental para lograr sus objetivos.

Al estar directamente relacionado con la educación ambiental y el derecho de acceso a la información, la ignorancia de la existencia del RECT y de la información que contiene solo contribuye a perpetuar la ignorancia ciudadana en temas ambientales.

Hasta el momento, el reglamento de RETC solo contempla la difusión por medio del portal electrónico (el cual no tiene promoción alguna) y por formato impreso en las

Secretarías Regionales Ministeriales del Medio Ambiente. Es innecesario señalar cómo esto no constituye un método realmente eficiente de difusión, ya que quienes no tengan acceso a internet rara vez pasan por las dependencias de la SEREMI de Medio Ambiente y, por consiguiente, su posibilidad de acceder a información ambiental importante acerca de su localidad es prácticamente nula, disminuyendo las posibilidades de tomar acciones para detener irregularidades y prevenir el daño ambiental.

Un programa concreto de difusión que cuente con la colaboración de los tres sectores típicamente interesados (el gobierno, la ciudadanía y la industria), pensado de forma integral y ejecutado con eficiencia permitiría no solo conformar una sociedad civil informada y participativa en los asuntos de contingencia ambiental, sino que además funcionaría como soporte para la educación ambiental a largo plazo. Una sociedad civil educada e informada está en mejores condiciones para colaborar con una industria- al menos- igualmente informada, y este equilibrio es uno de los pilares fundamentales para alcanzar la justicia ambiental.

Otro asunto a considerar es que la utilización de la información contenida en el RETC es voluntaria, lo cual- sumado a la insuficiencia en su difusión- hace de él una especie de herramienta inerte, suspendida en el espacio normativo sin que se haga uso de ella.

La información del RETC resultaría sumamente útil a diversos órganos de la administración, tales como la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA): el seguimiento de la información del RETC ayudaría a llevar a cabo los procesos de fiscalización de los planes de prevención y descontaminación, indicando irregularidades en el cumplimiento de las medidas y el establecimiento que no las observa; lo mismo aplica para la fiscalización de cumplimiento las normas de emisión y de calidad ambiental, señalando variaciones en las emisiones y permitiendo monitorear los aumentos de emisiones por rubro y por establecimiento.

Una situación de especial interés se da en la fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental. La Ley Orgánica de la SMA la faculta para suspender transitoriamente las autorizaciones contenidas en las RCA o adoptar otras medidas urgentes en el caso que la operación del proyecto genere efectos imprevistos que puedan importar un daño inminente y grave para el medio ambiente, parte de lo cual también podría ser medido y constatado por medio de la información sobre las emisiones y/o transferencias de contaminantes que se realizan en el marco de cada proyecto, y que puedan no haber estado contempladas en el estudio o declaración de impacto ambiental original.

Beneficia además al Ministerio del Medio Ambiente en funciones como la dictación del programa de regulación ambiental, proveyendo antecedentes sistemáticos y completos sobre la situación ambiental del país en cuanto a contaminación, junto con ayudar a la delimitación de aquellas áreas que estén sufriendo probables impactos ambientales. En este ámbito, ayuda también en el proceso de consulta ciudadana, quienes pueden contrastar la información entregada con la disponible en RETC, a fines de requerir sus propios estudios y mediciones o para señalar incongruencias y realizar observaciones.

En el caso de las normas de calidad ambiental, es un método eficiente para determinar la distribución de los contaminantes en el país y el nivel existente en los respectivos medios (aire, agua o suelo), ya que en el portal electrónico de RECT está disponible la información por regiones y localidades, además de por contaminante.

El anterior es además un criterio a considerar en la elaboración de las normas primarias, la cual debe establecer el valor de las concentraciones permisibles, en lo que el RETC serviría como apoyo³².

Para la industria también existen beneficios: su consulta permite controlar el nivel de emisiones y transferencias de agentes contaminantes, por lo tanto ayuda en la aprobación y ejecución de proyectos ambientalmente sustentables. El conocer las emisiones que tiene la empresa permite además dilucidar cuánta materia prima se desperdicia, a partir de lo cual se pueden realizar planes para aumentar la eficacia de los procesos y así disminuir los costos, incluyendo los costos ambientales.

Recapitulando, el hecho de que la información de RETC esté ordenada y sistematizada en razón de criterios fijos fácilmente accesibles hace de él una herramienta que podría ahorrar tiempo y recursos a los órganos del Estado en el desempeño de sus labores. Nuevamente, esta característica además implica una mejor y más informada colaboración entre dichos órganos y la sociedad civil, y entre estos y la industria; lo que inevitablemente nos lleva un paso más adelante en el camino del aprovechamiento razonable de recursos naturales y al desarrollo sustentable, con una ciudadanía participativa en los procesos de la administración que le competen.

32 Ministerio de Medio Ambiente. Decreto Nº 28 de 2013 que aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión. *Diario Oficial de Chile*, 22 de julio de 2013.

Lo anterior, nos lleva al último punto a analizar: El RECT y la participación ciudadana.

El reglamento garantiza solo el acceso público a la información por los medios ya mencionados, pero ninguna otra forma de participación ciudadana está contemplada en la norma.

Ya en el portal electrónico, este contempla un enlace con un directorio telefónico de los órganos fiscalizadores encargados de verificar la calidad de la información y atender denuncias respecto de contaminantes específicos.

Sin embargo, en el caso de que una persona se percatase de alguna irregularidad o incumplimiento en la información, que esta sea errónea o incompleta, o que un establecimiento este eludiendo su responsabilidad de reportar, debe seguir el conducto regular y denunciar a la Superintendencia de Medio Ambiente para que se pronuncie sobre el tema en los próximos 60 días hábiles³³, o esperar a que se produzca alguna manifestación de daño ambiental, recopilar las pruebas e interponer una acción por daño ambiental ante los Tribunales Ambientales³⁴ con lo costoso y largo que puede ser este procedimiento.

Países como Estados Unidos contemplan formularios de denuncia específicos para incumplimientos de reporte o falsedad de la información de RETC, y sus reglamentos, además, contemplan acciones civiles que se pueden intentar por incumplimiento a la normativa del mismo. Tampoco da especial reconocimiento a las organizaciones sin fines de lucro como lo hace la ley española en términos de ejercer acciones de acceso a la información.

A pesar de todo esto, se debe recordar que Chile aún carece de experiencia en términos del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes y pasa por el período de adaptación; aun no llegamos al punto en que nuestro RECT este interconectado con sus homólogos extranjeros, como es uno de los propósitos de esta herramienta a nivel internacional.

35 Chile. Ley Nº 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. *Diario Oficial de la República de Chile*, 26 de junio de 2010.

36 Chile. Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. *Diario Oficial de Chile*, 9 de marzo de 1994. Artículos 51 a 54.

Quedan muchos puntos que deben afinarse, pero no hay que perder de vista que el progreso de esta herramienta depende no solo del desarrollo normativo o la cantidad de informes emitidos; creer que el RETC solo se desarrolla por medio de las autoridades administrativas y sus regulaciones es no comprender por qué se decidió instalar un instrumento de esta naturaleza en primer lugar. La experiencia comparada nos muestra que el RETC se desarrolla y progresa con la contribución de los sectores públicos, privados y de la ciudadanía; mantenerlo en el estado de inercia actual es retrasar la transición del país al desarrollo sustentable.

Tampoco debe olvidarse que el motivo de nacimiento del registro nacional en el mundo es, precisamente, atajar la contaminación en la fuente y actuar como instrumento preventivo; y que el Reglamento de RETC chileno expresa entre sus objetivos promover el conocimiento de la información por parte de la ciudadanía y constituir una herramienta que favorezca la toma de decisiones en el diseño de las políticas de gestión ambiental³⁵. Estos objetivos gozan de consagración legal, pero son los actores involucrados en el día a día de la contingencia ambiental los llamados a asegurar su cumplimiento con una difusión y publicidad adecuada y con una utilización regular que aproveche sus potenciales.

En resumen, se propone para solventar las debilidades actuales de RETC:

- Mejorar la calidad de la difusión de la herramienta mediante una agenda que contemple programas periódicos y que cuente con la colaboración del gobierno, la industria y la sociedad civil organizada, centrada en la educación de la ciudadanía sobre la existencia y funcionamiento de RETC.
- En el mismo sentido, evaluar su inclusión en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente como un instrumento de gestión ambiental.
- Darle mayor obligatoriedad a su consulta, requiriendo a los órganos de la administración la incorporación de los datos de RETC en los procesos en que ello compete.
- En el mismo sentido, realizar capacitaciones a funcionarios de dichos órganos sobre el uso y beneficios de utilizar el RETC.

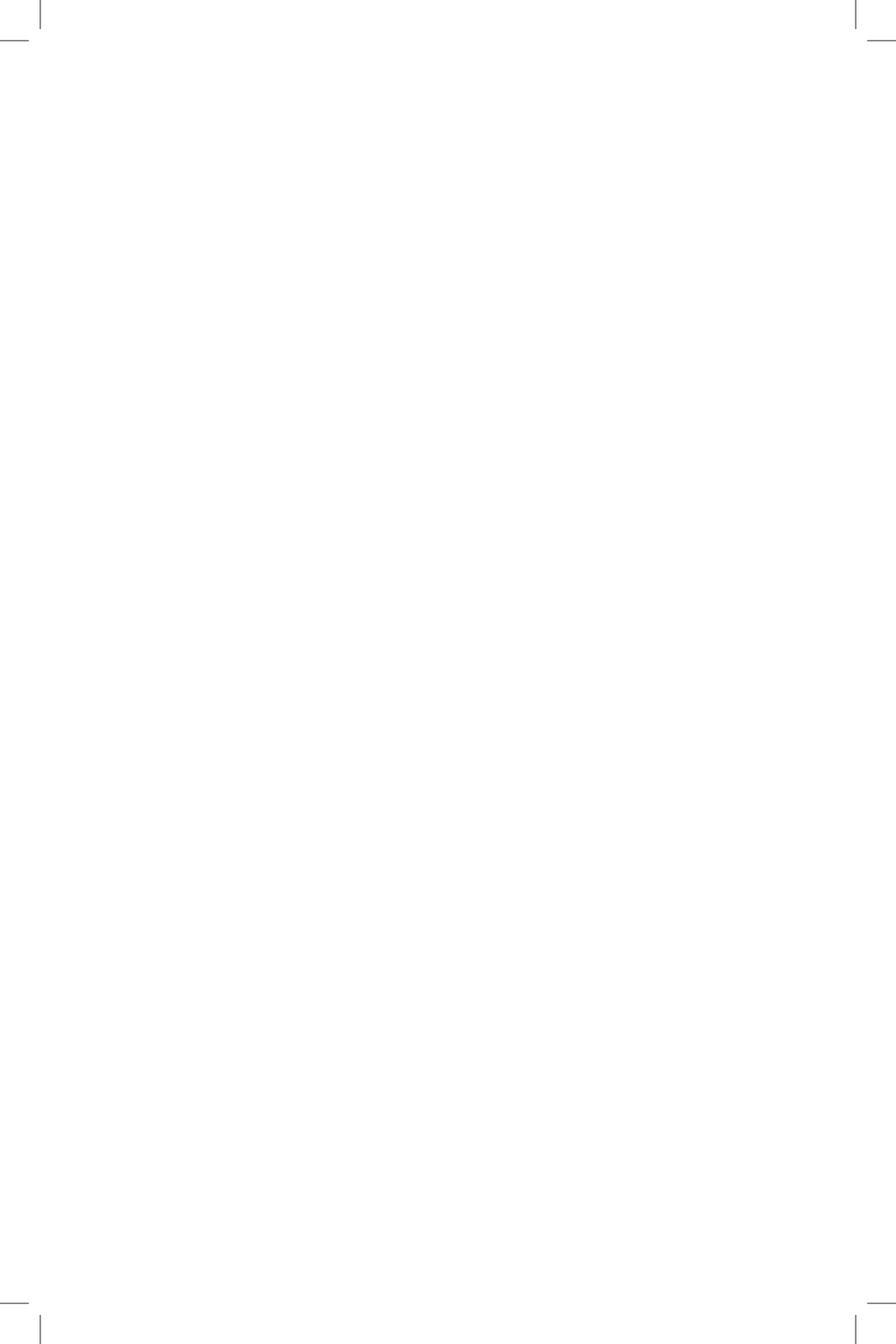
35 Decreto No.001-2013 que aprueba Reglamento de Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, RETC. Cit. ant. (16).

- Reevaluar la posibilidad efectiva de participación ciudadana en el marco de RETC, estableciendo un formulario de denuncia específico para el incumplimiento de la obligación de reporte o una acción ciudadana en el mismo sentido.

Finalmente, esperemos que el RETC no se transforme en una herramienta de escaparate o un baluarte nominal del progreso ambiental chileno, sin que llegue a aprovecharse el potencial integrador que tiene.

Recibido: 31 de mayo de 2015

Aprobado: 6 de octubre de 2015



Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada*

The absence of regulation of priority uses of water in Chile: a proposal to modify the Chilean Water Code from a comparative law perspective

María Ignacia Sandoval Muñoz

Egresada de Derecho
Universidad de Concepción
mariaigsandoval@udec.cl

RESUMEN

Actualmente se tramita el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas, al cual el gobierno chileno presentó indicaciones sustitutivas el 8 octubre del año 2014. Este proyecto busca establecer el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua. Reconoce, además, la función de preservación ecosistémica y productiva del agua, no obstante no prioriza dentro de ésta última. Por ende, los usos productivos se regirán por las disposiciones actuales del Código de Aguas, es decir, el particular que primero solicite un derecho de aprovechamiento de aguas para usos productivos obtendrá dicho derecho (cumpliendo con los demás requisitos para constituirlo), y en el caso de que se presenten dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, la Dirección General de Aguas deberá proceder a un remate público, en el cual es mejor postor se adjudicará el derecho.

* Este texto se basa en la Memoria de Prueba titulada "Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: cuando el río (no) suena es porque piedras trae", trabajo que fue financiado por el proyecto FONDAP N° 15130015, Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción, del cual la profesora guía Dra. Verónica Delgado Schneider, es Investigadora Asociada.

Es necesario que el debate en torno a las aguas y su priorización comprenda a todos sus usos. Este artículo formula, por medio del estudio de modelos comparados, una modificación legal que establezca un orden de prelación en el uso de las aguas, que podría constituir una solución a la regulación de sus múltiples usos.

Palabras clave: Usos Prioritarios, Usos del Agua, Código de Aguas, Orden de Praelación, Remate Público.

ABSTRACT

Nowadays, a bill that reforms the Chilean Water Code is being discussed in the Congress, bill that has been substantially modified in that process. This bill pursues to establish the right to water and sanitation as priority use of water. In addition, it recognizes the ecosystemic preservation as a function, as well as the productive function of water. However, it doesn't prioritize between this two. Given that situation, the productive uses will be ruled by the current Water Code, meaning that whoever applies for the use of the water for productive uses first, will get the right to water (if the petition fulfills the legal requests) and, if there are two or more applications for the use of the same water, the DGA will have a public auction, and the best bidder takes the right to use that water.

The debate that goes around water and it's prioritization of use needs to comprehend all its uses. The present article formulates, based in the study of compared models, a legal modification that establishes a priority use of water that could be a solution to the regulation of its multiple uses.

Key words: Priority Use, Water Use, Chilean Water Code, Public Auction.

INTRODUCCIÓN

La relevancia de los recursos hídricos a nivel mundial aumenta debido a su condición de recurso natural limitado y fundamental para la vida y desarrollo socioeconómico de los países. Sin embargo, debido a la escasez hídrica y a la creciente demanda por este recurso, surgen innumerables conflictos entre los diferentes usuarios de las aguas, pues éstas suelen ser insuficientes para satisfacer los distintos usos. Ante ello, resulta indispensable que se establezcan regulaciones capaces de prevenir y resolver tales conflictos.

Bajo la vigencia del actual Código de Aguas, existe plena libertad para su uso, por cuanto, no existen condiciones o exigencias para su aprovechamiento. Todos los usos, sin distinción, gozan de la misma preferencia, y en caso de no ser suficiente el recurso para todos los requerimientos solicitados, se procede a un remate público en el cual el mejor postor adquiere el derecho de aprovechamiento.

Tal ausencia de una regulación pareciera agravar tanto la situación de escasez como los conflictos asociados al uso de las aguas, pues al no existir una reglamentación que establezca limitaciones y condiciones al uso de éstas, su escasez es una realidad y no algo que sólo las futuras generaciones podrían vivir. Por ello, el presente artículo busca, a partir del estudio de modelos comparados, en primer lugar, dar respuesta a si es necesario que nuevamente sean consagrados los usos prioritarios en el Código de Aguas- y por tanto, que se establezca un orden de prelación para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento- y, en segundo lugar, se propone el orden en que deberían establecerse los diferentes usos del agua para efectuar el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento.

Se señala que el Código de Aguas "nuevamente" debería establecer usos prioritarios, pues tanto el Código de Aguas de 1951 y como el de 1969 contemplaban normas que reglamentaban el uso de las aguas de acuerdo al fin al que serían destinadas, y en base a aquel uso o fin, se establecía un orden de preferencia, el cual operaba en el caso de que dos o más peticionarios solicitaran constituir derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas.

1. El orden de prelación contemplado en los Códigos de Aguas de 1951 y 1969

1.1 El Código de Aguas de 1951

En el primer Código de Aguas chileno se establecieron los diversos usos o finalidades a las cuales podían destinarse las mercedes de aguas. En su artículo 30 se encontraba la solución al caso en que se presentaran diversas solicitudes de merced sobre las mismas aguas, estableciéndose un orden de preferencia para el otorgamiento de dichas mercedes.

Esta norma fue la que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, estableció una preferencia legal de un uso por sobre otro, es decir, se consagró un orden de prelación de acuerdo a los usos a los cuales debían destinarse las aguas.

El artículo 30 establecía que en el caso de presentarse diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se haría en el orden de preferencia que señala la misma norma, cuál era el siguiente ¹:

1. Bebida y servicios de agua potable de las poblaciones y centros industriales.
2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones.
3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre
4. Regadío
5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica
6. Industrias, molinos y fábricas y;
7. Otros usos

Samuel Lira Ovalle respecto a las mercedes según su objetivo u orden de preferencia, señala que "*contempla un orden de preferencia para los solicitantes, basado en la destinación que se dará al agua. Fines de interés general fundamentan las preferencias*".² Argumenta que inicia la enumeración, la bebida y el agua potable, preferencia plenamente justificada por su importancia para la satisfacción de necesidades indispensables para la vida; continúa la

1 El artículo 30 inciso 2 establece que en el caso en que dentro de cada clase señalada se presenten diferentes solicitudes para las mismas aguas "serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes". Por lo tanto, si concurrían diversas solicitudes sobre las mismas aguas, primero debía atenderse a las empresas de mayor importancia y utilidad, y si entre estas existía igualdad respecto a la importancia y utilidad, debían preferirse de acuerdo a la fecha de presentación de la solicitud. De acuerdo a Ana Hederra Donoso "*la utilidad e importancia de una empresa está referida al interés público, y son factores de hecho que corresponde resolver al Presidente de la República al otorgar la merced*". HEDERRA DONOSO, Ana. VERGARA DUPLAQUET, Ciro (Coordinación). Comentarios al Código de Aguas. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I. P.239.

2 LIRA OVALLE, Samuel. *El derecho de aguas ante la cátedra*. Santiago: Editorial Universidad Católica, 1953. P. 117.

enumeración con los usos domésticos y saneamiento de poblaciones, que se contempla en dicha situación en base a un fundamento similar al anterior, cual es la satisfacción de necesidades mínima.

En cuanto a la preferencia del abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre (número 3), el autor antes referido explica que ésta se justifica por la importancia que tiene para el interés general de la población el normal funcionamiento de ferrocarriles y el pequeño consumo del vital elemento necesario para ello. En cuanto al salitre, señala que si bien ha dejado de ser la fuente principal de recursos para el país, se debe reconocer que, después del cobre, es la industria minera más desarrollada y que en sus métodos de elaboración se emplea con frecuencia la vía húmeda. Además, el salitre constituye el abono por excelencia para la agricultura, rama de la producción para la cual el legislador estableció una primacía en relación con las demás industrias³.

En el número 4 se encontraba el regadío, y en los números siguientes las industrias; en el número 5 las plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica; y en el número 6 las industrias, molinos y fábricas. Samuel Lira Ovalle comenta que se advierte claramente la preferencia que se le da a la agricultura al anteponer en el orden de preferencia al regadío a los demás números que tratan de las industrias. Esto, según indica, es natural pues la agricultura es una de las industrias más importantes para el desarrollo del país⁴.

1.2 El Código de Aguas de 1969

El artículo 30 del Código de 1951 fue modificado por la Ley de Reforma Agraria. Así, de acuerdo al nuevo artículo 42 del Código de Aguas de 1969 que indicaba las diversas prioridades que la autoridad administrativa debía considerar para preferir una solicitud sobre otra, el orden de preferencia era el siguiente⁵:

1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales.
2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones, y
3. Otros usos.

3 LIRA OVALLE, Samuel. Cit.ant. (2). P.117.

4 Cabe mencionar que el Código de Aguas de 1951 aparte de consagrar un orden de preferencia, no permitía a los dueños de derechos de agua cambiar los usos específicos para los cuales habían sido otorgados éstos, sino que, en caso de un cambio, tenían que devolver los derechos al Estado y solicitar una nueva merced. Igualmente, de acuerdo al artículo 280 toda merced que no se ejercitara durante cinco años consecutivos podía ser caducada por el Presidente de la República.

5 Dentro de cada clase se preferían las actividades de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones se preferirán según las fechas de sus solicitudes.

Con Ley de Reforma Agraria fueron eliminados los números 3,4, 5 y 6, referidos al abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre, al regadío, a las plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica, a las industrias molinos y fábricas, respectivamente. Por lo tanto, todos estos usos quedarían comprendidos en "otros usos", sin establecerse una preferencia legal de unos usos por sobre otros ⁶. Pese a que las mercedes para riego, energía eléctrica y usos industriales y fuerza motriz, fueron eliminadas del orden de prelación, el legislador de la época dispuso su reglamentación en el Código de Aguas de 1969.⁷

2. Marco normativo actual: el orden de prelación (no) contemplado en el Código de Aguas de 1981

El Código de Aguas vigente ampara el libre ejercicio de los derechos de aguas, estableciendo plena libertad para el uso del agua a la que se tiene derecho, de esta manera, quien solicita un derecho de aprovechamiento puede dar a las aguas las finalidades o usos que estime convenientes de acuerdo a sus intereses particulares. Por otra parte, no es necesario que el particular justifique el uso futuro que se le dará al recurso, sin perjuicio del pago de la patente por no uso. Además, al efectuarse una transferencia de derechos de aguas, no es necesario que el actual propietario mantenga el uso al cual se destinaba el agua.

6 También fue suprimida la palabra "empresas" y se reemplazó por "actividades", de manera que el alcance de esta disposición fue más amplio.

7 Chile. *Código de Aguas*, Decreto 162 de 12 de marzo de 1969. En su artículo 53 inciso 1, el Código de Aguas reguló las mercedes para riego fijando que se concederían únicamente a los propietarios que justificaran necesitarlas y de acuerdo con la tasa de uso racional y beneficioso. Estas tasas serían determinadas por científicos y técnicos del Gobierno. Se establecerían las cantidades de agua necesarias para los cultivos bajo diferentes condiciones agronómicas y geográficas. Además, el artículo 53 inciso 2 establece que estas mercedes comprendían siempre la autorización para la extracción de agua necesaria para la bebida y el uso doméstico de los habitantes del predio, así como la necesaria para el abrevamiento de ganado del mismo, a menos que expresamente se estableciera lo contrario. Por último, el artículo 53 inciso final regula que estas mercedes debían concederse siempre, mientras exista caudal disponible.

En cuanto a las mercedes para energía eléctrica, éstas se regirían por las disposiciones del Código de Aguas y las centrales por la Ley de Servicios Eléctricos, es decir, el artículo 44 no sufrió modificación alguna, salvo en su inciso final que hace aplicable el artículo 60, que sí fue modificado. El antiguo artículo 49, al que hacía referencia el inciso final del antiguo artículo 44, disponía que los concesionarios de las mercedes para energía eléctrica debían usar el agua de manera que no se perjudique los riegos, en consecuencia estos concesionarios debían "tomar las medidas o construir las obras necesarias para que no se produzcan mermas o golpes de agua que causen perjuicios a los regantes o destruyan sus bocatomas y, en general, no se perjudiquen derechos adquiridos. El nuevo artículo 60 reemplazó esta última expresión por la siguiente: "y, en general, no se perjudique la regularidad del riego".

Por último, la ley de Reforma Agraria reglamentó las mercedes para usos industriales y fuerza motriz sin efectuar grandes cambios en relación al Código de 1951. El nuevo artículo 59 dispone que estas mercedes son de carácter temporal y su duración era fijada por el Director General de Aguas, no por el Presidente de la República como antes se indicaba. El artículo 60 antes mencionado también tenía aplicación en estas mercedes, por tanto, el uso de las aguas para estos fines no podía perjudicar a terceros, debiendo tomar los concesionarios, las medidas o construir las obras necesarias para que no se produjeran mermas o golpes de agua que causaren perjuicios a los regantes o destruyeran sus bocatomas y, en general, no se perjudicara la regularidad del riego.

Particularmente sobre el uso de las aguas, el actual Código de Aguas no establece preferencias legales de unos usos por sobre otros. El orden de prelación que contemplaba el artículo 30 del Código de Aguas de 1951 no fue incorporado en el Código de Aguas dictado en 1981. Actualmente, bajo la vigencia de este último Código, si se presentan diversas solicitudes sobre las mismas aguas y éstas no son suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) no está autorizada para privilegiar a un solicitante por sobre otro de acuerdo al uso que el particular le dará a las aguas. El otorgamiento en este caso queda regulado por el mercado, pues la DGA "*una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a una remate de estos derechos.*" (Artículo 142 inciso 1°). Adjudicándose el derecho de aprovechamiento el mejor postor que concurrió al remate, siendo intrascendente para el actual régimen legal de las aguas el uso que el adjudicatario le dará al recurso.

De la terminología del actual Código de Aguas, siguiendo el artículo 12⁸, es posible hacer la siguiente clasificación de los derechos de aprovechamiento: a) derecho de aprovechamiento consuntivo y no consuntivo⁹, b) derecho de aprovechamiento permanente y eventual¹⁰, y c) derecho de aprovechamiento continuo, discontinuo o alternado¹¹.

Las clasificaciones señaladas atienden al ejercicio del derecho de aprovechamiento, y no a su objeto o fin. Contradictorio resultaría que el Código de Aguas, que establece una plena libertad para el uso de las aguas y no exige que se justifique el destino o uso que les dará, establezca una distinción de acuerdo al fin al cual se destinan. Por la misma razón, no resulta ilógico que el Código de Aguas no consagre usos prioritarios.

Los *usos prioritarios* son definidos como los que necesitan de manera imprescindible del recurso agua para su fin. Se caracterizan por la falta de alternativas que gira en torno a ellos para satisfacer dichas necesidades. Ejemplos de ellos son: los usos domésticos, industriales y agrícolas.

8 Chile. Decreto con Fuerza de Ley N°1122 de 29 de Octubre de 1981 que aprueba el Código de Aguas. Artículo 12: "Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas".

9 Ibid. Artículos 13 y 14 inciso 1°.

10 Ibid. Artículos 16 inciso 1°, 17 y 18.

11 Ibid. Artículo 19.

En tanto, son usos secundarios aquellos en los que su fin podría lograrse mediante otros recursos. Ejemplos: uso energético o de navegación, pues las necesidades energéticas o de transporte pueden satisfacerse mediante otros recursos¹².

3. Proyectos de ley en materia de usos prioritarios

Existen tres proyectos de ley que tratan sobre los usos prioritarios¹³, sin embargo, en este artículo sólo será tratado el proyecto al cual el Ejecutivo presentó la Indicación Sustitutiva el 8 de octubre de 2014, que actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados.

Una de las principales modificaciones que se buscan introducir por medio de la Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12), es establecer el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua, los que siempre prevalecerán en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento.

Concretamente, la mencionada Indicación agrega un nuevo artículo 5 bis, que consagra que las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas¹⁴.

12 BALAIRÓN PÉREZ, Luis, *Gestión de recursos hídricos*. 2da Edición. Cataluña, España: Ediciones UPC, 2002 [en línea] <http://books.google.cl/books?id=wPe4Hay95wUC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> [consulta: 10 de junio de 2014].

13 Estos proyectos han sido abordados en la Memoria de Prueba a la que se hace referencia en el título de este artículo. Los proyectos son los siguientes: Proyecto de ley Boletín N° 7543-12 de 2011; Proyecto de ley Boletín N° 8960-33 de 2013 e Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12).

14 En cuanto a la tramitación de este proyecto de ley, este se encuentra en el primer trámite constitucional. Con fecha de 7 de enero de 2015 la Comisión de Recursos Hídricos, Sequía y Desertificación de la Cámara de Diputados aprobó unánimemente la indicación de los diputados Cristina Girardi (PPD), Yasna Provoste (DC), Daniel Núñez (DC) y Matías Walker (DC) que consagra el derecho humano al agua y al saneamiento. La frase que quedó en el proyecto fue la siguiente: "*El acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado*". COMISIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS Y DESERTIFICACIÓN. Acta de la 32ª sesión, *Periodo Legislativo 2014-2018* [en línea] <<http://camaradediputados.cl/pdf.aspx?prmID=18481&prmTIPO=ACTACOMISION>> [consulta: 10 de enero de 2015].

4. Los usos de las aguas en Chile¹⁵

En el contexto mundial, Chile puede considerarse un país privilegiado en materia de recursos hídricos. El volumen de agua procedente de las precipitaciones que escurre por los cauces superficiales y subterráneos ("escorrentía media total") equivale a una media de 53.000 m³/persona/año, valor bastante más alto que la media mundial (6.600 m³/persona/año) y muy superior al valor de 2.000 m³/persona/año considerado internacionalmente como umbral para el desarrollo sostenible. Sin embargo, cuando el valor medio es analizado regionalmente, la realidad cambia rotundamente: desde Santiago al norte prevalecen las condiciones áridas; la media de disponibilidad de agua está por debajo de los 800 m³/persona/año, mientras al sur de Santiago supera los 10.000 m³/persona/año¹⁶.

En los últimos 30 años Chile ha tenido un desarrollo económico importante, con una tasa anual de crecimiento real del PIB del 6,2%. La economía, con una clara orientación de mercado, tiene una fuerte tendencia a la exportación basada principalmente en sectores con procesos de producción que requieren mucha agua, tales como la minería y la agricultura¹⁷.

En este punto serán analizados los siguientes usos: consumo humano, uso ambiental, uso agropecuario y uso productivo, este último subdividido en el uso de las aguas en la generación de energía, en la industria y finalmente en la minería.

4.1 El consumo humano de agua

La Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 64/292¹⁸, el 28 de julio de 2010 reconoce que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

15 Se debe advertir que se utilizará el término "usos" y no "funciones" del agua, acotando que ninguno de estos dos términos es erróneo al referirse a los recursos hídricos, pues estos tienen tanto múltiples usos como funciones. La diferencia radica en que el término "función" dice relación con la virtud de la cual goza un elemento, con la capacidad de actuar de algo, y existe con independencia del uso o destino con que se emplea el agua. Mientras que la expresión "uso" se refiere al empleo continuado y habitual de alguien o algo. Para emplear las aguas (para usarlas) con cualquier fin es necesario solicitar a la autoridad que constituya un derecho de aprovechamiento a favor del solicitante, por lo tanto, la expresión uso dice relación con un término administrativo.

16 BANCO MUNDIAL. *Chile, diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos* [en línea] <http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2014].

17 De acuerdo al Informe del Banco Mundial, en el año 2005, las cinco clases de actividad económica consumidoras de agua con mayor participación en el PIB fueron la industria manufacturera (17%), comercio, restaurantes y hoteles (10%), minería (8%), agropecuario y silvícola (4%) y electricidad, gas y agua (3%), mientras que en 2005 la contribución a las exportaciones de bienes fueron: minería (57%), agropecuario, silvícola y pesquero (7%) e industriales (31%), BANCO MUNDIAL, Cit.ant (16). P.5.

18 ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292.

Chile no ha reconocido el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho fundamental en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha firmado y ratificado todos los Convenios Internacionales a los que alude la Asamblea General de Naciones Unidas para reconocer el derecho al agua como un derecho humano¹⁹.

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico²⁰. El abastecimiento de agua debe ser continuo, suficiente, salubre y aceptable para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica²¹.

4.2 Necesidades ecológicas o ambientales: uso ambiental

Los ecosistemas de agua dulce son fundamentales para preservar la biodiversidad y el bienestar humano. La seguridad alimentaria, así como toda una serie de bienes y servicios ambientales, dependen de los ecosistemas de agua dulce²². El uso ambiental del agua está relacionado con la sustentabilidad de un determinado ecosistema. Por ende, atiende a la necesidad de preservar, en calidad y cantidad suficiente, este recurso indispensable para la vida²³.

4.3 Usos agropecuarios

El uso agropecuario comprende el agua para el riego de cultivos y el agua que consume la ganadería. Este uso constituye uno de los usos consuntivos por excelencia.

19 La Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; y el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

20 COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Número 15, 29° periodo de sesiones, Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002 (E/C.12/2002/11) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[en línea]<http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf> [consulta: 20 de mayo de 2014].

21 De acuerdo al Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el consumo se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos. El saneamiento se refiere a la evacuación de las excretas humanas. La preparación de alimentos incluye: la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con éstos. La higiene personal y doméstica se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar.

22 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. *El acceso al agua potable como derecho humano*. Alicante, España: Editorial Club Universitario, 2014. P.36.

23 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y FACULTAD DE CIENCIAS FORESTALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Estudio "Catastro y localización de usos públicos no extractivos o usos in situ del agua"[en línea] <http://www.uach.cl/proforma/insitu/ln_situ_s.PDF> [consulta:23 de septiembre de 2014].

En Chile la agricultura se desarrolla principalmente de la región IX al norte, con un área regada (con seguridad de riego del 85%) del orden de 1,1 millones de hectáreas. El riego es particularmente importante para la agricultura chilena porque de él depende el 40% del área cultivada y una gran parte de los productos de alto valor de exportación²⁴. Además, el riego representa el 73% de las extracciones a nivel nacional.

El uso del riego para el desarrollo agrícola debido a su alta variabilidad temporal y ubicuidad espacial generan complejas relaciones de interdependencia (y conflicto) entre los regantes, causando múltiples externalidades²⁵.

4.4 Usos productivos

Los usos productivos del agua consisten en la utilización de los recursos hídricos para el desarrollo de actividades económicas.

De acuerdo con la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de la organización de las Naciones Unidas, las actividades económicas se dividen en los siguientes grandes grupos²⁶:

1. Agricultura, caza, silvicultura y pesca;
2. Explotación de minas y canteras;
3. Industrias manufactureras;
4. Electricidad, gas y agua;
5. Construcción;
6. Comercio (por mayor y por menor, restaurantes, cafés y establecimiento de expendio de comidas y bebidas);
7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones;
8. Establecimientos financieros, seguros, bienes inmuebles y servicios técnicos, profesionales y otros;

24 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.10-11.

25 ZAGARRA MÉNDEZ, Eduardo. *Mercado de aguas y privatización de derechos: conceptos y evidencia sobre la experiencia chilena*. 1996, que se pudo consultar gracias a la cortesía del autor. De acuerdo a este autor existen externalidades de tipo intersectoriales e intrasectoriales. En el primer caso, se puede ejemplificar con los conflictos por la alteración de flujos por parte de la industria hidroeléctrica que afectan la oferta de agua, en cantidad o calidad, para la agricultura en el momento en que los cultivos más la necesitan. Un segundo ejemplo es la contaminación de aguas por parte de una mina, afectando a los agricultores y consumidores aguas abajo. Las externalidades intrasectoriales, son por ejemplo, que un regante que deja percolar demasiado el agua en su terreno aumenta la salinidad del terreno de otros al elevar el nivel de la napa freática. Otro ejemplo, es que agricultores alteran parte de la infraestructura de distribución para beneficio propio, perjudicando a otros que planifican sus riegos de acuerdo a las normas establecidas.

26 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. *Estimaciones de demanda de agua y proyecciones futuras. Zona II. Regiones V a XII y Región Metropolitana*. [en línea] <<http://documentos.dga.cl/USO4854v1.pdf>> [consulta: 8 de noviembre de 2014]. P.29.

9. Servicios comunales sociales y personales; y
10. Actividades no especificadas y otras.

Se hará referencia en este punto el uso de los recursos hídricos para generación de electricidad, en la industria y en la minería. Solo se estudiarán estos usos en estas tres actividades económicas, puesto que el uso agrícola ya fue analizado en el punto anterior y las otras actividades utilizan principalmente agua potable (las actividades de los números 5, 6, 7, 8 y 9).

En cuanto al uso del agua para la generación de energía, esta investigación abarca principalmente a la energía hidroeléctrica, debido a que las mayores demandas del recurso hídrico están asociadas a este tipo de centrales a través del ejercicio de derechos de aprovechamiento no consuntivos. En tanto, el agua en las industrias es uno de los recursos más importantes, ya que es usada como materia prima, enfriante, solvente, agente de transporte y fuente de energía. Por último, el agua en la minería es utilizada para separar los minerales de rocas y limpiar los materiales de desecho²⁷. El uso del agua en la industria y en la minería corresponde al ejercicio de derechos de aprovechamiento consuntivos, es decir, aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas.

4.4.1 Usos del agua para la generación de energía

La matriz de energía eléctrica de Chile tiene una capacidad instalada de 15.547 MW, de las cuales las centrales hidroeléctricas representan el 35%, las térmicas el 64% y las eólicas el 1%; las dos primeras requieren de agua para la producción de electricidad²⁸. Chile depende significativamente de la energía hidroeléctrica, al aprovechar condiciones geográficas favorables: los ríos son cortos y de pendientes agudas por lo que el agua cae a gran velocidad desde las montañas y la pre cordillera, el tramo donde el potencial hidroeléctrico es más alto²⁹.

Es posible afirmar que las mayores demandas de agua para generación de energía están asociadas a las centrales hidroeléctricas, las que utilizan recursos superficiales a través del ejercicio de derechos de aprovechamiento de tipo no consuntivo³⁰. Estos derechos

27 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y FACULTAD DE CIENCIAS FORESTALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Cit.ant. (23).P. 5.

28 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P. 13.

29 BAUER, Carl J. *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado de Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2002. P.129.

30 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Cit.ant. (26). P.37.

permiten al propietario desviar y utilizar las aguas otorgadas, siempre y cuando éstas sean devueltas posteriormente sin alteración al canal original.

Los conflictos por los usos múltiples de las aguas en los que se ven involucrados los proyectos de hidroelectricidad se producen en la Zona Centro (desde Coquimbo al Maule), en temporadas estivales con escasez de agua, principalmente con los agricultores.³¹ También existen conflictos por el agua en la Zona Austral (en las regiones de Aysén y Magallanes) principalmente con el sector turístico, debido a que los impactos ambientales de las represas y la forma de transmisión de la electricidad hacia el norte, atentan contra los modos de vida locales y la belleza escénica del territorio³².

4.4.2 Uso industrial

La industria es un usuario importante de los recursos hídricos y el que más contribuye al desarrollo económico y social de los países por su alta participación en el producto bruto interno de los mismos³³.

En cuanto a los fines para los cuales las industrias consumen agua, se pueden mencionar los siguientes:³⁴ como materia prima en un proceso de fabricación³⁵, como forma de transporte, como elemento de transferencia de calor, tanto en procesos de calentamiento como de enfriamiento, y como contenedor de vertidos industriales.

A nivel nacional, el uso industrial representa el 12% de las extracciones totales de agua³⁶. Con lo que genera aproximadamente un 34% de las exportaciones de Chile, y representó en el año 2011 un 11% del PIB³⁷.

31 Esto ocurre porque las hidroeléctricas acumulan el agua en sus represas para la generación de electricidad y, por otra parte, las asociaciones de regantes exigen la apertura de las compuertas para mantener los derechos de agua que les corresponden para su uso consuntivo.

32 INICIATIVA "AGUAS QUE HAS DE BEBER". *Agua en Chile: diagnóstico territorial y propuestas para enfrentar la crisis hídrica* [en línea] <http://www.aguaquehasdebeber.cl/wpcontent/uploads/2014/06/agua_chile_2014.pdf> [consulta: 12 de junio de 2014]. P.8.

33 FORO CONSULTIVO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO, AC. *Diagnóstico del agua en las Américas*. [en línea] <http://www.ianas.org/water/book/diagnostico_del_agua_en_las_americas.pdf> [consulta: 30 de diciembre de 2014].P.26

34 BAILARAÓN PÉREZ, Luis. Cit.ant. (12). P.112.

35 El agua es materia prima que se incorpora a numerosos productos industriales. Especial importancia tiene el uso del agua en la industria alimentaria, pues en este caso el agua no solo constituye la mayor proporción del producto acabado, sino que se requiere agua de una calidad superior a la de otros usos industriales.

36 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16), P. 10.

37 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. *Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025*. [en línea] http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014], P.15.

El consumo de agua industrial no minero en Chile se efectúa principalmente por la industria de procesamiento de papel/celulosa, la metalurgia y la industria de procesamiento de alimentos³⁸.

4.4.3 Uso minero

En términos del rendimiento económico, la minería constituye el uso industrial del agua más importante en Chile. Es el primer sector económico del país en términos de contribución al PIB- representando al año 2011 un 15% del PIB nacional- y genera 60% de las exportaciones³⁹.

El sector minero desarrolla sus actividades en las regiones del norte del país (especialmente en la II y III región) donde existen severos problemas de escasez hídrica⁴⁰.

Este sector representa el 9% de las extracciones de agua y el 35% de los usos para fines industriales⁴¹.

El uso del agua en la minería corresponde, de acuerdo a la clasificación establecida por el Código de Aguas, a un uso consuntivo, es decir, faculta al titular del derecho de aprovechamiento para consumir totalmente las aguas. La demanda hídrica de este sector está estimada en el 8,75% de los usos consuntivos del país⁴².

5. Priorización en el uso de las aguas

De todos los recursos naturales, el agua es el líquido que mayor impacto tiene en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo⁴³. No hay vida sin agua, y difícilmente se puede hablar de otros componentes de cualquier

38 FORO CONSULTIVO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO, AC.).*Diagnóstico del agua en las Américas*. [en línea] http://www.ianas.org/water/book/diagnostico_del_agua_en_las_americas.pdf [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014], P.183.

39 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Op.cit., P.16.

40 La minería a principios de la década consumía 3,5 millones de mt³ de agua al año, lo que ha continuado en aumento, agravando también los impactos ambientales, tales como secamiento de caudales, lagunas, humedales y salares; deteriorando los ecosistemas y generando desertificación. Ello ha afectado a las comunidades locales e indígenas, destruyendo su agricultura, ganadería y economías locales y provocando migración masiva hacia las ciudades, LARRAÍN, Saray POO, Pamela (editores). *Conflictos por el agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*. Santiago: Programa Chile Sustentable, 2010. P.21.

41 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.12 .

42 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.18.

43 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.13.

sistema vivo con abstracción del agua. El agua es junto al aire y el suelo, el soporte de la biosfera y el objeto principal del derecho ambiental⁴⁴.

Así, la consideración y el rol del agua en y desde el prisma del derecho ambiental abarca o podría abarcarlo casi todo. Puede hablarse entonces de un "Derecho Ambiental del agua" como derecho centrado en el valor ecosistémico y la multifuncionalidad del agua respecto del medio⁴⁵.

De esta manera, hoy existe la inmensa tarea ya no sólo de regular conflictos humanos de dimensión social-tribal, comunitaria, feudal, estatal o interestatal, sino que se debe regular y garantizar la supervivencia como especie humana estableciendo e imponiendo reglas del juego del propio comportamiento humano con el medio o el entorno vital que lo rodea⁴⁶.

Como se expuso en párrafos anteriores, al no existir regulación respecto a la asignación de los derechos de aprovechamiento y ante la ausencia de exigencias para el uso de las aguas, es que no es posible hablar de la asignación u otorgamiento de derechos de aprovechamiento de acuerdo a su uso o destino. Ante esta situación, surge la siguiente interrogante: ¿es necesario que el actual Código de Aguas vuelva a consagrar nuevamente un orden de prioridades en el uso de las aguas?

Antes de responder esta pregunta resulta indispensable determinar que significa priorizar y por qué es necesario establecer prioridades para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas.

En primer lugar, priorizar significa⁴⁷- en el contexto de los recursos hídricos- atribuir una preferencia legal a un determinado uso por sobre otro, preferencia que tiene como función condicionar el otorgamiento de derechos de aprovechamiento que solicite constituir un particular por sobre otro.

44 MARTÍN MATEO, Ramón citado por IZA, Alejandro y ROVERE, Marta (editores). *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental* [en línea] <<http://cmsdata.iucn.org/downloads/gobernanza.pdf>>[consulta: 30 de diciembre de 2014].P.208.

45 IZA, Alejandro y ROVERE, Marta. Cit.ant. (44). P.208.

46 Ibid. P.207.

47 De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "priorizar" es dar prioridad de algo. En tanto, el vocablo "prioridad" se define como la anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden o como la anterioridad o preferencia de algo respecto de otra cosa precisamente en cuanto es causa suya, aunque existan en un mismo instante de tiempo. De esta manera, al utilizar la expresión "priorizar o dar prioridad" se le atribuye una ventaja o preferencia a una persona o cosa por sobre otra.

En segundo lugar, para responder por qué se debe priorizar el uso de las aguas para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento es necesario detallar las *características que poseen los recursos hídricos*, pues son estas las que permiten distinguir este recurso de los otros recursos naturales que existen en el medio ambiente. Las características son las siguientes:

1. El agua es un recurso limitado. Su renovación (disponibilidad) en una cuenca depende del ciclo hidrológico y, por tanto mantiene una variabilidad temporal paralela a las fluctuaciones naturales de su génesis⁴⁸, esto obliga a una racionalidad en su uso para lograr una adecuada disponibilidad para el abastecimiento en el consumo humano de agua y los otros usos. Actualmente, no basta con abastecerse de agua para las necesidades domésticas, es necesario, además, un uso integral del recurso que satisfaga el contexto socioeconómico que sustenta el paradigma actual de la calidad de vida⁴⁹.
2. El agua es un recurso con múltiples funciones y usos. Por un lado es esencial para la vida humana, animal y vegetal, por otro, sostiene las actividades productivas, la agricultura, la generación de energía hidroeléctrica, las industrias, la pesca, el turismo y el transporte. Esto implica que los distintos usuarios (las poblaciones, los agricultores, las industrias, las minas, etc.) compiten por aprovecharlo y usarlo en la cantidad y la calidad que requieren. Armonizarlos y lograr un equilibrio entre ellos es indispensable para prevenir o minimizar los conflictos entre los diversos usuarios, logrando una adecuada preservación de los ecosistemas y un desarrollo sustentable.

Carl Bauer advierte que es necesario procurar un equilibrio entre las diversas perspectivas y prioridades. El agua es un recurso con múltiples usos y valores; para dar cuenta de todos ellos, se requiere de una aproximación interdisciplinaria a la gobernanza hídrica y a la economía del agua. La mayoría de los valores de las aguas son de categorías distintas, es decir, cualitativamente diferentes, por lo que no resultan fácilmente comparables por medio de una medida cuantitativa como el precio. Finalmente los procesos de toma de decisiones son siempre cualitativos,

48 VIDAL-ABARCA GUITÍERREZ, María Rosario y SUÁREZ ALONSO, María Luisa. Algunas consideraciones para un modelo ecológico de gestión del agua en España [en línea] <<http://ocw.um.es/ciencias/ecologia/lectura-obligatoria-1/vidal-abarca-et-al-1998.pdf>> [consulta: 30 de diciembre de 2014].

49 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.146.

como al decir cuáles reglas y categorías son las que importan⁵⁰.

En este sentido, debe considerarse como criterio, para determinar que “reglas y categorías importan”, la primacía de los usos con fines de interés general y aquellos que permiten el pleno disfrute de derechos humanos, por aquellos que buscan la satisfacción de intereses particulares.

La inexistencia de usos prioritarios en la legislación implica olvidar el carácter multifuncional del agua.

3. El agua es un recurso insustituible. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, es el líquido que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología, al día de hoy, haya podido reemplazarlo⁵¹.
4. El agua es un componente de los ecosistemas. Por otra parte, el agua además de ser un recurso es un componente de los ecosistemas. A diferencia de otros recursos naturales como el petróleo, el carbón, etc, el agua es organizador y dinamizador de una multitud de ecosistemas acuáticos⁵². El agua es el componente que aparece con mayor abundancia en la superficie terrestre. Forma los océanos, los ríos y las lluvias, además de ser parte constituyente de todos los organismos vivos. La circulación del agua en los ecosistemas se produce a través del ciclo hidrológico, que consiste en la evaporación o transpiración, la precipitación y el desplazamiento hacia el mar⁵³.
5. De acuerdo al Código de Aguas, las aguas son un bien nacional de uso público, es decir, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación. El dominio público de las aguas se justifica a cabalidad, toda vez que sus finalidades públicas son múltiples y esenciales, las cuales se expresan en las distintas necesidades colectivas que son satisfechas mediante el uso del agua. De hecho, según la doctrina, las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario. Por ello el ordenamiento jurídico les ha otorgado un régimen especial, con el objeto de proteger los recursos hídricos, ordenar su uso y aprovechamiento de los mismos.

50 BAUER, Carl J., ¿La Ley del péndulo? Conflictos de aguas y gobernanza en Chile desde 2005. *Actas VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, 2014. P.640.

51 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.13.

52 VIDAL-ABARCA GUITIÉRREZ, María Rosario y SUÁREZ ALONSO, María Luisa. Cit.ant. (48).

53 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.18.

En un comienzo se consideró que la única finalidad de las aguas era el "uso público" en sentido restringido (entendiendo por tal, aquel uso que tiene por objeto la satisfacción de las necesidades públicas), hoy en día, el criterio ha evolucionado a otras esferas, ya que el agua además juega un rol determinante en el desarrollo económico, sin olvidar que -al mismo tiempo- constituye un elemento clave para el medio ambiente. Por cierto, cualquiera que sea la finalidad considerada por el legislador para determinar la afectación de las aguas como bienes públicos, lo importante es que el fundamento último para que ellas formen parte de esa órbita radica en la necesidad de conservar este recurso natural que es esencial, es decir, indispensable para la vida⁵⁴.

En virtud de las características de los recursos hídricos es posible afirmar que éstos poseen una cualidad única y que, por lo tanto, están revestidos de una importancia invaluable. Cuando se habla de recursos hídricos, se reconoce la existencia de sus múltiples usos, sin embargo, entre todos ellos existen aquellos usos que por su importancia e imposibilidad del reemplazo del agua para el fin que serán utilizados deben preceder o anteceder a los otros, es decir, a estos usos deben atribuírseles una preferencial legal.

Otro argumento respecto a la priorización en el uso de las aguas, es posible recurrir a los principios fundamentales del derecho ambiental, en particular al *principio de la no regresión*.

Al revisar la literatura especializada puede constatarse que la enumeración de principios fundamentales del derecho ambiental es bastante amplia⁵⁵. Dentro de los principios más modernos se encuentra el principio de no regresión. Este principio ha sido manifestado en la Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental Río +20, tal Declaración ha señalado que: "*El cumplimiento de los objetivos ambientales forma parte de un proceso dinámico e integrado en el cual están estrechamente vinculados los objetivos económicos, sociales y ambientales. Reconocemos la necesidad de que la legislación y las políticas ambientales adoptadas para alcanzar esos objetivos no sean regresivas*"⁵⁶.

Por un lado, el legislador cuenta con libertad para modificar las leyes y dictar nuevas o derogar antiguas, por otra parte la regulación ambiental no sólo protege a las generaciones

54 SAAVEDRA CRUZ, José Ignacio. Las aguas como bien nacional de uso público. *Revista Justicia Ambiental*: Santiago, N°1, 2009. Pp.206-207.

55 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*. 2da Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P.46.

56 ONU. *Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental, Río +20* [en línea] <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/RIO+20/Declaracion%20Rio+20%20Congreso%20de%20Justicia,%20Gobernanza%20y%20Derecho.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014].

actuales también comprende a las futuras. Estos aspectos ponen en entredicho la mutabilidad del derecho ambiental. La aplicación irrestricta del principio "ley posterior deroga a la anterior" no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones venideras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica.

Por esto, la prohibición de retroceso en materia ambiental ha sido defendida a través del principio de la no regresión. Esta irreversibilidad es la forma en que el derecho protege al ambiente de su regulación, asegurando los fines de su mutabilidad o, en otros términos, que su modificación, derogación e interpretación sea realizada para su resguardo y no para revertir su tutela⁵⁷.

La eliminación del orden de prelación para el otorgamiento de derechos de agua del Código de Aguas vigente significó un retroceso en materia ambiental, el cual se agravó con la inclusión, mediante la Ley 20.017 de 2005, del remate público como mecanismo de asignación de los derechos de aprovechamiento para el caso en que se presentaren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas. Por lo tanto, introducir mediante una modificación legal al Código de Aguas usos prioritarios significaría que dicha mutabilidad en la regulación del uso de las aguas constituiría, sin lugar a dudas, una protección a los recursos hídricos del país, y no un retroceso en su resguardo.

Por último, como fundamento al establecimiento de usos prioritarios, se plantea una *nueva visión acerca de la gestión del agua*, la cual está cimentada en la sostenibilidad económica, social y ambiental de la misma.

Esta nueva visión es la que adopta la Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, que propone la aceptación de un orden de prioridades desde un punto de vista ético⁵⁸.

*"Es necesario plantear las prioridades, derechos de acceso al agua y las condiciones ambientales, sociales y económicas a las que tales usos (urbano, agrario, industrial, etc) deben atenderse, sobre bases completamente nuevas, y al margen de su genérica consideración como uso urbano, agrario, industrial o turístico"*⁵⁹.

57 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit.ant. (55). P. 57-58.

58 La Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua surge con ocasión de la declaración del Año internacional del agua dulce por las Naciones Unidas en 2003, por iniciativa de la Fundación Nueva Cultura del Agua. La Declaración fue elaborada por una Comisión científica durante 2003 y 2004 y presentada finalmente el 18 de febrero de 2005 en Madrid, con el apoyo del Ministerio de Medio Ambiente de España, firmada por 100 científicos y expertos de los 25 países europeos.

59 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Julia. Agua y sostenibilidad: algunas claves desde los sistemas áridos. Polis Revista Latinoamericana 14 [en línea] <<http://polis.revues.org/5096>>[consulta: 7 de enero de 2014].

Esta Declaración postula que más allá de los usos del agua en la agricultura, en la generación eléctrica o en la industria, los ecosistemas acuáticos desempeñan funciones claves, tanto para la vida en la biosfera, como para asegurar la organización y cohesión social de las comunidades humanas. Al mismo tiempo, el agua representa la herencia natural, que marca la identidad de territorios y pueblos. Asumir el reto de la sostenibilidad exige cambios profundos en las escalas de valor, en la concepción de la naturaleza y en el modelo de vida; exige, en suma, un cambio cultural que en materia de aguas esta Declaración ha reconocido como una "Nueva Cultura del Agua"⁶⁰.

La Nueva Cultura del Agua propone una nueva ética en la gestión del agua reconociendo que las diversas funciones y usos del agua están relacionados con rangos de valor tan diferentes. Por lo mismo es preciso distinguir categorías, en orden a establecer adecuadas prioridades, derechos y criterios de gestión. Como indica la Declaración: "*Lo que se necesita es la aceptación de un orden claro de prioridades desde un punto de vista ético*"⁶¹.

De acuerdo a Julia Martínez Fernández, "*es necesario recuperar la gestión conjunta del agua y contemplar las funciones ambientales del agua como condicionantes previos al resto de los usos, salvando las necesidades domésticas básicas. Hay que priorizar, no según qué tipo de sector socioeconómico consume el agua, sino según las funciones del agua*"⁶².

Tal es la posición adoptada por la mencionada Declaración, la cual distingue entre⁶³: a) el agua para la vida⁶⁴, b) el agua para actividades de interés general⁶⁵, con funciones de salud y cohesión social, y, c) el agua para el crecimiento económico, en funciones económicas legítimas, ligadas a actividades productivas e intereses privados.

5.1 ¿Existen ordenamientos jurídicos que consagren usos prioritarios?

Al retomar la pregunta anteriormente señalada ¿es necesario que el actual Código de Aguas vuelva a consagrar nuevamente un orden de prioridades en el uso de las aguas? Cabe preguntarse si existen ordenamientos jurídicos en los cuales se comprenda el

60 Declaración Europea Por Una Nueva Cultura Del Agua, 2005. [en línea] <<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf>> [consulta: 27 de diciembre de 2014].

61 *Ibid.* P.29.

62 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Julia. *Cit.ant.* (59).

63 Declaración Europea Por Una Nueva Cultura Del Agua. *Cit.ant.* (60). Pp. 29-30.

64 Esta comprende el agua en funciones básicas de supervivencia, tanto de los seres humanos (individual y colectivamente), como de los demás seres vivos de la naturaleza, la cual debe ser reconocida como prioritaria y garantizada desde la perspectiva de los derechos humanos.

65 La Declaración también precisa que es necesario reformular el concepto de interés general: se trata de conseguir una gestión más eficiente de los recursos disponibles y de garantizar una gestión sostenible de los ecosistemas fluviales y de los acuíferos.

reconocimiento de usos prioritarios y el establecimiento de un orden de prelación para el otorgamiento de derechos de aguas. Esto con el objetivo de que si el legislador chileno no considera efectuar cambios legales, pueda tener presente la experiencia comparada en esta materia.

En este punto serán expuestas las legislaciones de aguas de diversos países de América del Sur que reglamentan usos prioritarios, ya que estos han llevado a cabo reformas legales sobre esta materia en los últimos años.

Del examen de estas legislaciones, se puede observar que la regulación de los usos prioritarios ha sido reciente, salvo el caso de Colombia, que a través de un Decreto en el año 1978⁶⁶ reglamentó un orden de prioridades y el caso de Brasil que en el año 1997, dispuso en su ley de aguas⁶⁷ que en las situaciones de escasez el uso prioritario es el consumo humano y el abrevadero de animales. Sin embargo, en los últimos diez años se han dictado nuevas Constituciones y leyes que han regulado esta materia.

En primer lugar, Uruguay en el año 2004 reconoce a nivel constitucional el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como derechos fundamentales⁶⁸ y los consagra como primera prioridad para el uso del agua⁶⁹. Cinco años más tarde, en el 2009, promulga su Ley de Política Nacional de Aguas⁷⁰, la cual reitera la primacía del abastecimiento de la población en el uso de los recursos hídricos y señala que los demás usos deberán ser establecidos por regiones o cuencas.

Posteriormente, en el 2007, Venezuela y Paraguay dictan sus leyes de aguas. La ley de aguas de Venezuela⁷¹ reconoce el acceso al agua como derecho humano fundamental, pero las prioridades en el uso serán definidas por cada cuenca. Por su parte, la ley de aguas de Paraguay⁷² reconoce el acceso al agua para la satisfacción de necesidades básicas como un derecho humano, el cual tiene prioridad en el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos.

Luego, en el año 2008, la Constitución Ecuatoriana reconoce el derecho humano al agua y establece en el primer lugar del orden de prelación al consumo humano⁷³. No fue

66 Colombia. Decreto 1.541 sobre Aguas no marítimas Reglamentación General sobre conservación y protección, de 28 de julio de 1978.

67 Brasil. Ley de Aguas N° 9.433, de 8 de enero 1997.

68 URUGUAY. Constitución de la República de Uruguay, artículo 47 inciso 3.

69 Constitución de la República de Uruguay, artículo 47 inciso 4 y artículo 8 Ley N° 18.610 Política Nacional de Aguas.

70 URUGUAY. Ley N° 18.610 Política Nacional de Aguas, de 28 de octubre de 2009.

71 VENEZUELA. Ley de Aguas N° 38.595, de 2 de enero de 2007.

72 PARAGUAY. Ley N° 3.239 de los Recursos Hídricos del Paraguay, de 14 de junio 2007.

73 ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Artículos 12 y 318 inciso 4.

sino en el año 2014 que Ecuador dictó la nueva ley de recursos hídricos⁷⁴, la cual reitera el orden de prelación establecido en la Constitución.

Finalmente, en el año 2009, la Constitución Boliviana reconoce el acceso al agua y al alcantarillado como derechos humanos y establece como obligación del Estado la protección y garantía en el uso prioritario del agua para la vida⁷⁵. A pesar, del reconocimiento constitucional, la ley de aguas vigente data del año 1879⁷⁶ y ha sido derogada en varias de sus partes por normas posteriores. En el mismo año, Perú dicta su ley de recursos hídricos⁷⁷, en la que se dispone que el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias es un fin prioritario, pues es un derecho fundamental⁷⁸.

La Constitución Argentina no reconoce el derecho humano al agua, sin embargo, a nivel provincial, el Código de Aguas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires indica que la ciudad garantiza a todos sus habitantes el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y domésticos como derecho humano fundamental⁷⁹. El abastecimiento de la población es el principal uso del agua y tiene prioridad frente a cualquier otro uso⁸⁰.

En síntesis, sólo Uruguay, Ecuador y Bolivia han reconocido como derecho humano el derecho al agua a nivel constitucional, y sólo los dos primeros han regulado este derecho en sus respectivas leyes de aguas. Bolivia continúa con una tarea pendiente, pues su ley de dominio y aprovechamiento de aguas es de data muy antigua, la cual se encuentra derogada en varias partes por normas posteriores.

Cabe destacar que Colombia no ha reconocido el derecho humano al agua ni a nivel constitucional ni legal, sin embargo la Corte Constitucional ha hecho una larga carrera para categorizar el derecho al agua como uno de carácter fundamental⁸¹.

74 ECUADOR, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua, de 6 de agosto de 2014. Registro Oficial N°305.

75 BOLIVIA. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. Artículo 16.III y artículo 374.I.

76 BOLIVIA. *Ley de dominio y aprovechamiento de aguas*, Decreto de 1979 elevado a rango de ley en 1906.

77 PERÚ. Ley N°29.338 de Recursos Hídricos, de 30 de marzo 2009.

78 *Ibid.* Artículo III.2.

79 LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Ley N°3.295 de 9 de febrero 2010. Artículo 3.

80 *Ibid.* Artículo 15.

81 GÓMEZ REY, Andrés y AMPARO RODRÍGUEZ, Gloria. *El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2013. P.38.

La Constitución colombiana incluye, eso sí, claros deberes estatales para asegurar el acceso al agua. Efectivamente en su artículo 366 se señala que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".

En cuanto al uso ambiental del agua, este ha sido reconocido solo por Paraguay y Ecuador. Sin embargo, su regulación tiene diferencias tanto en la preferencia por sobre otros usos como en su ámbito de aplicación. Así, la Ley de Recursos Hídricos del Paraguay establece la "satisfacción de las necesidades de los ecosistemas acuáticos" como segunda prioridad⁸², gozando de preferencia por sobre el uso y aprovechamiento para actividades agropecuarias. Además, su preferencia está limitada solo para la satisfacción de los ecosistemas acuáticos, dejando fuera los ecosistemas terrestres. Mientras que la ley de aguas de Ecuador se refiere al "caudal ecológico" en el tercer lugar del orden de prioridad⁸³, por sobre este "destino o función" (como señala la propia ley) se encuentra el consumo humano y el riego que garantice la soberanía alimentaria⁸⁴.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 411 inciso 2, señala que la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

Respecto al uso agrario del agua, la legislación de Paraguay, Perú, Colombia y Ecuador lo han reconocido como un uso prioritario. En el caso de la Ley de Recursos Hídricos del Paraguay lo establece en el cuarto lugar del orden de preferencia bajo la siguiente fórmula: "uso y aprovechamiento para actividades agropecuarias, incluida la acuicultura"⁸⁵. En tanto, la Ley de Recursos Hídricos del Perú consagra el uso agrario como un tipo de uso productivo, por lo tanto, de acuerdo al artículo 35 de dicha ley, este se encuentra en el tercer lugar en el orden de prelación.

El Decreto 1541 de Colombia, por otro lado, se refiere a los "usos agropecuarios comunitarios" y los "usos agropecuarios individuales" en los cuales se encuentran comprendidas la acuicultura y la pesca, los cuales se ubican en el tercer y cuarto lugar del orden de prioridades, respectivamente⁸⁶.

Por último, la ley de Ecuador se refiere al "riego que garantice la soberanía alimentaria", este comprende el abrevadero de animales, la acuicultura y otras actividades

82 Ley N°3.239 de Recursos Hídricos del Paraguay. Cit.ant. (72). Artículo 18 letra a).

83 Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua de Ecuador. Cit.ant.(74). Artículo 86 letra c).

84 La ley, en su artículo 76, define caudal ecológico como la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia del caudal específico y la calidad del agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema. Como se observa la ley utiliza la expresión genérica "ecosistema", sin limitar el campo de aplicación del caudal ecológico sólo a los ecosistemas acuáticos.

85 Ley N°3.239 de Recursos Hídricos del Paraguay. Cit.ant. (72). Artículo 18 letra c).

86 COLOMBIA. Decreto 1.541 de 26 de julio de 1978, sobre Aguas no marítimas Reglamentación General sobre conservación y protección. Artículo 41 letra c).

de la producción agropecuaria alimentaria doméstica⁸⁷.

Sobre los usos productivos, las leyes de aguas de Paraguay, Perú, Colombia y Ecuador establecen los establecen en el siguiente orden de preferencia: uso del agua para la generación de energía, usos industriales y finalmente el uso en la minería. Salvo la ley de recursos hídricos del Paraguay que no establece el uso del agua en la minería⁸⁸.

Finalmente, en el caso de la legislación de aguas en Argentina, a nivel constitucional no existe un orden de prelación, sin embargo a nivel provincial rigen distintas leyes o Códigos de aguas que sí establecen un orden. Por ejemplo: la Ley de Aguas de Río Negro, la Ley de Aguas de San Luis, el Código de Aguas de Formosa, el Código de Aguas de Salta, el Código de Aguas de Chubut y la Ley N°5.850 de 2010 que establece la Política Hídrica Provincial⁸⁹, el Código de Aguas de Entre Ríos y el Código de Aguas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

6. Propuesta de modificación legal al Código de Aguas

Atendiendo al actual contexto nacional de la demanda de los recursos hídricos y los diferentes usos a los cuales son destinados por sus usuarios; el hecho de ser un recurso natural esencial para la existencia de la vida animal, vegetal y humana y la conservación de los ecosistemas; además de la importancia de estos para el desarrollo de las actividades productivas que sustentan la economía del país, es que se concluye que el Código de Aguas chileno debe volver a establecer un orden de prelación atendiendo al fin al cual se destinan las aguas.

El orden de prelación permitirá prevenir y resolver los conflictos que se generen entre los usuarios desde la esfera de lo público y no desde la esfera del mercado. Sustituir el remate público como mecanismo de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas implicaría eliminar del Código de Aguas la distribución de este recurso natural bajo la óptica del mercado. El mercado se caracteriza por la indiferencia entre los agentes, "es

87 Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua de Ecuador. Cit.ant.(74). Artículo 86 letra b).

88 Es necesario destacar que tanto la legislación de aguas de Ecuador y Perú, consignan otros usos productivos del agua a parte de los ya detallados en el párrafo anterior. Así, el artículo 93 de la ley dispone que el turismo, hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos de certificados de purificación y calidad son actividades que constituyen el aprovechamiento productivo del agua. En tanto, el artículo 42 de la Ley de Recursos Hídricos del Perú, establece que el uso medicinal, recreativo, turístico y de transporte del agua son tipos de uso productivo.

89 El artículo 2 letra c) señala lo siguiente: "En situaciones de escasez, el uso prioritario de los recursos hídricos es el uso doméstico y municipal para abastecimiento de la población".

*esta dimensión de indiferencia recíproca la que necesita ser compensada a nivel social por otra caracterizada no por la indiferencia sino por la responsabilidad recíproca*⁹⁰.

El Código de Aguas chileno debe volver a establecer un orden de prelación, pero ¿en qué orden deben fijarse los distintos usos? Entre los usos de las aguas parece no resultar tan difícil llegar al consenso de consagrar el consumo humano de agua como prioritario, toda vez que su fin atiende a satisfacer las necesidades humanas básicas de la población. Efectuar tal consagración se fundamenta, además, en la declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas en la cual se reconoce el acceso al agua potable y al saneamiento como derecho humano.

En cuanto al uso ambiental, que permite la conservación de los ecosistemas, este tiene su fundamento en el deber constitucional del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, toda vez que la preservación de la naturaleza tiene como fin asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país.

Respecto al uso agropecuario del agua este se justifica porque garantiza la seguridad alimentaria del país, es decir, que todos tengan en todo momento acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer las necesidades alimenticias y las preferencias en cuantos alimentos con el objeto de llevar una vida activa y sana. El acceso a los recursos hídricos con fines agrícolas permite garantizar el derecho a la alimentación adecuada, derecho del cual el acceso al agua es presupuesto.

Hasta los usos expuestos en los párrafos anteriores parece fácil pensar en un orden para los usos prioritarios, no obstante una mayor discusión podría producirse respecto al orden que debería seguir de los usos productivos ¿Qué uso productivo debe tener preferencia? ¿La generación de energía, las actividades industriales o la minería?

Generar energía es indispensable para el desarrollo de todas las actividades que se realizan, sin energía no puede operar la minería ni las industrias, y contar el suministro de

90 ATRIA, Fernando; LARRAÍN, Guillermo; BENAVENTE, José Miguel; COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo. *El otro modelo*. Santiago: Editorial Debate, 2013. P.174. En esta obra se señala que la esfera del mercado es la esfera en el que cada uno adquiere lo que necesita y puede adquirir, como ocurre actualmente con el remate público. La esfera de lo público, en cambio, es la esfera en la que idealmente cada uno recibe lo que necesita. Una diferencia entre la esfera del mercado y la esfera de lo público (de la ciudadanía) es que la primera es el que cada uno obtenga lo que necesita es un problema privado (responsabilidad de cada uno), mientras que en la segunda el que el ciudadano obtenga aquello a lo que tiene derecho es un problema público, es la esfera de los derechos sociales. Que algo sea considerado un derecho social significa precisamente que no es públicamente aceptable que su provisión quede entregado al mercado y su criterio de distribución. *Ibid.* P.173.

ella es transcendental en todos los hogares del país. Por lo tanto, parece razonable que el uso energético preceda en el orden de prelación a los usos industriales y mineros, pues estas actividades dependen en su funcionamiento de la generación de energía.

Sin embargo, cabe recordar que la generación de energía no solo puede desarrollarse en base a recursos hídricos; basta pensar en la energía eólica, solar y geotérmica. Por ello, el uso energético del agua no constituye un uso prioritario, ya que estos se definen como aquellos que necesitan de manera imprescindible de agua para lograr su fin. A pesar de esto, al proponer una modificación legal debe necesariamente considerarse que Chile por sus características geográficas y de sus ríos se encuentra en una posición privilegiada para generar energía hidroeléctrica, ello es reflejado en que el tercio de la matriz eléctrica es generada con agua.

No obstante esto, en muchos casos las centrales hidroeléctricas son objeto de cuestionamientos y rechazo por las comunidades vecinas del lugar en que son construidas, esto debido a los impactos ambientales que producen.

Considerando estos dos aspectos, es que debe abrirse camino a las centrales minihidro como una alternativa para el desarrollo de la hidroelectricidad.

En atención a estas consideraciones, se postula que el uso energético de los recursos hídricos debe anteceder a los otros usos productivos.

En el caso de las industrias cabe hacer una distinción entre las industrias mineras y las no mineras. En cuanto al uso minero del agua se refiere, el empresariado minero debería evaluar sus actuales formas del uso del agua, sobre todo en ecosistemas frágiles y donde la disponibilidad de agua es escasa. La minería no debe continuar extrayendo agua de napas subterráneas, sino utilizar agua de mar en sus procesos productivos⁹¹. Actualmente las mineras pueden ocupar en sus procesos productivos agua de mar por cuanto existe la tecnología para emplear y desarrollar esta alternativa y el empresario minero tiene las condiciones económicas para costearla.

Al existir y ser posible la alternativa de utilizar agua de mar en los procesos productivos mineros es que este uso debería ubicarse en el último lugar del orden de prelación.

91 LARRAÍN, Sara y POO, Pamela. Cit.ant.(40). P.48-49.

Finalmente, proponer una modificación legal en esta materia implica abandonar “*la mentalidad de uso-único (que) está profundamente arraigada en Chile*”⁹². La situación de escasez hídrica y los numerosos conflictos entre los usuarios de las aguas a lo largo del país requiere reconocer que los recursos hídricos responden a múltiples funciones y usos, y que ciertas funciones y usos tiene prioridad por sobre las otras.

La propuesta de modificación legal que se postula es la siguiente⁹³:

Se propone establecer en el Código de Aguas una norma que contenga un orden de prelación aplicable al momento del procedimiento de otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas cuando concurren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y la disponibilidad de estas no sean suficientes para satisfacer todos los requerimientos.

Los usos de las aguas, por los argumentos anteriormente expuestos, debe seguir el siguiente orden de prelación:

1. Consumo humano de agua potable y saneamiento;
2. Uso ambiental;
3. Uso agropecuario;
4. Uso energético;
5. Uso industrial;
6. Uso minero; y,
7. Otros usos.

92 BAUER, Carl J. Cit.ant. (50).P.128.

93 En cuanto al ámbito de aplicación del orden de prelación que se propone, se estima que este debe regir tanto para la constitución de derechos de aprovechamiento en aguas superficiales como en aguas subterráneas. Esto porque no existe razón para excluir del mismo tratamiento jurídico a las aguas en función de su fuente de origen. Además, el legislador ha reconocido la conexión que existe entre todas las aguas, superficiales y subterráneas. El llamado principio de unidad de la corriente se cuenta consagrado expresamente en el Código de Aguas en el artículo 22. No considerar un mismo orden de prelación cuya aplicación se extienda tanto a las aguas superficiales y subterráneas implicaría no respetar el principio de unidad de la corriente y sus implicancias.

CONCLUSIONES

La creciente demanda del consumo de agua por los diversos usuarios, el fenómeno del cambio climático y la contaminación de las aguas son factores que originan y agudizan la situación de escasez de las aguas presente en nuestro país.

El Código de Aguas establece la naturaleza jurídica de las aguas al consagrar que estas son un bien nacional de uso público, por ende su uso y dominio pertenece a la nación toda. En atención a esta naturaleza jurídica y por tanto, estar sujetas a un régimen especial, es que el Estado está obligado a velar por su protección, conservación y ordenamiento en su uso y aprovechamiento.

El dominio público de las aguas se justifica, pues las finalidades que satisfacen son múltiples y esenciales. Dichas finalidades se manifiestan en las diversas necesidades de la población que son satisfechas mediante el uso y aprovechamiento del agua (como por ejemplo: consumo humano y saneamiento, regadío). Sin embargo, no solo debe atenderse a las necesidades o actividades de la población, sino también a que las aguas son vitales para la preservación y conservación de los ecosistemas y para desarrollo de las actividades productivas del país.

Lo cierto es, que los recursos hídricos juegan un rol clave para el desarrollo económico, pero no debe olvidarse que son indispensables para el desarrollo de la vida y la conservación del medio ambiente.

A pesar de su naturaleza de bien nacional de uso público, bajo el actual ordenamiento jurídico chileno no existen limitaciones o condiciones para su uso, esto debido fundamentalmente a que tanto la Constitución Política como el Código de Aguas se sustentan en principios neoliberales, de manera tal que en el régimen legal de aguas actual la propiedad privada está notoriamente fortalecida y existen mecanismos e incentivos de mercado que limitan el poder regulatorio del Estado.

El breve examen de los tres cuerpos codificados de las aguas, permite concluir que la ausencia de regulación en el uso de las aguas no siempre fue la tónica del régimen legal de aguas. En el primer Código de Aguas de 1951 destaca el artículo 30 que establecía un *orden de prelación* en virtud del fin o destino que se le darían a las aguas. Este orden se fundamentaba en que la preferencia en el otorgamiento de ciertas mercedes respondía a fines de interés general.

Luego, con la dictación del segundo Código de Aguas en 1969, el otorgamiento de las mercedes se fundamentaba también en fines de interés general, sin embargo se le da un mayor énfasis al uso del agua para riego, esto debido a que este Código fue dictado bajo el proceso de Reforma Agraria.

Finalmente, el Código de Aguas vigente, de tendencia neoliberal, transformó el sistema de derechos de aguas del país a un libre mercado de derechos de agua. Expresión de esto fue que el orden de preferencia para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento fue sustituido por un remate público realizado por la DGA. Como consecuencia, actualmente entre los múltiples usos de las aguas no existe una preferencia legal de unos usos por sobre otros. Esto lleva al absurdo que un particular solicite la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas para consumo humano (por ende, pretende la satisfacción de necesidades básicas), frente a otro particular que solicite constituir un derecho de aprovechamiento sobre las mismas aguas para la generación de energía hidroeléctrica (fines económicos), y, como en este caso la DGA debe llamar a un remate público para que el mejor postor se adjudique el derecho, habilitará a la empresa privada con mayores recursos económicos a obtener este derecho, sin importar que el primer solicitante pretenda satisfacer necesidades básicas.

En Chile el derecho al agua potable y saneamiento no se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico, lo que constituye un retraso en materia de protección y garantía de derechos fundamentales.

Por otra parte, el uso ambiental no existe, salvo una escueta voluntad del legislador por incorporar normas ambientales al Código de Agua que tutelen su conservación; como por ejemplo el caudal mínimo ecológico y la reserva de caudal, sin embargo estas herramientas no han sido diseñadas de forma tal de poder cumplir con su objetivo, cual es la conservación.

En tanto, el agua en la agricultura adquiere un rol fundamental, ya que permite garantizar el derecho a una alimentación adecuada tutelando la seguridad alimentaria. Por esto, el acceso al agua es presupuesto de este derecho, siendo además fundamental para el desarrollo socioeconómico del país.

Finalmente, las actividades productivas presionan fuertemente a los recursos hídricos en el funcionamiento de sus procesos, las industrias, la minería y las hidroeléctricas se presentan como amenazas a la disponibilidad de este recurso natural.

Ante tal realidad en los usos de las aguas, es menester lograr un uso eficiente y sustentable, es imprescindible encontrar soluciones comunes a conflictos que tienen el carácter de públicos. La priorización de los usos como un mecanismo para lograr la eficiencia y la eficacia en la gestión de los recursos hídricos es una solución óptima para prevenir y solucionar los conflictos que se producen entre los distintos usuarios, y para garantizar un uso eficiente y sustentable. Así, lo han entendido los distintos ordenamientos jurídicos de América del Sur.

En la última década la tendencia ha sido reconocer el derecho al agua y saneamiento como derecho fundamental y fijar normas que dispongan de un orden de prelación para el otorgamiento de derechos sobre las aguas. En relación a esto, es posible afirmar lo siguiente: a) el consumo humano de agua es siempre prioritario, b) si bien el uso ambiental para satisfacer necesidades ambientales no ha sido reconocido por todas legislaciones como prioritario, se constata la tendencia de reconocer que los Estados tienen la obligación de mantener los ecosistemas en atención a que el agua es un componente de los mismos, y que por lo tanto son fundamentales para preservar la biodiversidad y la sustentabilidad de los ecosistemas y c) en cuanto a usos productivos se refiere, las legislaciones de aguas de los países de América del Sur, le han dado el siguiente orden de preferencia: uso energético, usos industriales y uso minero.

Respecto a la modificación legal propuesta, esta pretende ser un aporte en la búsqueda de una solución que reglamente los múltiples usos de las aguas. La misma toma como referencia legislaciones extranjeras que regulan esta materia. Así mismo, pretende ir más allá del reconocimiento que el Ejecutivo busca consagrar por medio de la Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que modifica el actual Código de Aguas, pues a pesar de que este es un avance, sólo reconoce la función de subsistencia y de conservación eco sistémica, y no emite un pronunciamiento acerca de los usos productivos, que tanto conflicto ocasionan y que tanta agua demandan.

No se puede olvidar que las aguas siguen siendo bienes nacionales de uso público, y por ende, su dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos sus habitantes. Por ello, es necesario dar especial atención a un tema fundamental como este, más aun, cuando las necesidades más vitales y esenciales, como el consumo humano, no son abastecidas adecuadamente, o derechamente no son provistas de la cantidad de agua necesaria.

Recibido: 15 de junio de 2015

Aprobado: 6 de octubre de 2015

Orientaciones y contradicciones en la Ley de Bosque Nativo.

Guidelines and contradictions on native forest law

Felipe Moreno del Valle¹

Abogado, Universidad de Chile
felipe.moreno.delvalle@gmail.com

RESUMEN

La Ley N°20.283, llamada Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, regula el fomento y la utilización de este recurso. La ley tuvo una extensa tramitación parlamentaria producto de dos visiones opuestas relativas al bosque nativo, que podríamos distinguir entre conservación y explotación industrial del bosque. A raíz de esta tensión el legislador pretendió, al menos en apariencia, equilibrar estos dos objetivos. El resultado de este intento dio como resultado la ley vigente hoy en día, que termina por fomentar la incorporación del bosque nativo a la matriz productiva de la industria forestal. Se realizará un examen de las disposiciones más importantes de la ley y se entregarán comentarios y sugerencias sobre la materia.

Palabras clave: Ley de Bosque Nativo, Conservación de Recursos Naturales, Industria Forestal.

1 Este texto responde a un desarrollo ampliado de ciertas ideas vertidas en el Capítulo Tercero de la tesis de grado titulada "Análisis Histórico-Jurídico de la Regulación del Bosque Nativo en Chile: Orientaciones y Finalidades en la Ley 20.283", de mi autoría, y presentada para efectos de mi titulación en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile en el mes de noviembre del 2014. En este sentido, aclaro que esta obra es diferente de la señalada tesis, sin perjuicio de la evidente proximidad temática.

ABSTRACT

Law N° 20.283 called Native Forest Recuperation and Forestal Promotion Law, regulate the use and promotion of this resource. This law had an extense parliamentary debate, because of two opposing views about the native forest. This visions are the industrial use and explotation of the resource, or the forests preservation. As a result of this tension, the "legislature intended, at least in appearance, to balance these two objetives". The result of this attempt was the current law, that ends by promoting, the incorporation of native forests to productive matrix of the forest industry. A review of the most important layouts of the law will be conducted and feedback on the matter delibered.

Key words: Native Forest Recuperation and Forestal Promotion Law, Conservation of Natural Resources, Forestal Industry.

1. Presentación

La Ley de Bosque Nativo, vigente en Chile desde hace poco más de cinco años², contiene en su cuerpo legislativo directrices y orientaciones aparentemente contradictorias entre dos visiones relativas a este elemento. Estas visiones son, por un lado, la preservación del recurso, y por otro, la integración del mismo a la matriz productiva del país. Sin atrevernos a afirmar *a priori* la posibilidad o imposibilidad de una eventual convivencia pacífica de estas opciones, consideradas de forma equilibrada dentro de un texto legal, sí es posible pensar en una regulación que entregue herramientas que permitan desarrollar algún tipo de explotación comercial razonablemente rentable, y que a su vez, entregue facilidades y opciones claras de preservación o desarrollo de otras actividades productivas al interior de bosques nativos³, sin que, en consideración de la complejidad y los largos tiempos de desarrollo propios de estas alternativas, el propietario de un predio que contenga bosques nativos considere una opción por sobre la otra, como consecuencia de las facilidades y beneficios que la normativa vigente le entregue para proteger en vez de producir, o viceversa.

La legislación relativa al bosque nativo, un elemento valorado como *commodity* y como elemento base de la biodiversidad del país, debiese al menos situarse de forma tal, que entregue herramientas y posibilidades de desarrollo tanto para la producción limpia, como para la protección y también para el desarrollo de actividades productivas no madereras dentro de los bosques que puedan ser manejados⁴.

Afirmamos la existencia de estas dos visiones, productiva y de conservación, como representantes de una tensión que puede extrapolarse a toda actividad productiva que se desarrolle en torno a la extracción industrial de elementos presentes en el medio natural. La actual judicialización de proyectos de inversión y la aparición a escala local de grupos de rechazo a estos mismos proyectos⁵, evidencian esta tensión productiva versus

2 Chile. Ley N° 20.283 sobre Protección del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Publicada en el Diario Oficial el 30 de octubre de 2008.

3 Parte de estas alternativas viene a ser la actividad productiva no madereras, tal como lo establece la misma ley en comento.

4 A modo de contextualización, en cuanto a las superficies de bosques existentes en Chile, hay actualmente 13,3 millones de hectáreas de bosque nativo en el país. Fuente: www.infor.cl.

5 Sólo a modo de ejemplo, para graficar la preocupación de la industria: PRICE WATERHOUSE & COOPERS. *Judicialización de proyectos y conflictos indígenas: ¿Cómo evitarlos?* Santiago. 2014. [en línea] <http://www.acera.cl/wp-content/uploads/2014/03/Judicializaci%C3%B3n-de-Proyectos-y-Conflictos-Ind%C3%ADgenas-V5.pdf>.

conservacionista, que también alcanza a proyectos de generación o transmisión de energía⁶, y que caben dentro de una lógica de confrontación directa entre desarrollo y protección del medio natural.

Volviendo al caso de la Ley de Bosque Nativo, encontramos evidencia de esta confrontación de opciones ante el mismo recurso, en la extremadamente extensa discusión parlamentaria que motivó la presentación del Proyecto de Ley original de la Ley de Bosque Nativo, en el año 1992⁷. Agrupado en torno a la Corporación de la Madera, CORMA⁸, el sector productivo se opuso al proyecto original de ley, lo que a su vez motivó la activa participación de fundaciones y ONGs de corte conservacionista en el debate legislativo⁹. La larga discusión entre estos mismos grupos, ya se había perfilado con anterioridad a la presentación del citado Proyecto de Ley, con los primeros cuestionamientos a las políticas de desarrollo de plantaciones forestales al amparo del Decreto Ley 701 de 1974, que posibilitó el explosivo crecimiento de la industria forestal durante los años 80.

Más de dieciséis años de tramitación en el Congreso hicieron falta para que finalmente saliera a la luz el texto definitivo de la Ley de Bosque Nativo, (en adelante LBN) que pretendiendo conciliar posturas productivas y de conservación, a la larga terminaron por conformar el extraño y fallido intento de regulación de los bosques nativos de Chile. La LBN al intentar conciliar las posturas productivas y de conservación, a la larga, terminó por inclinarse hacia el fomento de la producción maderera en bosques nativos, en desmedro de consideraciones ambientales. Esta afirmación parcial, y no rotunda, se da producto de que la constante tensión entre ambas posturas no pudo resolverse con la imposición absoluta de una opción por sobre la otra, sino que de forma solapada, entregando confusas herramientas y beneficios, encubierta en prohibiciones y contra-prohibiciones, en nuevas facultades de fiscalización y vigilancia, pero sin verdaderas potestades de policía¹⁰ para los entes fiscalizadores, y también en consideraciones de apariencia conservacionista que al ser revisadas en profundidad, terminan por demostrar que muchas veces son disposiciones que difícilmente podrán ser aplicadas en la práctica.

6 Ídem.

7 El proyecto original fue ingresado por el presidente Patricio Aylwin el 10 de abril de 1992, permaneciendo por más de 16 años en el Congreso antes de su promulgación.

8 La Corporación de la Madera es la entidad gremial que reúne a los principales productores de madera y celulosa.

9 Debate que por su puesto, se dio no solo entre grupos de interés, sino que también entre parlamentarios que abogaron por disposiciones en uno y otro sentido.

10 Se alude a una de las técnicas de intervención de la Administración, referida específicamente al concepto de policía. Ver MACERA, BERNARD-FRANK. *El Deber Industrial de Respetar el Medio Ambiente*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998. Además, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Editorial Civitas, 2013.

Pasaremos por tanto, a revisar ciertos aspectos presentes en la LBN y sus reglamentos, que a nuestro juicio revelan esta inclinación en el texto de la misma que lleva a fomentar una producción no lo suficientemente sustentable, elemento también a revisar, por sobre la utilización sustentable y la conservación del bosque. Los puntos a discutir son: título de la Ley; regulación del Plan de Manejo, en su calidad de instrumento sectorial; bonificaciones contempladas en la LBN, y otros elementos destinados a su desarrollo; prohibiciones que esta misma contempla; fiscalización y sanciones a los ilícitos en ella legislados, así como los incentivos a la prevención de ilícitos. Finalmente señalaré algunas conclusiones al respecto.

2. Título de la Ley

La Ley en comento se denomina Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. De la sola lectura de este título se infieren los dos objetivos básicos a los que ésta apunta, que son a la vez, las dos posturas que hemos identificado al comienzo de este texto, es decir, la conservación y la producción. Sin entrar nuevamente en la eventual posibilidad de balancear estos dos objetivos, es notoria la intención del legislador por buscar desde un principio la apariencia de una convivencia pacífica entre ambas finalidades.

Ahora bien, al analizar el título de la norma, ante la pregunta ¿Qué debemos entender por recuperación del bosque nativo? La respuesta es más compleja de lo que se podría pensar en una primera aproximación. Una recuperación no debe entenderse como una inacción o como el mantenimiento del actual estado del bosque, sino que implica necesariamente la realización de acciones concretas que ayuden a recuperar, es decir, tanto a incrementar la superficie total de bosque nativo en Chile, como a mejorar las condiciones en que se encuentran los bosques existentes. Tanto la Ley como su Reglamento General contienen definiciones básicas, entre las cuales no se encuentra la definición de 'recuperación del bosque nativo'. El contenido de esta frase, por tanto, deberá ser delimitado de forma doctrinaria, lo que no contribuye a generar consensos y da comienzo a una ley con objetivos difusos. Esto queda en evidencia, porque es común dentro del sector productivo hablar de lo abandonado que se encuentra el bosque nativo hoy, al cual se le considera degradado y empobrecido. En este sentido, para CORMA, "si bien es posible recuperar productivamente alguna fracción de bosque nativo, se trata de un proceso costoso y de largo aliento que no parece ser económicamente viable, y depende mucho del estímulo que presente el Estado"¹¹.

11 BLUTH, Alejandra. 2002. *Chile país forestal, una realidad que se consolida*. Santiago. P.196. Esta obra se enmarca en el cincuentenario de CORMA y da cuenta de la historia, principios y actividades desarrolladas por esta entidad gremial.

Surge, entonces, una nueva acepción del concepto 'recuperación del bosque nativo', en el sentido de incorporarlo productivamente y proceder así a su aprovechamiento racional, única forma de salvarlo de la degradación a la cual se encuentra sometido. En este sentido, "si bien la industria forestal se sustenta hace años en las plantaciones de pino radiata u eucalipto sin que el uso de los recursos autóctonos constituya una actividad relevante, es necesario tener claridad respecto del tema para evitar que el recurso se siga degradando y para sacarlo de su actual condición marginal"¹². Esta acepción, contrasta con aquella que entiende que la recuperación pasa por incrementar y mejorar las condiciones de los bosques en la actualidad, sin determinar de antemano un futuro productivo al fruto de tal recuperación del bosque nativo.

Ahora bien, la segunda parte del título de la Ley, esto es, fomento forestal, también debe ser delimitado con precisión. Aparentemente más sencilla que *recuperación del bosque nativo*, la frase *fomento forestal* pareciera inclinarse hacia el apoyo estatal a la industria forestal, específicamente a la que utiliza al bosque nativo como materia prima, en contrapartida con la industria forestal que podríamos llamar "tradicional", que utiliza plantaciones forestales, la cual es considerada sin mayor discusión como un rubro maduro, en plena actividad y producción, gracias a los incentivos generados por el Decreto Ley 701. Posiblemente, es hacia esta realidad donde quisiera llevarse la actividad forestal que utiliza maderas nativas, y a ello apunta el fomento forestal.

El título de la Ley, en definitiva, no está exento de polémica por cuanto establece dos objetivos, uno de los cuales tiene un significado evidente (fomento forestal) y otro aparente, ya que puede ser interpretado tanto para recuperar el bosque con un objetivo de preservación, o tan solo recuperarlo para someterlo a una intensa actividad productiva con posterioridad.

3. Plan de Manejo

El plan de manejo es uno de los instrumentos fundamentales de gestión ambiental. Diseñado por el Decreto Ley 701, la definición original de este instrumento, es que tenía por objeto "obtener el máximo de beneficios de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, en forma sustentable o sostenible, esto es, en términos tales que se satisfagan las necesidades actuales pero asegurando la satisfacción de las generaciones futuras"¹³.

12 Ibid. P. 196.

13 GALLARDO, Enrique. *Manual de Derecho Forestal*. CONAF. Santiago: 2013. P. 83.

Alentado por la larga utilización de este instrumento, asentado y conocido dentro del rubro maderero, el legislador consideró incorporar en la Ley 20.283 el Plan de Manejo como instrumento de gestión sectorial, tanto de preservación como productivo. Conceptualizado de forma similar, pero no idéntica, para la Ley 20.283 el Plan de Manejo es definido como un "instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos"¹⁴.

Pese a esta definición general, es posible distinguir diversos tipos de planes, algunos con finalidades muy distintas a otros, lo que determina que la información al respecto sea tan dispersa como las distintas finalidades que este instrumento puede contemplar. Aunar en un mismo instrumento de gestión la producción y la preservación, puede ser un contrasentido. Por ejemplo, ante la tala no autorizada de un bosque se presentará un Plan de Manejo; para gestionar la preservación del mismo bosque, también. Dicho de otro modo: ¿Puede un instrumento como el Plan de Manejo prevenir daños ambientales, y a la vez repararlos? Para diversas finalidades, tanto a nivel sectorial como ambiental, parece correcta la existencia de diferentes instrumentos, más allá de la posibilidad de adaptación del Plan de Manejo.

3.1 Distintos objetos, distintos procedimientos

Del análisis de la Ley y de los instrumentos legales pertinentes se infiere que a la Corporación Nacional Forestal le interesa que se aprueben los Planes de Manejo. Esta afirmación se corrobora con el hecho que el silencio administrativo se entiende como aprobación¹⁵, y que la Corporación Nacional Forestal dispone de Planes de Manejo Tipo para los pequeños propietarios, cuya afirmación depende de la sola suscripción del interesado¹⁶. Junto a estas facilidades, la Ley dispone la posibilidad de reclamar ante tribunales en caso que no se apruebe el Plan¹⁷, lo que muestra cierta intensidad de buscar la aprobación de los planes antes que su rechazo.

14 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 2 N° 18.

15 Chile. Ministerio de Agricultura. *Decreto Ley 701 que Fija Régimen Legal de los Terrenos Forestales o Preferentemente Aptos Para la Forestación y Establece Normas de Fomento Sobre la Materia*. Santiago: 1974. Artículo 8. Disponible en http://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1370463487DL701.pdf.

16 Decreto Ley 701. Cit. ant. (15). Artículo 9. Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 11.

17 Decreto Ley 701. Cit. ant. (15). Artículo 8. Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 8.

Al revisar el registro de Planes de Manejo aprobados durante los últimos años¹⁸ queda en evidencia que la gran mayoría de los Planes de Manejo realizados son forestales, y los de preservación son muy escasos, particularmente a propósito del fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo¹⁹. Si la Ley contemplaba el desarrollo paralelo de ambas iniciativas fue un claro error, por cuanto los Planes de Manejo Forestales crecieron de forma sustancialmente mayor que los Planes de Manejo de Preservación. A la luz de los resultados, el instrumento de gestión productiva continuó, tal como el Plan de Manejo creado por el Decreto Ley 701, con una aplicación significativa en cuanto al número de proyectos aprobados y su extensión a lo largo del territorio nacional. El instrumento de gestión de preservación en cambio, según los datos disponibles en la página web de CONAF, no ha logrado despertar el interés de los propietarios²⁰.

Existe evidentemente una extraña convivencia entre los diversos Planes de Manejo. Unos son básicamente una extensión del modo de trabajo de la industria a través de planes de manejo de producción, cuyo uso se ha ido consolidando con el tiempo gracias al incentivo que implican las posibilidades de trabajo que dicho plan entrega (explotación comercial de un bosque) y, también a una cuestión práctica, dado que su forma de tramitación ya es conocida dentro de la industria. Es tan lucrativa la iniciativa que se desarrolla luego de su aprobación, que la misma actividad regulada ya constituye un incentivo importante²¹, lo que sumado a las facilidades de la tramitación del instrumento, como los Planes de Manejo Tipo, y la práctica acumulada de años de aplicación, terminan por convertir al Plan de Manejo Forestal en una etapa del proceso productivo, un trámite destinado a ser aprobado, más allá de las particularidades de cada caso.

Resulta evidente la pregunta del porqué si estos Planes, destinados a ser aprobados en términos de industria, no son adecuados para regular la protección de los bosques.

El Plan de Manejo de Preservación, por otra parte, está destinado a desarrollar una actividad que no otorga mayores retribuciones a quien lo formula, sino que por el contrario, implica dejar de lado la oportunidad de hacer un negocio por una actividad sin

18 Disponibles en <http://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/2012/Planes-LBN.html>.

19 En este orden de cosas, consideramos como relevante los planes de manejo de preservación que se presentaren en forma voluntaria, y no en la hipótesis en que es obligatorio del artículo 19 de la ley 20.283.

20 Toda la información relativa a la cantidad de planes elaborados y aprobados, así como y el contenido de estos mismos se encuentra disponible en <http://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/2013/Planes-LBN.html>, Da cuenta de cómo los planes de manejo forestales abarcan más del ochenta por ciento de los planes totales aprobados.

21 El sector forestal aporta al Producto Interno Bruto de Chile aproximadamente 2,7 billones de pesos anuales, cifra cercana al 2,5 % del PIB del país, por lo que podemos hablar de una industria al menos, rentable.

finés lucrativos, y que más bien conlleva el desembolso y gasto de recursos tanto en la preparación del Plan como en la ejecución de proyecto, asumiendo el propietario un costo de oportunidad considerable. No hay un incentivo estatal ni un beneficio de mercado para quien quiera destinar su predio a la conservación y poder equiparar o franquear este costo de oportunidad. Junto a esto, y a diferencia de la industria, en términos de iniciativas de conservación, no hay un conocimiento previo del instrumento que se debe trabajar, y su contenido técnico ambiental solo puede ser formulado por profesionales con conocimientos previos, que se encuentran alejados de la inmensa cantidad de pequeños propietarios forestales que podrían eventualmente acogerse a las alternativas de preservación y de desarrollo de actividades no madereras al interior de los bosques, y para quienes los planes de manejo son muchas veces un obstáculo por ser un instrumento pensado para regular la explotación de los bosques²², y no específicamente para su conservación. Los Planes de Manejo Tipo, en este caso, tampoco logran acercarse a los pequeños propietarios, quienes desconocen la herramienta, tienen pocas posibilidades de capacitación y de aprovechar estas oportunidades, trabajando muchas veces al margen de las disposiciones legales pertinentes.

Es posible sostener, por tanto, que no puede someterse a la misma regulación el Plan de Preservación y el Plan de Manejo Forestal; se hace necesario distinguir entre un instrumento de gestión productiva y uno de gestión ambiental.

Las diferencias de propósitos son tan evidentes como las estadísticas que demuestran el gran desarrollo de Planes de Manejo de Producción por sobre el escaso interés que han despertado entre los propietarios los Planes de Preservación. La necesidad de reformular estos instrumentos de gestión pasa por revalidar la importancia de los servicios ambientales que entrega la conservación del recurso forestal, y de crear un instrumento adecuado para gestionar dichas actividades, de forma autónoma, considerando las especificidades del caso y de la importancia de la conservación del recurso bosque nativo.

4. Bonificaciones

El uso de bonificaciones a la inversión en materia forestal fue establecido en Chile mediante la Ley de Bosques de 1925. Su primera aparición fue en los términos de "concede(r) a los particulares que planten bosques en terrenos forestales y que se sometan

22 La incidencia de los pequeños propietarios forestales es clave en la supervivencia de los bosques, por cuanto ocupan un importante porcentaje de la masa total de bosques existentes hoy en el país, y porque abarcan la totalidad de los ecosistemas con mayor representación que los bosques existentes en el SNASPE.

a los reglamentos respectivos, un premio por hectárea de terreno embosqueado, de \$200 a \$400 del río Coquimbo al norte; de \$ 100 a \$ 200 al sur del mismo río. Este premio se pagará por una sola vez y tendrán derecho a él únicamente por las plantaciones que se hayan ejecutado después de la fecha del Decreto-Ley núm. 656, de 17 de Octubre de 1925, y cuenten con más de tres años de edad²³. La bonificación apuntaba hacia la reforestación, sin entrar a distinguir si ésta era realizada con especies exóticas o nativas. El objetivo era aumentar la superficie boscosa del país, debido a la alta erosión de los suelos, el incesante avance de las dunas y las posibilidades de su posterior desarrollo industrial.

El Decreto Ley 701 también utilizó la figura de bonificación directa, esta vez de forma más audaz, al traspasar al propietario directamente el costo de inversión, y no una cantidad preestablecida. En ambos casos, el estímulo fue bien recibido por propietarios y empresarios, dando paso, a continuación de la publicación de estas normas, a períodos de alto crecimiento de la masa forestal nacional, entendida en términos brutos, sin entrar en distinciones relativas al destino de tales bosques, o de las especies que compusieron los mismos.

El traspaso de dinero de forma directa a los particulares, entendido siempre como bonificaciones para el sector forestal, ya ha probado su eficacia como política de fomento, y al establecer nuevamente el mecanismo en la LBN, se contó con la certidumbre de que la herramienta de la bonificación es un poderoso incentivo que puede dirigir el destino de las reservas de bosques nativos que sobreviven en apartados rincones del país.

La aplicación de bonificaciones en la LBN está establecida en su título IV, con el denominado Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo. Este fondo consta de tres tipos de actividades bonificables con distintos montos establecidos para cada actividad a desarrollar al interior de los bosques nativos. Estas actividades y sus correspondientes bonificaciones son:

- a) Actividades que favorezcan la regeneración, recuperación o protección de formaciones xerófitas de alto valor ecológico o de bosques nativos de preservación, con el fin de lograr la mantención de la diversidad biológica²⁴. Estos proyectos implican la preservación del recurso. Este tipo de actividades se encaminan más bien a preservar el bosque que a darle un uso económico al mismo.

23 Chile. Ministerio de Tierras y Colonización. *Decreto Ley 4.363 de Bosques*. 1925. Artículo 7. Disponible en http://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/potestades/Dto-4363_ley-bosques.pdf.

24 Ley 20.283. Cit. ant. (2).Artículo 22 letra a).

Sigue una lógica conservacionista que pretende resguardar y recuperar el bosque, no a que la utilización de éste produzca recursos económicos. Sin embargo, existen actividades económicas que se pueden desarrollar bajo este supuesto, como por ejemplo la creación de un parque privado, la creación de senderos interpretativos u otras que no impliquen la obtención de recursos que sean extraídos del bosque. La bonificación para quienes se acojan a estos proyectos, será de hasta cinco unidades tributarias mensuales por hectárea²⁵.

- b) Actividades silviculturales dirigidas a la obtención de productos no madereros. Estas actividades pueden entenderse como la extracción de cualquier tipo de producto del bosque que no implique la tala de árboles. En ese sentido, hay varios ejemplos, como la recolección de frutos, mieles, semillas, hierbas, cortezas, etc. Estas actividades son posibles de entender como un aprovechamiento sustentable de los recursos que entrega el bosque sin poner en peligro su integridad y su subsistencia²⁶. La bonificación será igual a la entregada a los proyectos de conservación, es decir, cinco unidades tributarias mensuales por hectárea²⁷.
- c) Actividades silviculturales destinadas a manejar y recuperar bosques nativos para fines de producción maderera. Estas actividades implican, la corta del bosque nativo y su integración a la matriz productiva de la industria forestal. Se entiende que para optar a este beneficio se debe postular con un Plan de Manejo que asegure la subsistencia del bosque, por lo que la actividad silvicultural destinada a la producción de recursos madereros no implica necesariamente la destrucción del recurso. La bonificación para este tipo de proyectos alcanza hasta las diez unidades tributarias mensuales por hectárea²⁸.

Al analizar la composición y el funcionamiento del Fondo, es necesario aseverar que esta importante herramienta, la bonificación, ha sido la más trascendente en términos históricos en relación al estímulo de una actividad productiva. Este mecanismo de fomento fue utilizado, en el caso, con una enorme distorsión en favor de una actividad bonificable en desmedro de las otras dos, ya que la bonificación que favorece actividades silviculturales destinadas a manejar y recuperar bosques nativos con fines de producción maderera,

25 Ibid.

26 Aunque evidentemente, y como cualquier actividad, la utilización de métodos de producción y extracción indiscriminados e irracionales puede convertir estas actividades en potenciales agentes nocivos para la supervivencia de los bosques.

27 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 22 letra b).

28 Ibid. Artículo 22 letra c).

entrega el doble de la cantidad de dinero que las otras actividades bonificables, a saber, la preservación y la producción no maderera.

4.1 Balancear el fomento

Cualquier análisis que busque una imposición solapada de los fines productivos por sobre los ambientales es aquí inútil, al encontrar una herramienta que evidentemente apunta hacia la utilización de los bosques con fines productivos, destinando el doble de dinero para la industria forestal antes que para las opciones de conservación o de actividades productivas no madereras. Ante este estímulo, la respuesta de los propietarios ha sido la más lógica y evidente. Las estadísticas confirman que cerca del 80% de los fondos se destinan a actividades con fines de producción maderera²⁹.

La desproporción entre el fomento de estas tres posibilidades se hace aún mayor al considerar que de las tres opciones, existe solo una que puede ser considerada como una inversión segura desde un punto de vista estrictamente comercial. Incentivar con bonificaciones doblemente superiores una actividad lucrativa que utiliza procesos y capacidad instalada ya conocidos por la industria, antes que por otra en ciernes y en un estado de desarrollo más atrasado, como lo es la producción no maderera, y por último una actividad, como la conservación, que no reporta beneficios pecuniarios al corto o mediano plazo, es sin duda una apuesta por el incremento de la producción maderera, que puede llevar a una rápida incorporación productiva de una gran cantidad de bosques, que sin tan alto estímulo podrían haberse destinado a la preservación o al desarrollo de actividades no madereras que puedan diversificar la matriz de actividades sustentables a desarrollar en ellos mismos. Vemos nuevamente como la neutralidad de la Ley respecto al bosque nativo es cuestionable, y que es posible verificar una intención de que estos bosques se incorporen a la matriz productiva.

Un último elemento que es importante examinar en relación con el Fondo, tiene que ver con el mecanismo establecido para el pago de los fondos. Dispone el artículo 29 de la Ley que "sólo se podrán percibir las bonificaciones adjudicadas, previa acreditación de la ejecución de las actividades comprometidas en el Plan de Manejo aprobado. Las bonificaciones se pagarán previa presentación de los informes que corresponda, los cuales deberán ser aprobados por la Corporación Nacional Forestal"³⁰. Esto quiere decir que el

29 Disponibles en <http://www.concursoslbn.conaf.cl/resultados/>. Anexo N° 2.

30 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 22.

pago de los fondos se realiza una vez ejecutadas las acciones a bonificar, previamente establecidas en el Reglamento General de la Ley. Este mecanismo, trata de forma igual dos fondos que a todas luces tienen finalidades y destinatarios distintos. Debido a la alta rentabilidad de la industria forestal, la modalidad de pago del fondo se justifica, entendiendo que los propietarios podrán invertir y realizar un gasto en ejecutar las acciones bonificables, para luego ver restituidos parcial o totalmente esta inversión. El pago a *posteriori* para actividades madereras, tal como en el caso de la bonificación establecida en el Decreto Ley 701, ha demostrado su eficacia.

Distinto es el caso del fondo de preservación y de extracción de recursos no madereros del bosque, ya que al intentar desarrollar una industria de menor rentabilidad, como la de extracción no maderera, o bien una actividad que no genera retribución económica alguna al corto plazo, como la preservación, en la mayoría de los casos no se dispondrá de los recursos para ejecutar las actividades bonificables, para que luego esta inversión sea restituida. Por ello, la entrega del fondo a *posteriori*, no funciona.

El mecanismo presentado, es una herramienta de traspaso de fondos que segrega a una gran cantidad de pequeños y medianos propietarios forestales que difícilmente contarían con el capital inicial para ejecutar las acciones que luego serán restituidas conforme al mecanismo de pago de la bonificación. El pequeño propietario que desee explotar forestalmente los recursos naturales del bosque no podrá contar siempre de antemano con los recursos para invertir en dicho procedimiento, aunque sí es altamente probable que pueda conseguir el financiamiento para hacerlo, supuesto difícil respecto inversiones más riesgosas y menos conocidas, como lo son la preservación y la explotación de elementos no madereros.

Una última dificultad que enfrentan los pequeños y medianos propietarios forestales, tiene que ver con que muchas veces los títulos de sus propiedades no se encuentran debidamente inscritos en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, quedando marginados de las posibilidades de bonificación, las que exigen como requisito los títulos de dominio³¹. Este punto sin duda es sensible, y no hay soluciones sencillas para salvar tales dificultades, lo que debe ser abordado necesariamente con la participación de los involucrados, con el fin de que los instrumentos de la Ley puedan favorecer a estos propietarios, de quienes depende en gran parte del futuro del bosque.

31 Chile. Ministerio de Agricultura. Decreto 93 que establece el Reglamento General de Ley Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. 2009. Artículo 22.

De este modo, el instrumento de las bonificaciones inclina la balanza hacia la producción maderera por sobre la preservación o la producción no maderera, no solo por la cantidad de dinero establecida para cada finalidad, sino que también por los mecanismos consignados para el pago de estos fondos, así como los procedimientos de postulación a ellos mismos.

4.2 Otros incentivos al desarrollo del bosque nativo

En este punto, es necesario mencionar la existencia de algunas disposiciones de la LBN que, más allá de la eficacia y posterior dirección que han seguido, tuvieron en su origen una finalidad de desarrollo de contenidos y conocimiento positivo para la sobrevivencia y el buen manejo de los bosques nativos. Me refiero en este punto al Fondo de Investigación del Bosque Nativo y al Consejo Consultivo de la Ley de Bosque Nativo.

En relación con el Fondo de Investigación³², tal como su nombre lo indica es un fondo abierto a concurso público orientado hacia la investigación del bosque nativo. Anualmente se lanzan las bases del concurso, donde se establecen las líneas de investigación orientadas al desarrollo de conocimientos relativos a la utilización razonable y conservación del bosque. En este sentido, son estas líneas de investigación las que determinan la orientación del progreso del conocimiento, y de ellas depende el tipo de conocimiento que se busca lograr. El análisis de las líneas de investigación propuestas da para una mayor extensión de lo que en este punto se puede abordar, pero hasta el momento se puede indicar que abarcan objetivos de preservación y de desarrollo de iniciativas productivas con enfoques ecosistémicos positivos para el futuro del bosque nativo³³.

Con respecto al Consejo Consultivo de la Ley de Bosque Nativo³⁴, según CONAF, es una instancia de participación de diversos actores del mundo forestal y la conservación, diseñado para apoyar en la discusión de los reglamentos, incentivos y recursos para la investigación que asigna la Ley del Bosque Nativo³⁵, y que constituye sin duda un espacio necesario de discusión y deliberación relativa al tema. La conformación de este Consejo está determinada en la LBN, y participan en esta instancia representantes de pequeños y grandes propietarios de bosque nativo, de Organizaciones no Gubernamentales dedicadas

32 Ley N° 20.283. Cit. ant. (2). Artículos 44 y siguientes.

33 Las líneas de investigación del Séptimo Concurso, se encuentran disponibles en http://www.investigacion.conaf.cl/ayuda/variados/2016/Bases%20VII%20Concurso%20FIBN_2.pdf.

34 Se dispone la creación de este organismo, así como su composición, en el artículo 33 de la LBN.

35 Ver: <http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosque-nativo/consejo-consultivo-de-la-ley-del-bosque-nativo/>.

al estudio y conservación de los bosques, así como de instituciones públicas relacionadas con el tema, centros de estudios y universidades.

Es importante destacar en este punto, el hecho de la participación de este Consejo en la formulación de bases y líneas de Investigación del Fondo de Investigación, lo que asegura su formulación con la participación de los actores relacionados con el tema, lo que sin duda es positivo al incorporar a la sociedad civil y a quienes trabajan y vinculan con los bosques.

Estas instancias, el Fondo de Investigación y el Consejo Consultivo, son un aporte al desarrollo de conocimiento y debate en torno al recurso, aspectos positivos de la LBN que son importantes destacar, pues han permitido orientar la discusión relativa al futuro del recurso, sus usos y formas de conservación.

5. Prohibiciones y normas de protección

La Ley de Bosque Nativo contempla un título de sí misma destinado a normas de protección ambiental, que vienen a ser básicamente reglas prohibitivas e imperativas que tienen por fin prevenir la pérdida de la biodiversidad de los bosques.

En términos estrictos, la Ley prohíbe dos cosas:

1) "La corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los glaciares, medidas en proyección horizontal en el plano"³⁶.

El sentido de esta prohibición es proteger las cuencas de los glaciares, entendiendo que la relación entre los cuerpos de agua y los bosques en torno a ellos son de inmensa relevancia para la supervivencia de ambos. De forma específica, lo que se busca es que la masa arbórea que pueda existir en torno a los glaciares se transforme en una barrera de protección para la integridad de sus hielos.

En relación con esta prohibición, debe hacerse notar que el proyecto de Ley original contemplaba normas bastante más estrictas que apuntaban en el sentido de proteger la calidad de las aguas y el suelo de los bosques, mucho más allá de las proximidades de glaciares, buscando proteger las cuencas de los procesos erosivos que han dañado

36 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 17.

básicamente laderas de cerros y quebradas. Debido a esto, el proyecto original consideraba como prohibiciones "la corta, despepado o aprovechamiento de bosque nativo, formaciones xerofíticas y matorrales, en los siguientes casos (entre otros seleccionados para el efecto):

En los terrenos situados a menos de 50 metros del nacimiento de los manantiales permanentes, a menos de 30 metros de los cursos de agua permanentes y a menos de 10 metros de los cursos de agua no permanentes. Las distancias señaladas podrán ser aumentadas hasta el doble, en función de las condiciones pluviométricas o de la fragilidad de los suelos, según lo determine la Corporación Nacional Forestal. También se prohibía la corta en terrenos con pendientes superiores a 45%"³⁷.

La mayor severidad de la normativa presentada en el proyecto de Ley original es notoria, llegando a incluir la prohibición de corta de boques en terrenos con pendientes superiores a la indicada.

Vale decir que al igual que en la Ley actual se establecieron salvedades a estas prohibiciones, en los términos de que "se podrá cortar y despepar en dichos sectores por causas justificadas de utilidad pública, así como cortar y aprovechar los bosques de las letras a), b), c) y d) que hayan percibido bonificación, en ambos casos, previa aprobación de un Plan de Manejo, el que deberá contemplar sólo cortas selectivas"³⁸.

Las prohibiciones del proyecto de Ley original fueron ampliamente criticadas, desvirtuándose luego de su larga estadía en el Congreso, para terminar en las normas de protección que tenemos hoy, donde la misma Ley le entrega al Reglamento "la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua"³⁹.

La segunda de las prohibiciones vigentes hoy en día dispone la prohibición de:

2) "La corta, eliminación, destrucción o despepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la Ley N° 19.300 y su Reglamento, en las categorías de "en peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro", que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat"⁴⁰.

37 Chile. Biblioteca del Congreso. Artículo 44 Proyecto Original de Ley de Bosque Nativo. En: Historia de la Ley N° 20.283. P. 114. Disponible en: http://www.centralenergia.cl/uploads/2012/03/Bosque_nativo_historia_ley.pdf.

38 *Ibíd.*

39 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 17.

40 *Ibíd.* Artículo 19.

Al estudiar esta prohibición, es necesario señalar que la Ley determina dos excepciones que hacen procedente la corta de estas especies: La primera, apunta a que tal prohibición no afectará a los individuos de dichas especies plantados por el hombre, a menos que plantaciones se hubieren efectuado en cumplimiento de medidas de compensación, reparación o mitigación dispuestas por una Resolución de Calificación Ambiental u otra autoridad competente. La segunda versa que se podrá, excepcionalmente, intervenir o alterar el hábitat de los individuos de dichas especies, previa autorización de la Corporación Nacional Forestal, la que se otorgará por resolución fundada, siempre que tales intervenciones no amenacen la continuidad de la especie a nivel de la cuenca, o excepcionalmente, fuera de ella, que sean imprescindibles y que tengan por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinados a la ejecución de obras o al desarrollo de las actividades señaladas en el inciso cuarto del artículo séptimo de la Ley en comentario⁴¹, siempre que tales actividades u obras sean de interés nacional. La importancia de estas excepciones es clave, al permitir la corta de estos árboles en situaciones calificadas, pero de forma tal que se abre la puerta a cualquier tipo de inversión, ya que el artículo 7º habla de "construcción de caminos, ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, ductos u otras reguladas por ley, según corresponda"⁴².

La Ley considera otro elemento cuestionable a considerar, al remitirse al Plan de Manejo como instrumento de gestión. Esto, porque dentro de las normas de protección ambiental se remite a este instrumento⁴³, cuyo Reglamento (artículo 33) abre las puertas a la sustitución de especies nativas por reconversión de tierras agrícolas, señalando que "la obligación de reforestar podrá sustituirse por la recuperación para fines agrícolas del terreno explotado extractivamente, siempre que el cambio de uso no sea en detrimento del suelo y se acredite en el Plan de Manejo que el área a intervenir satisface esos objetivos, señalando específicamente el plazo y las labores agrícolas a ejecutar"⁴⁴. De esta manera, la Ley termina por aceptar la reconversión de bosques por tierras productivas agrícolamente, posibilitando la desaparición de los bosques.

Las prohibiciones de la Ley son un complejo entramado de normas que no terminan por proteger la biodiversidad ni la integridad de los bosques nativos, ni siquiera en consideración a los importantes servicios ambientales que entregan. Las normas de

41 Inciso cuarto Artículo 7 Ley 20.283: "Construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley, según corresponda".

42 Ley 20.283º. Cit. ant. (2). Artículo 7.

43 Artículo 16 se remite al Plan de Manejo establecido por el artículo 5 del mismo cuerpo legal, el cual a su vez se vuelve al Plan de Manejo definido por el Decreto Ley 701.

44 MINISTERIO DE AGRICULTURA. *Decreto 193 que Aprueba Reglamento General del Decreto Ley N° 701 de 1974, Sobre Fomento Forestal*. 1998.

protección de la calidad de suelos y aguas quedan entregadas a la autoridad de turno, mediante la potestad reglamentaria, la cual además, permite la sustitución de especies y la reconversión de tierras.

No existen prohibiciones contundentes y suficientes para resguardar el patrimonio biológico que representan los bosques nativos de Chile. Existen en cambio, aparentes normas de protección que al colisionar con intereses generados por proyectos de inversión, ceden ante el "interés nacional" que está detrás de estos grandes proyectos.

6. Fiscalización y sanciones

Si bien la Ley contempla instrumentos y procedimientos destinados a que toda la explotación del bosque nativo se realice mediante técnicas y con criterios que permitirían asegurar su subsistencia⁴⁵, la elusión de las exigencias ambientales a través de la utilización de medios ilícitos como la tala rasa de un bosque, o bien, la tala de especies protegidas, como araucarias y alerces, es un riesgo latente que enfrentan los bosques. Se suma a este peligro la corta destinada a conseguir combustible como leña y carbón. Esta práctica, más artesanal en cuanto a sus métodos, es igualmente peligrosa para la sobrevivencia de muchos bosques⁴⁶, y supone otro riesgo a ser atendido por las autoridades.

Debido a estos riesgos es que la Ley contempla un procedimiento de fiscalización y sanción ante las prácticas ilegítimas relacionadas con el bosque nativo. Esta materia se encuentra regulada tanto por la Ley 20.283 como por su Reglamento, y entre sus rasgos esenciales dispone las siguientes particularidades.

Según el Reglamento de la Ley 20.283, todas las facultades de fiscalización relativas a las disposiciones de la Ley serán de competencia de la Corporación Nacional Forestal⁴⁷. Detectada una infracción a las disposiciones de la misma Ley o de su Reglamento, sus funcionarios levantarán un acta con los antecedentes del caso, tales como fecha, infracción, responsables y otros. Con el mérito de esta acta será el Director Regional de la Corporación quien presentará la denuncia ante el tribunal competente o al Ministerio Público, según corresponda⁴⁸. Los funcionarios, no podrán ingresar a los predios o centros de acopio

45 Al menos en apariencia, lo que es dudoso mientras subsistan prácticas como la tala rasa y la sustitución de especies, las que como hemos visto, sorteando un par de vallas legales, se puede hacer.

46 Es muy difícil cuantificar el problema de la extracción de leña por realizarse muchas veces de forma artesanal en zonas rurales que escapan a los controles y a la certificación de la misma. En este sentido, abundan las especulaciones relativas al daño que dicha actividad genera en los bosques, sin que se pueda precisar el verdadero alcance del problema.

47 Decreto 93. Cit. ant. (31). Artículo 36.

48 Ley 20.283. Cit. ant. (2). Artículo 46.

sin previa autorización de los administradores de los mismos, en caso de negativa para realizar el ingreso, la Corporación podrá solicitar al tribunal competente el auxilio de la fuerza pública, el cual, por resolución fundada, podrá decretarla de inmediato, a menos que resuelva oír al afectado, en cuyo caso este deberá comparecer en las 48 horas siguientes a su notificación⁴⁹.

En cuanto a competencia, le corresponderá aplicar las multas al Juez de Policía Local que sea abogado de la comuna donde se cometiera la infracción. En caso de que la comuna no cuente con Juez de Policía Local que sea abogado, o que la multa a aplicar exceda las 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, el asunto será conocido por el Juez de Policía Local de la comuna cabecera de la provincia en donde se ha cometido la infracción⁵⁰.

En el caso de la competencia para conocer las infracciones, un primer cuestionamiento surge al designar al Juez de Policía Local como autoridad competente. Tratándose de infracciones que pueden llegar a miles de Unidades Tributarias Mensuales, este funcionario municipal no es adecuado para llevar a cabo tal procedimiento, en virtud de la especificidad del ilícito y del alto monto de las sanciones, a lo que se suma el carácter concentrado del procedimiento con sede en la oficina municipal y que impide el desarrollo de un litigio lo suficientemente complejo como para resolver las contiendas que se promuevan. La pregunta de porqué no se entrega la competencia específica de conocer estas materias a los tribunales ambientales, es imposterable.

En lo relativo a la legitimación activa para poder presentar denuncias, se entrega solo al Director Regional de la Corporación Nacional Forestal la posibilidad de presentar una denuncia ante los tribunales, la cual necesariamente deberá contener el acta descrita en la Ley, lo que limita en demasía la posibilidad denunciar vicios e ilícitos, y entrega a un funcionario la representación de la ciudadanía en el cuidado de cientos de miles de hectáreas de bosque nativo a lo largo del país. Al respecto, CONAF entrega la posibilidad a los particulares de informar en sus oficinas infracciones a la Ley, lo que si bien permite a la ciudadanía hacerse de alguna forma parte de la defensa del patrimonio forestal, es una medida que no basta para solucionar el gran problema de la legitimación activa en esta materia.

Uno de los aspectos más débiles del procedimiento de fiscalización son las herramientas de fiscalización de CONAF, por las escasas facultades entregadas a quienes deben llevar

49 Ibid. Artículo 47.

50 Ibid. Artículo 45.

a cabo tal proceso. Esto debido a que es necesaria la autorización del administrador del recinto o centro de acopio para que los funcionarios de la Corporación Nacional Forestal puedan ingresar al mismo. Esta circunstancia es aún más problemática ante la negativa de tal administrador, pues el funcionario de la Corporación Nacional Forestal podrá ingresar al recinto solo con autorización del juez competente para conocer de la causa, el cual además, podrá conceder esta autorización luego de haber oído al afectado. Es un procedimiento fiscalizador débil que podría significar un incentivo para la comisión de faltas. Ante una corta ilegal, podrían pasar semanas luego de una denuncia particular para que efectivamente un funcionario de la Corporación Nacional Forestal pueda fiscalizar. Comparar estas facultades con las que tienen otras instituciones fiscalizadoras, como las Superintendencias, da una noción de lo débiles que son las potestades de CONAF al respecto, lo que es sin duda un aspecto bastante crítico dentro de la fiscalización y control que realiza dicha institución.

En lo relativo a la legitimación activa para investigar y presentar denuncias por ilícitos cometidos en contra del patrimonio forestal del país, ésta debiese ampliarse a funcionarios de la Brigadas Investigadoras de Delitos Contra el Medio Ambiente y el Patrimonio Cultural (BIDEMA), así como agentes fiscalizadores del Ministerio del Medio Ambiente y funcionarios de la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin entrar en el detalle de competencias específicas que puedan entrar en conflicto, y respetando la naturaleza de las potestades de cada uno de estos organismos, el quid del asunto es ampliar la fiscalización en términos concretos, posibilitando una supervisión idónea al conjunto de la actividad forestal.

8. Conclusiones

Como vemos, el análisis del contenido de la Ley nos indica que busca efectivamente la incorporación del bosque nativo a la matriz productiva de la industria forestal, sin que la conservación del recurso sea una finalidad procurada con la misma intensidad, pese a que en apariencia, desde el mismo título de la Ley, se dé a entender que ambas finalidades están equilibradas.

Existe un doble discurso que pretende aumentar las utilidades y dinamizar la industria hacia este recurso, y a la vez dar una imagen de sustentabilidad que sea legitimada por la sociedad chilena, contradicción propia y principal de un problema complejo como es el desarrollo forestal chileno, tal como anticipa (sin perjuicio de las vicisitudes ideológicas propias de su autor y su obra) la cita introductoria a este texto.

Si el intento de compatibilizar producción forestal y preservación no ha sido satisfactorio en el texto legal vigente de la Ley 20.283, es necesario aprender las lecciones pertinentes, y generar los cambios necesarios ante un sector productivo que permanentemente se adapta a nuevos requerimientos y condiciones de trabajo, tanto por el dinamismo propio del mercado al cual apunta, como por el conocimiento científico y tecnológico que se desarrolla permanentemente respecto a mejoras en los métodos de producción.

Dentro de las razones que hacen necesaria la modificación de la Ley 20.283, encontramos en la evaluación del funcionamiento de la Ley por parte del gobierno, mediante la Dirección de Presupuesto⁵¹, resultados negativos por cuanto no se ha logrado incorporar de forma dinámica nuevas tierras ni propietarios al manejo sustentable de los recursos, aspecto que la Ley reconoce como finalidad esencial.

La evaluación arroja que "los resultados del Programa, hasta la fecha, son marginales respecto de su propósito ya que entre el año 2009 y 2012 la superficie de bosque nativo con manejo ha pasado de 0,13% a 0,25% de la superficie potencial con bosque nativo (9,5 millones de ha.) en manos de los propietarios y administradores forestales."⁵²

51 MINISTERIO DE AGRICULTURA. *Informe de Comentarios a los Resultados de la Evaluación Elaborado por la Institución Responsable del Programa*. 2013. La evaluación correspondiente al periodo comprendido entre los años 2009 a 2012.

52 *Ibid.* P. 5.

Dentro de los aspectos que menos impacto ha tenido la Ley, la entrega de bonificaciones, de un total de \$ 17.265 millones asignados en primera instancia, tan solo \$ 639,1 millón han sido entregados⁵³. Lo que habla del engorroso sistema de pago de bonificaciones, en el que gran parte de los propietarios, a pesar de haber sido beneficiados por el fondo, terminan desistiendo de proseguir dado lo complejo de la entrega de los recursos. Se abre la puerta, por tanto, para verdaderas reformulaciones al interior de la Ley 20.283, que busquen su aplicación pero también una nueva discusión acerca de las finalidades y preponderancia que se le entrega a la incorporación productiva del bosque nativo por sobre su preservación.

Otro antecedente que entrega luces en el sentido de la necesidad de la reformulación de la normativa vigente, tiene que ver con la dispersión de instrumentos legales que rigen la actividad forestal hoy en Chile. La Ley de Bosques del año 1925, el Decreto Ley 701 de 1974 y la Ley 20.283, son reflejos del estado de la industria y de la relación de las personas con el medio al periodo de la tramitación en el Congreso y su promulgación. Pareciera ser que cada ley recoge la experiencia de su predecesora, toma instrumentos de probada eficacia, y los reacomoda para las nuevas finalidades que han dado pie a cada nueva legislación. La vigencia actual de estas normas mantiene activos sus propósitos, los que a pesar de evolucionar y adecuarse al tiempo presente, continúan determinando la suerte de los recursos forestales bajo el prisma en que fueron concebidos, aunque con textos remendados una y otra vez en busca de una armonía legislativa, que jamás podrá ser tal ante tamaña mezcla de objetivos y principios.

A modo de cierre, ante la perspectiva abierta por la baja aplicación de la Ley ratificado por los estudios revisados, de la evidente pugna axiológica presente en ella misma, y de la dinámica realidad de la industria forestal que sin embargo continúa regulada por instrumentos legales descontextualizados, podemos concluir que existen sobradas razones para plantear la necesidad de una nueva Ley Forestal, que se haga cargo además de la multiplicidad de funciones de CONAF, institución que con el tiempo se ha transformado en receptora de atribuciones y funciones públicas que requieren de una reforma que ordene competencias y atribuciones que descongestionen el trabajo de esta entidad⁵⁴.

53 Ibid. P. 6.

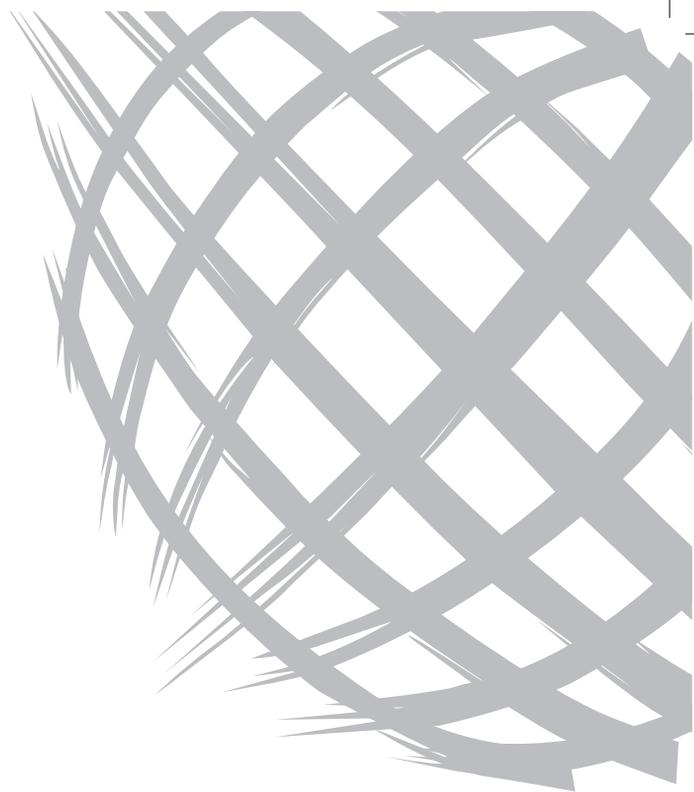
54 No será este el espacio para entrar en profundidad en el tema de la necesidad urgente de una reforma institucional relativa a CONAF, la que sin embargo se ha discutido producto del proyecto de reforma del SNASPE presentado el año 2011 y de la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. En este sentido, en marzo del año 2015, se presentó un Proyecto de Ley que crea dicho servicio, actualmente en trámite legislativo.

Sin duda los instrumentos hoy existentes deben ser reconocidos como herramientas útiles. Una reforma como la que se plantea no debiese pasar por sobre la gran cantidad de conocimiento acumulado, los usos y costumbres asentados en la industria, lo que sin embargo no quita la necesidad de repensar el desarrollo forestal del país en consideración de la situación actual de los bosques en Chile.

Recibido: 16 de junio de 2015

Aprobado: 6 de octubre de 2015





Comentarios de Jurisprudencia ■



¿Se puede intervenir en las áreas silvestres protegidas del Estado? Una aproximación al contexto chileno a partir del dictamen N° 38.429 de la Contraloría General de la República

Felipe Guerra Schleef

Abogado Observatorio Ciudadano
felipe.guerra.schleef@gmail.com

Dictamen N° 38.429: SOBRE DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE ACUICULTURA EN PARQUES NACIONALES

SANTIAGO, 18 de Junio de 2013.

Se ha dirigido a esta Contraloría General el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, solicitando la reconsideración del dictamen N° 1.326, de 2012, emitido por la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena a petición del Director Regional de la Corporación Nacional Forestal de esa región, que concluyó, en lo que interesa, que de conformidad con lo previsto en el artículo 158 de la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, no se pueden desarrollar proyectos de salmicultura en áreas silvestres protegidas del Estado, permitiéndose de manera excepcional esa actividad en zonas marítimas localizadas en reservas nacionales y forestales. Por esta razón indicó que no es posible la acuicultura en las áreas que se encuentren dentro del perímetro del Parque Nacional Bernardo O'Higgins.

La Secretaría de Estado recurrente fundamenta su solicitud, entre otros argumentos, en que la prohibición de desarrollar acuicultura contenida en el citado artículo 158 se refiere a las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas por el Estado, en adelante SNASPE, creado por la ley N° 18.362, sistema que no se encuentra regulado en la legislación, pues ese texto nunca entró en vigencia.

Agrega que la extensión de los parques nacionales será determinada por el decreto que los cree y estará acotada por la competencia de los órganos que los establecen, así como por el objeto de protección para el que la ley les confiere tal potestad. En el caso de aquellos establecidos por el Ministerio de Bienes Nacionales en virtud del decreto N° 4.363, de 1931, del ex Ministerio de Tierras y Colonización, Ley de Bosques, y el decreto ley N° 1.939, de 1977, su extensión debe acotarse solo a los terrenos fiscales y no alcanza a las aguas marinas. Refuerza su argumento con lo previsto en el artículo 159 de la ley N° 18.892, pues estima que para que los parques nacionales se extiendan a las zonas lacustres, fluviales o marítimas, se requiere una consulta previa a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, por lo que si este informe no fue requerido el área protegida no las incluiría.

Añade que no es posible entender que el artículo 36 de la ley N° 19.300 haya incorporado las zonas que indica ese precepto -entre los que menciona a las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar-, en las áreas protegidas creadas con anterioridad a su vigencia, pues estima que aquello significaría darle una aplicación retroactiva a esa disposición, efecto que no se contempla expresamente.

También ha recurrido a esta Entidad Fiscalizadora don José Gago Sancho, en representación de Nova Austral S.A., señalando que ha solicitado a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, la aprobación de cuatro declaraciones de impacto ambiental que recaen sobre proyectos de centros de cultivo de peces, en los que CONAF se ha pronunciado desfavorablemente recomendando su rechazo por estimar que se desarrollarán dentro del Parque Nacional Alberto M. De Agostini. De esta forma, hace presente una serie de alegaciones que, a su juicio, hacen procedente la reconsideración del aludido oficio de la Sede Regional.

Requeridos sus informes, la Subsecretaría del Medio Ambiente manifiesta que el artículo 36 de la ley N° 19.300 "lo que hace es incorporar los cuerpos y cursos de agua dentro del ámbito de protección de cada área protegida". Agrega que "la extensión de la protección a los medios lacustres, fluviales y marítimos de las áreas protegidas tiene aplicación desde la publicación de la ley y, en consecuencia, no afecta situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la misma". Añade, además, que el citado artículo 158 reconoce en su inciso

segundo que las reservas nacionales y forestales pueden contemplar zonas marítimas, pues permite que en tales áreas se desarrolle de manera excepcional acuicultura.

A su vez, la Corporación Nacional Forestal, en adelante CONAF, hace presente que del artículo 159 de la ley N° 18.892 se desprende que los parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales pueden extenderse a territorio marítimo y no solo a terrenos fiscales como sinónimo de tierras, agregando que los actuales límites del Parque Nacional Bernardo O'Higgins están descritos mediante la forma de un perímetro que incluye aguas marinas interiores. Finaliza sosteniendo que la regla general es que está prohibida toda actividad de acuicultura en las porciones de agua que se encuentran dentro del perímetro de las áreas silvestres protegidas del Estado, sin perjuicio de que ella puede ser autorizada si se realiza en zonas marítimas que formen parte de reservas nacionales y forestales.

Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental describe el procedimiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, manifestando que los proyectos relacionados con la materia en consulta fueron aprobados o rechazados en la región de Magallanes y de la Antártica Chilena de conformidad a lo señalado por los órganos con competencia ambiental en cuanto a la normativa sectorial aplicable y en relación a los impactos significativos que estos presentaban, según lo establecido en la ley N° 19.300 y su reglamento. Además adjunta un listado de proyectos acuícolas localizados en parques nacionales que en la actualidad se encuentran en evaluación.

A su turno, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas señala que la incorporación de las zonas marítimas ubicadas al interior del perímetro de las áreas protegidas no exige la dictación de acto administrativo alguno. Agrega que "el artículo 36 de la ley N° 19.300 reconoce aplicación no solo a los parques nacionales y a otras áreas protegidas que se creen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal, sino que también, dado su carácter de norma de derecho público, se extiende a los parques nacionales establecidos con anterioridad en virtud de la aplicación in actum a todas las situaciones existentes de esta clase de preceptiva. Si esto no fuera así la ley prácticamente no hubiese tenido aplicación, ya que, en su gran mayoría, los parques nacionales fueron establecidos con anterioridad a su dictación". Concluye indicando que "si el legislador hubiese limitado la aplicación del artículo 36 a los parques nacionales creados con posterioridad a su entrada en vigencia lo habría señalado expresamente en sus disposiciones permanentes o transitorias, situación que no se presenta en la especie".

Por último, el Ministerio de Bienes Nacionales expone que la facultad de constitución de los parques nacionales está radicada en el referido ministerio, entendiendo el término "terrenos fiscales" del artículo 21 del decreto ley N° 1.939, de 1977, en sentido amplio, abarcando no solo a las tierras superficiales sino a todo el polígono graficado en los planos que forman parte de los decretos que los crean, incluyendo las zonas que enumera el artículo 36 de la ley N° 19.300. Termina señalando que "no es posible el desarrollo de proyectos relacionados con la acuicultura en los Parques Nacionales 'Bernardo O'Higgins' y 'Alberto M. De Agostini', toda vez que estos han sido declarados, como el nombre lo indica, Parques Nacionales y por lo tanto corresponden a Áreas Silvestres Protegidas del Estado, lugar respecto de los cuales se prohíbe el desarrollo, en lo que interesa, de toda actividad de acuicultura, en razón que tales actividades se encuentran, por regla general, prohibidas en dichas áreas".

Además, esa Cartera Ministerial adjunta una serie de documentos relacionados con la creación de los parques nacionales respectivos, la modificación de sus deslindes y sus planos.

Precisadas las solicitudes formuladas por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y por don José Gago Sancho, y las opiniones evacuadas por los órganos administrativos competentes, debe definirse el marco normativo que resulta aplicable en la especie, el cual está contenido en la Ley General de Pesca y Acuicultura, en la Ley de Bosques, en la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, promulgada por el decreto N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Convención de Washington, y en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Así, el artículo 158 ya aludido establece, en lo que interesa, que las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del SNASPE quedarán excluidas de toda actividad de acuicultura, agregando su inciso segundo que no obstante, en las zonas marítimas que formen parte de reservas nacionales y forestales podrán realizarse este tipo de actividades. En tanto, su inciso tercero prescribe que previa autorización de los organismos competentes, podrá permitirse el uso de porciones terrestres que formen parte de dichas reservas, para complementar las actividades marítimas de acuicultura.

Enseguida, el artículo 159 previene que para los efectos de la declaración de parques nacionales, entre otros, que hayan de extenderse a zonas lacustres, fluviales o marítimas, deberá consultarse de manera previa a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

En segundo lugar, el artículo 10 de la Ley de Bosques indica que con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer, en lo que importa, parques nacionales de turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines.

En tercer término, el numeral 1 del artículo I de la Convención de Washington, entiende por parques nacionales las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial. Su artículo III agrega que las riquezas existentes en los parques nacionales no se explotarán con fines comerciales.

Por último, el artículo 34 de la ley N° 19.300, dispone que el Estado administrará un sistema nacional de áreas protegidas que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental.

En tanto, su artículo 36 señala que formarán parte de las áreas protegidas mencionadas en los artículos anteriores 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.

De las normas transcritas se advierte que como regla general está prohibida toda actividad de acuicultura en las porciones de agua -sean zonas lacustres, fluviales o marítimas- que formen parte del SNASPE. No obstante, por excepción, esta puede ser autorizada si se realiza en zonas marítimas que formen parte de reservas nacionales y forestales (aplica criterio de dictamen N° 28.757, de 2007).

Asimismo, que a partir de la vigencia de la ley N° 18.892, esto es, desde el 23 de diciembre de 1989, por disposición de su artículo 159, para la declaración de parques nacionales que se extiendan a zonas marítimas se requerirá de un informe previo de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Esa exigencia debe entenderse prevista para la creación de ese tipo de área protegida a contar de esa fecha, por lo que no resulta posible estimar que era necesaria respecto de los parques nacionales ya existentes y que cumplieron con la normativa vigente a la época de su determinación.

Del mismo modo, y tal como lo sostiene la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, el artículo 36 de la ley N° 19.300 incorpora las porciones de mar, entre otras zonas que indica, a las áreas protegidas respectivas sin distinguir la época de su creación, pues se trata de una disposición de derecho público que rige in actum desde su publicación en el Diario Oficial y que no contiene excepciones respecto de su aplicación, lo que se traduce en que afecta a los parques nacionales ya creados a esa data.

Lo anterior no conlleva a una aplicación retroactiva de esa norma, toda vez que no se trata de entender que los sectores a que se refiere el artículo 36 siempre hayan integrado las áreas protegidas, sino que estos pasan a formar parte de ellas desde la vigencia del precepto en comento.

Ahora bien, de la tramitación legislativa de la ley N° 19.800, que modificó en los actuales términos el artículo 158 de la ley N° 18.892, aparece que en la moción parlamentaria que la originó se buscaba suprimir de la prohibición de desarrollar actividades de acuicultura a las zonas marítimas de las áreas protegidas.

La modificación en esos términos no prosperó, atendido que el Presidente de la República efectuó observaciones al proyecto despachado por el Congreso Nacional y consideró que la norma debe permitir exclusivamente la explotación de las zonas marítimas ubicadas en las reservas nacionales y reservas forestales, y no de los sectores marinos ubicados en otras áreas del SNASPE, porque de comprender los parques nacionales se infringiría la Convención de Washington y se generaría la obligación de reclasificar los ya existentes que fueran afectados por la explotación marítima (Oficio de observaciones del Ejecutivo. Fecha 24 de julio, 2000. Cuenta en Sesión 13, Legislatura 342. Senado).

De la interpretación armónica de los artículos 158 de la ley N° 18.892 y 36 de la ley N° 19.300, puede advertirse que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, lo que guarda concordancia, además, con la Convención de Washington, en virtud de la cual nuestro país se obligó a no explotar las riquezas existentes en esa categoría de protección con fines comerciales (aplica criterio de dictamen N° 56.465, de 2008).

No obsta a la conclusión anterior, el que los parques nacionales hayan sido creados por decretos del Ministerio de Bienes Nacionales aludiendo a zonas terrestres, pues la incorporación de los demás sectores se produjo por el citado artículo 36 y no necesariamente por el acto administrativo previo que los creó. Lo contrario significaría dejar sin aplicación esa disposición, pues se traduciría en que cada vez que se requiriera incorporar alguno de

los sectores allí indicados, sería imprescindible una mención expresa en los decretos que crearan las áreas protegidas, y, por ende, la norma del artículo 36 resultaría estéril.

Finalmente, si bien la ley N° 18.362 que regula el SNASPE -que se conforma entre otras categorías de protección por los parques nacionales- no ha entrado en vigencia, cabe manifestar que las leyes de presupuestos para el sector público desde el año 2009, han contemplado en la partida 13 Ministerio de Agricultura, capítulo 05 Corporación Nacional Forestal, el programa 04 relativo a Áreas Silvestres Protegidas, agregándose también una glosa que se refiere de modo expreso a los SNASPE. De esta forma, el legislador le ha asignado recursos a la CONAF para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiéndose que estas forman parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado.

Cumple con hacer presente que si bien el artículo 34 de la ley N° 19.300 entrega la administración y supervisión del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, ese órgano público aún no existe, pues el proyecto que lo crea se encuentra en trámite en el Congreso Nacional. Por esta razón, de acuerdo al principio de continuidad de la función pública, hasta la creación del referido servicio dichas prerrogativas se mantienen radicadas, en el caso de los parques nacionales, en la CONAF (aplica criterio contenido en el dictamen 26.190, de 2012).

Por lo anterior, y tal como lo indica el oficio N° 1.326, de 2012, de la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, no resulta posible desarrollar actividades acuícolas dentro del perímetro de un parque nacional y, por ende, otorgar concesiones de acuicultura, de modo que los servicios públicos respectivos deberán adecuar sus procedimientos a los criterios antes descritos y modificar los decretos que declaran áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura que no se ajusten a esa restricción.

Todo lo precedentemente expuesto, debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas.

Complémntese el oficio N° 1.326, de 2012, de la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena en los términos antes expuestos.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor general de la República

COMENTARIO

La jurisprudencia administrativa del Órgano Contralor que se comenta constituye una decisión de gran importancia para un ámbito crítico de la regulación administrativa ambiental en Chile: la conservación de la diversidad biológica y el uso sustentable de las especies y ecosistemas del país. En este sentido, este dictamen corresponde a un precedente de carácter obligatorio que mejora nuestra comprensión del marco regulatorio nacional e internacional sobre las categorías y objetos de protección de las áreas silvestres protegidas del Estado, como uno de los principales instrumentos que establecen algunos criterios que ordenen, de manera vinculante, el uso de los recursos naturales existentes en estas áreas y gestionar la conservación *in situ* de la diversidad biológica.

Para realizar esto, el Órgano Contralor, confirmando su criterio en esta materia, aplica la *Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América*¹, conocida como la Convención de Washington, lo que al mismo tiempo tiene importantes implicaciones sobre la vinculatoriedad de los tratados internacionales que se refieren a esta materia. Además, se trata de un caso que evidencia las confrontaciones que existen hoy en día entre órganos de la Administración del Estado con agendas sectoriales contrapuestas, o que aúnan dentro de sus objetivos institucionales propósitos heterogéneos como son el fomento productivo y la conservación de la diversidad biológica, en un contexto de desequilibrio institucional, dispersión normativa, vacíos y omisiones legislativas inexplicables. Problemas que corroboran el desafío pendiente en nuestro país de generar una institucionalidad adecuada que administre más y mejores instrumentos para la conservación.

En efecto, como se aprecia en este caso, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo- junto a la Empresa solicitante- requerían la reconsideración de lo decidido por la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, que concluyó que de conformidad con la Ley N° 18.892 *General de Pesca y Acuicultura* (en adelante LGPA), por regla general, no se pueden desarrollar proyectos de salmonicultura en áreas silvestres protegidas del Estado, permitiéndose de manera excepcional esa actividad en zonas marítimas localizadas en reservas nacionales y forestales. De esta forma, el referido Ministerio aparece negando y desautorizando disposiciones medulares sobre la conservación de los ecosistemas acuáticos,

1 CHILE. Decreto Supremo N° 531/1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga La Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, firmada en Washington el 12 de Octubre de 1940.

en clara oposición a las importantes facultades que la ley le reconoce para la conservación de los recursos hidrobiológicos².

En este contexto, el Órgano Contralor, desarrollando un criterio que ya había formulado anteriormente³, confirma y refuerza la interpretación y aplicación del criterio de la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena sobre la regla contenida en el artículo 158 de la LGPA. Así, al revisar la tramitación legislativa de la ley N° 19.800 de 2002, que modificó en los actuales términos el artículo 158 de la LGPA, para la Contraloría General es evidente que la regla contenida en dicha disposición corresponde a una configuración concreta de lo prescrito en la parte final del inciso 1° del artículo III de la Convención de Washington, en lo que dice relación con el desarrollo de actividades de acuicultura en las zonas lacustres, fluviales o marítimas que formen parte de parques nacionales.

En otras palabras, el literal del artículo en cuestión se refiere a una exclusión total de la actividad pesquera extractiva y de acuicultura en las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte de áreas silvestres protegidas del Estado, lo que incluye a los parques nacionales, pero también a las demás categorías de protección, con la excepción de su inciso 2° que se refiere a las reservas nacionales.

2 CHILE. Ley N° 18.892, *Ley General de Pesca y Acuicultura*, de 26 de diciembre de 1989. En este sentido, como señala el artículo 1° de la ley: "A las disposiciones de esta Ley quedará sometida la preservación de los recursos hidrobiológicos, y toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura y de investigación, que se realice en aguas terrestres, playa de mar, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva de la República y en las áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales". Por su parte, el artículo 1° B de la ley señala que: "El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos". Finalmente, el Título II, Párrafo 1° de la citada ley, que se refiere a las "Facultades de Conservación de los Recursos hidrobiológicos", las radica principalmente en el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la Subsecretaría de Pesca y el Servicio Nacional de Pesca.

3 Como señala el propio Órgano Contralor en el dictamen en comento, el criterio que se desarrolla en esta oportunidad había sido enunciado previamente en el dictamen N° 28.757 de 2007. Sin embargo, en dicha oportunidad se pronuncia respecto del desarrollo de actividades de acuicultura que en zonas marítimas que se encontraban dentro del perímetro de Reservas Nacionales y Forestales en la Región de Aysén, proyectos que habían sido admitidos a tramitación al sistema de evaluación de impacto ambiental mediante declaración de impacto ambiental por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Aysén. Al respecto, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámen N°28.757 de 2007:

"En este contexto, y en lo que interesa al caso, cabe concluir, en esta parte, y contrariamente a lo manifestado por la Subsecretaría de Marina, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, según la modificación que le introdujera la Ley N° 19.800, la regla general es que está prohibida toda actividad de acuicultura en las porciones de agua -sean zonas lacustres, fluviales o marítimas- de las áreas silvestres protegidas.

Sin perjuicio de ello, de conformidad con la misma norma, puede ser autorizada la actividad de acuicultura en áreas silvestres protegidas si ella se realiza en zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, esto es -en los términos del artículo 36 de la Ley N° 19.300-, en zonas marítimas que se encuentren dentro de su perímetro.

Definido lo anterior, la actividad de acuicultura que se realice en dichas zonas marítimas debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a lo dispuesto en las normas citadas de la Ley N° 19.300 y del Decreto N° 95, de 2001, en cuanto se trata de áreas colocadas bajo protección oficial, en los términos definidos por el artículo 2° letra a) de dicho reglamento".

De esta forma, como sostuvo la Contraloría, al ratificarse la Convención de Washington nuestro país se obligó a que no serán explotadas las riquezas existentes en los parques nacionales con fines comerciales, prohibición que configura el objeto de protección de la categoría de parque nacional y la distingue de las otras categorías que se regulan en el mismo tratado internacional, tales como las reservas nacionales, que tendrían como objetivo la conservación y utilización, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales existentes en ellas.

Así, y como ya lo había señalado la Contraloría en decisiones anteriores, en el caso de las reservas nacionales se permite la utilización sostenible de los ecosistemas y recursos existentes en ellas, siendo el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que establece la Ley N° 19.300 de 1994 *Sobre Bases Generales del Medio Ambiente* (en adelante LBMA), el mecanismo de supervisión oficial que permite garantizar preventivamente que los eventuales proyectos y actividades económicas que podrían desarrollarse dentro de su perímetro no pugnarán con el objeto para el cual fue creada la reserva⁴.

Ahora bien, para que la prohibición de explotar las riquezas existentes en los parques nacionales con fines comerciales opere en este caso, es necesario saber si las concesiones de acuicultura que se pretendía otorgar o los proyectos de acuicultura sometidos a evaluación ambiental se encuentran emplazados en zonas marítimas dentro del perímetro de áreas protegidas bajo la categoría de parques nacionales.

Así, como señaló la Contraloría, es el artículo 36 de la LBMA el que incorpora a las

5 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N°56.465 de 2008. En efecto, como lo señalo la Contraloría este dictamen, respondiendo a la solicitud de invalidación administrativa de la resolución exenta N° 377 de 2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente del Libertador General Bernardo O'Higgins, que acogió la Solicitud de Autorización Provisoria para el inicio de un proyecto hidroeléctrico al interior de la Reserva Nacional Río de Los Cipreses: "[...] conforme [a la Convención de Washington], y en lo que concierne a las reservas nacionales, en ellas se permite la utilización, bajo vigilancia oficial, de sus riquezas naturales, pudiendo, por lo tanto, llevarse a cabo emprendimientos económicos siempre que se otorgue a la flora y fauna allí existente una protección que resulte compatible con los fines para los que han sido creadas; mientras que tratándose de parques nacionales, se prohíbe expresamente la explotación comercial de dichas riquezas. Respecto de las reservas de regiones vírgenes está vedada toda explotación que tenga ese carácter; en lo que atañe a los monumentos naturales, son inviolables y se le da un amparo absoluto a la región, objeto o especie declarada como tal, y, finalmente, en el caso de las reservas forestales y de los parques nacionales de turismo regidos por la Ley de Bosques, su establecimiento tiene por objeto regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje". De esta forma, las reservas nacionales son áreas establecidas para la conservación y uso sustentable de sus ecosistemas bajo vigilancia oficial, tutela se encuentra garantizada para el Órgano Contralor, mediante el sometimiento al sistema de evaluación de impacto ambiental de las actividades que se pretendan realizar al interior de su perímetro: "[...] corresponde anotar que el inciso primero del artículo 8° de la ley N° 19.300 establece que los proyectos o actividades que indica "sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley". Luego, la letra p) del artículo 10 del mismo cuerpo legal dispone que deberá someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental la ejecución de obras, programas o actividades en reservas nacionales, entre otros, en los casos en que la legislación respectiva lo permita".

áreas protegidas las zonas lacustres, fluviales, marítimas, entre otras, que se encuentren dentro de su perímetro. Dicho artículo, como sostuvo la Contraloría en el dictamen, es una disposición de derecho público que, debido a que no contempla una regla transitoria que establezca una fecha especial de vigencia, rige *in actum* desde su publicación en el Diario Oficial, de modo que afecta y quedan dentro de su ámbito todas las áreas protegidas creadas a esa fecha y en el futuro⁵. Lo anterior, en palabras de la Contraloría en el dictamen que se comenta, “[...] no conlleva a una aplicación retroactiva de esa norma, toda vez que no se trata de entender que los sectores a que se refiere el artículo 36 siempre hayan integrado las áreas protegidas, sino que estos pasan a formar parte de ellas desde la vigencia del precepto en comento”.

Por otra parte, y aplicando el mismo criterio sobre la entrada en vigencia de las normas de derecho público, la Contraloría precisa la exigencia del informe previo de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, al que se refiere el artículo 159 de la LGPA, para que la declaración de parques nacionales se extienda a las zonas lacustres, fluviales, marítimas, entre otras. En este sentido, debe entenderse que dicha exigencia se vuelve un trámite administrativo obligatorio respecto del procedimiento para la creación de áreas protegidas que se extiendan a dichas zonas a partir de la entrada en vigencia de la LGPA, esto es, desde el 23 de diciembre de 1989, no siendo necesario respecto de los parques nacionales ya existentes y que cumplieron con la normativa vigente en la época de su determinación.

A modo de conclusión sobre este punto, y dándole una interpretación útil al citado artículo 36 de la LBMA, la incorporación de las zonas lacustres, fluviales y marítimas, entre otras, a las áreas protegidas del Estado, se produjo por disposición de este precepto y no por el acto administrativo que las creó; siendo, además, la exigencia de una consulta previa a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, para que las áreas silvestres protegidas del Estado se extiendan a estas zonas, un trámite administrativo obligatorio a partir de la entrada en vigencia de la LGPA. Lo anterior resulta fundamental respecto de la protección de los ecosistemas acuáticos, al extender la categoría de protección a todas las áreas protegidas existentes a partir de la entrada en vigencia de la norma en comento.

Finalmente, destaca el reconocimiento expreso que hace el Órgano Contralor sobre la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado (SNASPE), a pesar de que la ley que lo crea nunca ha entrado en

5 Este criterio ha sido aplicado reiteradamente en la jurisprudencia administrativa del Órgano Contralor. En este sentido, los dictámenes N° 9.396/1991; 3.438/2002; 61.301/2006; 24.385/2009; 16.277/2010; 18.011/2010; 3.077/2012; 9.755/2013.

vigencia⁶, toda vez que las leyes de presupuestos para el sector público, desde el año 2009, han asignado recursos a la CONAF para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que éstas forman parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado.

Se trata de un reconocimiento básico y que clarifica una inexplicable omisión legislativa con respecto a los compromisos que el Estado de Chile ha asumido al firmar y ratificar el Convenio de la Diversidad Biológica, entre los que cuenta el establecimiento de "[...] un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica"⁷. Evidentemente, el reconocimiento en nuestro país de un SNASPE no satisface por completo la exigencia de establecer un sistema de áreas protegidas en los términos del citado Convenio, dado que dicho sistema se refiere a las unidades de conservación de titularidad pública, no considerando adecuadamente los esfuerzos de conservación desarrollados por comunidades locales, pueblos originarios y privados.

Sin embargo, para la Contraloría General de la República, sería innegable que actualmente en nuestro país existe, al menos, un SNASPE que, de acuerdo con el artículo 34 de la LBMA, quedaría bajo la administración y supervisión del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, órgano público que aún no ha sido creado, pero cuyo proyecto de ley fundacional se encuentra en trámite en el Congreso Nacional⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, y como puntualiza el Órgano Contralor en el dictamen en comento, "[...] de acuerdo al principio de continuidad de la función pública, hasta la creación del referido servicio dichas prerrogativas se mantienen radicadas, en el caso de los parques nacionales, en la CONAF (aplica criterio contenido en el dictamen 26.190, de 2012)".

6 CHILE. Ley N° 18.362. Cit.ant.(2) Según lo dispone el artículo 39 de la ley, dicho cuerpo legal regirá a partir de la fecha en que entre en pleno vigor la ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, cuyo artículo 19 prevé, a su vez, que esta última preceptiva, con la excepción allí indicada, "entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución"; circunstancias que no han acontecido, por lo que no procede aplicar la ley N° 18.362, antes aludida, pues aún no empieza a surtir efectos.

7 CHILE. Decreto Supremo N° 1963/1994, que promulga el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 5 de junio de 1992 en Río de Janeiro, Ministerio de Relaciones Exteriores. El Convenio sobre la Diversidad Biológica, en su artículo 8, enuncia los compromisos específicos con respecto a la conservación in situ que asumen las partes contratantes al suscribir el convenio, señalando en su letra a) que: "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: a) Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;"

8 CHILE. Boletín N° 9.404-12, Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Como se aprecia en lo planteado hasta aquí, la jurisprudencia administrativa que se comenta es un material crucial para avanzar en el reconocimiento y consolidación de un sistema nacional que agrupe las áreas silvestres protegidas de titularidad pública, y que ordene de manera vinculante las actividades que se pueden desarrollar en su interior. Lo anterior resulta fundamental si se considera, como se ha sostenido, que “[...] los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”⁹.

En este sentido, lo decidido en este caso mejora nuestra comprensión del marco normativo que desarrollan las categorías y objetos de protección de las áreas naturales como uno de los principales instrumentos para gestionar la conservación in situ de la diversidad biológica del país, reconociéndose la obligatoriedad que tiene para el Estado de Chile la Convención de Washington, tratado internacional que nuestro país firmó y ratificó.

De esta forma, y como se expuso, el precedente en comento de carácter obligatorio y general- corresponde a una interpretación uniforme y consistente de un área dispersa de la regulación administrativa aplicable a los organismos públicos con incidencia en la conservación, lo que debiera orientar a otras múltiples decisiones posibles. Se trata, en consecuencia, de una decisión administrativa que debe ser especialmente considerada en un momento en el que se está discutiendo en el Congreso Nacional el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, organismo público que tendrá por objeto asegurar la conservación de la biodiversidad en el territorio nacional, siendo una de sus principales funciones la de administrar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y fomentar la creación de dichas unidades de conservación.

9 CORDERO, L., "La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista", en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 170



MEJORA REGULATORIA, LEGITIMACIÓN Y PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN: EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO MP 10

Ezio Costa Cordella

Abogado, Universidad de Chile
Magíster en Regulación, London School of Economics
Director Ejecutivo de la ONG FIMA e
Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom),
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
e.costa@derecho.uchile.cl

I. Antecedentes y breve historia de la regulación del MP10 en Chile.

A comienzos de octubre de 2015, la Corte Suprema¹ confirmó el fallo del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago (en adelante 2TA), que mandaba a anular y rehacer el Decreto Supremo 20/2013, que establece la norma de calidad ambiental referida al material particulado 10 (en adelante, MP10).

El material particulado "*comprende una mixtura de componentes, incluyendo partículas de la quema de carbón, inorgánicos secundarios y partículas derivadas de corteza. Estos componentes pueden contribuir, con distinto potencial, a los efectos que el material particulado produce en la salud*"². Este tipo de contaminantes se dividen a su vez de acuerdo a su diámetro, principalmente en dos categorías, MP2,5 y MP10, siendo este último una partícula más gruesa que el primero. El MP10 es uno de los contaminantes principales en

1 Corte Suprema, Causa rol N° 1.119-2015. Fernando Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 30 de Septiembre de 2015.

2 SCHWARZE, P. et al. "*Particulate matter properties and health effects: consistency of epidemiological and toxicological studies*". EN: Hum. Exp. Toxicol., 25 (2006). P. 559-579 (traducción del autor).

diversas partes de Chile y es causante directo de enfermedades respiratorias crónicas y otras enfermedades, así como contribuyente a disminuir las expectativas de vida de las personas.

A raíz de lo anterior, especialmente de la alta concentración de los contaminantes en ciertos lugares, en Chile existe una regulación sobre este tipo de contaminantes que se remonta a la R.E. 1215 de 1978 del Ministerio de Salud, la que establecía, en su artículo 2° que *"Contaminación Atmosférica: Es la presencia en el aire de más contaminantes, o cualquier combinación de ellos, en concentración o niveles tales que perjudiquen o molesten la vida, la salud y el bienestar humano, la flora y la fauna o degraden la calidad del aire, de los bienes, de los recursos nacionales o de los particulares"*, para luego en su artículo 3° señalar las concentraciones máximas de "partículas en suspensión" que correspondían a *"Setenta y cinco microgramos por metro cúbico (75 µg/m³ N) como concentración medio geométrico anual; o doscientos sesenta microgramos por metro cúbico (260 µg/m³ N) como concentración media aritmética de veinticuatro horas consecutivas, no pudiéndose sobrepasar este valor más de una vez por año"*.

Esta norma, al igual que las normas actuales de calidad, establecía que en caso de sobrepasarse la norma en una determinada zona, ella se entendía saturada, cuestión que imponía en su artículo 8° el deber a la autoridad regional de salud de *"implantar y ejecutar un programa de control de la contaminación atmosférica, asignando recursos definidos que permitan controlar las emisiones contaminantes"*.

En 1988, mediante R.E. 369 del Ministerio de Salud, se estableció por su parte el "Índice de Calidad del Aire", destinado a la medición de los contaminantes atmosféricos. El mismo Ministerio, mediante DS 32/1990, estableció las situaciones de Pre-Emergencia y Emergencia cuando se supera de una determinada manera el máximo de los índices en cuestión, dando especial importancia a la suspensión de las obras o faenas emisoras de material particulado.

Es la Ley Nº 19.300 la que incorpora el concepto de normas de emisión y calidad, pero sin embargo, para efectos de la propia ley y de la autoridad administrativa, las concentraciones establecidas en las normas antes descritas constituían de todas maneras una norma de calidad. De suerte que cuando se dicta la primera norma de calidad primaria referida a MP10, el procedimiento comienza con una Resolución Exenta 492/1997 de la CONAMA que da inicio a un proceso de *revisión* de la norma, y no a la creación de una nueva. Esta revisión concluye con la dictación del DS 59/1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que entre otras disposiciones establece como máxima concentración de

MP10, 150 mg/m³N como concentración en 24 horas y establece una norma anual que se entenderá superada cuando más de 7 días en el año se supere la norma diaria.

Contra esa norma se presentó un Recurso de Reclamación, caratulado *Dougnac con Presidente de la República*, el que si bien tiene interesantes razonamientos, fue finalmente desechado, principalmente en aplicación de una lógica de deferencia técnica/política de los tribunales para con la Administración.

Esa es la norma que ha estado vigente desde entonces, salvo el breve período en que fue sustituida por el DS 20/2013 del Ministerio de Medio Ambiente, que fue producto de un nuevo proceso de revisión, iniciado el año 2010, que como modificación principal a la normativa previa, eliminaba la norma anual manteniendo solo la norma diaria en los mismos niveles anteriores. Este es, muy brevemente, el panorama previo a la dictación del fallo del 2TA sobre el asunto y la posterior confirmación de la Corte Suprema, que adhiere a los considerandos del 2TA y además agrega nuevos razonamientos.

Y la lógica de deferencia no cambió sola, pues fue acompañada de normativa que sostiene ese cambio. Lo resuelto finalmente por la Corte Suprema en el caso no es simplemente lo que algunos críticos llaman "activismo judicial"³, sino que tiene concordancia con una lógica de control del poder de la Administración que al menos en materia ambiental se hace evidente a partir de la expresa mención en el artículo 17º N° 1 de la Ley N° 20.600, pues en él se establece la posibilidad de reclamar contra una norma de calidad o emisión ante los Tribunales Ambientales, cuestión de suyo importante por cuanto dichos tribunales están creados en una lógica de especialización técnica que remueve ciertas barreras formales de la deferencia, así como por el hecho de que la existencia de una acción específica para el asunto permite superar algunas de las complejidades que en este caso tendría la alternativa contenciosa administrativa ad-hoc, que es el recurso de protección.

En el presente artículo comentaré principalmente algunos puntos del fallo de la Corte Suprema, pero ello inevitablemente hará referirme en diversas formas al fallo del 2TA. Para efectos de este análisis se han escogido algunos temas que, entre los muchos interesantes que un fallo como este aborda, harán referencia a (i) El concepto de perjuicio, (ii) Los estándares procedimentales, y (iii) La motivación y la fundamentación de normas ambientales.

3 El concepto de activismo judicial tiene algún grado de aceptación en círculos académicos, pero en Chile ha sido especialmente utilizado y popularizado en los últimos años, culminando con el libro "*Activismo Judicial en Chile, ¿hacia un gobierno de los jueces?*". GARCÍA, José Francisco; VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.

II. El concepto de perjuicio en materia ambiental: legitimación activa y bien público

Los reclamantes en la causa de autos caían en dos categorías distintas, (i) personas naturales y (ii) Municipalidades. El CDE, entre sus defensas, puso énfasis en la falta de legitimación activa de ambas, señalando en el caso de las personas naturales que no había perjuicios, y en el caso de las Municipalidades que no tenían titularidad de la acción⁴. Aceptada la legitimación de las personas naturales en el 2TA, el CDE denuncia ese hecho como una supuesta infracción al artículo 50º de la Ley Nº 19.300⁵.

La Corte Suprema rechaza esta alegación y sobre el concepto de perjuicio señala que;

“NOVENO: Que si bien tradicionalmente se ha entendido que la exigencia de perjuicio implica aludir a un detrimento de naturaleza patrimonial, dicha noción propia del Derecho Civil no parece ser la más adecuada para discernir la legitimación activa de quienes pretenden cuestionar la legalidad de disposiciones reglamentarias que son normas primarias y secundarias de calidad ambiental o normas de emisión.

En efecto, circunscribir el interés legitimante al mero ámbito patrimonial no se condice con la naturaleza de las referidas normas ambientales, que por definición legal son aquellas que establecen los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población; o un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza; o que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en su efluente, según se aprecia de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Nº 19.300.

4 De la experiencia de litigar contra el Estado en cuestiones relacionadas con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, se advierte que una de las principales defensas, en todos los casos, es cuestionar la legitimación activa para demandar. Si bien esta estrategia es válida desde el punto de vista de los litigantes, no puedo dejar de hacer mención de lo ilegítimo que parece que el Estado intente defender la legalidad de sus actos mediante la negación del derecho a la acción de quien se encuentre ejerciendo la misma, cuestión que de acogerse en cualquier caso solo asegura una inmunidad del acto administrativo que es otorgada por el mero hecho de no revisarlo. Se esperaría del Estado que, por una parte reconociera ampliamente el carácter colectivo del derecho a vivir en un medio ambiente sano, y por otra quisiera defender en el fondo la legalidad de sus actos.

5 Artículo 50.- Estos decretos serán reclamables ante el Tribunal Ambiental por cualquier persona que considere que no se ajustan a esta ley y a la cual causen perjuicio. El plazo para interponer el reclamo será de treinta días, contado desde la fecha de publicación del decreto en el Diario Oficial o, desde la fecha de su aplicación, tratándose de las regulaciones especiales para casos de emergencia. La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno los efectos del acto impugnado.

Ha de aplicarse, pues, una noción diferente, que se condiga más con las características propias de las cuestiones medioambientales concernidas por las normas impugnables mediante las reclamaciones aludidas en los artículos que se dicen infringidos en el arbitrio de nulidad sustancial en examen”.

“DÉCIMO: Que las anteriores conclusiones son abonadas por doctrina especializada que ha dicho: “(...) Como se aprecia, no se trata de una acción popular, toda vez que el requisito excluyente será el perjuicio que debe irrogar el DS. Sin embargo, ello requiere una explicación mayor, como a continuación se demuestra.

La interpretación tradicional conduce a estimar que el DS que causa perjuicio es aquél que ha supuesto un detrimento patrimonial o personal al demandante. Ello será fácilmente impugnable respecto de los DS que aprueban planes de prevención o descontaminación, así como los que contienen normas de emisión. Estos podrán suponer un menoscabo económico, dados los mayores costos que pueden importar las obligaciones que imponen los primeros, o los niveles de emisión que introducen las normas de calidad ambiental, que no obligan directamente a los administrados, y de las declaraciones de zonas latentes o saturadas, que son sólo el paso previo para la dictación de planes de prevención y descontaminación. En efecto, en estos dos casos los DS contienen disposiciones que interesan a toda la ciudadanía, pero que por lo general no podrán causarle un perjuicio a una persona determinada, al menos en el sentido tradicional de la palabra, es decir un menoscabo o pérdida en su integridad o patrimonio. Hasta aquí puede apreciarse una deficiencia de la norma, aún bajo una interpretación tradicional de la expresión “perjuicio”.

Sin embargo, será evidente que si el DS fija, por ejemplo, un estándar para material particulado MP10 ó 2,5 que supera, en el mejor de los casos, en tres veces a la peor norma del Derecho comparado (como ocurre en el caso chileno), buena parte de la ciudadanía se verá perjudicada por dicho nivel (por lo pronto, niños y ancianos que por problemas respiratorios llenan los hospitales durante los meses de invierno). En consecuencia, el perjuicio exigido no puede asimilarse al requisito general que se necesita para la procedencia de las acciones de responsabilidad civil. Por el contrario, el perjuicio en el ámbito ambiental se materializa en el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medio ambiente. Así, en las acciones de impugnación de normas la exigencia de perjuicio debe ser entendida como un interés legítimo vulnerado por el DS que fija el estándar insuficiente o demasiado laxo, que fija una zona saturada o latente y no otra, o que se basa en antecedentes incorrectos o de errónea metodología, etc. Tal

es la interpretación que condice un Efectutile de la acción contenciosa administrativa de los artículos 50 LBGMA y 17 N° 1 y 18 N° 1 LTTA. De otra manera, se perdería de vista el carácter colectivo que tiene el medio ambiente y la protección ambiental, lo que incluye la posibilidad de acceder a la jurisdicción ambiental." (JORGE BERMÚDEZ SOTO, Fundamentos de Derecho Ambiental; 2ª Edición; Ediciones Universitarias de Valparaíso (2015); p. 529)⁶.

Las cuestiones sobre legitimación activa en materia ambiental han sido tradicionalmente muy contenciosas y en especial se han vuelto contenciosas a propósito de la creación de los Tribunales Ambientales y con ello de nuevas acciones y una nueva sede donde recurrir, que abarca acciones de daño ambiental, reclamaciones judiciales contra actos administrativos de efecto particular y de efecto general.

En cada uno de los casos, la ley, temerosa de reconocer la verdadera naturaleza colectiva del medio ambiente, ha creado categorías de legitimados activos que intentan desnaturalizar acciones que por el bien jurídico protegido debieran ser siempre de naturaleza popular. Sin perjuicio de ello, en la aplicación casuística de estas normas los tribunales siempre se encuentran en una posición muy complicada, pues deben hacerse cargo de estos incómodos intentos de disminuir el acceso a la justicia. En el caso de análisis, apoyados además en una doctrina que precisamente tomó como ejemplo la Norma de MP10 chilena, la Corte encuentra una salida adecuada que sin reconocer una acción popular, se acerca bastante a ello.

Sin perjuicio de lo anterior, el 2TA desestima una interpretación hecha por la Corte de Apelaciones de Santiago en un juicio anterior en contra de la norma de calidad de MP10, a la que se hizo referencia anteriormente, con un argumento que no resulta del todo convincente.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago había señalado en este respecto:

"9º Que en lo que al perjuicio se refiere, ha de tenerse en consideración que este está íntimamente referido a la idea que lo precede en la disposición legal, esto es, que en la tramitación del decreto se hayan observado todos los pasos que al efecto dispone la ley. Lo anterior se aviene a dos ideas: la primera, está referida a un principio general de nuestra legislación en el sentido de que no existe nulidad si esta no causa un

6 Corte Suprema. Rol N° 1.119-2015. Fernando Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 30 de Septiembre de 2015. Considerandos Noveno y Décimo.

perjuicio. De ello se colige que no existe nulidad por la sola pureza de la aplicación de las normas, sino que necesariamente debe causar un perjuicio. La segunda, está íntimamente ligada con la materia de que trata el decreto supremo impugnado, cual es determinar cuál será la calidad de aire que respiraremos todos los ciudadanos del país. Como llegar a contaminación cero es imposible, pero al mismo tiempo una contaminación desenfrenada es mortal para la salud, como ya ha sucedido en otras ciudades del mundo, la autoridad ha estimado necesario regular hasta cuánta contaminación habrá de aceptarse, y si pasado los niveles de aceptación, qué medidas han de adoptarse para que cese la transgresión de ese límite. Se entra de este modo en un tema total y absolutamente opinable. Habrá buenas razones para fijar este límite en uno más alto o más bajo, según el punto de vista que se adopte. Para quienes están del lado del desarrollo económico sostienen una postura de establecer un nivel más alto para permitirlo, puesto que de lo contrario se hace muy oneroso el desarrollo de la industria. Y para los que están más proclive a la calidad de vida, argumentarán que de qué sirve el desarrollo si se tiene una pésima calidad de vida que nos llevará necesariamente a una muerte temprana.

10º Que de esta manera, el perjuicio al que alude la norma citada, está referido al que cause una deficiente tramitación del Decreto Supremo que establece las normas primarias de material particulado en el aire. No está referido por ende al perjuicio que cualquier persona estime que cause el nivel de contaminación permitido o la forma de cómo ésta habrá de ser mitigada”⁷.

El 2TA comenta sobre esta sentencia, en su Considerando 17º que,

“(…) A juicio de este Tribunal, dicho criterio -del perjuicio meramente “normativo”, por nombrarlo de algún modo-, no se condice con los argumentos y razones que se han elaborado más arriba, a la luz de las competencias que asigna la Ley N° 20.600 a la jurisdicción ambiental. Asumir que el perjuicio se produce solo cuando el proceso de creación normativo no se ajusta a la ley y su reglamento, es confundir los requisitos de ilegalidad y perjuicios, exigidos por el legislador, en uno solo. Podría pensarse que con ellos se amplía la legitimación activa al eliminar en la práctica la necesidad de invocar un “perjuicio”. Sin embargo, quien no prueba que hubo un vicio de procedimiento, no será legitimado activo, conclusión que no parece razonable”⁸.

7 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2.185-2001. Fernando Dougnac Rodríguez con Presidente de la República. 16 de agosto de 2005. Considerandos Noveno y Décimo.

8 Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° 22-2014. Fernando Dougnac Rodríguez y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 16 de diciembre de 2014. Considerando Decimoséptimo.

No parece tan clara esta argumentación. Si bien es cierto que en el perjuicio normativo podría significar una confusión entre ilegalidad y perjuicio, no es menos cierto que la ilegalidad produce en sí misma un perjuicio. Ello no debiera significar que sea la única manera de probar un perjuicio, pero sí que en cualquier caso de ilegalidad se verifique este sin más. Así entonces, pareciera conciliable la interpretación de la Corte Suprema en este caso, con la que diera la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso antes señalado. Habrá perjuicio y legitimación activa sea que exista un interés legítimo, sea que exista una ilegalidad, en cuanto el respeto de la legalidad es sin dudas un interés legítimo, generalmente difuso.

Ahora bien, en lo que respecta a las Municipalidades, si bien resulta claro de las interpretaciones anteriores que también debieran ser reconocidas como legitimadas activas en el procedimiento en cuestión, la manera en que ello fue realizado por la Corte Suprema produce ciertas dudas, por lo intrincado que resulta el argumento al intentar no extender esta interpretación a otros procedimientos.

“(…) En el presente caso la situación es diversa dado el tipo de normas que son impugnadas mediante el reclamo, el cual tiene relación respecto a normas generales de calidad ambiental, por ello y porque se trata precisamente de normas de naturaleza de general aplicación que conciernen a la comunidad social toda es que resulta válido aplicar el criterio del interés legítimo antes indicado para aceptar la legitimación activa de las municipalidades, pero sólo en cuanto a este tipo de actos, pues aquí se justifica, dado el impacto para toda la comunidad”⁹.

A pesar de que no queda clara la razón, finalmente lo que señala la Corte Suprema es que mientras en otros casos las Municipalidades no pueden ser consideradas legitimadas activas, en este sí por el tipo de norma contra la que se reclama y su alcance general. Huelga señalar que con los mismos argumentos esgrimidos por las Municipalidades en este caso, ellas deberían ser consideradas legitimadas activas en cualquier otro caso en que se busque la mayor protección del medio ambiente¹⁰.

9 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Duodécimo.

10 En efecto, en lo sustantivo, el fallo del ZTA no hace mención expresa a las razones por las cuales se tiene a las municipalidades como legitimadas activas, siendo que se apoya en que ellas serían municipalidades de zonas saturadas y latentes y citando las razones invocadas por la I. Municipalidad de Tocopilla, que son aquellas referidas a las obligaciones municipales de satisfacer las necesidades de la comunidad local (en Considerandos Decimoctavo y Decimonoveno).

III. Sobre los estándares procedimentales: la mejora regulatoria

La discusión sobre estándares procedimentales es una de las que parece más interesantes, aunque la Corte Suprema no la analice por considerar que no influye en lo dispositivo del fallo¹¹. Aunque es cierto que el fallo del 2TA es tan contundente que se sostiene sin necesidad del análisis de procedimiento, no es menos cierta la relevancia que tiene el control intenso de expediente que realiza el 2TA y la manera en que juzga que los pasos del procedimiento fueron llevados a cabo por la Administración en el caso, cuestión que a mi juicio sí tiene un correlato en lo dispositivo del fallo, en cuanto se estima que el procedimiento es llevado a cabo de una manera desprolija y con la sola intención de dar un cumplimiento formal a la ley, sin consideración de los valores de fondo que el procedimiento de creación de normas de calidad está resguardando.

El procedimiento tiene una trascendencia innegable en cuanto funciona como un límite a la discrecionalidad de la administración y por lo tanto es también una garantía para evitar la arbitrariedad. En palabras de García de Enterría y Fernández, "*el procedimiento constituye un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria*"¹². Para agregar que "*se intenta obligar a la Administración a un esfuerzo especial de atención ante la gravedad que supone la creación de un nuevo derecho*"¹³. Ahora bien, en el derecho español, como en la mayoría del derecho administrativo moderno, existen procedimientos de creación de normas que son de aplicación general para el uso de la potestad reglamentaria de la Administración, cuestión que en nuestro derecho lamentablemente no es la norma general.

Importante además en el caso, porque al confirmarse la sentencia del 2TA se reafirma también la lógica utilizada por este tribunal para analizar dicho procedimiento, lógica que se acerca a los estándares procedimentales de creación de regulación que son impulsados por organismos internacionales, y en especial por la OCDE, como se verá.

Las "Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria"¹⁴ de la OCDE, fija 12 principios para la creación de regulación, siendo al menos 4 de ellos relacionados directamente con el procedimiento de creación de regulaciones y atinentes a este caso;

11 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimo cuarto.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. 13ª edición. Madrid: Thomson Reuters, 2013. P.222.

13 *Ibíd.*

14 OCDE. "Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance", 2012, disponible en <http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf> [última vista, 12 de noviembre de 2015].

a) La (i) participación ciudadana efectiva y la (ii) transparencia, dentro de lo cual se considera:

- Buscar activamente la participación de los ciudadanos y todas las personas relacionadas al tema que pudieran tener interés en él,
- Hacer consultas de manera que se maximice la cantidad de personas e información recibidas,
- Poner a disposición de los ciudadanos material relevante para la revisión de la norma en comento,
- Mantener regulaciones e instrumentos de acceso fácil para los ciudadanos.

b) (iii) Integración de análisis de impacto regulatorio:

- Hacer análisis ex ante de los efectos de una determinada regulación, incluyendo un análisis de costo/beneficio,
- Identificar necesidades que se quieren cubrir con la regulación que se analiza,
- Establecer los costos y beneficios de manera cuantitativa si es posible y dar una descripción cualitativa de los mismos, además de señalar su distribución,
- Que el análisis de impacto sea público para la participación ciudadana.

c) Tener (iv) sistemas de control efectivo para revisar la legalidad y la justicia procedimental de las regulaciones, asegurándose de que la industria y los ciudadanos tengan acceso a dichos sistemas.

Una de las cosas interesantes en el caso de análisis es el hecho de que las normas de calidad son uno de los pocos asuntos en que la creación de una regulación se encuentra reglada en detalle, en este caso mediante el DS 93/1995 MINSEGPRES, que es el "Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión". Este reglamento es una de las escasas normas en Chile que reglamenta el procedimiento de creación de regulación administrativa y que, en este caso, impone interesantes requisitos y pasos procedimentales, vinculados a estándares internacionales.

A continuación, se revisarán el reglamento en cuestión y lo resuelto por 2TA a propósito del caso de autos, en atención a los principios OCDE antes descritos.

a) Participación ciudadana y transparencia

Establece el DS 93/1995 en su artículo 20 que *"Dentro del plazo de sesenta días, contado desde la publicación en el Diario Oficial de la resolución señalada en el artículo 17 de este reglamento, cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al contenido del anteproyecto de norma"*, señalando luego el artículo 21 solo una obligación para la Administración de *considerar* dichas observaciones a la hora de dictar la norma definitiva. Así formulada la norma, pareciera no ponerse ninguna obligación mayor a la Administración, pero mucho agua ha corrido bajo el puente desde que en 1995 se fijara ese mínimo.

Sin considerar la discusión académica sobre la participación ciudadana, ni los tratados internacionales que la reconocen como derecho, sino que solo desde un punto de vista normativo, un cambio importante en la manera que el Estado se relaciona con los ciudadanos ocurre a partir de la Ley N° 20.500, dictada el año 2010, que además de establecer una serie de modificaciones legales y de crear organismos más o menos útiles para dar cabida a la participación ciudadana, reconoce por primera vez y de manera amplia un derecho a la participación, cuestión que es sin duda un paso importante en esta materia. En seguida, además, varios instructivos presidenciales se han referido al tema relevándolo como obligación fundamental de los organismos del Estado¹⁵.

Analizando el procedimiento llevado a cabo por la Administración en el caso de autos, el 2TA señaló en su considerando 33º que:

"La participación de la ciudadanía, en general, fue prácticamente nula, la que pudo verse afectada por la segunda prórroga y la dificultad de hacer seguimiento en regla del procedimiento. Por otro lado, a pesar de los esfuerzos formales del MMA en dirección a la consulta pública, era esperable de parte de este nuevo Ministerio una actitud más proactiva, pues forma parte de sus nuevas competencias y deberes la información activa y la promoción de la participación ciudadana, siendo el Ministerio el único que puede impulsar dicha participación, como se desprende de la normativa aplicable en su conjunto, así como también de lo dispuesto en el artículo 70 letra t)

15 Al menos se han referido al asunto los Instructivos Presidenciales N° 008/2008, 002/2011 y 007/2014.

de la Ley N° 19.300, que dispone: "Corresponderá especialmente al Ministerio: t) Generar y recopilar la información técnica y científica precisa, para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en particular, lo referente a la tecnología, la producción, gestión y transferencia de residuos, la contaminación atmosférica y el impacto ambiental". Por su parte, los informes incorporados en el expediente aparecen ubicados aleatoriamente y no siguen un orden cronológico u otro que sea comprensible para un revisor que no haya participado en el proceso".

El ZTA toma nota del avance en materia de participación ciudadana en cuestiones ambientales, no haciendo alusión a las normas previamente señaladas, sino que siendo aún más certero en su análisis, que lo centra en la propia creación del Ministerio de Medio Ambiente y las obligaciones que a este nuevo organismo público se le establecen. Ahora bien, el ZTA no alcanza a considerar como ilegal la falta de proactividad del Ministerio de Medio Ambiente, sino que vincula la escasa participación a una consecuencia de la violación de lo dispuesto en el artículo 7º del DS 83/1995, en el sentido de no llevar un expediente suficientemente ordenado.

Hace, por último, una alusión muy interesante a la conflictividad y la participación ciudadana, cuando expresa en su considerando 49º que "[S]in duda que una norma de calidad ambiental con participación efectiva, hace más improbable que luego ésta sea posteriormente cuestionada"¹⁶.

b) Integración del análisis impacto regulatorio

Es posible definir el análisis de impacto regulatorio como un "proceso de identificación y evaluación sistemática de los efectos esperados con una propuesta regulatoria, usando un método analítico consistente, como el análisis de costo/beneficio"¹⁷. En el caso de análisis, si bien no se ve incluido este análisis en la manera en que las guías de la OCDE lo promueven, sí se encuentra de alguna manera considerada a propósito de la obligación de estudios de impactos económicos y sociales señalada en los artículos 15 y 16 del DS 93/1995.

Así las cosas, respecto de esos informes, que en general en estos procedimientos son llamados AGIES (Análisis General de Impactos Económicos y Sociales), hubo cierto nivel de discusión tanto en el ZTA como en la Corte Suprema. Es menester considerar que el valor

16 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Cuadragésimonoveno.

17 OCDE. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)* [en línea]. Octubre de 2008 [última visita: 12 de octubre de 2015]. P.3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>.

y relevancia de estos informes no está expresamente considerado en la norma, no siendo por lo tanto obligatorio que la decisión de la Administración siga una lógica puramente economicista a propósito de la toma de decisión regulatoria. Ello sin embargo, no obsta el hecho de que existiendo esta información específica sobre el tema en análisis, tenga que ser tomada en cuenta y deba formar parte de la motivación del acto. En definitiva, el AGIES funciona como un informe contra el cual contrastar la decisión de la Administración, a objeto de hacer un escrutinio sobre la razonabilidad y proporcionalidad en la regulación que se dicte.

A una conclusión similar sobre el valor de los estudios económicos y sociales arriba el 2TA, al señalar en el Considerando 43º:

“Que, al exigir, tanto la Ley N° 19.300 como el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, estudios económicos y sociales como parte esencial de la fundamentación, la Administración adoptó, entre otras alternativas posibles, aquella que otorga un énfasis relevante a la consideración de la rentabilidad económica y social, sin impedir, naturalmente, la utilización adicional de otros argumentos”.

Lo interesante de esto, es precisamente el hecho de que se considere la necesidad que la Administración, al tomar su decisión final, la fundamente adecuadamente en el mérito de los informes o en los antecedentes de los que disponga para desechar esos informes. En el caso de autos, un énfasis que hace el 2TA en sus Considerandos 43 y 44 es precisamente a que si bien en los informes queda de manifiesto que las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁸ para el establecimiento de normas de MP10 representan valores mucho más bajos de los aprobados por la normativa chilena, ellos no son tenidos en cuenta de manera expresa, ni desechados por ninguna consideración válida en el procedimiento de creación de la norma.

Una vez en juicio, el Ministerio de Medio Ambiente intenta salvar esta omisión señalando que la propia OMS establece que los gobiernos deben fijar sus normas estudiando las condiciones locales. Asertivamente, el 2TA señala sobre ello, en la última parte del Considerando 44º que: “*Sin embargo, a juicio de este Tribunal, esta última defensa del MMA,*

18 La Organización Mundial de la Salud recomienda límites de 20/ugm3 como norma promedio anual y 50/ugm3 como norma promedio para 24 horas. En: OMS. *Guías de calidad del aire de la OMS relativas al material particulado, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre* [en línea]. Suiza: 2005, [última vista: 12 de noviembre de 2015]. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69478/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_spa.pdf.

*que no consta en el expediente, es insuficiente para justificar la decisión adoptada, pues no identifica ni desarrolla cuáles son "las condiciones locales" que la sustentarían"*¹⁹.

Esta mención, aunque breve, es de total significancia en la tramitación de regulaciones, pues establece dos obligaciones procedimentales que apuntan en la dirección correcta, al permitir a la ciudadanía disponer de la información relevante sobre la dictación de normas que podrían afectarlos. La primera es la obligación para la Administración de ser razonable en su toma de decisiones, incorporando realmente los antecedentes de los que dispone y no simplemente recabando esos antecedentes como manera de cumplir formalmente con la norma.

La segunda, es la necesidad de la Administración de fundamentar su decisión al momento de tomarla y no de manera posterior una vez enfrentada a un reclamo judicial. Esta mención parece insignificante pero es absolutamente trascendental, pues fuerza a la Administración a pensar en la regulación que está tomando y en las alternativas posibles, cuestión que en muchos casos pareciera no ocurrir, siendo la toma de decisiones regulatorias una caja negra en que los argumentos se construyen a posteriori, a propósito de las críticas o desafíos que la norma pueda enfrentar.

c) Sistema de revisión judicial

A este tema es probablemente al que más se refiere el fallo de la Corte Suprema, pues es precisamente éste el que evalúa la intensidad de la revisión del 2TA y la valida, reforzando con ello la garantía de acceso a la justicia en estos casos.

En este acápite de la casación, lo reclamado por el CDE es el hecho de que el 2TA habría sido muy intrusivo en su revisión, especialmente por cuanto éste habría cuestionado estándares técnicos y no solamente el fundamento legal o procedimental del DS 20/2013, sobrepasando con ello los límites de sus funciones, cuestión que es desechada por la Corte Suprema señalando que *"la sentencia recurrida no ha hecho un control de mérito, sino un control de motivación del acto administrativo cuestionado"*²⁰.

Lo hecho por el 2TA y lo expuesto por la Corte Suprema transita en dos variables que son importantes a propósito del acceso de las personas a un sistema de revisión judicial de la regulación. Por una parte, se avanza en definir los límites a las potestades de los

¹⁹ Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Cuadragésimo cuarto.

²⁰ Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimotercero.

Tribunales Ambientales para la revisión de estas normas, y en una segunda línea se abunda en la distinción entre motivación y mérito, a propósito del nivel de escrutinio al que es sometido el DS 20/2013 por parte del 2TA.

La doctrina tradicionalmente reconoce una distinción entre el control de legalidad y el control de mérito, existiendo una controversia sobre si los Tribunales pueden ejercer el segundo, y habiendo un relativo acuerdo en que pueden ejercer el primero²¹. El límite entre esos dos mundos de discrecionalidad está, entre otras distinciones, en la diferencia entre motivación y mérito, en el sentido de que el primero sería siempre revisable y el segundo es discutible.

Por lo mismo, la distinción entre motivación y mérito no es sencilla, pues mientras la motivación sería, como señala Gordillo, una "*declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación [de un acto administrativo], o sea, los motivos o presupuestos del acto; constituye, por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad*"²², o en palabras de García de Enterría, "[E]s un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión"²³. El mérito en tanto, dice relación con la conveniencia o no del acto administrativo, con el hecho de considerar ese acto administrativo como un acto positivo. La proscripción de revisión del mérito de un acto tiene entonces por objetivo evitar que sea el juez quien determine si un acto administrativo en particular es una "buena decisión", pues ello permitiría al juez tomar decisiones de política pública que no le corresponden.

Es evidente lo cercano que ambos conceptos están, pues la motivación del acto, que tiene que ver con la apreciación de los antecedentes, es finalmente también la razón por la que se dicta un determinado acto y en ese sentido la manera en que se aprecien los antecedentes puede llevar a diferentes actos posibles, en términos que juzgar una motivación como insuficiente o defectuosa puede también ser el resultado de juzgar un

21 SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. "*Discrecionalidad Administrativa*". Santiago: Abeledo Perrot, 2011. P. 77-81.

22 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 8. 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013. P. 351.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA. Cit. ant. (12). P. 571.

acto como no conveniente. La línea es delgada entre el hecho de que el juez aprecie los hechos fundantes y crea que la conclusión debida es una diferente a la dada en el acto administrativo (en cuyo caso estaría juzgando la motivación) y el que simplemente observe el acto como inconveniente y a partir de eso señale que la motivación es insuficiente (caso en el cual estaría juzgando el mérito).

LA CS señala en este sentido que:

“DÉCIMO SEXTO: Que de acuerdo con la jurisprudencia sentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable. (...) como todos los elementos del acto, puede ser objeto de control por el juez. Dicho control puede referirse a motivos legales, cuando la norma exige la existencia de determinados motivos para la dictación del acto administrativo; pero también puede referirse a los actos de contenido discrecional”.

“[T]ratándose de la discrecionalidad administrativa, esto es, cuando la norma no le impone una determinada conducta a la Administración, el control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos. Es por ello que según la importancia y la complejidad del acto administrativo, los motivos deben explicitarse mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera de verificar su existencia. El juez puede en ciertos casos además, controlar la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, en que el acto sería ilegal por una errada apreciación de los mismos. (Pedro Pierry. El Control de la discrecionalidad administrativa en Revista Chilena de Derecho, Vol. II N°s 2 y 3. Mayo- Diciembre 1984. Pág. 479 y siguientes). Este aspecto cobra mayor relevancia tratándose de actos que suprimen exigencias de naturaleza ambiental contenida en actos anteriores”²⁴.

La intensidad de la revisión del juez es, por último, magnificada por la Corte Suprema cuando se trata de actos que suprimen exigencias ambientales existentes, cuestión del todo coincidente con los principios de Derecho Ambiental, como se verá en el punto siguiente.

24 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Decimosexto.

IV. El Principio de No Regresión en materia ambiental y el estándar de motivación del acto regresivo

El principio de no regresión en materia ambiental es un principio que tiene por objetivo evitar que una vez que un Estado ha avanzado en la protección de este derecho, puede mediante actos simples volver sobre sus pasos y desproteger a las personas y el medio ambiente. En este sentido, ha manifestado el profesor Bermúdez, para quien el progresivo deterioro ambiental, conjuntamente con el hecho de que la regulación ambiental sea un tema de justicia intergeneracional, son razones que “[P]onen en entredicho a la mutabilidad del Derecho Ambiental en su sentido u orientación. Y es que la aplicación irrestricta del principio “ley posterior deroga a la anterior” no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones futuras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica”²⁵.

El fallo en comento no señala expresamente la aplicación del principio, pero de la lectura atenta de los considerandos se desprende claramente su influencia. En el caso del fallo del 2TA por su parte, donde actúa con aún mayor fuerza, sólo se hace una mención menor al principio, en términos que:

“[E]l procedimiento no revela la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante para el país como ha sido la de MP10. El proceso tomó un tiempo exageradamente largo, cuya explicación no se haya suficientemente fundada en el expediente. Hubo dos prórrogas y la segunda de ellas en directa contravención al Reglamento que permitía sólo una. La exigencia de revisión -de a lo menos cada 5 años dispuesta por la Ley N° 19.300- se hizo imposible de cumplir por el excesivo tiempo que tomó el procedimiento, vulnerándose de esta manera el principio de no regresión”²⁶.

La razón de ser de este principio y la necesidad de aplicarlo es evidente. La protección del medio ambiente ha estado en general, y en nuestro país en particular, supeditada a la idea de no perder nuestro modo de vida y por lo tanto a que ella se haga de manera gradual, permitiendo a las diferentes fuentes de contaminación adaptarse a exigencias nuevas que tengan por objetivo disminuir el daño que provocan. Así lo reconoce el propio mensaje de la Ley N° 19.300, cuando se refiere al principio de gradualismo, en términos que:

25 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2° edición, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P.57.

26 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Decimosexto.

“El proyecto no pretende exigir de un día para otro los estándares ambientales más exigentes, ni someter a todas las actividades del país, sin importar su tamaño, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Tampoco pretende contener todas las disposiciones ambientales que es necesario crear. Muy por el contrario, la intención es comenzar efectivamente un proceso de regulación ambiental del cual este es el primer paso, pero quedando todavía muchos por hacer”²⁷.

El hecho de que la protección y satisfacción de este derecho fundamental sea gradual y progresiva requiere por lo tanto de un seguro que permita que ese crecimiento en los niveles de protección sea estable y creíble. Como señala Bermúdez en este sentido, *“esta irreversibilidad es la que protege al ambiente de su regulación, asegurando los fines de su mutabilidad o, en otros términos, que su modificación, derogación e interpretación sea realizada para su resguardo y no para revertir su tutela”²⁸.*

Haciendo eco de esta lógica, el TA en su Considerando 80° (citado por el Considerando 20° de la Corte Suprema), señala que:

“Que, luego de revisados la totalidad de los argumentos planteados por los reclamantes, aparece como evidente que la derogación de una norma de calidad ambiental debe someterse necesariamente a un estándar de fundamentación particularmente elevado, pues implica un cambio en el nivel de riesgo socialmente aceptado que no puede ser motivo sólo de un acuerdo político, sino que el resultado de una acabada discusión, científica en su parte fundamental, pero también sociológica y jurídica; y, en particular, a menos que nos encontremos ante una situación excepcionalísima, deberá existir una estricta correlación que garantice que la derogación ha sido o será compensada con la generación o creación de otra norma, que supondrá mejores y más elevados estándares”²⁹.

La Corte Suprema refuerza ese argumento, explicando los grados de motivación de los actos y señalando que existen diversos grados exigibles de motivación a los actos administrativos, siendo que *“en el caso de un acto de la Administración que suprime exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser altísimo y en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica cómo*

27 REPÚBLICA DE CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.300. Chile. 1994. P.16.

28 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (25). P. 58.

29 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Vigésimo.

es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta -en el acto administrativo impugnado- de datos certeros que avalen una medida de indudable efecto sobre toda la comunidad”³⁰.

Analizando el fallo, el profesor Luis Cordero considera que la decisión es de política pública y que por lo tanto una de las dudas en este caso era si podían los jueces controlar esa decisión. Se produce una confusión, sin embargo, cuando luego de preguntarse lo señalado anteriormente, considera que este caso es un típico caso de deferencia a experto³¹. Dicha confusión es comprensible, pues precisamente no hay claridad sobre si la dictación de esta norma es una cuestión de discrecionalidad de política pública o de discrecionalidad técnica³², siendo que probablemente se encuentra en un estado intermedio que podríamos llamar de discrecionalidad mixta, cosa que tiene una gran importancia a la hora de revisar la fundamentación o motivación del acto y la manera en que los jueces llegan a anularla, tal como se explicó previamente.

Además Cordero observa las consecuencias que podría tener el fallo, criticando que:

“Para la Corte exigir un estándar de motivación de este tipo no es involucrarse en una cuestión de política pública, sino sencillamente verificar el cumplimiento de una exigencia normativa para los actos administrativos. Sin embargo, esa afirmación puede relativizarse. Mover los estándares de motivación de un acto administrativo como lo hace el caso MP10 implica inevitablemente pronunciarse sobre el razonamiento sustantivo utilizado por la Administración para decidir sus políticas públicas. Cuando esto se produce, los jueces valoran directamente los hechos y con ello la deferencia con la cual se defiende la Administración, desaparece progresivamente”³³.

Ahora bien, a pesar de lo que señala el profesor Cordero, las posibles consecuencias parecen estar circunscritas a materias de regresión en protección ambiental. Lo trascendente es que las políticas públicas están limitadas por los derechos fundamentales, y en el caso

30 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimo.

31 CORDERO VEGA, Luis. “Especial Motivación del acto administrativo: un caso de restrictiva regresión” [en línea]. *El Mercurio Legal*. 28 de octubre de 2015. P.2 y 3. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/10/28...ivacion-del-acto-administrativo-un-caso-de-restrictiva-regresion.aspx>

32 El propio profesor Cordero divide la discrecionalidad en estas dos categorías, (i) De política pública y (ii) técnica, explicando que mientras una reconoce márgenes más grandes de decisión a las autoridades, la segunda “ocurre cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional”. En: CORDERO VEGA, Luis. *“Lecciones de Derecho Administrativo”*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. P.85.

33 CORDERO VEGA, Luis. Cit. ant. (31). P. 2 y 3.

del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como de otros derechos humanos de naturaleza progresiva, es inadmisibles que se vuelva atrás sin una motivación suficiente. Ensayando posibilidades, y por la naturaleza del derecho en cuestión, esas motivaciones podrían ser una reorganización normativa que lleve a un resultado de mayor protección, o una colisión de derechos progresivos que no sea posible de resolver por otra vía menos gravosa.

En cualquier otro caso, la política pública en cuestión no podría avanzar sin erosionar la satisfacción de ese derecho fundamental y por lo tanto la motivación será siempre insuficiente. La motivación en este tipo de actos tiene este estándar especialmente alto al que ha hecho mención la Corte Suprema, precisamente porque está proscrito que haya una decisión que lleve a la desprotección. No es el juez el que hace la evaluación del mérito, sino que la aplicación del principio hace que el mérito de un acto que es regresivo para con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está pre configurado como inconveniente. Es por ello que la Administración tendrá que justificar de manera especial cómo es que los presupuestos objetivos del acto administrativo pueden llevar a ese resultado.

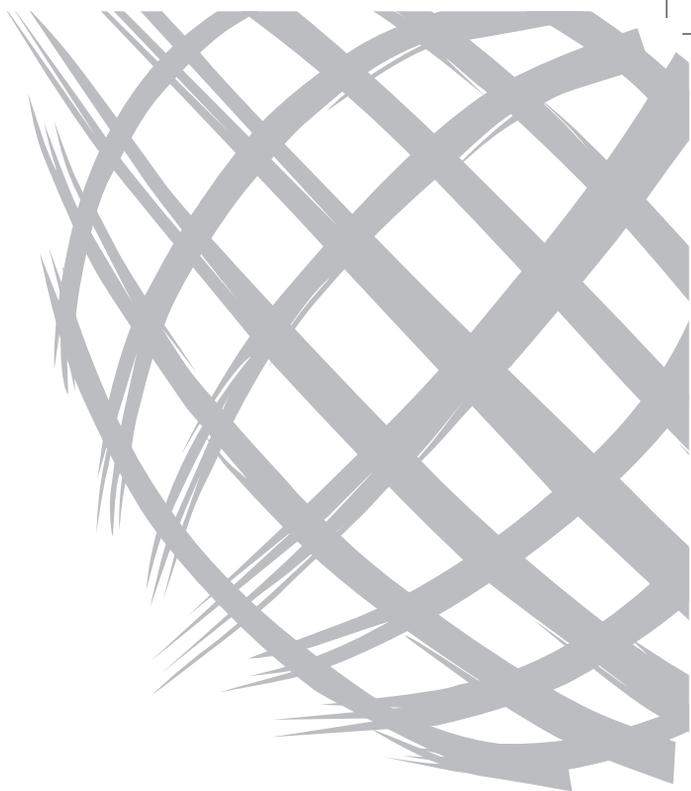
V. Conclusiones

El interés que ha suscitado el fallo MP10 está dado fundamentalmente por constituir uno de los pocos casos en que se ha recurrido en contra de actos de aplicación general dictados por la administración y por ser además la primera vez que tanto el Tribunal Ambiental como la Corte Suprema deciden que una norma de calidad debe ser anulada, merced de la reclamación de diferentes personas y Municipalidades.

Pero más allá de lo anecdótico, se ha visto que el fallo contiene cuestiones doctrinarias muy relevantes tanto para el derecho ambiental como para la regulación y el derecho administrativo. La reinterpretación del perjuicio en materia ambiental, reconociendo el carácter público del bien jurídico protegido es sin dudas un paso progresivo en favor de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano, cuestión que también se ve potenciada por el reconocimiento y revalorización del principio de no regresión.

Por otra parte, el análisis hecho desde el marco de la mejora regulatoria permite observar cómo esta lógica ha ido, lentamente, permeando en nuestras instituciones. La mantención de este modelo para regular materias sensibles como la que fue revisada en los fallos comentados es sin dudas un avance para nuestra institucionalidad, la que a propósito del celo puesto en la revisión por parte del 2TA y la Corte Suprema se verá forzada a llevar a cabo mejores procedimientos para la dictación de regulaciones, lo que sin dudas llevará a tener mejor regulación.





Fichas de Jurisprudencia ■



RUBÉN CRUZ PÉREZ Y OTROS CON COMPAÑÍA MINERA NEVADA SPA*

Órgano competente: Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Tipo de acción: Acción de reparación por Daño Ambiental.

Rol: D N°2-2013.

Fecha: 20 de Marzo de 2015.

Resultado: Rechaza acción de reparación por daño ambiental.

Ministros: Sr. José Ignacio Vásquez Márquez; Sr. Rafael Asenjo Zegers; Sr. Sebastián Valdés De Ferari.

Ministro redactor: Sr. Rafael Asenjo Zegers.

Partes:

Demandantes: Rubén Cruz Pérez, Jorge Anselmo Guerrero Cortez, Rodrigo Antonio Gaytán Carmona, John Meléndez Morales, Dayan Andrés Villegas Aróstica, Homero Darío Campillay Iriarte y otros.

Demandada: Compañía Minera Nevada SpA.

* Ficha de Jurisprudencia elaborada por Natalia Acevedo Castillo. Asistente de Investigación ONG FIMA, estudiante de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.

Legislación aplicable

Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 2, 3, 51, 53, 54 y 60; Ley Nº 20.600 que crea Tribunales Ambientales, artículos 17 Nº2; 18 Nº2; 20, 25, 33 y 35.

Preguntas legales

¿Puede una Organización No Gubernamental ser legitimado activo en una demanda de reparación por daño ambiental? ; ¿Cómo afecta la apreciación de la prueba según el estándar de sana crítica en el contexto de un tribunal especializado?

Descripción de los Hechos

- El proyecto Pascua Lama se inicia en Chile en 1977 y tiene por objetivo principal la extracción de oro. La empresa canadiense Barrick Gold adquiere el proyecto en la década de 1990.

- En el período de 1998-1999 el titular accede hasta los glaciares trazando un camino con gravilla, a fin de transitar sobre ellos sin afectarlos.

- En el año 2000 el proyecto ingresa al SEIA, limitándose las actividades en la zona a la mantención de caminos de acceso a la frontera, a la cumbre y al sector Argentino. En el año 2001 el Estudio es calificado favorablemente mediante la RCA Nº39/2001; no obstante, el proyecto se acotó a la mantención de los caminos y del campamento.

- El retraso del inicio de obras se debió, en parte, al problema que planteó la afectación y remoción de glaciares permitida por la RCA Nº39. La autoridad de la época hizo que el titular adoptara una serie de disposiciones para relocalizar los glaciares removidos, pero existieron medidas de compensación ambiental ya que la RCA Nº39 señala que en caso de que los glaciares removidos tiendan a desaparecer, el titular deberá proponer medidas compensatorias pertinentes.

Al estimar que no era posible dejar de extraer un sector de glaciares, se le exigió al titular el Plan de Manejo de Glaciares (PMG).

- En 2004, el titular ingresa un nuevo EIA al SEIA, titulado "Modificaciones proyecto Pascua Lama", que fue calificado favorablemente mediante la RCA Nº24/2006. La modificación consistía principalmente en el aumento de la superficie del rajo y de las horas

de explotación diarias, así como el establecimiento de un relleno sanitario en Chile para toda la vida útil del proyecto.

- En cuanto a los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, la RCA N°24 ordenó que no fuesen afectados físicamente, no pudiendo ser removidos, trasladados, destruidos o intervenidos de cualquier otra forma. Esta obligación de no afectación no aparece estructurada de forma autónoma en la RCA, sino que se encuentra dispersa en el texto de la misma.

En razón de esta obligación, el titular se comprometió a monitorear los glaciares a través del Plan de Monitoreo de Glaciares(en adelante: PMG), instrumento que ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años.

El proyecto Pascua Lama ha sido sancionado por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama en reiteradas ocasiones, en instancias de la DGA, por incumplimientos en la implementación de medidas de mitigación de polvo y material particulado, así como fallas en la aplicación del PMG.

Alegaciones

La sentencia estructura para fines de orden y coherencia las alegaciones y aplicación a los hechos de la siguiente manera:

I. Legitimación Activa

Demandantes: aducen ser un conjunto de habitantes de la comuna Alto del Carmen dedicados a la agricultura y a la ganadería, para lo cual cuentan con derechos de aguas que se han visto gravemente afectados debido a los impactos que ha tenido el proyecto en los glaciares. En razón de esto, señalan que todos han sufrido un daño o perjuicio por cuanto éste no solo debe comprender a los agricultores y/o regantes de la comuna, sino también a cualquier persona que tenga interés en la protección ambiental.

Demandado: alegó la falta de legitimación activa de los demandantes, ya que no se apreciaba que algunas personas naturales y la Organización No Gubernamental (ONG) OLCA hayan sufrido el daño o perjuicio, señalando que de la historia de la ley 19.300 se desprende que la intención del legislador no fue consagrar una acción popular para exigir la reparación del medio ambiente a favor de cualquiera que tuviese interés en su conservación y/o reparación, sino acotar la titularidad de la acción exclusivamente a quienes han sufrido un daño o perjuicio, el cual, además, debe ser acreditado.

II. Responsabilidad por Daño Ambiental

1. Del supuesto Daño a los Glaciares

a) **Demandantes:** alegan que la negligencia del titular en el cumplimiento de las medidas de mitigación provocó grandes emisiones de material particulado a la atmósfera, que se habría depositado sobre los glaciares y glaciaretos del área de influencia del proyecto, reduciendo el albedo de estos cuerpos de hielo afectando los glaciaretos Toro 1, Toro 2 y Esperanza, así como el ambiente periglacial y los recursos hídricos de la cuenca de drenaje, situación que habría comprometido sus derechos de aguas.

Demandado: señala que su actuar no ha afectado los glaciares ni los recursos hídricos, ya que ha sido diligente en el cumplimiento de la obligación establecida en la RCA N°24 consistente en inventariar las masas de hielo en la cuenca del Huasco y monitorear las condiciones de Toro 1, Toro 2 y Esperanza durante la vida útil del proyecto; en razón de la cual estableció el PMG, que ya se encuentra en su tercera versión (PMGv3).

Sin embargo, reconoce que el PMG requiere ajustes, ya que circunstancias de fuerza mayor (condiciones climáticas y geográficas) han impedido que se recopile toda la información necesaria con la periodicidad adecuada.

No obstante, de acuerdo a los datos recopilados por el PMG, las variaciones en la masa de los cuerpos de hielo se deben a la evolución natural de los mismos, a condiciones climáticas imperantes en la zona y a la sequía que la ha afectado en las últimas décadas como consecuencia del cambio climático.

Asimismo, señala que los demandantes no explican fácticamente cómo se habría producido el daño ambiental, por cuanto solo se apoyan en citas de antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto y en tres procesos sancionatorios, los cuales no constatan el daño ambiental; tampoco entregan antecedentes concretos sobre cuáles serían sus derechos de aguas afectados.

Finalmente, argumenta la ausencia de comportamiento doloso o culposo por cuanto los procedimientos sancionatorios sobre los cuales se sustenta la demanda se fundaron solo en ciertas omisiones, fallas y retardos en registros e informes que contempla el PMGv3.

b) Demandantes: en cuanto a las **emisiones**, denuncian que existió un incumplimiento de la RCA, ya que se afectó al glaciar Estrecho con la generación de material particulado asociado a operaciones de movimiento de tierra con maquinaria de alto tonelaje, tareas de carga, descarga y tránsito de vehículos de carga, sin implementar las medidas establecidas en la RCA (como la humectación de caminos internos, poner cubiertas sobre las tolvas de camiones en tránsito y otras). Dejan constancia de que la demandada fue sancionada por estos hechos en sede administrativa.

Demandado: en su defensa, señala que efectivamente fue condenado al pago de 300 UTM en sede administrativa, pero que el tribunal civil rebajó la multa en un 50%, ya que dio por acreditado el cumplimiento de la medida de humectación de caminos para el abatimiento y control del polvo en suspensión, por lo que las alegaciones de los demandantes no pueden fundarse en este hecho.

Impugna también el informe del Centro de Derechos Humanos y Ambiente (en adelante "CEDHA") presentado como prueba de los demandantes, alegando que carece de rigurosidad metodológica y científica, no pudiendo constituir prueba veraz de los hechos expuestos por los demandantes.

c) Demandantes: respecto a la **deposición del material particulado**, señalan que su emisión por parte del titular ocasionó que se acumulase sobre la superficie de los glaciares causando un aumento en la tasa de derretimiento de los mismos. Apoyan esta afirmación con un informe técnico sobre el impacto del proyecto en los glaciares donde se estipula que el polvo en suspensión- originado por tronaduras y tránsito vehicular -está además alterando el albedo de los glaciares.

Demandado: refuta estas alegaciones sosteniendo que en las mediciones que realizó no se comprueba la afectación, pese a existir variaciones en la cantidad de material depositado.

Es más, desde el 2008 al 2013 no se registra superación de los límites que pueda implicar una afectación significativa a los glaciares. Destacan que no se apreció una disminución considerable de los niveles de deposición de material particulado luego de las medidas impuestas por la Corte Suprema, ya que este tipo de glaciares se encuentra naturalmente expuesto al polvo. Apoyan esta teoría con un informe realizado por la consultora BGC.

d) Demandantes: por último, en cuanto al **balance de masa** de los cuerpos de hielo, aducen que el titular afectó el tamaño y área de los glaciaretos principalmente mediante la emisión de materiales particulados a la atmósfera, lo que explica la alta pérdida de masa que presentan algunos de los cuerpos de hielo.

Demandado: sostiene que los demandantes no aportaron prueba suficiente para acreditar los hechos que denuncian. Según el PMG, no existiría una superación de los límites de emisión establecidos que permitan detectar posibles impactos relacionados al proyecto; en este sentido, el retroceso de los cuerpos de hielo se venía dando con anterioridad a la aprobación del mismo, siendo un efecto del cambio climático que perjudica a todos los cuerpos de hielo en el mundo.

Finaliza arguyendo que se le realizaron diversas auditorías ambientales, durante las cuales se corroboró que los glaciares en cuestión no han sido intervenidos.

2. De la supuesta afectación a los recursos hídricos

Demandantes: sostienen que los glaciares son reservorios y reguladores del recurso hídrico de la cuenca, por lo que existe una omisión de parte de la minera al no considerar el factor disponibilidad del derecho al agua de los regantes del valle de Huasco, quienes tienen problemas para satisfacer su consumo doméstico y agrícola. Apoyan este argumento con informes en los que se consigna la posibilidad de que la disminución de los recursos hídricos de la zona se deba al aumento de polvo acumulado en los glaciares, junto con el testimonio de un vecino sobre la decadencia que han sufrido los recursos hídricos en los últimos años que ha estado activo el proyecto.

Demandado: afirma que no hay afectación a las reservas ni al aporte hídrico de los cuerpos de hielo, por cuanto la zona de ubicación de Toro1, toro 2 y Esperanza representa aproximadamente el 1% del volumen total de hielo almacenado en la cuenca Potrerillos.

Señala que sus descargas solo representan el 5% del caudal del río El Toroque, a su vez, no representa más del 20% de la cuenca Tres Quebradas. A esto debe sumarse el hecho de que ha existido una tendencia a la baja en los ríos de la zona desde hace años según los reportes de caudales históricos de la DGA, por lo que las situaciones alegadas por los demandantes se explican observando los eventos naturales de la zona.

Reitera la debilidad del informe de CEDHA, ya que adolece de debilidades argumentales que le restan validez científica; señala que su plan de monitoreo de glaciares esta operativo

y sí cuenta con los datos científicos correctos que le faltan al informe presentado por los demandantes; presenta además numerosa prueba testimonial de expertos que interpretan los datos del PMG y el informe CEDHA, precisando que los datos cuantitativos del segundo no cuadran y que se basan en meras apreciaciones geográficas, sin análisis científicos exactos.

3. De la supuesta afectación al ambiente periglacial

Demandantes: plantean que la empresa ha sido negligente en la toma de medidas de protección requeridas, causando que las actividades del proyecto afecten el ambiente periglacial y el permafrost mediante la realización de obras de apertura de caminos, la acumulación del polvo sobre los cuerpos de hielo y otras intervenciones. El efecto del polvo en los glaciares se ve agravado por cuanto baja hacia la cuenca con el deshielo y contamina las aguas subterráneas.

Demandado: alega que la contraparte no explica cómo se estaría afectando el ambiente periglacial, cuáles serían sus resultados y cómo el agua estaría llegando a los ríos. Rechaza categóricamente la imputación de que CMN habría afectado el ambiente periglacial y las reservas hídricas que éste genera, por cuanto la contribución hídrica del ambiente periglacial es muy baja, al nivel de no ser medible en el punto de primer uso de agua por parte del primer usuario.

Apoya esta afirmación contradiciendo el informe del CEDHA presentado por los demandantes, ya que dicen que las formas de glaciares inventariadas en él fueron exageradas y presentan falsamente el área cubierta de hielo, siendo algunos de los glaciares inventariados en el informe solo pendientes de detritos y movimientos en masa, mas no glaciares de escombros. Complementa esta crítica con prueba testimonial de un experto, que se pronuncia en el mismo sentido.

I. Aplicación a los Hechos

1. Legitimación Activa

Respecto a los derechos de agua que alegan tener algunos de los demandantes, éstos fueron acreditados en juicio por medio de una serie de documentos entregados bajo el nombre "Derechos de agua de Jorge Anselmo Guerrero Cortés, Mariela del Carmen Gaytán", por lo que el tribunal concluye que el Sr. Guerrero Cortés es legitimado activo para demandar la reparación del daño ambiental.

Respecto a la legitimación activa de la ONG, el tribunal considera que la interpretación más adecuada para determinar el verdadero sentido y alcance de la expresión "haya sufrido el daño o perjuicio" es la interpretación finalista. En este sentido, sigue la tesis del "entorno adyacente" del profesor Jorge Bermúdez, según la cual puede interpretarse el artículo 54 de tal manera que implique una legitimación activa extendida sin sostener una acción popular.

De acuerdo a esta teoría, el medio ambiente es un bien de titularidad colectiva, por lo tanto, es lógico que cualquiera que habite en ese entorno pueda entender que ha sufrido un daño o perjuicio, toda vez que este sea significativo. Llevado a las ONG, se entiende que sufren daño o perjuicio cuando el objeto mismo de su existencia se ve dañado.

Por tanto, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que no han experimentado detrimento en su persona o patrimonio, eventualmente gozan de legitimación activa para la acción de reparación del medio ambiente si habitan o realizan sus actividades en el entorno adyacente supuestamente dañado. También serán legitimados activos de esta acción los que habitan o desarrollan actividades en el área de influencia del proyecto, en este caso, por ser directamente afectados. Así, el tribunal hace coincidir la noción de "entorno adyacente" y "área de influencia del proyecto" para este caso.

Respecto a las ONG como ente legitimado, el tribunal estima que habría que verificar su vinculación con este entorno considerando ciertos requisitos con el fin de que no se abuse de la acción de reparación por daño ambiental, por lo que establece las siguientes condiciones:

- a) Acreditar su personalidad jurídica vigente.
- b) Contener la defensa del medio ambiente en sus estatutos, comprendiendo expresamente dentro de ésta las acciones administrativas y judiciales que correspondan.
- c) Que el objeto del daño se encuentre dentro del ámbito de acción de la ONG: Ejemplifica con una organización cuyo objeto sea la defensa de flora y fauna terrestre. En este caso, no podría otorgársele legitimación para la defensa de la flora y fauna marina.
- d) Tiempo de constitución de al menos tres años.

Como un segundo argumento, el tribunal añade que la ley también legitima a las Municipalidades y al Estado para ejercer la acción de reparación como representantes de intereses colectivos y difusos; en este respecto, concluye que muchas veces serán las ONG quienes tengan los mejores medios para llevar a cabo la representación de estos intereses.

Como tercer argumento, cita la interpretación analógica utilizada por la Corte Suprema en “Seguel Cares con Fisco”, en el sentido de que la Corte busca impedir que una situación aparentemente excluida o desregularizada continúe siéndolo si ello implica una desprotección correlativa, lo que en este caso concreto se traduciría en que pierde el sentido crear una norma que entrega una acción para reparar el daño ambiental que al mismo tiempo permite la posibilidad de que ninguna persona lo reclame.

Así, teniendo en cuenta la interpretación analógica y el hecho de que en el sancionatorio administrativo conducido por la SMA cualquier persona puede denunciar incumplimientos a instrumentos ambientales, se puede afirmar que en sede de daño ambiental- y específicamente, ante daños ambientales- las ONG que cumplan los requisitos descritos anteriormente también gozarían de legitimación activa, sin que constituya una acción popular.

Sin embargo, ante la falta de antecedentes estatutarios de la ONG OLCA, el tribunal no estima posible dar por acreditada la legitimación activa.

II. Responsabilidad por Daño Ambiental

1. Definición de los componentes ambientales eventualmente afectados

En este apartado, el tribunal define cuál es el ámbito espacial al que se limitará el análisis de la prueba en relación con el supuesto daño a los glaciares, al ambiente periglacial y a los recursos de agua asociados debido a que la demanda resultaba imprecisa en este aspecto.

Ya que el tribunal considera que la demanda es imprecisa en ese aspecto, se aboca a observar los documentos sobre cuyo contenido se construyeron las alegaciones de los demandantes, consistentes en un informe de la DGA de Atacama y en los procesos sancionatorios de la Comisión de Evaluación de Atacama. Estos documentos se refieren a la fiscalización de la obligación de no afectación de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza y al PMG

Así, el tribunal define como objeto de la litis, y por tanto del análisis de prueba, los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, la cuenca del río El Toro y al ambiente periglacial adyacente. Por lo tanto, no alcanza a los demás glaciares ni ambientes periglaciares en el área de influencia del proyecto.

2. Del Supuesto Daño a los Glaciares

a) Respecto de las **emisiones**, se consideraron: documentos emanados de la DGA en los cuales se consigna que el organismo no observó acciones de mitigación para la emisión de material particulado; los Informes N°4 y N°5 donde se deja constancia de que se estaba excediendo el número de vehículos autorizados, y se da cuenta de una gran cantidad de polvo valle abajo proveniente de la maquinaria pesada en las faenas mineras; complementado con los Informes N°1, N°6 y N°7, que dan cuenta de que sí se habrían cumplido- en términos generales- las medidas de mitigación y no intervención en los glaciares.

De estas pruebas, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, el tribunal concluye que se habrían generado emisiones de material particulado en algunas ocasiones, no constituyendo ésta una situación permanente.

b) En cuanto a la depositación de material particulado, el tribunal comparó los valores de polvo acumulado en cada cuerpo de hielo monitoreado en el área de influencia, con las mediciones registradas en el glaciar de referencia Ortigas; los resultados de estos análisis arrojaron que en la superficie de Toro 2 y Esperanza habría significativamente más polvo acumulado, mientras que esta situación no se repite en Toro 1.

Observó además la acumulación de polvo en los cuerpos de hielo año a año, observando en Toro 1, Toro 2 y Esperanza un aumento de depositación de material particulado respecto del registrado en 2008, situación que no se observa en el glaciar de referencia, lo que indicaría que efectivamente existe una mayor presencia de material particulado sedimentable en los glaciares, permitiendo dar por acreditado este hecho.

c) Con respecto al **albedo**, yante la observación de una mayor cantidad de polvo acumulado en los cuerpos de hielo, el tribunal se pregunta si este polvo podría haber ensuciado la superficie de dichos cuerpos lo suficiente como para afectar su albedo.

Luego de analizar la prueba presentada y los informes respectivos en conformidad con los principios de la sana crítica, el tribunal concluye que no es posible determinar si el polvo acumulado sobre estos cuerpos de hielo los ha afectado lo suficiente como para causar su

ablación y derretimiento.

d) En cuanto al **balance de la masa**, el tribunal analizó la información disponible en los informes de monitoreo sobre el comportamiento histórico de este factor en los glaciares y glaciaretos del área de influencia, los cuales indican que no es posible señalar que los cuerpos de hielo del área aludida hayan perdido más masa que aquellos establecidos como referencia.

Complementado con otros informes cuyas conclusiones apuntan en la misma dirección, el tribunal estima que existe una multiplicidad de pruebas concordantes entre sí que- apreciadas según las reglas de la sana crítica- permiten dar por acreditado que la tendencia histórica de pérdida de masa de los cuerpos de hielo en el área no se ha alterado.

3. De la supuesta afectación a los recursos hídricos

El tribunal analizó las estadísticas oficiales de precipitaciones y caudales de la zona a fin de determinar si se observa algún comportamiento que se pudiera considerar anómalo en relación con su tendencia histórica, concluyendo que no se observó una alteración en la cantidad del recurso hídrico que sea atribuible al proyecto y que tampoco se detectó un comportamiento distinto a su evolución de las dos últimas décadas en la calidad de los recursos hídricos, por lo que no es posible atribuirle al proyecto las variaciones observadas en la calidad de los afluentes del río Potrerillos.

De estos análisis el tribunal también desprende que, habiéndose detectado la ocurrencia de algunos episodios de emisiones atmosféricas de material particulado sedimentable atribuibles al proyecto, y habiéndose verificado una mayor cantidad de polvo medido en la superficie de los cuerpos de hielo en relación con su tendencia histórica, no se determina que este impacto es la causa de la disminución de la masa de los cuerpos de hielo ni de la reducción en la disponibilidad de recurso hídricos.

4. De la supuesta afectación al ambiente periglacial

El tribunal señala que los demandantes argumentan que el proyecto habría afectado el ambiente periglacial en base a alegaciones confusas, en las cuales yerran al relacionar las definiciones utilizadas, los procesos descritos y sus conclusiones con las consecuencias que sugieren.

Por lo tanto, estima que las alegaciones y pruebas de los demandantes no aportan antecedentes probatorios que tengan una contundencia científica y argumental suficiente que permitan dar por acreditado que el ambiente periglacial haya sido afectado.

5. Exclusión de las pruebas por impertinencia, sobreabundancia u opiniones sin sustento

El tribunal decidió descartar una serie de pruebas ofrecidas por las partes, ya que no aportaron elementos útiles para la resolución de la litis.

a) Respecto de la prueba rendida por los demandantes, el tribunal descarta:

i. Por impertinente: sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó sobre recurso de protección contra SEA y Barrick Gold; sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en el mismo caso; Revista de Sindicatos de Supervisores y Profesionales de CODELCO Chile; RCA N°39; el Plan de Manejo de Glaciares entregado por el titular, año 2000; Memoria de Título "Análisis del escenario actual de los glaciares de montaña en Chile desde la mirada de la seguridad ecológica"; "Minuta de Impacto en Glaciares por Material Particulado. Instituto de Ecología Política"; "Informe de visita a terreno de agrónomo Esteban Órdenes a agricultor Horacio Rojas"; "Efectos negativos de los cambios bruscos de la calidad físico-química del agua para la agricultura campesina del Valle del Huasco. Esteban Órdenes. Ingeniero Agrónomo Consultor"; "Minería y glaciares rocosos: impactos ambientales, antecedentes políticos y legales, y perspectivas futuras"; "Informe Proyecto Casale elaborado por Juan Pablo Milana"; y 138 fotos de la "Carpeta de Fotos de Trabajo en los Glaciares".

ii. Juicios sin sustento: "Video con testimonio de ex trabajador de Barrick en el proyecto Pascua Lama, Claudio Páez Morales"; "Videos botadero de estériles"; "Video ex trabajador"; y diversas fotos de la subcarpeta "Pascua Lama N°0; N°1 y N°2".

iii. Reiterativo: informe de monitoreo de temperatura de suelo año 2011-2012, proyecto Pascua Lama, efectuado por el CECs, a petición de compañía minera Nevada; "Copia de ORDINARIO N°032647 de CONAMA de 14/08/2013"; pág. 56 a 69 de Observaciones al Estudio Impacto Ambiental proyecto Pascua Lama. III Región. Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus Afluentes" (2005); "Declaración de Organizaciones y habitantes de Alto del Carmen. Respecto de respuestas a las observaciones hechas por CONAMA. Alto del Carmen"; páginas de la RCA N°24; R.E N° 085/2007 de la COREMA Región de Atacama": "Demanda de Reclamación CMN con COREMA; 6 de los 7 "sancionatorios sectoriales iniciados por la Dirección General de Aguas cuyas denuncias fueron dejadas sin efecto";

Declaraciones de Miguel Alonso Salazar y Horacio Gaytán.

b) Respecto a la demandada, se desestimó:

i. Por impertinente: Libro Rojo de la Flora Nativa y de los Sitios Prioritarios para su Conservación; el informe "Infraestructura para Competitividad. El MOP en la promoción del crecimiento económico. Chile 2007-2012"; "Efecto de tronaduras sobre glaciares"; "Documentos y correspondencia relacionados al PMGv4"; R.E N°085/2007 de la COREMA Región de Atacama; 3 procesos sancionatorios sectoriales iniciados por la DGA; 3 procesos sancionatorios sectoriales de la DGA cuyas resoluciones fueron objeto de recurso de reconsideración; 6 procesos sancionatorios de DGA.

ii. Reiterativo: entrevista del 27 de septiembre de 2013 en Diario "La Segunda" a Fernando Farías; Presentación de 2013 de la consultora BGC.

6. Conclusiones sobre daño ambiental

De acuerdo a todo lo anterior, corresponde determinar la existencia de un daño ambiental en los términos del artículo 2 letra e) de la Ley 19.300.

En virtud del análisis de la información disponible tanto en el expediente como proveniente de la DGA, el tribunal desprende que las reducciones en los balances de masa- esto es, el "menor tamaño"- observadas en los cuerpos de hielo del área de influencia del proyecto y aquellas experimentadas por los recursos hídricos, no han sido causadas por las emisiones de material particulado y su consecuente depositación en los cuerpos de hielo que se generaron en algunos momentos de la ejecución del proyecto, sino que se ajustan a la tendencia histórica que han seguido dichos indicadores y que coinciden con los cuerpos de hielo ajenos a la influencia del proyecto utilizados como referencia.

Así, se concluye que Toro 1, Toro 2 y Esperanza han seguido la misma evolución que el glaciar de referencia Ortigas 2, y que la calidad de agua de la correspondiente cuenca se ha comportado de manera similar a la cuenca de comparación que se encuentra fuera del área de influencia del proyecto. Estas condiciones confirman que el comportamiento de estos recursos no ha sido afectado significativamente por la presencia del proyecto Pascua Lama.

Al no existir daño significativo, el tribunal concluye que no se acreditó la existencia del daño ambiental alegado por la demandante y que, por lo tanto, no es necesario referirse a los otros elementos constitutivos de responsabilidad ambiental.

III. Consideraciones Finales

Aunque no se acreditó el daño ambiental, el tribunal estima pertinente formular ciertas consideraciones finales:

En primer lugar, respecto a la labor llevada a cabo por el tribunal, si bien la demanda cumplía con los requisitos mínimos de admisibilidad exigidos en el artículo 33 de la Ley 20.600, adolecía de serias imprecisiones tanto en los hechos como en el derecho; esto dificultó la calidad, pertenencia y contundencia de la prueba presentada por la parte.

No obstante, el tribunal reconoce que las condiciones materiales para obtener dicha prueba eran difíciles, ya que al margen de los documentos oficiales, el acceso a la faena minera y los glaciares-ubicados por sobre 5.000 msnm- depende enteramente de la voluntad de la demandada. Aun considerando esto, las alegaciones de los demandantes se fundamentaron en información gráfica y documentos que consignan definiciones, observaciones, opiniones y cálculos imprecisos e incluso errados desde el punto de vista técnico y cuyos resultados no tienen la verosimilitud para fundamentar la alegación.

En contraste, la Compañía Minera Nevada acompañó abundante prueba documental que respaldaba sus defensas, incluyendo en sus testigos profesionales de alta calificación en materia de glaciología que fueron elocuentes y consistentes entre sí respecto de los aspectos técnicos.

Ante esta disparidad, el tribunal consideró necesario realizar diligencias probatorias de oficio (artículo 35 inciso 2 de la Ley 20.600) y un análisis técnico completo de toda la información disponible. A su juicio, esto constituye un avance en relación a la jurisdicción común en cuanto al daño ambiental, y una mayor garantía para la sociedad en cuanto a que los casos complejos serán abordados desde una perspectiva jurídica y científico-técnica, efectivamente especializada, lo que no excluye ni aminora la responsabilidad de las partes en cuanto a la idoneidad y pertinencia de las pruebas que deben aportar.

En segundo lugar, se refiere al PMG por cuanto estamos ante una acción de reparación de daño ambiental a glaciaretos, respecto de los cuales pesaba sobre el titular la obligación de monitorearlos y de entregar la información al ente público encargado de la fiscalización y que ha tenido tres versiones hasta la fecha.

Este instrumento está basado en la confianza en el titular del proyecto, ya que tanto el descarte como la acreditación de cualquier afectación sobre los glaciaretos dependerán

sustantivamente de cómo el titular procese la información, así como en su presentación formal y oportuna al ente público encargado de su revisión.

El mismo titular señaló la necesidad de mejorar y simplificar el PMG para que la autoridad pueda verificar mejor si hubo afectación; señaló también que el actual PMG es virtualmente imposible de cumplir debido a las condiciones geográficas y climáticas de la zona donde se llevan a cabo las mediciones, presentándose testigos que daban cuenta de este hecho y de que si bien el PMG era perfectible, éste constituía una herramienta válida que permitía definir los impactos como posibles.

Uno de los testigos también señaló que hubo periodos en los que no se capturaron datos para el PMG y que hubo pérdidas puntuales de los mismos por problemas meteorológicos y logísticos, y que esta pérdida de datos a veces impedía obtener el resultado, por lo que están trabajando en un nuevo PMG (PMGv4) que propone simplificar la situación para quien toma las decisiones.

En este sentido, el tribunal señala que la defensa de la demandada en sede administrativa se concentró en la dificultad de cumplir con todos los indicadores por razones de fuerza mayor, lo que no constituye una defensa admisible cuando quien lo alega se ha puesto en la circunstancia de que ocurra el evento calificado como "irresistible", pues entonces el elemento de la imprevisibilidad necesariamente desaparece.

En efecto, las inclemencias climáticas pueden hacer imposible cumplir con algunas de las variables medidas en el PMG, sin embargo, tanto las condiciones climáticas como las limitaciones técnicas debieron ser elementos conocidos y previstos por la demandada, por lo que el problema sería del diseño del PMG y no de fuerza mayor.

Relaciona lo anterior con los argumentos esgrimidos por la demandada encaminados a eximirla de responsabilidad, especialmente con el argumento de que en sede administrativa no se había sancionado a la demandada por afectar a los cuerpos de hielo y no se acreditó que el proyecto haya causado daño ambiental a los mismos.

El tribunal señala que no es correcto lo que se desprende a contrario sensu de la afirmación de la demandada en cuanto a que dichos procedimientos sancionatorios pueden establecer la ocurrencia de un daño ambiental, pues la existencia de éste es una calificación jurídica que corresponde establecer al Tribunal Ambiental; esta aclaración es importante por cuanto la demanda se basó principalmente en los procedimientos sancionatorios.

En tercer lugar y respecto de la evaluación ambiental del proyecto Pascua Lama, el tribunal resalta el desafío que implicó para la administración de la época, especialmente en lo referido a los glaciares, ya que no se contaban con las mismas capacidades técnicas que la administración dispone en la actualidad.

Así, la RCA N°39 de 2001 fue dictada en un periodo de vacío legislativo en materia de glaciares, mientras que cuando la segunda RCA fue dictada se prestaba más atención pública al tema de la defensa de los glaciares. Esta circunstancia explica el cambio ocurrido entre ambas resoluciones de calificación ambiental, contemplándose en la segunda la no afectación física de los glaciares; el referido cambio de opinión generó obligaciones de fiscalización y expectativas ya que sus derechos en cuanto al agua dependen del comportamiento que tenga la empresa.

Es por esto que el tribunal considera que el caso reviste una complejidad especial, debido a los factores en juego (tales como la importancia ecológica, social y ambiental de los glaciares; la dificultad de evaluar ambientalmente proyectos que presenten serios desafíos tecnológicos para llevar a cabo los procesos de vigilancia y fiscalización; y la mayor precisión que ha tenido el cambio climático en la tierra), en razón de los cuales el tribunal considera que sería ambiental, social y económicamente razonable para el país que tanto los titulares de proyectos como la administración consideren medidas de protección, mitigación o compensación que hagan frente a la situación ambiental de los glaciares en las áreas de influencia correspondientes.

IV. Resuelve

Por lo tanto, el tribunal rechaza la demanda de reparación de daño ambiental contra la Compañía Minera Medad SpA por no haberse acreditado el daño ambiental alegado, sin costas.

V. Voto Disidente

El Ministro Rafael Asenjo Zegers estuvo por reconocer la legitimación activa a la ONG Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), por cuanto estima que la información disponible contenida en la página web de esta organización respecto a la labor que realiza la ONG, y su conocido historial en relación a conflictos ambientales, es suficiente para dar por acreditada su legitimación activa para demandar la reparación del daño ambiental de los galciarettes, del ambiente periglacial y recursos hídricos asociados, por cuanto es posible presumir dentro de su objeto estatutario la capacidad para comparecer por sí misma ante el Tribunal en causas por daño ambiental.

Conclusiones

El fallo del Segundo Tribunal Ambiental se enfoca casi en su totalidad en la valoración y ponderación de la prueba. Como resultado, las discusiones legales que ofrece la sentencia se circunscriben al estándar de prueba-más allá de toda duda razonable- y a la legitimación activa de las ONG en las demandas por daño ambiental.

En efecto, uno de los aspectos más meritorios de este fallo es el reconocimiento de la posibilidad de que las ONG sean legitimados activos en las demandas por daño ambiental, realizando una interpretación finalista del artículo 54 de la Ley 19.300 a la luz de la "teoría del entorno adyacente", según la cual se hace necesario verificar la vinculación de la ONG de que se trate con el entorno presuntamente afectado.

El tribunal va más lejos y establece una serie de requisitos copulativos que deberán cumplir las organizaciones que pretendan ser legitimados activos; su carácter de copulativos se desprende de la lectura del fallo, por cuanto al no poder corroborarse uno (que la defensa del ambiente esté contemplada en los estatutos de la ONG) el tribunal declara que no es posible conceder la legitimación activa.

Es en este punto donde cobra importancia el voto disidente, ya que de su lectura puede desprenderse cierta flexibilidad en lo que daría por cumplido el segundo requisito, ya que basta con la información contenida en la página, la labor que realiza la organización y su historial en relación a los conflictos ambientales, sin que sea necesario que se expliciten en sus estatutos el objeto de defensa del medio ambiente comprendiendo las acciones administrativas y judiciales que correspondan.

Otro tema que se repite a lo largo de la sentencia es la valoración de la prueba según el estándar de la sana crítica, establecida en el artículo 35 de la Ley 20.600. De la doctrina, jurisprudencia y legislación pueden extraerse que las características comunes de la sana crítica son, históricamente, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; sin embargo, dado que el concepto ha evolucionado y decantado en las últimas décadas, pueden añadirse a sus características los conocimientos científicamente afianzados y la obligación de fundamentar la sentencia.²

2 GONZÁLEZ CASTILLO. "La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica". *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2006, vol.33 N°1 [consulta: 29 de octubre de 2015], pp.93-107. P.99.

Este fallo es un ejemplo de cómo este estándar probatorio interactúa con el razonamiento de tribunales altamente especializados como es el Tribunal Ambiental, en el cual se concede una mayor preponderancia a los conocimientos científicamente afianzados, resultando en una tecnificación de los otros elementos de la sana crítica.

Esto tiene directas consecuencias en las características que deberá tener la prueba que tendrá que rendirse ante el tribunal, por cuanto un estándar de sana crítica más tecnificado podría llevar a que otros medios probatorios como los testimonios, fotografías y videos generarán una menor convicción en un tribunal especializado que en un tribunal común. En el caso del daño ambiental, esto es relevante por cuanto el mismo tribunal reconoce que existe una disparidad en cuanto a la capacidad de las partes para producir ciertos tipos de prueba, teniendo la demandada los recursos y el acceso a la faena para aportar datos técnicos y peritos especialistas, mientras que los demandantes solo pueden hacerse de documentos oficiales y prueba testimonial y documental, ya que el acceso a la faena depende enteramente del titular.

RUBÉN CRUZ PÉREZ Y OTROS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE*

Órgano competente: Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

Tipo de acción: Reclamación.

Rol: R N°6-2013 (acumuladas Rol R N° 7-2013 y 8-2013).

Fecha: 03 de marzo de 2014.

Resultado: Acoge parcialmente reclamaciones.

Ministros: Sr. Rafael Asenjo Zegers, Sr. Sebastián Valdés de Ferari y Sra. Ximena Fuentes Torrijo.

Ministro redactor: Sr. Rafael Asenjo Zegers.

Partes:

Reclamantes: Grupo de agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen; Comunidades Indígenas Diaguitas; sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada.

Reclamada: Superintendencia del Medio Ambiente.

Tercero Coadyuvante: Compañía Minera Nevada SpA.

* Ficha de Jurisprudencia elaborada por Francisca Silva Valdebenito, Coordinadora de Investigación ONG FIMA, estudiante de Derecho de la Universidad de Chile.

Legislación aplicable

Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, N° 20.417, artículos 3° letra g) y h), 35, 36 N° 1 letra a), 40, 47, 54, 56, 60, 62; Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, artículos 11 inciso 2º, 13, 21, 41 incisos 4º y 6º; Ley N° 20.600 que crea Tribunales Ambientales, artículos 18 N° 3, 48.

Preguntas legales

¿Quiénes son legitimados activos para reclamar contra una resolución sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente?; ¿Cuál es el estándar de motivación que se exige a las resoluciones sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente?; ¿Son aplicables las instituciones del Código Penal, específicamente el concurso infraccional y las referentes a las agravantes y atenuantes, sin reconocimiento expreso del legislador?; ¿Debe la Superintendencia de Medio Ambiente requerir antecedentes que constaten hechos previos a su entrada en funcionamiento, en la medida que sean útiles para la determinación de los hechos investigados?

Descripción de los hechos

El día 22 de Enero del año 2013 se inició un proceso administrativo sancionador a raíz de una autodenuncia presentada por el representante de la Compañía Minera Nevada SpA (en adelante, la Compañía), donde se reconoce la infracción a la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante, RCA) que calificó favorablemente el proyecto "Modificación Proyecto Pascua Lama". El titular informó a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA) dos incidentes acaecidos en el sistema de manejo de aguas del proyecto. La autodenuncia fue declarada "no ha lugar" por carecer de "información precisa, verídica y comprobable de los hechos que constituyen infracción".

El 31 de Enero de 2013, el Superintendente ordenó la realización de programas de monitoreo de análisis específico y la adopción de medidas provisionales de corrección, seguridad y control con objeto de impedir la continuidad del riesgo o daño expuestos en la autodenuncia.

La "Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus afluentes" presentó una denuncia el día 31 de Enero de 2013 por eventuales incumplimientos a la RCA del proyecto. Lo mismo hicieron por su parte las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada el día 8 de Febrero de 2013. Las Comunidades Indígenas Diaguitas

presentaron una solicitud pidiendo hacerse parte del proceso administrativo sancionatorio, solicitud acogida el día 15 de Abril de 2013.

Mediante el Oficio Ordinario N° 58 de 27 de Marzo de 2013 se formulan cargos contra la Compañía por la consideración de un total de 23 hechos, actos u omisiones, de los cuales solo uno fue controvertido por el titular, referente al incumplimiento de profundizar la zanja cortafugas. En razón de la aceptación del resto de cargos por el infractor, se estimó que no era necesario abrir un período de prueba.

Con la dictación de la Resolución Exenta N° 477 del 24 de Mayo de 2013 culmina el proceso administrativo sancionador, imponiendo a la Compañía el pago de una multa total de 16.000 UTA, por haber incurrido en *cinco infracciones* que se detallan a continuación:

1. Incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA del proyecto, tipificado en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA. El Superintendente consideró solo uno de los trece incumplimientos acreditados señalando que, si bien los otros doce incumplimientos también constituían infracción a la RCA, éstos serían considerados como agravante por la aplicación del "curso infraccional". La infracción fue calificada como gravísima conforme al artículo 36 número 1 letra a) de la LOSMA, por ocasionar el incumplimiento daño ambiental no susceptible de reparación. Se impone una multa de 10.000 UTA.

2. Incumplimiento de las obligaciones emanadas de las medidas provisionales decretadas por la SMA. Se consideraron seis incumplimientos a la resolución que ordenó dichas medidas, los que se sancionaron como una sola infracción en virtud del "curso infraccional". Esta infracción fue tipificada en la letra l) del artículo 35 de la LOSMA, calificada como grave y sancionada con una multa de 3.500 UTA.

3. Incumplimiento de las normas establecidas en los artículos 1°, 2° y 4° de la Resolución Exenta N° 574 de la SMA, que instruye la forma y modo en que los titulares de RCA deben presentar los antecedentes solicitados, formalidad que no había sido cumplida por la Compañía, además de ser ésta incompleta. Esta infracción fue calificada como grave y sancionada con una multa de 500 UTA.

4. Incumplimiento a las normas e instrucciones generales impartidas por la SMA en el ejercicio de sus atribuciones. La Compañía incumplió el inciso 4° del artículo único de la Resolución Exenta N° 37 de la SMA, instrumento que exige que aquellos reportes que requieran muestreos, análisis y/o medición, sean remitidos a la SMA para ser considerados

válidos, debiendo adjuntar la acreditación, certificación o autorización vigente ante un organismo de la administración del Estado o en el Sistema Nacional de Acreditación de la entidad que los ha generado. El titular no acompañó las respectivas acreditaciones de los laboratorios ni los certificados originales de los resultados de los monitoreos presentados ante la SMA. Esta infracción fue clasificada como grave y sancionada con una multa de 1.000 UTA.

5. Incumplimiento del requerimiento de información solicitado en el Acta de Inspección Ambiental del 29 de enero de 2013, en el que se solicitó la entrega de monitoreos de nivel y calidad de pozos ubicados aguas abajo de la zanja cortafuga y las piscinas de acumulación, correspondientes a los últimos seis meses. La Compañía solo entregó dos mediciones de nivel y una de calidad correspondiente al mes de enero de 2013. La infracción fue calificada como grave y sancionada con una multa de 1.000 UTA.

Además, la resolución sancionatoria estableció las siguientes medidas urgentes y transitorias:

1. Paralización total de las actividades de la fase de construcción del proyecto Pascua Lama, mientras no se ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en la RCA.
2. La construcción en forma transitoria de obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte.
3. El seguimiento de las variables ambientales contempladas en la RCA.

Alegaciones

La sentencia estructura para efectos de orden y coherencia las alegaciones de la siguiente forma:

I. La legitimación activa

Reclamantes: los agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen, indicaron ser afectados por la Resolución Exenta N° 477, por el hecho de ser agricultores o habitantes de la citada comuna. Es necesario señalar que estos reclamantes afirman haber presentado ante la SMA una "carta denuncia" dirigida al Superintendente, en la que no se solicitó que se los tuviera como parte interesada en el procedimiento sancionatorio, sino que solo se

advierte a la autoridad una serie de irregularidades referentes a la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes. Esta carta no fue incorporada al expediente sancionatorio, razón por la que no tuvieron calidad de parte en el proceso administrativo sancionatorio.

Las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que su legitimación se fundamentaba en que ellos habitan y desarrollan actividades en los valles de la zona alta de la cuenca del río Huasco, territorio donde la Compañía pretende operar su proyecto. Señalaron que se ven afectados por los efectos contaminantes de la actividad. Éstos se hicieron parte en el proceso administrativo sancionador, aceptados como tales por la SMA.

Las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada interpusieron la reclamación en su calidad de parte denunciante en el proceso administrativo sancionador. En la denuncia se acusó a la Compañía por una serie de incumplimientos a la RCA que dicen relación, entre otros efectos, con la contaminación de las aguas. Estos reclamantes alegan que las sanciones impuestas no guardan ninguna congruencia ni proporcionalidad con los cargos formulados, acreditados y reconocidos en el proceso sancionatorio, ni con la conducta manifestada por la Compañía en la ejecución del proyecto, ni con las consecuencias de sus múltiples infracciones ambientales.

Reclamada: por su parte, el Superintendente señaló que los reclamantes carecen de legitimación activa al no encontrarse directamente afectados por la resolución impugnada, distinguiendo entre legitimación activa para intervenir en un proceso administrativo sancionatorio, concebida como "acción ciudadana", y aquella requerida para reclamar de las resoluciones dictadas por la SMA, que solo la ostentarían quienes resulten directamente afectados por la resoluciones del ente fiscalizador. En el caso de autos, el Superintendente alegó que ninguno de los reclamantes se encuentra directamente afectado por la resolución impugnada, en tanto no acreditaron fehacientemente cómo se encuentran afectados por ella.

II. El concurso infraccional

Reclamantes: las Comunidades Indígenas Diaguitas y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada impugnaron la aplicación de concurso infraccional, pues se habría considerado indebidamente como una sola infracción una serie de hechos, actos u omisiones que constituirían incumplimientos separados. Como consecuencia de aquello, las infracciones que dieron cuenta de los demás incumplimientos a la RCA fueron estimadas como circunstancias agravantes, solución no otorgada por la

LOSMA. Las infracciones objeto de sanción son los *hechos, actos u omisiones* contenidos en *instrumentos de gestión ambiental, normas u actos* y no estos últimos. Concluyen señalando que la agrupación de infracciones por parte de la SMA influyó en la determinación del monto de la multa, ya que de haberse considerado aisladamente cada infracción, habría superado con creces el monto de la multa.

Reclamada: el Superintendente señaló que al agrupar los incumplimientos de la RCA bajo el "concurso infraccional", está expresando que existe un concurso de "hechos infraccionales", es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de "infracciones distintas". Agregó que el modelo sancionatorio ambiental está construido sobre la base de la tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta solo un hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. Por lo tanto, si un infractor incumple más de una condición, norma o medida establecida en una RCA, constituye solo una infracción y no varias infracciones, ya que el artículo 35 letra a) habla en plural de "condiciones, normas y medidas". En el caso, concluye, el infractor incumplió un total de cinco instrumentos, por lo que aplicando la proporcionalidad de la sanción, consideró el hecho más grave para calificar la infracción, y los demás se tuvieron como agravantes de la misma.

Tercero Coadyuvante: la Compañía agregó que el artículo 60 de la LOSMA prevé expresamente el concurso de infracciones en los mismos términos que en el ámbito penal.

III. Autorización del Tribunal Ambiental para que la SMA pueda imponer medidas transitorias y urgentes

Reclamantes: las Comunidades Indígenas Diaguitas denunciaron la ilegalidad en la omisión del "trámite de consulta" ante el Segundo Tribunal Ambiental (en adelante, el Tribunal), pues las medidas decretadas en virtud del artículo 3° letra g) de la Ley N° 20.417- entre ellas, la suspensión transitoria de las autorizaciones de funcionamiento contenidas en la RCA o la adopción de medidas urgentes y transitorias-, deben ser siempre elevadas en consulta, conforme lo señala el artículo 48 del mismo cuerpo legal, lo que no fue realizado por la SMA.

Reclamada: de acuerdo al texto expreso del artículo 3° letra g) y h) de la LOSMA, se puede distinguir entre la I) la suspensión y II) las medidas urgentes y transitorias. Luego, el artículo 17 N° 4 de la Ley N° 20.600 solo hace mención a la suspensión, por tanto solo éstas requieren autorizaciones por parte del Tribunal, no así las medidas urgentes y transitorias adoptadas por la SMA.

IV. La supuesta contaminación y daño ambiental de las aguas del río Estrecho y la cuenca del río Huasco

Reclamantes: los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen señalaron que se habría comprometido la cantidad y calidad de las aguas, pues existían antecedentes que hacían sospechar que se irrigaron aguas contaminadas o sin la calidad adecuada al río Estrecho. Las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada señalaron una serie de errores de derecho y efectos de la resolución recurrida, relativos a los incumplimientos de los instrumentos ambientales, que significaron la contaminación de las aguas del río Estrecho y del valle del río Huasco, concluyendo que el detrimento de las aguas fue significativo.

Reclamada: señala que, en atención a la definición de contaminación de la Ley N° 19.300, no cabría hablar de contaminación en tanto no existen normas de calidad vigentes para el río Estrecho ni para la cuenca del río Huasco que establezcan parámetros de calidad ambiental.

Tercero Coadyuvante: agrega que las aguas de no contacto que, con motivo de los eventos de diciembre y enero, ingresaron al sistema de manejo de aguas de contacto, no estuvieron en ningún momento a menos de 500 metros de distancia del Botadero de Estériles Nevada Norte, siendo imposible que hubieran entrado en contacto con el escaso material ahí depositado.

V. Antecedentes sancionatorios de la Compañía que no habrían sido considerados

Reclamantes: los regantes de la comuna de Alto del Carmen señalaron que el ente fiscalizador no habría considerado a lo menos siete sanciones que se impusieron a la Compañía entre los años 2007 y 2013. De haber sido valorados correctamente todos los antecedentes, obligaba al Superintendente a imponer a la Compañía la revocación de la RCA.

Reclamada: el Superintendente señaló que los citados reparos no eran efectivos, por cuando se tuvo en cuenta la conducta anterior del infractor en el desarrollo de los criterios del artículo 40 de la LOSMA, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción.

VI. Apertura de nuevos procesos administrativos sancionatorios como consecuencia de antecedentes no considerados

Reclamantes: los regantes de la comuna de Alto del Carmen denunciaron la existencia de hechos y antecedentes en el expediente administrativos de la SMA, que permitirían ordenarle a ésta que abra nuevos procesos administrativos sancionatorios.

Reclamada: el Superintendente expresa que los hechos denunciados fueron considerados en el proceso administrativo sancionador y en la resolución sancionatoria. Respecto a otros hechos, señaló que el artículo 4° de la LOSMA regula la denuncia como una de las vías para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, de modo que si el reclamante quiere iniciar nuevos procedimientos por hechos no considerados, puede presentar la respectiva denuncia.

VII. Falta de pronunciamiento por parte de la SMA a solicitudes realizadas por el reclamante

Reclamante: las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que no hubo pronunciamiento por parte de la SMA a nueve solicitudes contenidas en las presentaciones.

Reclamada: señaló que sí tuvieron presente toda la información entregada por la parte reclamante.

VIII. Que la SMA habría acogido los descargos de la Compañía sin prueba alguna

Reclamante: las Comunidades Indígenas Diaguitas señalaron que la SMA habría acogido, sin prueba alguna, el descargo presentado por la Compañía referente a la falta de profundización de la zanja cortafugas, a pesar de que los fiscalizadores encomendados por la SMA habrían constatado superación en los niveles de calidad de las aguas subterráneas en a lo menos 5 pozos aguas abajo del muro cortafugas.

Reclamada: el Superintendente señaló que para probar el incumplimiento al numeral 9.17 de la RCA era necesario demostrar la variación en la calidad de las aguas; sin embargo, el ente fiscalizador, conforme a las reglas de la sana crítica, determinó que no era posible acreditar el incumplimiento del citado numeral, pues el fiscal instructor para acreditar que hubo omisión utilizó el pozo BT-3, que es diverso al que establece la RCA para verificar el cumplimiento. Por lo tanto, la calidad de las aguas podría estar influenciada por aportes

subterráneos de distinta génesis, lo que impidió determinar la relación de causalidad entre dicha calidad y los hechos, actos u omisiones del ente infractor.

IX.- Ilegalidad de las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA

Reclamante: las Comunidades Indígenas fundaron esta ilegalidad en el hecho que dichas medidas serían innominadas y entregadas al arbitrio de la Compañía, puesto que no cuentan con constatación en terreno por parte de fiscalizadores y expertos, tampoco con evaluación ambiental, pertinencia ni informe favorable de servicios técnicos y especializados.

Reclamada: el Superintendente señaló que la acusación es completamente errada, pues dichas medidas fueron ordenadas conforme a una potestad reglada de la SMA, reconocida en el artículo 3º letra g) y h) de la LOSMA. En cuanto a las medidas específicas, su determinación depende de la potestad discrecional de la SMA, lo que es del todo coherente, pues las circunstancias dependen del caso particular.

X.- Incumplimientos no tipificados y calificados incorrectamente

Reclamantes: agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada señalan un error de tipificación de la infracción de descarga no justificada al río Estrecho, que en opinión de la reclamante, debió tipificarse conforme al artículo 3º letra c) de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento a "las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión". Lo mismo habría sucedido con el noveno incumplimiento, que debió tipificarse en la letra j) del artículo 3º de la LOSMA, es decir, como un incumplimiento de los requerimientos de información que la SMA dirige a los sujetos fiscalizados.

Reclamada: el Superintendente señaló que lo argumentado por la parte reclamante atenta contra el principio non bis in idem, que se encontraría expresamente contenido en el artículo 60 de la LOSMA. Por este motivo, procedió a tipificar el hecho como una sola infracción, prefiriendo la letra a) del artículo 3º por sobre la letra c) del mismo.

XI. Incorrecta graduación de los incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107

Reclamantes: las "Sociedades Agrícolas" señalaron que no obstante la relevancia y urgencia de las medidas provisionales decretadas por la SMA, la Compañía decidió voluntariamente incumplir con la mayor parte de éstas, actos por los que se formularon cargos contenidos en el Oficio Ordinario N° 58/2013. El incumplimiento de las medidas

provisionales ocultó una infracción gravísima de la legislación ambiental, cual es haber ocasionado un daño irreparable a los cursos de agua del valle del río Huasco, y la reiteración o reincidencia de infracciones que podrían ser catalogadas como graves.

Reclamada: el Superintendente estimó que no se cumplían los elementos para calificar dichos incumplimientos como una infracción gravísima, ya que habría sido necesario probar el dolo constituido por la intención del infractor de ocultar o falsificar la información entregada, circunstancias que no se encuentran probadas.

XII. Peticiones concretas

Reclamantes: los regantes de la comuna de Alto del Carmen solicitaron que se acoja su reclamación, y se modifique la Resolución Exenta N° 477, determinando una sanción más grave y/o se ordene la apertura de un nuevo procedimiento sancionatorio.

Las Comunidades Indígenas Diaguitas solicitaron al Tribunal que la resolución impugnada sea declarada contra la Ley N° 20.417, que se confirme la paralización total e indefinida del proyecto, y que se ordene a la SMA la realización de diligencias.

Las "Sociedades Agrícolas" solicitaron acoger la reclamación en todas sus partes o en las que estime pertinente y enmiende conforme a derecho la resolución recurrida, imponiendo a la infractora la revocación de la RCA en conjunto con la aplicación del máximo de las multas por cada infracción, o bien, aplicar las sanciones más gravosas que el Tribunal estime conforme a Derecho.

Reclamada: el Superintendente requiere que se rechace en todas sus partes las reclamaciones, en particular la de los regantes de la Comuna de Alto del Carmen, por carecer ésta de fundamentos al limitarse a describir hechos.

Tercero Coadyuvante: la Compañía solicitó el rechazo de todas las reclamaciones, por cuanto las peticiones concretas fueron planteadas en forma errónea y son improcedentes.

Aplicación a los Hechos

Luego de la vista de la causa, el Tribunal decretó las siguientes medidas para mejor resolver:

1. Solicitó al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) copia completa, autenticada y debidamente foliada del expediente de seguimiento y fiscalización del proyecto "Modificación Proyecto Pascua Lama" y de cualquier otro antecedente con relación al cambio de metodología del cálculo de niveles de alerta.
2. Se requirió a la SMA copia de las resoluciones recaídas en las denuncias de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Huasco y de sus Afluentes, y de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada.
3. Inspección personal del tribunal a las dependencias del Proyecto Pascua Lama.
4. Se solicitó al representante de los agricultores y regantes de la Comuna de Alto del Carmen, acompañar antecedentes que acreditaran que sus representantes eran regantes de la Junta de Vigilancia del sector.
5. Se pidió a la Compañía acompañar todos los *Flash Reports* ambientales del proyecto, emitidos en los meses diciembre del 2012 y enero de 2013.
6. Se requirió al Superintendente enviar al Tribunal el Oficio Ordinario N° 69 y el Oficio Ordinario N°426, ambos del Director Regional de la DGA de Atacama.

El Tribunal analiza los antecedentes, agrupándolos de la siguiente forma:

I. Legitimación activa para formular reclamaciones contra resoluciones de la SMA

La legitimación activa para impugnar resoluciones dictadas por la SMA se encuentra regulada en los artículos 56 de la Ley N° 20.417 y 18 N° 3 de la Ley N° 20.600. De la lectura de estos preceptos se concluye que la legitimación activa para impugnar resoluciones de la SMA está asociada al concepto de "afectado(s) directo", es decir, que la afectación surja como consecuencia de lo resuelto en la resolución que impugnó dicho afectado.

En el caso de autos, algunos reclamantes se apersonaron y tuvieron calidad de interesados en el proceso administrativo sancionatorio (Comunidades Indígenas Diaguitas y las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada). Por otra parte, también existen reclamantes que no se apersonaron formalmente en el proceso administrativo sancionador (agricultores y regantes de la comuna del río Huasco).

El Tribunal estima que, en atención al artículo 21 de la Ley N° 19.880, quien tiene el carácter de interesado en el proceso administrativo sancionador, goza de legitimidad activa para reclamar de la resolución por el solo hecho de no haber obtenido su pretensión. Por tanto, la Resolución Exenta N° 477 afecta a las sociedades denunciadas y a las Comunidades Indígenas Diaguitas.

Además, ostentan la calidad de directamente afectados por la resolución impugnada las personas que habitan o desarrollan sus actividades dentro del área de influencia del proyecto, en tanto la correcta fiscalización y sanción a las infracciones de las condiciones impuestas por la autoridad sobre el proyecto favorece a quienes se benefician de los componentes ambientales protegidos por dichos instrumentos. Si las resoluciones no se ajustan a la ley, los intereses y derechos vinculados a los componentes ambientales y la salud de las personas que se pretende proteger vía instrumentos de gestión, deben ser considerados directamente afectados.

Respecto la legitimación activa de los reclamantes agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, quienes no fueron parte interesada en el proceso administrativo sancionador, se debe tener presente, además de las consideraciones precedentes, las siguientes: i) que las normas, condiciones y medidas establecidas por la RCA tienen por objeto proteger componentes que se vinculan con los derechos e intereses de las personas que habitan o realizan sus actividades en el área de influencia del proyecto; ii) que en caso que una sanción por incumplimiento a la RCA no se ajuste a la ley, los intereses o derechos de quienes se benefician de los componentes ambientales se ven afectados; iii) que el incumplimiento de la RCA por la Compañía afecta directamente a quienes habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, tratándose los mayores incumplimientos al componente agua, principal elemento de preocupación para cualquier regante ubicado dentro del área del proyecto; iv) que dichos incumplimientos dieron origen al proceso administrativo sancionador que terminó con la resolución impugnada.

Para determinar la calidad de afectado, el Tribunal, como medida para mejor resolver, solicitó al representante de los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen acreditar que habitan o realizan actividades en el área de influencia del proyecto. Dicha

medida la cumplieron solo nueve de los cuarenta y tres reclamantes, por lo que solo los primeros fueron considerados "directamente afectados", y por tanto, legitimados activos para reclamar de la resolución Exenta N° 477 ante el Tribunal.

II. Estándar de motivación para la resolución impugnada

En atención a los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 19.880, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en numerosas oportunidades, los pronunciamientos de la Corte Suprema y la doctrina chilena, los actos administrativos deben expresar la motivación que los funda, con objeto de permitir conocer las razones de su adecuación a la finalidad que los justifica. Además, la motivación de los actos administrativos "aparece como fundamental para asegurar el adecuado control jurídico de la decisión por parte del juez quien tampoco conocería los fundamentos del acto impugnado ante él"².

En el caso, el Tribunal exigirá una debida motivación en la dictación de la Resolución Exenta N° 477, con atención a la tipificación de las infracciones en los tipos contenidos en el artículo 35 LOSMA, la calificación de éstas como gravísimas, graves o leves, conforme al artículo 36 LOSMA, y la determinación de la sanción específica, según los criterios del artículo 40 LOSMA. Para considerar motivado un acto no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica.

III. Procedencia del concurso infraccional

Existe una diferencia de fundamentación respecto a la figura de "concurso infraccional" impuesta por la SMA, pues de acuerdo a lo señalado por el Superintendente en el procedimiento de reclamación judicial, la figura aplicada se trataría de "concurso infraccional imperfecto", distinción que no se agota con la sola denominación. El Superintendente debió señalar expresamente en la Resolución Exenta N° 477, y no con posterioridad a ella, que la agrupación de los incumplimientos se debía a la imposición de un "concurso infraccional imperfecto", en qué consistía éste y cuál era la diferencia con el verdadero concurso infraccional. Al no realizar la autoridad la argumentación en los términos señalados, la resolución impugnada deviene en confusa e incierta. Por tanto, y

2 ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno". En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. 1986, N° X. P. 508.

en virtud del estándar de motivación, el Tribunal concluye que la resolución impugnada no cumple-entre otros- con los requisitos de integridad y autosuficiencia que se exige a las resoluciones sancionatorias. Lo anterior fue motivo suficiente para invalidar en esa parte la resolución.

Respecto la procedencia del concurso infraccional, el Tribunal repara en que la LOSMA no contiene ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, ni tampoco remisión legal expresa a las reglas concursales reguladas en el Código Penal o Código Procesal Penal, por lo que no se puede imponer dicha figura para justificar, como lo hizo la SMA, la agrupación de infracciones al artículo 35 letra a) y a la Resolución Exenta N° 107. Tampoco es posible reconocer la aplicación del "concurso infraccional imperfecto" ni la figura de la "infracción continuada" pues no existe ninguna disposición o conjunto de disposiciones que institucionalicen dichas figuras.

Respecto el segundo efecto del concurso infraccional argüido por la SMA, este es, que el número de incumplimientos ha de considerarse como una agravante de la determinación de la sanción, el Tribunal señala que, dentro del sistema sancionatorio establecido por la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar la sanción, ni mucho menos se establece la forma en que éstas deberían ser valoradas en dicho proceso.

En consecuencia, la SMA incurrió en ilegalidad al sancionar los trece incumplimientos a la RCA como una sola infracción y considerar el número de incumplimientos como agravantes, por lo que deberá dictar una nueva resolución donde proceda a sancionar cada uno de los incumplimientos en forma independiente, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la LOSMA. La SMA deberá proceder de la misma forma respecto de, a lo menos, los seis incumplimientos a la Resolución Exenta N° 107, ya que también se les sancionó como una sola infracción.

IV. Afectación a la calidad de las aguas superficiales y subterráneas

Previo a resolver el asunto de fondo, el Tribunal rechaza el argumento de la SMA respecto a que no era posible una evaluación objetiva y concluyente sobre la posible afectación de recursos hídricos por parte de la Compañía, en tanto no puede escudarse en que la función fiscalizadora de la SMA solo puede ser ejercida respecto de infracciones posteriores a la fecha de su entrada en funcionamiento, motivo por el que, según ésta, solo dispuso de información correspondiente a los primeros meses del 2013. Los antecedentes podrían haberse requerido o reunidos por cualquier medio útil para la correcta determinación

de los hechos investigados, sin límite de fechas.

Además, sostiene el Tribunal que la SMA debió pronunciarse sobre la calidad de las aguas como consecuencia de los incumplimientos a condiciones establecidas en la RCA, por cuanto para la calificación de las infracciones, y para la determinación específica de las sanciones, la alteración o no de la calidad de las aguas es fundamental para precisar su gravedad y fundar adecuadamente la sanción específica.

Rechaza el argumento de la SMA por el cual ésta no podría pronunciarse sobre la contaminación de las aguas, por no existir Norma Primaria para el río Estrecho, pues la RCA incorpora obligaciones expresas que deben ser cumplidas por el titular y fiscalizadas por la SMA.

Respecto al fondo de la discusión, la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, el Tribunal compara la información de los valores de los monitoreos reportados por el propio titular, comparándolos con los niveles de Línea de Base establecidos en la RCA. De la apreciación de los gráficos elaborados por el Tribunal, disponibles en la sentencia, existen diferencias entre la situación sin-proyecto y la post-inicio de la Fase de Construcción, observándose niveles bastante mayores a los niveles de cumplimiento definidos en la RCA. De dicha información, se aprecia además que la propuesta de adaptación metodológica para la Fase de Operación presentada por el Titular, que propone incluir la etapa de construcción, elevaría los umbrales a niveles considerablemente superiores a los establecidos en la RCA, flexibilizando los Niveles de Alerta de calidad de aguas aplicables al proyecto. A juicio del Tribunal, aceptar la propuesta de Adaptación Metodológica del titular no permitiría salvaguardar adecuadamente la calidad de las aguas del río Estrecho.

Señala el Tribunal que resulta incomprensible que las autoridades correspondientes no hayan constatado el sistemático intento de flexibilización de los controles a que se sometería el proyecto en sus distintas fases, afectando gravemente la efectividad de supervisión de los eventuales impactos de uno de los proyectos más complejos de ejecutar de la minería de nuestro país, contraviniendo el principio preventivo de la institucionalidad de evaluación de impacto ambiental y fiscalización.

Conforme a la información disponible en el expediente y los gráficos expuestos en la sentencia, es evidente que, durante la Fase de Construcción, se superaron los Niveles de Alerta de la RCA en los puntos de control en múltiples ocasiones, debiendo el titular activar los planes de respuesta en varias oportunidades, sin que exista registro de eso. Se desprende de lo anterior, que el Titular faltó al cumplimiento de la RCA en estas materias y la SMA

debió pronunciarse al respecto en la resolución reclamada en la causa, cuestión que deberá considerar el Superintendente al momento de proceder a la calificación y determinación de las sanciones a imponer en la nueva resolución a dictar.

En cuanto a la disponibilidad de agua, se puede colegir a partir de la información disponible que no es posible afirmar que durante el desarrollo de la etapa de construcción del proyecto se hayan registrado episodios de bajo caudal poco habituales en la cuenta alta del Río Estrecho/Chollay, no obstante, debiendo seguirse su monitoreo para evaluar su impacto sobre las actividades desarrolladas aguas abajo de la cuenca.

Respecto la calidad de las aguas superficiales, se analiza la variación de la Turbidez del agua conforme el río avanza aguas abajo, apreciándose que la turbidez en el río es mayor en los puntos de control que se encuentran en el área del Proyecto y comienza a disminuir aguas abajo. Concluye el Tribunal que existen indicios de que las obras y actividades de la Fase de Construcción del Proyecto Pascua-Lama han alterado la calidad de las aguas superficiales en la cuenca del río Estrecho.

El Tribunal hace notar la falta de claridad y sistematización de la RCA respecto de las obligaciones del titular para la protección de los recursos hídricos, cuestión que le llama la atención poderosamente considerando el importante rol que juega la RCA en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El Tribunal recomienda a la autoridad administrativa un esfuerzo especial para ordenar y sistematizar adecuadamente su contenido, de manera que todas las partes interesadas, los organismos de fiscalización y la comunidad eventualmente afectada puede entender y/o aplicar, según corresponda, las disposiciones de la RCA destinadas a garantizar la integridad de los componentes ambientales y la salud de las personas.

Por tanto, en cuanto a las aguas superficiales, la SMA incurrió en ilegalidad al omitir cualquier pronunciamiento fundado sobre el punto en la resolución impugnada, por lo que en la nueva resolución que deberá dictar, considerará todos los antecedentes y conclusiones a los cuales ha arribado el Tribunal.

Respecto las alegaciones que cuestionaron que la SMA habría aceptado sin más y sin prueba alguna los descargos de la Compañía respecto a la falta de profundización de la zanja cortafugas, el Tribunal previene que una de las razones fundamentales por las que no pudo hacerse un correcto análisis de los antecedentes para determinar la exigencia de profundización del muro cortafugas se debió a la actitud notoriamente negligente por parte de la Compañía, que debía monitorear los pozos L4 en forma permanente, lo que no hizo.

Señala el Tribunal, que con la información disponible, no es posible extraer conclusiones respecto de este punto.

Lo anterior no obsta a que en el futuro deba realizarse un riguroso monitoreo del comportamiento de los pozos relevantes, idealmente informando en línea a la autoridad fiscalizadora y en los parámetros más representativos, para controlar en directo la situación de este componente ambiental. También estima recomendable que la revisión que se haga de la RCA establezca nuevos controles más explícitos y rigurosos, debidamente analizados, con la frecuencia relevante, planes de respuesta y providencias, y adecuaciones al proyecto, que permitan anticiparse, gestionar y controlar debidamente los impactos que el proyecto pueda generar en el futuro e inducir en todo momento al titular a dar cumplimiento a las condiciones de la RCA y las normas que la apliquen.

V. Antecedentes sobre conducta anterior del infractor

Los criterios del artículo 40 LOSMA están íntimamente vinculados con la motivación y debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra. En el caso, la falta de fundamentación respecto al criterio e) del artículo 40 LOSMA es manifiesta y se debe en gran medida a la forma en que la SMA configura agravantes y atenuantes como criterios para determinar la sanción específica.

Como se señaló anteriormente en torno a la procedencia del concurso infraccional, el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes y atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos establece ningún tipo de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. La única forma de conocer cómo afecta la conducta anterior del infractor en la determinación de la sanción es realizando la debida fundamentación, que es de carácter cualitativa y no cuantitativa.

El Tribunal concluye que en los términos en los cuales el Superintendente desarrolla el criterio de la conducta anterior contenido en el artículo 40 letra e) de la LOSMA no es suficiente para comprender de qué forma se concretaron las seis sanciones previas, en la elección de la multa como sanción específica y en el monto de ella, situación que conforma la falta de motivación que adolece la Resolución Exenta N° 477. Dicha falta de motivación deviene en que la actuación del Superintendente sea arbitraria.

VI. Solicitud de apertura de nuevos procesos sancionatorios

El Tribunal rechaza este punto de reclamación, en tanto las denuncias alegadas ya habían sido materia de sanción por la COREMA de la Región de Atacama mediante Resolución Exenta N° 022, de 1 de febrero de 2011; la denuncia presentada ante la Dirección General de Aguas contra la Compañía por extracción no autorizada de aguas superficiales desde el río Estrecho consta en el expediente administrativo sancionatorio, y fue considerada para efectos de la formulación de cargos; sin embargo, no lo fue para aplicar la sanción, asunto que deberá ser considerado como un nuevo antecedente de la Compañía al momento de dictar la nueva resolución. Consta en la Resolución Exenta N° 159 que los antecedentes fueron remitidos al Juzgado de Letras de Turno de la ciudad de Vallenar para solicitar la aplicación de la multa máxima establecida en el artículo 179 del Código de Aguas, de modo que no procede abrir un nuevo proceso administrativo sancionador, en tanto los hechos están siendo conocidos en otra sede jurisdiccional.

VII. Falta de autorización previa del tribunal para las "medidas urgentes y transitorias" impuestas por la SMA

En razón de los antecedentes, el Tribunal concluye que la *paralización de las faenas de construcción* decretada por la SMA, en la práctica, equivale a una *suspensión* de una autorización contenida en la RCA, que exige la autorización judicial previa por parte del Tribunal. Por tanto, la SMA incurrió en una ilegalidad al no solicitar autorización al Tribunal.

Sin embargo aquello, y en forma totalmente excepcional y en consideración al principio de conservación de los actos administrativos, no anulará la paralización decretada por la SMA.

VIII. Legalidad de las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA

Concluye el Tribunal que no es efectivo que se trate de "medidas innominadas entregadas completamente al arbitrio y juicio de la empresa", pues están individualizadas en la resolución reclamada, detallándose la forma de su ejecución. Además fue constatado en terreno por el Tribunal, mediante el cumplimiento de la medida para mejor resolver, la utilidad de tales obras para resguardar posibles efectos ambientales negativos ante el retraso significativo de las obras comprometidas en la RCA para el manejo de las aguas superficiales.

El Tribunal rechaza este punto de la reclamación y se declara que las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la SMA son legales.

IX. Falta de pronunciamiento sobre solicitudes realizadas por los reclamantes

Estima el Tribunal que las resoluciones de la SMA a diversas solicitudes que como parte interesada del proceso sancionatorio hicieron a la SMA (entre ellas, la solicitud de recibir prueba testimonial, rechazar descargos de la Compañía, oficiar al SEA y servicios públicos con competencia ambiental para que informaren de procesos sancionatorios sectoriales, contratar una pericia o análisis económico a un auditor independiente para determinar beneficio económico de la Compañía por las infracciones cometidas) no cumplen con el estándar de motivación de los actos administrativos, pues adolecen de fundamentación. Además, considera que la SMA debiera tener una actitud más proclive a acoger las solicitudes de los reclamantes en materia probatoria, particularmente cuando puedan ser conducentes a aportar antecedentes sobre las circunstancias del artículo 40 LOSMA.

El Tribunal acoge parcialmente la pretensión, en el sentido que, al dictar la nueva resolución y para precisar la sanción específica que debe imponerse al infractor, el Superintendente deberá requerir y considerar los antecedentes individualizados por el reclamante, a fin de precisar y desarrollar la conducta anterior del infractor. Deberá tener presente, además, que la ley no circunscribe los antecedentes a considerar únicamente a los procesos sancionatorios ambientales, de modo que si quiere excluir algún antecedente deberá fundamentarlo.

X. Infracciones no sancionadas o tipificadas incorrectamente

La SMA no puede sancionar un incumplimiento de la RCA (en el caso, el 8° y 9° de la RCA), contenido en la resolución impugnada y a la vez hacerlo adicionalmente conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA como un incumplimiento a una norma de emisión, pues violaría el principio non bis in ídem. Se rechaza la ilegalidad planteada por el reclamante.

XI. Calificación de incumplimientos a requerimientos de información de la SMA

El Tribunal corrobora que la Compañía ha tenido, en general, un comportamiento habitual de incumplimiento a la normativa ambiental, que se hace evidente al constatar los incumplimientos de los requerimientos de la autoridad fiscalizadora, en particular de la Resolución Exenta N° 107 y del punto 9 del Acta de Inspección Ambiental de 29 de enero de

2013. Considera el Tribunal que existe prueba suficiente para concluir que la Compañía con su actuación, al menos, ha evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia. Se acoge lo solicitado por el reclamante y se ordena al Superintendente, que considere los hechos descritos para la calificación de estas infracciones al artículo 36 de la LOSMA, y luego determine fundadamente las sanciones correspondientes para cada una de ellas.

Resuelve

Por lo tanto, el Tribunal acoge parcialmente las reclamaciones de Rubén Cruz Pérez y otros, de la Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita de Guascoalto" y otros, y de Agrícola Santa Mónica Limitada y otra, en contra de la Resolución Exenta N° 477, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, por no conformarse ésta a la normativa vigente.

Conclusiones

Son legitimados activos para reclamar contra una resolución sancionatoria de la SMA quienes hubieren tenido el carácter de interesado en un procedimiento administrativo sancionador y no hayan obtenido sus pretensiones, así como quienes habitan o desarrollan sus actividades dentro del área de influencia de un proyecto cuyo titular infringió instrumentos de gestión ambiental, en la medida que la fiscalización y sanción impuesta, tiene por objeto proteger los componentes ambientales necesarios para el desarrollo de actividades productivas aledañas y la salud de las personas que residen en el área de influencia.

Al reconocer el Tribunal la legitimación activa de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, de las Comunidades Indígenas Diaguitas y de los nueve regantes de la comuna de Alto del Carmen, ha sido coherente con el principio de acceso a la justicia ambiental, en atención a que nuestra legislación nacional ha reconocido su procedencia en el ámbito de afectación de derechos e intereses amplio.

En relación al estándar de motivación exigido, se estima que las decisiones de la administración deben expresar la motivación del acto administrativo, esto es, los fundamentos de hecho y derecho que lo justifican, y, en caso del ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que influyen la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles, argumentos que permiten conocer a sus afectados y a la ciudadanía en general las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica.

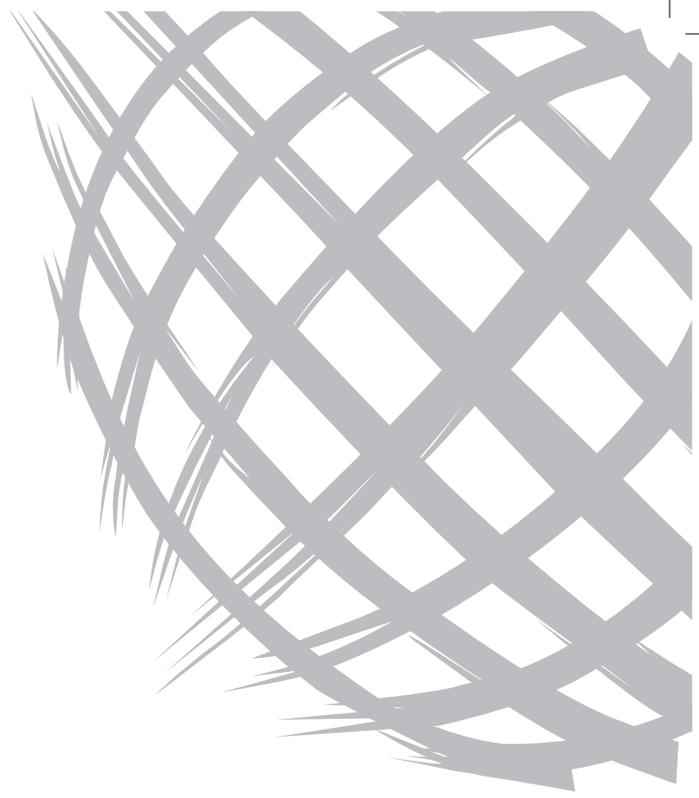
A su vez, y respecto el estándar exigido al acto administrativo relativo al artículo 40 de la LOSMA, se sostiene que de la simple lectura de la resolución administrativa se debe comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para decidir esa sanción. Así, la fundamentación de una sanción menor o mayor, debiese explicar no solo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción sino que, además, debiera razonar porqué se descarta la imposición de la revocación.

Respecto la declaración de afectación a la calidad de elementos ambientales, en el caso, la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, la motivación de la resolución sancionatoria exige de parte de la SMA que en caso de incumplirse instrumentos de gestión ambiental, debe, consecuentemente, determinarse cuál es el grado de afectación del componente, a efectos de fundamentar debidamente la sanción impuesta.

En cuanto la procedencia del denominado "concurso infraccional", el Tribunal es enfático en declarar la improcedencia de esta figura penal en el modelo sancionatorio ambiental chileno, en tanto no existe remisión expresa a estas reglas. La misma conclusión arriba respecto contemplar las infracciones como circunstancias atenuantes y agravantes o la ponderación de éstas para determinar la sanción concreta, pues se estaría aplicando una regla inexistente.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que las características del lugar donde se desarrollan los proyectos (en el caso, presencia de especies y ecosistemas fragmentados, frágiles, endémicos, junto con comunidades tradicionales de pequeños propietarios), exigen de la industria una responsabilidad acorde con la magnitud de las operaciones y la fragilidad del ambiente donde se insertan. Su localización en cabeceras de cuencas, con presencia de glaciares, cuyos servicios ambientales son utilizados aguas abajo por múltiples actividades, significa el doble desafío de proteger el entorno socio-cultural y los ecosistemas que sustentan las actividades económicas de los habitantes.

Teniendo presente el objetivo de desarrollo sustentable que nos hemos trazado como país, el desafío no solo consiste en extraer minerales de forma eficiente y rentable generando riqueza, trabajo y bienestar tanto a nivel local como nacional, sino además, proteger simultáneamente el ecosistema que contiene los recursos ambientales, evitando su deterioro y la pérdida del capital natural y social asociado.



Instrucciones a los Autores ■



Instrucciones a los Autores

Justicia Ambiental, es una revista de la Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA, que tiene por objeto contribuir al desarrollo del Derecho Ambiental, promoviendo la discusión crítica y plural sobre temas jurídicos relevantes en esta materia. La Revista se compone de dos secciones: estudios y comentarios de jurisprudencia, en las cuales se aceptan trabajos inéditos de cualquier autor nacional o extranjero.

El Consejo Editorial de la Revista someterá a evaluación los trabajos recibidos, cuyo resultado será comunicado al autor a más tardar 90 días después de su recepción. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor cambios de forma que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

Las colaboraciones deberán presentarse escritas en idioma español, en páginas tamaño carta, letra Times New Roman 12, a espacio y medio. Aquéllos correspondientes a estudios no podrán tener una extensión superior a 30 páginas.

Tratándose de estudios, el autor titulará su trabajo de la forma más breve posible en español e inglés, y anotará al inicio su nombre y apellidos, grado académico, dirección postal, correo electrónico y la institución a la que pertenece. Además, se deberá incluir un resumen del contenido del trabajo al inicio del texto en español y en inglés y en no más de dos párrafos. Por último deberá contener 5 palabras claves en español e inglés.

La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 15 páginas, incluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, de acuerdo a la norma de citas ISO 690.

Las colaboraciones deben enviarse al correo electrónico **fima@fima.cl**

Toda solicitud de colaboración, canje o suscripción debe dirigirse a:

Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA

Portugal 120, oficina 1-A, Santiago / (56-2) 222 216 70

www.fima.cl





JUSTICIA AMBIENTAL

Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA



DICIEMBRE 2015 / N° 7

Editorial
Estudios
Comentarios de Jurisprudencia
Fichas de Jurisprudencia

Profundizar la democracia y la institucionalización de los derechos humanos en su concepto más amplio, combatir la destrucción del medio ambiente, fortalecer la participación social, económica y política de todos y todas, resolver los conflictos empleando recursos democráticos y civiles, defender la libertad del individuo: estos son los objetivos que determinan el quehacer de Heinrich Böll Stiftung como Fundación política alemana de los Verdes.

Nuestro trabajo se dirige tanto a toda la ciudadanía y la sociedad civil como a instituciones y actores del ámbito público, gubernamental, económico e internacional.

Con su sede en Santiago de Chile, la oficina regional para el Cono Sur refuerza un trabajo de cerca de veinte años en la región y estrecha las cooperaciones con contrapartes argentinas, chilenas, paraguayas, uruguayas y brasileñas en diversos temas: sustentabilidad; cambio climático; políticas energéticas y energías renovables; políticas económicas y de desarrollo sustentable; democracia y derechos humanos.

EDITORIAL

Gabriela Burdiles Perucci.

ESTUDIOS

1. Hacia una Nueva Definición del Concepto de "Interesado". Paula Gajardo Matthews.
2. El Acto Administrativo Ambiental como Objeto Mediato de la Acción General de Reclamación de la Ley N° 20.600. Christian Paredes Letelier.
3. Responsabilidad Ambiental de las Entidades Financieras: Análisis de su Aplicación en Chile de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Macarena Muñoz Valenzuela.
4. Participación Pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto Ambiental: Un Análisis desde el Derecho Internacional. Romina Chávez Fica.
5. Institucionalidad y Desafíos del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes en Chile: Historia, Comparación y Propuestas. Natalia Acevedo Castillo.
6. Ausencia de la Regulación de Usos Prioritarios de las Aguas en Chile: Propuesta de Modificación Legal al Código de Aguas desde una Perspectiva Comparada. María Ignacia Sandoval Muñoz.
7. Orientaciones y Contradicciones en la Ley de Bosque Nativo. Felipe Moreno del Valle.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. ¿Se puede Intervenir en las Áreas Silvestres Protegidas del Estado? Una aproximación al Contexto Chileno a partir del Dictamen N° 38.429 de la Contraloría General de la República. Felipe Guerra Schleaf.
2. Mejora Regulatoria, Legitimación y Principio de No Regresión: El Fallo de la Corte Suprema en el caso MP10. Ezio Costa Cordella.

FICHAS DE JURISPRUDENCIA

1. Rubén Cruz Pérez y Otros con Compañía Minera Nevada SpA.
2. Rubén Cruz Pérez y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente.

RESEÑA HISTÓRICA DE LA ONG FIMA

La ONG FIMA (Corporación Fiscalía del Medio Ambiente), es una organización no gubernamental sin fines de lucro, creada en 1998 con el propósito de expandir y definir la política ambiental chilena.

En estos diecisiete años de trabajo ininterrumpido, FIMA ha trabajado para proteger el patrimonio natural de nuestro país, representando a los ciudadanos y habitantes de Chile, prestando asesoría en litigación, tanto en tribunales nacionales como internacionales, consolidándose como una institución seria y responsable, llegando a ser la más importante organización jurídica ambiental de interés público del país.

Por otra parte, la corporación posee una completa independencia de todo órgano gubernamental o político partidista, lo cual la dota de una autonomía suficiente para poder defender casos ambientales sin presiones de ningún tipo.

En el ámbito internacional FIMA es miembro de importantes organizaciones aunadas en la defensa y protección del medio ambiente como la Alianza de Derecho Ambiental Mundial (ELAW) y la Iniciativa Acceso (TAI) y participante activo de las problemáticas ambientales globales, estando acreditada por la ONU como observador de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC).