JUSTICIA AMBIENTAL y Climática

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XI, Nº 11 / DICIEMBRE 2019

Con derecho al ambiente
FIMA
ONG - Desde 1998

JUSTICIA AMBIENTAL

Consejo Editorial:
Álvaro Fuentealba Hernández, Raul Campusano Droguett, Rodrigo Polanco Lazo, Fernando Dougnac Rodríguez, Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg, Ezio Costa Cordella y Gabriela Burdiles Perucci.

Director General:
Raul Campusano Droguett.

Editor:
María Victoria Galleguillos Alvear.

Colaborador a la Edición:
Constanza Gumucio Solis.

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.
Mosqueto 491, oficina 312, Santiago /(56-2) 2664 4468
www.fima.cl

Diseño portada e interior:
Carolina Quinteros Muñoz.

Fotografía:
Ezio Costa Cordella
Mariposa Monarca (*Danaus plexippus*)
Argentina, 2019.

Impresión:
Jorge Luis Roque Muñoz.

"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

Raul Campusano Droguett 11

PERSPECTIVAS DE LA COP25

Cambio climático y desigualdades sociales: desafíos y oportunidades para la coordinación y gobernanza global-local 25
Anahí Urquiza Gómez, Julián Cortés Oggero e Ignacio Neira Espinoza.

La migración a causa de factores ambientales y cambio climático: panorama y desafíos. 33
Constanza Rodríguez Herbach y María José Elizalde Roa.

La Crisis Climática y sus impactos en los Derechos: una Mirada en Clave Latinoamericana. 41
Juan Auz Vaca.

Chile y América Latina en el umbral de la implementación del Acuerdo de París: una mirada hacia la COP25. 49
Julio Cordano Sagredo.

Atendiendo la urgencia y la crisis: Alcances de la ambición climática. 55
Karla Maas Wolfenson.

Género y Cambio Climático, rumbo a la COP25. 61
Paula Fuentes Merino.

La responsabilidad extraterritorial por daños ambientales transfronterizos: Reflexiones a la luz de la opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 69
Sol Meckievi.

Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente. 77
Verónica Pía Delgado Schneider.

Los esfuerzos de la Cancillería chilena para impulsar el papel de los océanos como relevante sumidero de carbono y regulador climático de cara a la COP Azul. 85
Waldemar Coutts Smart.

Acuerdo de Escazú y Cambio Climático. 91
Gabriela Burdiles Perucci.

ESTUDIOS

Instrumentos de Conservación Ambiental en la Legislación Minera. 99
Camilo Durán Carvajal y Andrés Pinto Espinosa.

¿Mitigación sin adaptación? El caso de la NDC chilena respecto al sector forestal. 123
Constanza Gumucio Solis e Isaías Urzúa Guerrero.

Costos Ambientales de la Producción de Energía Hidroeléctrica y su repercusión en la desigualdad social. 145
Ayim Palma Comparini y María José Brain Acuña.

La Función Ecológica de la Propiedad en Colombia. 169
Gloria Amparo Rodríguez.

La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por los Tribunales Ambientales: ¿Avance o retroceso? 197
Dominique Hervé Espejo y Débora Bascur Montanares.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Protección de los humedales por vía jurisprudencial. 235
Cristián Peña y Lillo Delaunoy.

Excelentísima Corte Suprema Rol 5888-2019 caratulado "Francisco Chahuán Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos ENAP S.A." 249
Natalia Labbé Céspedes y Pedro Palma Calorio.

Impugnación de las resoluciones de calificación ambiental por parte de los municipios. 277
Álvaro Ignacio Núñez Gómez de Jiménez.

Las Asociaciones de comunidades indígenas y el alcance de la discrecionalidad de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero en la Ley Lafkenche. 291
Felipe Andrés Guerra Schleef.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 301

/ EDITORIAL /

EDITORIAL

Vivir en tiempos de emergencia climática: Tanta esperanza, tan poco tiempo

Raul F. Campusano Droguett
Director General
Revista Justicia Ambiental

Al momento de escribir esta editorial, muchas y diversas situaciones, eventos y decisiones están teniendo lugar en Chile y en el mundo. Es una situación en progreso y respecto de la cual, los pronósticos y vaticinios tienden a estrecharse con la realidad del devenir. La verdad, siempre están sucediendo cosas y siempre se piensa que los tiempos que se viven son especiales. Sin embargo, hay factores específicos y muy concretos que apuntan a la singularidad de este período en nuestro país. En primer lugar, la emergencia de una voluntad y presencia ciudadana que se expresa pidiendo y exigiendo una transformación radical dirigida a mayor equidad y justicia social. La agenda ambiental está presente también en este movimiento, con demandas que van desde lo local a lo global, de lo político a lo económico y lo social. En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, la decisión del gobierno de cancelar la realización de la COP25 en Chile, genera nuevos escenarios y situaciones que recién empiezan a discernirse y decantarse y que, a todo evento, llama a fortalecer la agenda ambiental ciudadana. En tercer lugar, la claridad y confirmación, cada vez mayor, de la conveniencia y oportunidad de firmar y ratificar el Acuerdo de Escazú, abre una reflexión sobre la forma en que la búsqueda en Latinoamérica por una sociedad mejor y mas justa, se puede apoyar a través de la implementación del Principio 10 de Río de Janeiro, con acceso a la información ambiental, participación ciudadana, y acceso a la justicia ambiental. Lo anterior, por cierto, con esta particularidad regional de la angustiosa necesidad de proteger a los defensores ambientales. En cuarto lugar, la necesidad de mantener la agenda ambiental con sus numerosos y diversos temas y consideraciones.

Todas estas situaciones y consideraciones están presente al momento de escribir este texto y, probablemente, al momento de publicar la Revista, muchas cosas hayan sucedido, y nos encontremos ante escenarios novedosos de difícil predicción. Es nuestro interés que los estudios, perspectivas y comentarios de este número de la Revista, sean un aporte a la reflexión y a la construcción de una sociedad que avance hacia la justicia ambiental. Como los contenidos y aportes de los diferentes autores y colaboradores de este número fueron entregados con anterioridad a los eventos señalados al principio, se pide a los lectores comprensión y apreciación en contexto. Que la COP25 no se realice en Chile no invalida, en lo sustantivo, las reflexiones y consideraciones aquí expresadas.

Así, este número Once de la Revista Justicia Ambiental se organiza de acuerdo con tres secciones: Perspectivas de la COP25, Estudios y Comentarios de Jurisprudencia.

En la sección Perspectivas de la COP25 se presentan 10 colaboraciones: Anahí Urquiza Gómez, Julián Cortés Oggero e Ignacio Neira Espinoza escriben un texto titulado "Cambio climático y desigualdades sociales: desafíos y oportunidades para la coordinación y gobernanza global-local." En segundo lugar, Constanza Rodríguez Herbach y María José Elizalde Roa presentan un texto titulado "La migración a causa de factores ambientales y cambio climático: panorama y desafíos." En tercer lugar, Juan Auz Vaca escribe sobre "La Crisis Climática y sus impactos en los Derechos: una Mirada en Clave Latinoamericana." En cuarto lugar, Julio Cordano Sagredo Jefe del Departamento de Cambio Climático del Ministerio de Relaciones Exteriores, contribuye con un texto titulado "Chile y América Latina en el umbral de la implementación del Acuerdo de París: una mirada hacia la COP25." En quinto lugar, Karla Maas Wolfenson escribe "Atendiendo la urgencia y la crisis: Alcances de la ambición climática." En sexto lugar, Paula Fuentes Merino presenta un texto sobre "Género y Cambio Climático, rumbo a la COP25." En séptimo lugar, Sol Meckievi aporta con un texto que se refiere a la "La responsabilidad extraterritorial por daños ambientales transfronterizos: Reflexiones a la luz de la opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." En octavo lugar, Verónica Pía Delgado Schneider. "Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente." En noveno lugar, Waldemar Coutts Smart, Embajador de Chile en Noruega contribuye con el texto "Los esfuerzos de la Cancillería chilena para impulsar el papel de los océanos como relevante sumidero de carbono y regulador climático de cara a la COP Azul." En décimo lugar, Gabriela Burdiles Perucci, Directora de FIMA, aporta con su texto "Acuerdo de Escazú y Cambio Climático."

En la sección Estudios se presentan 5 colaboraciones. En primer lugar, Camilo Durán Carvajal y Andrés Pinto Espinosa presentan un estudio sobre "Instrumentos de Conservación Ambiental en la Legislación Minera." En segundo lugar, Constanza Gumucio Solis e Isaías Urzúa Guerrero contribuyen con el estudio "¿Mitigación sin adaptación? El caso de la NDC chilena respecto al sector forestal." En tercer lugar, Ayim Palma Comparini y María José Brain Acuña colaboran con el estudio "Costos Ambientales de la Producción de Energía Hidroeléctrica y su repercusión en la desigualdad social." En cuarto lugar, Gloria Amparo Rodríguez presenta el estudio "La Función Ecológica de la Propiedad en Colombia." En quinto lugar, Dominique Hervé Espejo y Débora Bascur Montanares presentan el estudio "La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por los Tribunales Ambientales: ¿Avance o retroceso?".

En la sección Comentarios de Jurisprudencia, se presentan 4 colaboraciones. En primer lugar, Cristián Peña y Lillo Delaunoy, Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo se refiere a la "Protección de los humedales por vía jurisprudencial." En segundo lugar, Natalia Labbé Céspedes y Pedro Palma Calorio comentan la sentencia "Excelentísima Corte Suprema Rol 5888-2019 caratulado "Francisco Chahuán Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos ENAP S.A." En tercer lugar, Álvaro Ignacio Núñez Gómez de Jiménez aborda el tema "Impugnación de las resoluciones de calificación ambiental por parte de los municipios." En cuarto lugar, Felipe Andrés Guerra Schleef se refiere al tema "Las Asociaciones de comunidades indígenas y el alcance de la discrecionalidad de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero en la Ley Lafkenche."

Algunas voces al acercarnos a la COP25

La COP25 no se realizará en Chile, pero eso no significa que no se realice o que los temas de análisis y decisiones políticas que se deban tomar hayan perdido un ápice de relevancia y contingencia. Durante el tiempo de preparación de la COP25 en Chile, pensamos que podía ser interesante y relevante acercarnos a diversos actores y preguntarles sus ideas, expectativas sobre lo que pensaban que podría o debiera ocurrir en esas reuniones. Creemos que esas reflexiones mantienen su vigencia y relevancia, mutatis mutandi, el nuevo escenario actual.

Así, la forma en que reflexionamos este ejercicio fue el siguiente: "la Vigesimoquinta Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, COP25 Santiago Diciembre 2019, ha atraído la atención de grandes mayorías, tanto en Chile como en el mundo, tanto de personas vinculadas a los temas ambientales y cambio climático como al público general, tanto a sectores gubernamentales, productivos, académicos y de la

sociedad civil. Hay expectativas, esperanzas, inferencias, escepticismo y una gran variedad de aproximaciones al tema. En este contexto, le hemos preguntado a un número de personas que creen que debiera/podría suceder durante la COP25. Si bien es cierto, las personas a las que se les hizo la pregunta provienen de los más diversos sectores, actividades, profesiones y todos ellos muy interesados e involucrados con ecología, medio ambiente y cambio climático en general, y con todo el contexto de la COP25 en particular, también lo es que no hay cientificidad en la muestra, ni se buscó representatividad de grupos, ni cubrir todos los sectores o sensibilidades que legítimamente tienen o quieren tener una voz en estas materias. Son algunas voces de algunos de aquellos que participan en nuestra ágora nacional. Cada uno habla desde alguna parte y, sin embargo, en estas declaraciones, hablan como personas individuales sin representar o comprometer a institución alguna. No son declaraciones oficiales, sino expresiones libres en la plaza de las ideas y de la amistad cívica. Y sus voces, en conjunto, expresan ideas y emociones que están entre nosotros y que se intensificarán al acercarnos a las fechas de inicios de diciembre 2019. Y probablemente mantendrán vigencia más allá de esa fecha". Como opción metodológica, hemos optado por mantener la literalidad de las opiniones sin hacer edición alguna, haciendo presente que todas las contribuciones fueron hechas mientras se pensaba que la COP25 se realizaría en Chile:

Harman Idema, Embajador de Países Bajos: Tres cosas: primero que el sentido de urgencia aumente, que varios países lideren la formulación de compromisos más ambiciosos que aquellos acordados en Paris. Segundo, que el Centro Global de Adaptación Climática abra su primera oficina en Latinoamérica en Santiago, de manera tal que, después de la COP25, Chile pueda, con mayor fuerza, trabajar en soluciones y financiamientos de medidas de adaptación climática. Tercero, que los jóvenes tengan una participación mayor que la que ha habido hasta ahora.

Julio Cordano, Negociador Jefe Cambio Climático, MINREL: La COP25 debiera representar un punto de inflexión hacia un mayor énfasis en la ambición y acción climática, incluyendo temas nuevos como el océano (COP Azul), así como enfoques sectoriales. Asimismo, la COP debiera ser el momento donde se cierre el libro de reglas del Acuerdo de París, con un reglamento robusto para la implementación del Artículo 6 referido a mercados y no-mercados.

Mark Minneboo, Director Plastic Oceans: Me gustaría que la COP25 genere un cambio radical en cómo tratamos productos desechables (en general) y específicamente el plástico. Hemos construido una sociedad dependiente de productos desechables, bajo un modelo de producción y de negocios completamente linear. Es algo que va totalmente en contra la naturaleza, donde

la basura no existe y todo funciona en forma circular. Espero que el mundo abra sus ojos por fin y concluya que es absurdo que un material indestructible como el plástico se use solo una vez y se bote. Espero que la COP termine con acciones concretas a nivel global para frenar el uso incontrolado de plástico. Asimismo, quiero que en la COP se concluya que los países deben hacerse cargo de sus propios residuos a nivel regional/ nacional, y dejen de exportar sus reciclables a países con infraestructura deficiente, donde termina en el medio ambiente o el aire (quemado).

Alberto van Klaveren, Diplomático y Académico: Para mi, el resultado principal de esta COP va a radicar en una mayor toma de conciencia de la emergencia climática.

Valentina Durán, Directora del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile: Que Chile sea sede de la COP25 ha tenido como efecto un aumento en la conciencia ciudadana sobre la crisis climática y un mayor interés de ser parte de la solución. En lo global, espero que la COP permita lograr compromisos ambiciosos que nos encaminen a lograr el desafío global de no subir más 1,5°C de temperatura. En el nivel nacional, espero que se instale un sentido de urgencia y de conciencia ciudadana que imponga un cambio de rumbo en la política y gestión, alineado con un ideario de justicia climática, es decir: acción climática ambiciosa con respeto de los DDHH.

Javier Cox, Director de Acción Empresas: Me gustaría que la COP25 en Chile contribuya significativamente a cambiar las miradas y a expandir el nivel de conciencia sobre la necesidad de que todos tomemos acciones concretas a nivel personal y como sociedad, para que tengamos ahora y mañana, un mundo sostenible y con personas más felices.

Marcelo Mena, Ex Ministro de Medio Ambiente: La COP25 es diferente porque Chile ha demostrado que la transición hacia baja emisiones se puede desarrollar no con gastos adicionales ni subsidios, como se espera en otros lados del mundo, sino porque las soluciones propuestas como la electromobilidad o energía renovable son más baratas que las tecnologías más sucias. Quien venga a la COP va a poder darse una vuelta a una planta solar gigantesca a solo media hora del centro de Santiago. Además, se encontrarán con un país volcado a una discusión sobre la emergencia climática. Entonces más que los logros técnicos o políticos, lo mejor de todo esto será el cambio de tono hacia uno de esperanza. Que si un país que vive de extraer recursos naturales puede comprometerse a descarbonizarse, también lo pueden hacer otros. La COP25 será una COP de esperanza.

Jorge Canals, ex Subsecretario de Medio Ambiente: En términos de la acción climática global, espero que la COP25 signifique que los países, especialmente los grandes emisores, presenten Contribuciones Nacionales Determinadas lo suficientemente ambiciosas para cumplir los mandatos del Acuerdo de Paris, y especialmente del informe del IPCC del 1,5. Que los compromisos de los países tengan una mezcla justa entre las soluciones basadas en la ciencia, la participación y el control de la sociedad civil, en orden a profundizar el principio 10 de la Democracia Ambiental. Respecto al país, espero que la COP deje una institucionalidad ambiental fortalecida, en presupuesto y competencias, y una agenda legislativa y política alineada con los objetivos globales, desacoplando nuestro modelo de desarrollo de las emisiones globales y locales, y construyendo grandes espacios de participación y deliberación democrática, para imaginar nuevos desarrollos, y nuevas formas de convivencia.

Guido Larson, Director del Instituto de Humanidades, Universidad del Desarrollo: Considerando la urgencia y le envergadura del problema, la COP25 debiera ser un escenario de decisión y ejecución. En este sentido, quisiera observar audacia y vanguardismo, y especialmente, valentía por parte de los actores involucrados, para tomar decisiones que, posiblemente, puedan ser difíciles hoy, pero que necesariamente entregarán frutos en el futuro.

Ana Lya Uriarte, ex Ministra de Medio Ambiente: Chile albergará la COP25 y esta circunstancia lo sitúa en un rol de privilegio para apoyar una articulación y diálogo tendiente a generar la tan ansiada voluntad de los países, y especialmente de las grandes potencias, para comprometerse con metas ambiciosas para enfrentar la emergencia climática. Ello supone, desde luego, tener una conducta coherente que permita dialogar desde la demostración de compromisos propios de mayor ambición y, por supuesto, que contemple la firma del Acuerdo de Escazú que, como país, promovimos e inexplicablemente no firmamos.

Pablo Badenier, ex Ministro de Medio Ambiente: 1. Que se acuerde, y concluya la negociación, del mecanismo de mercado para la transacción de carbono (artículo 6 del acuerdo de París) 2. Que se adhiera explícitamente a las conclusiones del IPCC.

Samuel Francke, profesional senior de CONAF: En lo central se espera en el el marco de la gobernabilidad de la COP25 negociar el reglamento que implementará el acuerdo de Paris 2015 (COP21), que comienza a regir desde el año 2020. Se tratarán temas como mercados de carbono, mecanismos de pago de daños por desastres, metas de reducción de emisiones, compromisos NCD y validación del informe IPCC. En lo de gobernanza climática "habrá un antes y

después de la COP25", para las actuales y futuras generaciones, donde Chile como país detenta un rol estratégico.

Paola Giancaspero, Directora Fundación Pensamiento Verde: Lo deseable en la COP25 sería que pusieran fin a la discusión con la tendencia negacionista para declarar y asumir con la urgencia que se requiere que el cambio climático está generando graves impactos en la vida en nuestro planeta. De esa manera esperaría que se asuman compromisos, reales y obligatorios para disminuir las emisiones de GEI, en un plazo muy breve, por parte de los principales responsables (Estados, industrias). Para Chile creo que es primordial declarar públicamente por las autoridades que estamos expuestos a un riesgo mayor ante el calentamiento global y por lo tanto definir como país la prioridad de adoptar medidas para enfrentarlo desde todos los ámbitos y estamentos públicos y privados, acogiendo las propuestas que los expertos y la sociedad civil han hecho: modificar el sistema legal e institucional de uso del agua, inversión de recursos fiscales en medidas de mitigación, incorporar la variable de cambio climático en la evaluación de proyectos y políticas publicas, educar y sensibilizar en todos los niveles de enseñanza formal e informal, y en definitiva poner el medio ambiente en el centro de las preocupaciones de la sociedad.

Jorge Andrés Cash, ex Fiscal del Ministerio del Medio Ambiente: Quisiera que Chile se plantee con humildad ante la comunidad internacional. Desde nuestra frágil y precaria situación ambiental será posible proyectar un liderazgo influyente. La trascendencia de esta Conferencia está en la honestidad con que nos plantemos al mundo. Desde ahí, todo fluirá en la COP y después de la COP.

Matías Asún, Director Nacional de Greenpeace: Para la COP25 desde Greenpeace esperamos una señal fuerte en el aporte más significativo que Chile puede hacer en materia de abandono de los combustibles fósiles: Comprometer a firme el cierre de todas las centrales de carbón al año 2030. En particular, cerrar las 8 centrales más antiguas y obsoletas que aún funcionan antes del día en que el presidente de su discurso inicial de apertura de la Cumbre, evitando con ello llegar una cifra record de quema de carbón a dicha fecha.

Mauricio Purto, Montañista y médico: Quisiera que la COP25 no sea una ironía organizada en un Chile autodestructivo, sino la oportunidad de un viraje real a políticas que salven la naturaleza.

Alex Godoy, Director del Centro de Investigación en Sustentabilidad, Universidad del Desarrollo: Yo quisiera que en la COP25 pudiéramos avanzar en los temas no resueltos de la conferencia anterior, en términos del artículo 6,

transacción de emisiones, cooperación para la resiliencia en desastres naturales como de nuevos y mas ambiciosos compromisos de reducción bajo una esquema verificable para todos.

Manuel Baquedano Muñoz, Presidente del Instituto de Ecología Política: Mi deseo mas ferviente es que la COP25, como instancia especializada de la ONU, se decida decirle a la gente toda la verdad sobre la gravedad de la crisis climática que estamos viviendo. No es que los eventos climáticos se están adelantando según las predicciones científicas, sino que estas predicciones han sido demasiado conservadoras. El principio empleado por la ONU se basa en el consenso de las partes (cualquier país puede vetar las resoluciones) por lo cual este mecanismo privilegia el mínimo común múltiplo y este resultado siempre ha subestimado la realidad en materia climática.

Javier Simonetti, biólogo: Consistencia. Basta de discursos carentes de verdaderos compromisos con las soluciones urgentes, y todas factibles. No hay tiempo para discursos, menos para discursos políticamente correctos pero fatuos, es hora de actuar.

Max Bello, PEW Trust: Un proceso bien definido y con peso para incorporar los océanos en el acuerdo.

Arturo Subercaseaux, Coordinador de Extensión en Horizontal: Todavía existe espacio para la firma de Escazú (y su posterior ratificación), negociación de puntos de aplicación del mecanismo del artículo 6, comenzar diálogo internacional (o hasta declaración) sobre océanos y mares.

Nancy Pérez, Ingeniera Civil: Que el interés por resolver los problemas asociados al cambio climático no muera una vez que ocurra la reunión, y que, por el contrario, sea el inicio de un compromiso real de Chile por el cuidado del medio ambiente y lo ponga como un foco en el desarrollo de ciencia y tecnología en el país.

Desarrollos recientes en derecho internacional del medio ambiente

Tal vez precisamente porque la COP25 no se realizará en Chile, se vuelve especialmente relevante reflexionar sobre la realidad actual y desarrollo del derecho internacional del medio ambiente y su habilidad para abordar los desafíos que la ecología y el medio ambiente presentan en este primer cuarto del Siglo XXI.

En los últimos años se ha producido un cambio en la forma en que se venía produciendo el derecho internacional del medio ambiente. Las grandes cumbres como la de Río 1992 que produjo la Convención de Cambio Climático y la Convención de Biodiversidad, parecen estar agotadas. Así lo parece evidenciar la Cumbre de Johannesburg y la de Río+20.

En su lugar, la negociación de cambio climático parece estar tomando el protagonismo en la producción jurídico ambiental global. En efecto, en reuniones como la de Paris 2015 se tomaron decisiones sobre cambio climático, pero que afectan y se relacionan con otras áreas del derecho internacional del medio ambiente. Más aún, es posible afirmar que en las reuniones de cambio climático se están forjando los principios y políticas ambientales globales generales.

Todo parece indicar que se está iniciando una nueva etapa en la reflexión y práctica de la política y el derecho ambiental. En los próximos párrafos se presentan algunas tendencias que, en su conjunto, están definiendo los espacios de lo ambiental en este primer cuarto de siglo.

1. Tal vez la primera tendencia es el creciente consenso ciudadano en el sentido que algunos de los más importantes desafíos ambientales actuales, como cambio climático, pérdida de diversidad biológica y contaminación de aire, agua y suelos, son globales por naturaleza y por tanto requieren respuestas globales que las políticas y legislaciones nacionales no pueden abordar ni resolver.

2. De la misma forma, en los últimos años se está avanzando en la elaboración de estándares ambientales globales, precisamente para apoyar el proceso legislativo de tratados ambientales. Estos estándares se relacionan a su vez con derechos humanos, derechos fundamentales y dignidad humana. Así, dentro del concepto de justicia ambiental comienza a aparecer la idea que los ciudadanos pueden demandar a sus Estados su deber de protección al país en materia de cambio climático y otras materias. Caso URGENDA en Países Bajos y Juliana en Estados Unidos. Asimismo, comienza a aparecer el concepto de migrantes climáticos, como una nueva modalidad creciente de la migración. Estas migraciones comienzan a llegar a tribunales como es el caso de una familia de Kiribati ante los tribunales de New Zealand.

3. También es posible observar una tendencia a expandir el cerco de la bioética más allá de la persona humana para abarcar también ecosistemas, la naturaleza, e incluso ciertos (o todos los) animales. Hay jurisprudencia en derecho comparado que está avanzando y desarrollando estas ideas. Desde

una perspectiva doctrinaria, el caso Hercules & Leo, fallado por la Corte Suprema del Estado de New York, parece ser especialmente interesante.

4. Los extraordinarios avances en ciencia y tecnología y el ritmo acelerado de cambios y transformaciones presentan desafíos éticos novedosos para los que se hace necesaria la búsqueda de nuevos acuerdos y compromisos valóricos globales. La ciencia y tecnología juegan un rol de gran importancia en la construcción de un mejor planeta, pero las decisiones no debieran ser técnicas, sino políticas, por la necesaria legitimidad que deben tener. Y esta legitimidad política debe ser iluminada a través de una aproximación ética que se construye desde la identificación de principios consensuados a nivel global. Por una parte, se ha avanzado en derechos de los animales y ecosistemas. Por otra parte, es posible como este nuevo paradigma comienza a ser recogido en algunos cuerpos constitucionales de la región, como por ejemplo la Constitución de Ecuador y el ordenamiento jurídico de Bolivia.

5. También es posible observar un desarrollo creciente del soft law ambiental. Aquellos que promueven estas corrientes parten de una matriz diferente a la imperante hoy, esto es la idea que el derecho internacional es derecho inter estatal. Esta corriente postula un derecho internacional conectado con la idea de derecho de gentes, derecho de los pueblos y así, el aspecto político global tiene un espacio de creación del derecho internacional del medio ambiente. Lo jurídico ambiental global no es necesariamente voluntad de los Estados, entre otros porque el mismo concepto de estados se encuentra hoy en revisión. También es posible identificar otro proceso evolutivo del derecho internacional del medio ambiente, a saber, su acercamiento al derecho de los derechos humanos, a la bioética y al bioderecho.

6. Desde una perspectiva muy distinta, también es posible observar el desarrollo de la geoingeniería, no solo desde una perspectiva científico y técnica, sino también ideológica: lo ambiental es un problema que se resuelve con mejor ciencia y tecnología. Desde esta aproximación, se busca la incorporación del derecho internacional a las nuevas corrientes de abordar los desafíos ambientales y en particular el desafío del cambio climático a través de la ingeniería de la tierra. Así, el cambio climático es observado como un problema a ser resuelto por la ingeniería, más que a través de la mitigación y adaptación, que es la política de Naciones Unidas y mayoritaria en el mundo.

7. En este sentido es posible imaginar espacios de encuentro entre los diversos paradigmas y aproximaciones y así, puede observarse que el desarrollo del derecho ambiental puede seguir desarrollándose a lo largo de

ejes diversos. Por ejemplo, uno de esos ejes es el técnico científico que se relaciona con índices de contaminación, economía circular, transición a una matriz energética limpia, electro movilidad, etc., y otro eje que ponga énfasis en temas de justicia ambiental como el derecho a la información, el derecho a la participación, el acceso a la justicia ambiental, etc. Y también debe considerarse un tercer eje: aquel propuesto por el de la bioética y bioderecho y que, en algunas de sus corrientes, propone una nueva ética de la tierra, adoptando el ecocentrismo.

8. También es posible subrayar la idea de generar una reflexión y un texto de valores, principios e instituciones básicas de lo ambiental que se puedan plasmar en un gran Pacto Mundial. La idea de un Pacto Mundial es importante y valiosa por muchas razones. Primero porque es un esfuerzo serio y real de construir un marco valórico global y consensuado sobre como debe actuar la humanidad en relación con los desafíos ambientales. Segundo porque levanta la idea que el tema es, al final del día, valórico y político. Tercero porque muestra un camino hacia delante y nos dice que el futuro es posible, que un mejor futuro es posible. Y también podría haber una reflexión sobre la relación del Pacto Mundial con otras iniciativas internacionales que podrían prosperar en el futuro como la creación de una Corte Internacional de Justicia Ambiental y un Parlamento Global de Medio Ambiente. Estas son ideas que se discutieron en Río +20, pero que no lograron el acuerdo de los Estados.

9. En el contexto latinoamericano, el Acuerdo de Escazú puede constituirse en una especie de tratado marco o constitución de principios ambientales que ilumine e inspire la construcción de legislación derivada y ordene las grandes líneas de desarrollo político legislativo. De esta forma, si el Acuerdo de Escazú logra ser ratificado por un número importante de países de la Región, se convertirá de facto, en una especie de acuerdo marco regional en medio ambiente que debiera servir de base para la consistencia de otros acuerdos más específicos y acotados. El Pacto Mundial podría, de la misma forma, jugar este rol nivel planetario.

10. Por cierto que los desafíos son significativos y que debieran existir sistemas de equilibrios y revisiones que permitan flexibilidad en el sistema, entendiendo que puede haber legítimas diferencias y aproximaciones a los temas, como por ejemplo el eje antropocéntrico y ecocéntrico o biocéntrico.

11. El diseño y puesta en marcha del Pacto Global puede ser una forma de avanzar en la dirección señalada, construyendo nuevos acuerdos, consensos y valores que sean consistentes con las necesidades de este Siglo XXI.

12. La reflexión debiera integrar también otras consideraciones relevantes como por ejemplo los temas de justicia ambiental y su relación con la justicia política, la económica y social y la justicia en sí.

13. También debiera integrar los temas relacionados de lucha contra la pobreza y desafíos como el de la salud. Tal vez el tema que puede convertirse en el más relevante en este contexto es el de la migración climática.

14. Desde la perspectiva de derecho internacional, también debieran abordarse discusiones clásicas como el de la soberanía nacional frente a normas de derecho internacional duro y blando. Y también sobre el rol de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. También el de la relación entre derecho internacional y los derechos nacionales. No solo respecto de jerarquía, sino también de interpretación y aplicación por tribunales nacionales y por el aparato del estado en general.

Los invitamos a que lean los artículos de este número de la Revista. Cada uno de ellos es un aporte a la reflexión y a la construcción de una sociedad con mayor justicia ambiental. Hoy mas que nunca se requiere de reflexión profunda, discusión, discernimiento y acciones adecuadas. Vivimos en tiempos de emergencia climática, entre la esperanza y la desolación, entre avances y retrocesos, entre la toma de conciencias y la percepción que los plazos se acortan y el tiempo se hace corto. Es en estos tiempos que la esperanza es más necesaria, una esperanza activa que construimos entre todos.

/ PERSPECTIVAS DE LA COP25 /

Cambio climático y desigualdades sociales: desafíos y oportunidades para la coordinación y gobernanza global-local

Anahí Urquiza Gómez
Antropóloga y Magister en Antropología y Desarrollo, Universidad de Chile
Doctora en Sociología, Ludwig Maximilian Universität
PhD en Environmet and Society, Rachel Carson Center, Alemania
Académica Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile
Investigadora Cr2
anahiurquiza@uchile.cl

Julián Cortés Oggero
Abogado, Universidad de Chile
Investigador PRS, EneAS y NEST Universidad de Chile
julian@dgf.uchile.cl

C. Ignacio Neira Espinoza
Licenciado en Trabajo social, Universidad de Chile
Investigador Núcleo Sistemas Territoriales Complejos, Universidad de Chile
claudio.neira@uchile.cl

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas el cambio climático ha pasado de ser un problema ambiental a un problema social[1] [2], tanto así, que ha impulsado la generación de una nueva categoría para denominar la era geológica que estamos viviendo: Antropoceno[3].

Independiente de las discusiones que existen en relación al concepto y sus implicancias semánticas, poner a la humanidad en el centro de las transformaciones del sistema tierra, nos ha llevado a discutir no solo como afectamos al resto de los seres vivos del planeta, sino que también cómo debemos adaptarnos a las nuevas

1 WHO. *The Social Dimensions of Climate Change: Discussion draft.* (1) Inís Communication. 2011.
2 MASON, L. y RIGG, J. *People and Climate Change: Vulnerability, Adaptation, and Social Justice.* (1). Oxford University Press. 2019.
3 ZALASIEWICZ, J., WILLIAMS, M., STEFFEN, W. y CRUTZEN, P. The New World of the Anthropocene. *Environmental Science & Technology.* 2010. 7(44): 2228-2231.

condiciones ambientales que nosotros mismos hemos provocado. Según palabras de Ulrich Beck, esto se debe a que estamos frente a una "sociedad del riesgo"[4], en el mismo sentido Niklas Luhmann nos recordaría que constantemente estamos observando lo que enfrentamos como riesgo[5]. En ambos casos, la relevancia del ser humano, las consecuencias de sus operaciones en el entorno ambiental y las transformaciones sociales que de estas derivan serían el sello de nuestra época.

En consecuencia, esta "sociedad del riesgo" nos obliga a repensar tanto la institucionalidad como la gobernanza de nuestros paises en orden a hacer frente al mayor desafío que hemos enfrentado: el cambio climático.[6] Este complejo problema no solo nos afecta a todos, sino que compromete nuestra propia existencia, cuestiona nuestra forma de vida y refuerza las desgualdades ya existentes: se presenta como un grave problema social.

Problema social

(1) Si bien el cambio climático lo estamos discutiendo hace décadas, solo en los últimos años las evidentes consecuencias de los gases de efecto invernadero causados por la humanidad nos han llevado a la problematización de su dimensión social[7]. En este sentido, el cambio climático se expresa como problema social al menos en tres ámbitos: debido a sus causas (1), consecuencias (2) y a las medidas que se deben tomar para enfrentarlo (3).

(2) Los gases de efecto invernadero (GEI) son producidos por nuestras actividades en diferentes ámbitos (industria, transporte, alimentación, entretenimiento, salud, educación, etc.) y por las estructuras que permiten estas actividades, definiendo formas de relacionarnos con los recursos naturales y el medio ambiente en general (modelos de desarrollo, nociones de progreso, agendas de gobierno, etc.)

(3) Por otra parte, las consecuencias de esos GEI, si bien afectan en primer lugar a la atmosfera, generan variaciones climáticas que incumben y afectan (aunque en distinto grado) la vida de los grupos humanos y sus asentamientos directamente, i.e.: la reducción de disponibilidad de agua, los eventos extremos cada vez más frecuentes (inundaciones, tornados, etc), olas de calor, aumento del nivel del mar, reducción de la biodiversidad,

4 BECK, U. y RITTER, M. *Risk society*. (5). Londres. SAGE Publications Ltd. 2004.

5 LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo.* (3) D.F. Universidad iberoamericana. 2006.

6 SUN, J. y YANG, K., The Wicked Problem Of Climate Change: A New Approach Based On Social Mess And Fragmentation. *Sustainability*. Basel, Switzerland. 2016. 12(8): 1312-1328

7 MADER, Sebastian. The nexus between social inequality and CO2 emissions revisited: Challenging its empirical validity. *Environmental Science & Policy.* Bern, Switzerland. 2018. (89): 322-329.

incendios, desertificación, entre muchos otros. Si bien estas transformaciones en las condciones climáticas son relevantes, es cuando están vinculadas a la sobreexplotación de recursos, degradación ambiental, escasez de diverso tipo y a la ausencia de condiciones institucionales, económicas y de infraestructura, que sus consecuencias son catastróficas.

Finalmente, las medidas que tomamos -y no tomamos- para reducir emisiones y enfrentar las consecuencias del cambio climático, son también medidas sociales. Ellas responden a las estructuras sociales que operan en el sistema económico, político, jurídico, científico, etc., las posibilidades de observación y coordinación entre medidas y sus condiciones de operación. Teniendo las mismas medidas consecuencias en el ámbito ambiental y social.

Ya sea en el ámbito de las causas, consecuencias o medidas, el cambio climático es un problema que afecta transversalmente a todas las personas y grupos humanos, sin embargo, dadas las diferencias que caracterizan a cada grupo en particular es posible identificar un distinto nivel o grado de responsabilidad, sensibilidad, impacto y capacidad de respuesta, por lo tanto, es también un problema de desigualdad.

Desigualdad

En general, es posible indicar que todos estos fenómenos solo son una capa nueva de problemas que se suporpone a las que ya conocemos. Como se ejemplifica en el Cuadro N°1, las consecuencias del cambio climático profundizan la desigualdad y generan condiciones de mayor vulnerabilidad para quienes ya estaban siendo vulnerables (y vulnerados).

EJEMPLOS	DESIGUALDADES ACTUALES	DESIGUALDADES PROFUNDIZADAS
Diferencias de género	Mujeres resaponsables del cuidado.	Cuidan población vulnerable en aumento.
Envejecimiento de la población	Países en vías de desarrollo con dificultades para abordar población vulnerable.	Población vulnerable frente a aumento de temperatura.
Escasez de recursos hídricos	Territorios con dificultades de acceso.	Aumenta población con problemas de acceso.
Crisis alimentarias	Población con dificultades de acceso.	Aumenta por variabilidad climática.
Migración	Población en territorios altamente vulnerables y afectadas por CC.	Refugiados climáticos.
Economía	Modelo económico extractivista.	Hipertrofia de la economía y destrucción del ecosistema.

Cuadro N°1: "Desigualdades actuales y profundizadas". Fuente: Elaboración propia.

Si bien el cambio climático es un fenómeno relativamente "democrático" en cuanto a su extensión, aquellos países que más contribuyen al cambio climático no serán los más perjudicados[8], pues cuentan con mayores recursos y opciones para prepararse ante los impactos. De hecho, estos países llevan décadas preparando a sus comunidades con, por ejemplo, planes de diversificación de su matriz económica, fortalecimiento de los gobiernos locales, etc., en cambio, los países más pobres cuentan con poca información del cambio climático y la que tienen no está adecuadamente procesada o no es accesible, pues sus instituciones recién están incorporando esta temática a sus políticas públicas. Además, estos países están enfrentando múltiples desafíos que son visualizados como más urgentes que el cambio climático (combatir el hambre, los problemas de seguridad, corrupción, narcotráfico, entre muchos otros relacionados con los altos niveles de pobreza), lo que les dificulta desarrollar las necesarias estrategias de preparación para enfrentar los efectos que ya están visualizando[9] (si es que lo hacen).

Según el ranking de vulnerabilidad de la Notre Dame Global Adaptation Initiative, Chile está mejor preparado que otros países, encontrándose en el puesto número 27 de las naciones que no se verán tan fuertemente impactadas por el cambio climático, aunque, igualmente, se encuentra por debajo de la media de los países de la OCDE. Sin embargo, nuestra dependencia de los recursos primarios, los que a su vez dependen del agua, como la agricultura y la minería, y el no tener diversificación de la matriz productiva, nos impiden tener la resiliencia suficiente frente a impactos como la sequía, la que afectará a muchos sectores económicos. Esta amenaza se ve especialmente agravada por las condiciones institucionales que favorecen la sobreexplotación de los recursos hídricos, dejando en una posición aún más vulnerable a la población rural dependiente de la pequeña agricultura y a los asentamientos humanos que enfrentan problemas de abastecimiento de agua potable. Esta diferenciación entre países que cuentan con más y aquellos con menos recursos también se replica a menor escala al interior de los propios territorios.

No siendo esto suficiente, la vulnerabilidad ante el cambio climático no sólo es desigualdad expresada en brechas económicas, sino que también afecta

8 ROBLES, Fernando. *El Desaliento Inesperado de la Modernidad: Molestias, Irritaciones y frutos amargos de la sociedad del riesgo.* Ediciones Sociedad de Hoy, 2000.

9 ARNOLD, M. y URQUIZA, A. Las amenazas ambientales: una visión desde la teoría de los sistemas sociopoiéticos. En: ALISTE, E. y URQUIZA, A. (Comps.), *Medio Ambiente y Sociedad: conceptos, metodologías y experiencias desde las ciencias humanas y sociales*, 2010, p. 27-53.

diferenciadamente según el grupo etario[10], género[11] y etnia[12]. En el primer caso, los adultos mayores son los más afectados por el cambio climático, debido a su sensibilidad frente a los cambios de temperatura y a la contaminación atmosférica. Respecto al segundo, las mujeres presentan mayores índices de mortalidad en eventos extremos y desastres, además, generalmente se les atribuye el rol de cuidadoras, ya sea del hogar, niños o ancianos, lo cual les impide moverse o migrar en caso de necesidad. En relación al tercer caso, hay pueblos originarios que viven de la agricultura, viéndose altamente impactados en situaciones de escasez hídrica, por lo que deben dejar su forma de vida y migrar, con el consiguiente deterioro de su cultura, lo que también se considera una consecuencia del cambio climático.

Desafíos y oportunidades

Dada la complejidad del problema y la desigual distribución de sus efectos, quienes toman las decisiones, cómo las toman, a quién o qué se decide proteger, cuáles transformaciones estamos dispuestos a hacer (entre otras variables), configuran el desafío de coordinación y gobernanza frente al cambio climático.

En el caso del sistema económico, urge una regulación que restrinja el acceso, capacidad de extracción, uso y comercialización de recursos naturales en vista de su relación con la emisión de GEI y otros factores que aumentan o profundizan los efectos negativos del cambio climático en la población humana. Ante esto, la oportunidad de girar hacia un modelo de economía circular se presenta como alternativa para enfrentar este desafío[13].

Por su parte, el sistema político, caracterizado por tomar decisiones desarticuladas, centralizadas y orientadas al corto plazo, encuentra en este desafío la oportunidad de aplicar un enfoque de "gobernanza policéntrica", propuesto originalmente por Elinor Orstrom[14] como una forma de promover la coordinación de decisiones y acciones para la solución de problemas ambientales identificados como consecuencias del cambio climático[15]. Se recomienda además

10 FILIBERTO, D., et al. Climate Change, Vulnerability and Health Effects: Implications for the Older Population. *Generations-journal of the american society on aging*. 2010.

11 DEMETRIADES, J. et al. The gender dimensions of poverty and climate change adaptation. *Social dimensions of climate change: Equity and vulnerability in a warming World.* 2010. 4(33). p. 133-144.

12 HANSEN, A. et al. Vulnerability to extreme heat and climate change: is ethnicity a factor?. *Global health action,* 2013. 1 (6) p. 21364.

13 WYSOKIŃSKA, Zofia. The "new" environmental policy of the European Union: A path to development of a circular economy and mitigation of the negative effects of climate change. *Comparative Economic Research*, 2016. 2(19) p. 57-73.

14 OSTROM, Elinor. *A polycentric approach for coping with climate change.* The World Bank, 2009.

15 URQUIZA, A. et al. Gobernanza policéntrica y problemas ambientales en el siglo XXI: desafíos de coordinación social para la distribución de recursos hídricos en Chile. *Persona y Sociedad.* 2019. 1(33) p. 133-160.

medir el impacto de sus acciones bajo indicadores complejos y articulados entre sí, orientados al largo plazo y con sustento científico, como lo son los Objetivos de desarrollo sostenible (ODS) propuestos por las Organización de Naciones Unidas.

El sistema científico y educativo también enfrentan sus propios desafíos, principalmente por su participación en la producción y articulación del conocimiento especializado para la toma de decisiones basada en evidencia, siendo esta la oportunidad de implementar cambios que promuevan la formación e investigación inter y transdisciplinar, vinculada a las necesidades e intereses de la ciudadanía y en consideración de la relación sociedad-medio ambiente.

Finalmente, desde el sistema judicial el desafío es fortalecer las regulaciones internacionales, acoplar los tiempos de trabajo al ritmo del problema y definir la responsabilidad civil, penal y extractual del Estado en su (re)producción. En este contexto, la definición de bienes jurídicos protegidos y la referencia a marcos legales policéntricos (local, nacional, mundial) como los DDHH, tienen un rol fundamental en la coordinación y gobernanza frente al cambio climático.

DESAFÍOS DE COORDINACIÓN Y GOBERNANZA		
SISTEMA	**PROBLEMA**	**OPORTUNIDAD**
Económico	Desregulación y sobreexplotación de los recursos orientado por un modelo de crecimiento infinito (visión lineal) en un planeta con recursos finitos.	Economía circular; nuevos servicios y productos ecológicos.
Político	Decisiones desarticuladas, centralizadas y cortoplacistas.	Gobernanza policéntrica; Indicadores de largo plazo (ODS); Articulación ciencia-política.
Jurídico	Debilidad en regulaciones internacionales; Tiempos desacoplados; Ausencia de responsabilidad civil, penal y extractual del Estado.	Aplicación del marco de DDHH; Definición de bienes jurídicos protegidos
Científico	Fragmentación, despolitización y debilitamiento de institucionalidad científica	Enfoques integrales (inter y transdisciplina); Ciencia reflexiva; Ciencia ciudadana.
Educativo	Rigidez curricular y disciplinas desconectadas; Desconexión con "lo ambiental"; Ausencia de incentivos para organizaciones sustentables	Educación adaptativa; Innovaciones tecnológicas; Acoplamiento disciplina-medio ambiente.

Cuadro N°2: "Desafíos de coordinación y gobernanza. Fuente": Elaboración propia

Sintetizados en el Cuandro N°2, desde un enfoque de gobernanza policéntrica se posibilita conectar con estas necesidades de transformación estructural, dejando en evidencia la urgencia de modelos para gobernar global y localmente, generando decisiones mundiales que permitan tomar las mejores decisiones locales.

Si bien la existencia de diferentes órdenes normativos a nivel global hace pensar en la inviabilidad de estabilizar un marco normativo común para la sociedad mundial[16]; y sin perjuicio de los diferentes intentos de reconstrucción de la noción de unidad del pacto social por medio de arreglos constitucionales compensatorios de alcance global[17] [18] el trasfondo subyacente de estas tensiones no descansa en una supuesta ausencia de mecanismos constitucionales capaces de disciplinar el "*ejercicio transnacional del poder privado*"[19]. Como hemos sostenido, el problema de nuestra "sociedad del riesgo mundial" es mucho más profundo situándose en la misma autonomía e indiferencia operativa que deriva de las diferentes racionalidades parciales que permiten hoy hablar de diferenciación funcional[20] [21]

No obstante, este escepticismo respecto a las posibilidades de regulación de la sociedad, en la actualidad es posible identificar diversos impulsos alternativos para este propósito, y es aquí donde la esfera del Derecho juega un papel fundamental como "catalizador" de "nuevos acoplamientos estructurales" necesarios para hacer frente los dilemas y desafíos del "antropoceno", donde la teoría de la constitucionalización social refleja un buen ejemplo al respecto[22]. En este sentido, la constitucionalización de la sociedad es entendido como un proceso de doble reflexividad mediante el cual la reflexividad de un sistema social determinado se acopla estructuralmente con la reflexividad normativa que emana del derecho; es decir, el rol del derecho consistiría en buscar esa "estabilización" entre la expectativa social frente al cambio climático con los mecanismos internos que el propio derecho se da para estos desafíos. Como ciudadanos, somos actores cada vez más activos de los procesos y movimientos que exigen el respeto de los derechos consagrados en todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y que buscan correr las fronteras normativas del sistema jurídico en pos de una aplicación directa de los tratados internacionales que consagran y protegen los derechos humanos, derechos sociales y el medioambiente.

Asimismo, estas nuevas demandas nos conminan a revisar el rol, aporte y estatus de la ciencia como coadyuvante del derecho en la resolución de un caso concreto, no sólo a nivel procedimental —en la apreciación de la prueba

16 KJAER, P. *Constitutionalism in the global realm: A sociological approach*. New York: Routledge. 2014

17 HABERMAS, J. *The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society.* Constellations, 15(4), 444–455. 2008

18 HOFFE, O. *La justicia en un mundo globalizado.* Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez.2010.

19 WATT, H. *Private international law beyond the schism.* Transnational Legal Theory, *2*(3), 347–427. 2011.

20 LUHMANN, N. *Globalization or world society: How to conceive of modern society?* International Review of Sociology, 7(1), 67–79. 1997.

21 MASCAREÑO, A. *La crisis como control de hipertrofia en sistemas sociales complejos*. Revista Direito Mackenzie, 11(2), 12–38. 2018.

22 TEUBNER, G. *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press. 2012.

o como herramienta de hermenéutica legal— sino también en el proceso de homogenizacion de criterios jurisprudenciales respecto al alcance de los "conocimientos cientificamente asentados".

Reflexiones finales

El cambio climático no solo es un problema complejo, es también una gran oportunidad. Tenemos que transformar nuestra sociedad con urgencia, pero si somos capaces de enfrentar estos problemas siguiendo el horizonte planteado en los ODS, bajo modelos de gobernanza policéntrica y promoción del conocimiento científico para la toma de decisiones, podremos construir un mundo más respetuoso con el medio ambiente, con nosotros, los otros y los que vienen.

Esta reflexión nos lleva a inquirir en torno a los bordes y/o limitaciones de labor de fiscalización y de acción de nuestra institucionalidad relacionada con medio ambiente, así como a una re evaluación del concepto de "funcion social de la propiedad" en el contexto de adaptacion al cambio climático y los desastres socionaturales.

Finalmente, la posible indiferencia frente a las consecuencias proyectadas del cambio climático y su desigual distribución en la sociedad mundial del Antropoceno nos dejan preguntas como ¿qué pasará con las nuevas generaciones y cómo enfrentaremos el envejecimiento de la población con un clima cada vez más agresivo con las personas mayores? ¿cómo se logra la igualdad de género cuando la responsabilidad del cuidado de personas afectadas sigue siendo principalmente una labor feminizada? ¿cómo resolvemos los impactos culturales del cambio climático que deterioran los medios de supervivencia de ciertos grupos étnicos? Recién estamos comenzando a dimensionar la tarea que tenemos por delante, sin embargo, la pregunta fundacional que debe hacerse para responder a las demás es, sin duda, ¿somos (o seremos) capaces de transformar nuestra propia sociedad?

La migración a causa de factores ambientales y cambio climático: panorama y desafíos

Constanza M. Rodríguez Herbach
Médico Veterinario
Magíster en Áreas Silvestres y Conservación de la Naturaleza
Universidad de Chile
Consultor Temático en Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático
OIM
cmrodriguez@iom.int

María José Elizalde Roa
Abogada, Universidad de Chile
Consultor Área Jurídica, Organización Internacional para las Migraciones
melizalde@iom.int

INTRODUCCIÓN

Si bien el medio ambiente ha impulsado a las personas a migrar desde su origen, buscando mejores condiciones para vivir, es una realidad que los impactos del cambio climático ejercen una mayor presión sobre otros conflictos sociales, obligando a abordar la temática desde una mirada integral. En este contexto, la movilidad humana se plantea con una doble lectura: por una parte, como un fenómeno que se irá acrecentando en la medida que más personas deban o decidan abandonar sus hogares a causa de los impactos negativos que derivan del cambio climático; mientras que, por otra, debe considerarse como un mecanismo de adaptación (IPCC, 2014[1]). Dada esta doble dimensión, la migración por motivos ambientales no es en sí negativa o positiva.

En este documento desarrollaremos la temática desde una perspectiva internacional, de manera de entregar información que sirva para abordar este tema dentro de los planes de adaptación y de contingencia al cambio climático, bajo un enfoque de derechos humanos. Para los efectos de este trabajo, se utilizarán

1 FIELD, C; BARROS, V; DOKKEN, D; MACH K, MASTRANDREA M, BILIR T, CHATTERJEE M, EBI K, ESTRADA Y, GENOVA R, GIRMA B, KISSEL E, LEVY A, MACCRACKEN S, MASTRANDREA P, WHITE L. *IPCC, 2014: Summary for policymakers. En: Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.* (Cambridge University Press). Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos. 2014. p. 20.

los conceptos de migración y movilidad humana indistintamente de si se trata de desplazamientos con o sin cruce de fronteras.

Migrantes ambientales y climáticos

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), los migrantes ambientales y climáticos son "personas o grupos de personas que, predominantemente por cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan sus vidas o sus condiciones de vida, están obligados a abandonar sus hogares habituales, u optan por hacerlo, **ya sea temporal o permanentemente, y que se mueven dentro de su país o hacia el extranjero"**[2]. Este último punto es clave, ya que se hace cargo de la movilidad forzada dentro de un país.

Algunos cambios en el ambiente que afectan directamente la vida de las personas son la falta de agua potable por sequías, la inseguridad alimentaria por detrimento en la productividad de los suelos y la precariedad en la vivienda en contextos de desastres. Además, el cambio climático también puede afectar indirectamente las condiciones de vida, por ejemplo, al profundizar conflictos socioeconómicos o al reducir la disponibilidad de empleo, lo que es muy claro en el mundo rural.

En la práctica, los impactos del cambio climático se dividen en dos grupos. Por una parte, los **desastres por amenazas naturales**, que corresponden a eventos de ocurrencia abrupta, de corta duración, y que suelen provocar un movimiento masivo de personas. En este grupo se encuentran eventos geofísicos (erupciones volcánicas y terremotos) y climáticos (e.g. huracanes, eventos de sequía extrema). El segundo grupo, que es más paulatino y suele pasar desapercibido al no provocar un movimiento masivo de personas, se da por los llamados **eventos de evolución lenta**, los que con el paso de los años van mermando los medios de vida de las personas (e.g. subida del nivel del mar, desertificación). Ambos fenómenos deben ser abordados con instrumentos de gestión específicos para cada uno de ellos.

Migrantes ambientales y climáticos en el Derecho Internacional.

No existe a nivel internacional un instrumento jurídico vinculante que aborde específicamente la situación de los migrantes ambientales y climáticos. No obstante, les es aplicable la normativa jurídica vigente dada su condición de migrantes, puesto que el Sistema Internacional de Derechos Humanos posee herramientas jurídicas de protección. Cabe señalar que la situación de los que

2 MELDE, S. *Glossary-Migration, Environment and Climate Change: Evidence for Policy (MECLEP).* Organización Internacional para las Migraciones. Ginebra, Suiza. 2014. p. 13.

migran dentro de un mismo país, sin cruzar fronteras, no se encuentra regulada en el derecho internacional.

En primer lugar, adquiere particular relevancia la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), al establecer principios y derechos comúnmente aceptados y consagrados en otros instrumentos jurídicos. Son también aplicables a los migrantes internacionales, las Convenciones relativas a los Derechos Humanos. Dichos tratados internacionales, establecen obligaciones para los Estados respecto de los derechos humanos de los individuos, independiente del país en el que se encuentren y del estatus que posean dentro del mismo, es decir, estén en situación de regularidad o irregularidad.

Además, existen instrumentos jurídicos que otorgan protección a grupos específicos de migrantes sean niños, mujeres o trabajadores, atendiendo a que estos grupos también son parte de la categoría de migrantes ambientales y climáticos. El primer tratado internacional relativo a la materia es el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes (1949) antecedente de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), ratificada por Chile. Esta última establece como mecanismo de protección el Comité de Trabajadores Migrantes, para monitorear la aplicación de la Convención, y que se suma en dicha tarea al Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes. Esta convención establece una serie de derechos a favor de los migrantes y sus familias, a saber, derecho al trabajo, a la salud, a la educación, libertad de movimiento y de elegir su residencia, entre otros. El derecho internacional también busca proteger a los migrantes y a sus familias de los delitos de trata y tráfico de personas, protección consagrada en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2000). Por último, la Resolución 1999/44, de Comisión de Derechos Humanos, aboga por la necesidad de un enfoque de los migrantes como grupo vulnerable, lo que conduce a que los Estados promuevan y protejan eficazmente sus derechos humanos fundamentales.

Una situación particular es la que viven los habitantes de Estados-islas y/o las niñas y niños hijos de padres que viven un desplazamiento prolongado. En estos casos, podrían aplicarse las Convenciones que protegen a los apátridas, es decirla Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961), entendiendo que en situaciones de desplazamiento aumentan los riesgos de apatridia.

Por último, también se encuentra la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), que establece la definición de refugiado y las circunstancias

en que se adquiere dicha condición. Si bien hay quienes utilizan el término de ¨refugiados climáticos¨ sensu lato, este no se enmarca en la definición jurídica de la Convención[3], la cual no atiende a razones ambientales, y es aplicable exclusivamente a personas migrantes que cruzan fronteras. Por estas razones, la Convención no protege a migrantes ambientales y climáticos.

Sin embargo, existen instrumentos no vinculantes que usualmente reinterpretan diferentes fuentes del derecho internacional, y que podrían abordar el vacío existente en lo que se refiere a una regulación específica de los migrantes ambientales y climáticos. Estos instrumentos tienen la ventaja de facilitar su aceptación por los Estados y, en el largo plazo, se podrían alcanzar acuerdos vinculantes a nivel regional e incluso internacional. Ejemplos de lo mencionado son la Resolución 6/2018 del Comité de Derecho Internacional, la que supone un avance hacia el reconocimiento y la protección jurídica de quienes se desplazan por la elevación del nivel del mar; o la Iniciativa Nansen, sobre la protección de personas desplazadas y que cruzan fronteras en contextos de desastres naturales.

La migración en la agenda internacional sobre el clima

La migración fue incluida en 2010 en las negociaciones internacionales sobre el clima en el marco de Estrategias de Adaptación de Cancún. Luego, en 2015 se establece una División dedicada al área de Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático en la Organización Internacional para las Migraciones, convirtiéndola en el primer organismo internacional que ha establecido una unidad dedicada al tema.

Al firmarse ese mismo año el Acuerdo de París, se establece a solicitud de los Estados Miembros un Equipo de Tareas sobre Desplazamiento en el marco del Mecanismo Internacional de Varsovia sobre Pérdidas y Daños, el que ha permitido

3 A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:
1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.
Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.
2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

consolidar una serie de recomendaciones, aprobadas durante la COP24, sobre la relación entre migración, medio ambiente y cambio climático. Este equipo interdisciplinario es integrado por representantes de OIM, ACNUR[4], OIT, PNUD[5], la Cruz Roja, CMNUCC[6], el comité adjunto del Mecanismo Internacional de Varsovia y otras organizaciones y ONG de la sociedad civil[7].

El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018) considera en su segundo objetivo "minimizar los impulsores adversos y los factores estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen". Allí se abordan los efectos de los desastres naturales, el cambio climático y la degradación ambiental; haciendo hincapié en la necesidad de generar un marco global que permita aumentar el conocimiento técnico y científico, abordar las migraciones en contextos de desastres naturales y eventos de degradación lenta, integrar a la migración en de los Planes de Adaptación y coordinar con otras instancias que se solapan. Además, el Pacto Mundial sobre Refugiados también hace un llamado a los Estados a "prevenir y mitigar causas profundas como el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales", pese a que no adopta el concepto "refugiado climático".

Desplazamientos en situaciones de desastres naturales

Los desastres naturales corresponden a "disrupciones serias del funcionamiento de una comunidad con un profundo impacto y pérdida en términos humanos, materiales, económicos y/o ambientales, los cuales exceden la capacidad de la comunidad de abordarla[8]". Sobre esto hay que señalar que no existe diferencia entre el desplazado internacional y el desplazado interno, ambos, al ser víctimas de un proceso migratorio no voluntario y forzado, gozan de los mismos derechos. El desplazado interno además goza de los mismos derechos que los demás ciudadanos dentro de su propio país.

Un avance importante ha sido la aprobación de las Directrices Operacionales sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales de las Naciones Unidas, las que son orientaciones político-técnicas voluntarias para facilitar la acción humanitaria en situaciones de emergencias como desastres

4 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

5 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo

6 Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

7 Membership - Task Force on Displacement [en línea] [fecha de consulta: 29-05-2019]. Disponible en: < https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/executive-committee-of-the-warsaw-international-mechanism-for-loss-and-damage-wim-excom/sub-groups/task-force-on-displacement/membership >

8 Terminology on DRR. What we do, We inform, Terminology. [en línea] [fecha de consulta: 29-05-2019]. Disponible en: <www.unisdr.org/we/inform/terminology>

naturales. Estos hacen un llamado a prestar asistencia sin discriminación, respetar los derechos humanos y a identificar medidas para evitar la violencia y garantizar la seguridad de las poblaciones afectadas.

La Iniciativa Nansen (2012) se crea para abordar la temática del desplazamiento con cruce de fronteras en el contexto de desastres. Esta iniciativa deriva en la aprobación de una Agenda en 2015, y posteriormente da nacimiento a la **Plataforma Global para la Reducción de Riesgo de Desastres**, instancia de coordinación global en esta materia[9]. En paralelo, el Marco de Hyogo 2005-2015, y posteriormente el Marco de Sendai 2015-2030, son instrumentos coordinados por el Sistema de Naciones Unidas y aprobados por los Estados Miembros que dan lineamientos para avanzar en la gestión de reducción de riesgos de desastres.

A nivel regional, la Confederación Sudamericana para las Migraciones (CSM), ha generado lineamientos regionales en materia de protección y asistencia a personas desplazadas a través de fronteras y migrantes en países afectados por desastres de origen natural, los cuales tienen el propósito de mejorar la capacidad institucional de los Estados Miembros en la respuesta humanitaria a los retos del desplazamiento por desastres[10].

Migrantes a causa de eventos de degradación lenta

Para el 2050, la cantidad de personas desplazadas dentro de sus países por eventos de degradación lenta podría llegar a 17 millones en América Latina, 86 millones en el África Sub-Sahariana y 40 millones en el sur de Asia, en un escenario en que los gobiernos no toman acciones de mitigación y adaptación, según el Banco Mundial (2018[11]). Esta proyección deja en evidencia que el cambio climático y los eventos de evolución lenta se están transformando en una poderosa causal de migración en el mundo.

Sin embargo, en Sudamérica existe poca información sobre el panorama de movilidad interna o internacional a causa de eventos de degradación lenta. En parte, esta situación se debe a la dificultad de aislar los factores ambientales de migración, de otras variables socioeconómicas y culturales. Con el objetivo de generar evidencia que contribuya a entender la relación entre migración, medio

9 Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres. [en línea] [fecha de consulta: 29-05-2019]. Disponible en: <http://www.onemi.cl/plataforma-de-reduccion-de-riesgos-de-desastres/>.

10 Conferencia Suramericana sobre Migraciones (CSM). Lineamientos regionales en materia de protección y asistencia a personas desplazadas a través de fronteras y migrantes en países afectados por desastres de origen natural [en línea] [fecha de consulta: 29-05-2019]. Disponible en: <http://csm-osumi.org/sites/default/files/lineamientos_regionales_.pdf>.

11 Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration. [en línea] [fecha de consulta: 29-05-2019]. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/infographic/2018/03/19/groundswell---preparing-for-internal-climate-migration>.

ambiente y cambio climático, OIM impulsó un estudio regional en 2017 que pone en evidencia la falta de organismos que se hagan cargo de esta materia a nivel nacional[12].

Desafíos de la migración ambiental y climática

La integración de la movilidad humana en las estrategias sobre cambio climático es un desafío global que demanda considerar diversos factores, entre ellos, el trayecto del migrante (origen, traslado y destino), la temporalidad (migración temporal o permanente), y si es con o sin desmembramiento familiar. Personas migrantes sometidas a los riesgos que supone el cambio climático configuran una profundización de vulnerabilidades que debe ser manejada desde las políticas públicas.

También hay que poner en la balanza los costos económicos de actuar versus los de no actuar. Por ejemplo, los costos de reparación de daños por inundaciones que se producen en la Unión Europea podrían ascender a 16,9 miles de millones de euros (MM EUR) para el año 2100 si no se toman medidas preventivas de adaptación, versus 5,8 MM EUR en costos combinados en planes de adaptación y mitigación y de reparación de daños inevitables. Es decir, el costo de no actuar puede ser tres veces mayor que el de actuar (OIM, 2016[13]).

A la luz de los antecedentes expuestos, es destacable que en Chile se ponen en práctica varias políticas públicas atingentes a la protección de migrantes climáticos, sean internos o internacionales. Por ejemplo, la Plataforma para la Reducción de Riesgo de Desastres está vinculada a ONEMI, y representa una importante instancia de articulación en contexto de crisis. También el país cuenta con instituciones académicas que trabajan en la generación de conocimiento científico y técnico en la materia, como el Centro de Estudios Avanzados en Zonas Áridas (CEAZA) y el Centro de Ciencias para la Resiliencia y el Clima (CR2). Los desafíos pendientes van de la mano con la incorporación de la temática en los Planes de Adaptación al Cambio Climático, e incluirla en la Ley Marco de Cambio Climático, que hoy se encuentra en proceso de elaboración.

12 OIM. *Migraciones, ambiente y cambio climático: Estudios de caso en América del Sur. Cuadernos Migratorios N°8.* Organización Internacional para las Migraciones. Ginebra, Suiza. 2017.

13 IONESCO, D; MOKHNACHEVA, D; GEMENNE, F. *The Cost of Environmental Migration. En: The Atlas of Environmental Migration.* Routledge. Ginebra, Suiza. 2016.

La Crisis Climática y sus impactos en los Derechos: una Mirada en Clave Latinoamericana

Juan Auz Vaca
Doctorando en la Hertie School de Berlín
LL.B. de la Universidad de las Américas en Quito
LL.M. en Derecho del Ambiente y Cambio Climático
de la Universidad de Edimburgo
Co-fundador de Terra Mater y ex-director ejecutivo
de la Fundación Pachamama
juangauz@gmail.com

En los últimos diez años, el nexo entre cambio climático y derechos humanos se ha convertido en una suerte de consenso en el plano internacional, no solo en el régimen legal que atañe al cambio climático, sino también en el régimen internacional de los derechos humanos.[1] En tal virtud, no queda duda de que los impactos adversos de la crisis climática amenazan una amplia gama de derechos, entre otros, el derecho a la vida, alimentación, vivienda, salud, agua y el derecho a un ambiente sano.[2] Los ecosistemas afectados por el cambio climático, generan a su vez mayores riesgos a los sistemas humanos que dependen de su integridad, generando así un efecto de retroalimentación que se cierne sobre el disfrute de otros derechos.[3] El riesgo de daño es particularmente alto para aquellos segmentos de la población ya marginados o en situaciones vulnerables o que, debido a la discriminación y las desigualdades preexistentes, tienen acceso limitado a la toma de decisiones o recursos, como mujeres, niños, pueblos indígenas, personas con discapacidad, y personas que viven en zonas rurales.[4] Esto, muy a pesar de que las mismas han contribuido marginalmente a las emisiones de efecto invernadero, principal causa del referido fenómeno.[5]

1 KNOX, John. Bringing Human Rights to Bear on Climate Change. *Climate Law*. Brill | Nijhoff, 2019. Vol. 9 (3): 165-179. p. 179.

2 *Cfr.* Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights.* A/HRC/10/61. Ginebra. 2009.

3 IPCC. *Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático 2014.* Ginebra, Suiza. 2014. p. 5.

4 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos. Five UN human rights treaty bodies issue a joint statement on human rights and climate change: Joint Statement on "Human Rights and Climate Change" [en línea] [fecha de consulta 16 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E

5 IPCC. Supra 3, p. 74.

Según el informe de 2018 del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés),[6] la mitigación de las emisiones globales calculadas en base a los actuales compromisos reflejados en las Contribuciones Determinadas Nacionalmente (CDN),[7] no limitarían el calentamiento global a 1.5°C, incluso si estas se complementan con incrementos considerables en la escala y la ambición de las reducciones de emisiones después de 2030. Por ende, resulta imperante reducir las emisiones de CO2 mucho antes de 2030.[8] A pesar de esto, no se aprecian indicios de que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero hayan alcanzado su cúspide. Al contrario, las emisiones mundiales de CO2 del sector energético y la industria aumentaron en 2017 después de tres años de estabilización.[9] Las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero en 2030 deben ser aproximadamente un 25% y un 55% más bajas que en 2017 para que se limite el calentamiento del planeta a 2°C y 1,5°C, respectivamente.[10]

Si la temperatura promedio global aumentara a más de 1,5°C, las consecuencias serían devastadoras, sobre todo para las millones de personas que viven en situación de pobreza, quienes incluso en el mejor de los casos, enfrentarán inseguridad alimentaria, migración forzada, enfermedades y muerte, amenazando así el futuro mismo de los derechos humanos y arriesgando deshacer los últimos cincuenta años de progreso en materia de desarrollo, salud mundial y reducción de la pobreza.[11] Al ritmo que va la dependencia en el sector privado para solucionar la crisis climática, el escenario de un *apartheid climático* en el que los ricos pagan para escapar de los impactos climáticos, el hambre y los conflictos, mientras que el resto del mundo sufre, se podría tornar una realidad, según afirma el Relator de Naciones Unidas sobre Pobreza Extrema en su último informe.[12]

De conformidad con la anterior, la Comisión Global sobre Adaptación subrayó que, para 2030, el cambio climático podría empujar a más de 100 millones de

6 Creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el objetivo del IPCC es proporcionar a los gobiernos información científica que puedan utilizar para desarrollar políticas climáticas. Los informes del IPCC también son un aporte clave en las negociaciones internacionales sobre el cambio climático. El IPCC es una organización de Estados, miembros de las Naciones Unidas o de la OMM, que cuenta, en la actualidad, con 195 miembros, ver: www.ipcc.ch/about/

7 CDN son las políticas climáticas de los países y sus acciones para reducir las emisiones y adaptarse al cambio climático en numerosos sectores, como por ejemplo, la descarbonización del suministro de energía apostando por la energía renovable, mejoras en la eficiencia energética, una mejor gestión de la tierra, la planificación urbana y el transporte. Esto en el marco de las obligaciones consagradas en el Acuerdo de París.

8 IPCC. *Global Warming of 1.5 °C: Summary for Policymakers* [En línea]. IPCC SR1.5. Ginebra, Suiza, 2018. para D.1. Disponible en: https://ipcc.ch/pdf/special-reports/sr15/sr15_spm_final.pdf.

9 United Nations Environment Programme. *Emissions Gap Report 2018.* 2019, p. 11.

10 Ibid.

11 ALSTON, Philip. *Climate change and poverty: Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights.* A/HRC/41/39, 2019.

12 Ibid, párr. 50.

personas en países en desarrollo hacia condiciones por debajo de la línea de pobreza si no se llegasen a implementar medidas adecuadas de adaptación. Un escenario aún más dramático se pronostica para 2050, donde el rendimiento de la agricultura mundial se reducirá hasta en un 30 por ciento, con un aumento de 1.400 millones de personas sin acceso suficiente al agua y de cientos de millones que se verán obligadas a abandonar sus hogares ubicados en zonas costeras.[13]

De acuerdo al Índice de Riesgo Climático Global, el mismo que indica el nivel de exposición y la vulnerabilidad a los fenómenos climáticos extremos y los datos socioeconómicos asociados a ellos, varios países provenientes de América Latina y el Caribe han sido gravemente afectados por desastres climáticos, como huracanes e inundaciones, cuya severidad y frecuencia pueden ser atribuibles al cambio climático.[14] En el período de 1998 a 2017, los países que encabezan las listas de los más afectados a nivel global por desastres climáticos son Puerto Rico, Honduras, Haití y Nicaragua, mientras los más afectados durante el 2017 fueron Dominica y Perú.[15]

Así mismo, el mundo se conmocionó al ver los miles de focos de incendios en la Amazonía brasilera, boliviana y paraguaya en agosto de 2019, cuyas causas y consecuencias, si bien múltiples, son similares en todos los casos: el cambio climático puede contribuir a hacer más frecuentes los cambios súbitos del tiempo a nivel local, jugando un rol importante en las sequías severas durante el fenómeno del Niño y el calentamiento del Océano del Atlántico Norte; una alta tasa de deforestación histórica que juega un papel importante en la desertificación producto del cambio de uso de suelo;[16] y las emisiones de carbono producto de la quema de bosque son significativas, acelerando un proceso de retroalimentación asociado al cambio climático.[17] En ese sentido, es necesario recalcar que los pueblos indígenas que viven en la Amazonía son los más afectados, especialmente debido al desplazamiento forzado de comunidades, la pérdida de tierras de subsistencia y el grave riesgo de que los pueblos indígenas aislados, como los awá del territorio indígena de Arariboia en la Amazonía de Maranhão, puedan desaparecer.[18]

13 Global Commission on Adaptation. *Adapt Now: A Global Call for Leadership on Climate Resilience.* Septiembre de 2019, p. 3.

14 ECKSTEIN, David et al. *Global Climate Risk Index 2019: Who Suffers Most From Extreme Weather Events? Weather-Related Loss Events in 2017 and 1998 to 2017*, 2018.

15 Ibid.

16 ESCOBAR, Herton. Amazon Fires Clearly Linked to Deforestation, Scientists Say. *Science*. 2019. 365(6456):853.

17 XAVANTINA AND SANTARÉM, Nova. The Amazon is Approaching an Irreversible Tipping Point. The Economist. Disponible en: https://www.economist.com/briefing/2019/08/01/the-amazon-is-approaching-an-irreversible-tipping-point

18 CIDH y REDESCA. CIDH y su REDESCA expresan profunda preocupación por la deforestación y la quema en la Amazonía [en línea] [3 de septiembre de 2019]. Comunicado de Prensa. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/215.asp

Hay que resaltar que los pueblos indígenas amazónicos no son grupos pasivos que no aportan a la discusión o a la implementación en torno a la protección de ecosistemas clave para la regulación del clima global, sino todo lo contrario, éstos han compartido ideas y prácticas innovadoras, que, desde un enfoque de derechos, pueden enfrentar la crisis climática. Por ejemplo, varias agrupaciones de organizaciones indígenas amazónicas buscan promover la gobernanza y la gestión bio-regional e indígena de la región amazónica de Ecuador y Perú, dentro de una iniciativa denominada "Cuencas Sagradas: Territorios de Vida". En ella, a través del manejo y administración ancestral indígena de estos territorios, buscan dejar los combustibles fósiles y recursos minerales en el subsuelo y con ello retener alrededor de 3.800 millones de toneladas métricas de carbono.[19]

La gran mayoría de países de América Latina y el Caribe son Estados parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y del Acuerdo de París, que son los tratados internacionales que determinan las obligaciones de los estados en materia de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de medidas de adaptación a los efectos del cambio climático. Sobre todo, dichos tratados internacionales comprometen a los estados a mantener una temperatura media global muy por debajo de 2ºC, considerada como el límite máximo que aseguraría evitar interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático.[20] De igual manera, los países de la región se comprometieron, mediante la adopción de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, a cumplir una serie Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), incluyendo uno sobre la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.[21]

En vista de lo anterior, varios países de la región han adoptado legislación específica sobre cambio climático[22] y emitido sus CDN a fin de cumplir con sus obligaciones establecidas por el Acuerdo de París. Es necesario rescatar que varios de estos países han integrado elementos relativos a sus obligaciones de respeto y protección a los derechos humanos en sus CDN.[23] En ese sentido, el rol de las instituciones regionales que bregan por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales en la región, como la Comisión y la Corte Interamericana de

19 CONFENIAE et al. Cuencas Sagradas: Territorios para la Vida. Disponible en: https://cuencasagradas.org/.

20 United Nations. *United Nations Conference on Environment and Development: Framework Convention on Climate Change.* 1992. International Legal Materials. 31, p. 849; UNFCCC. Decision 1/CP.21 Adoption of the Paris Agreement. FCCC/CP/2015/10/Add.1. París, Francia, 2016.

21 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015.

22 Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. América Latina y el Caribe: Países que cuentan con ley sobre cambio climático. Disponible en: https://observatoriop10.cepal.org/es/mapas/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-cambio-climatico. Los países son México, Guatemala, Honduras, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay.

23 DUYCK, Sebastien et al. Human Rights and the Paris Agreement's Implementation Guidelines: Opportunities to Develop a Rights-Based Approach. *Carbon & Climate Law Review*. Bruselas, Bélgica. Lexxion, 2018. 12(3):191-202, p. 195.

Derechos Humanos, se torna crucial para guiar a los estados a que implementen políticas climáticas de manera urgente, sin que aquello signifique que en dicha tarea los estándares de derechos humanos no se consideren seriamente.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por mandato de la Asamblea General de la OEA, ya ha subrayado la importancia de fortalecer los esfuerzos para contrarrestar los efectos adversos del cambio climático en varias ocasiones,[24] sin embargo, acciones concretas conducentes a reflexionar y generar programas justos frente a la crisis climática desde ese espacio permanecen aún en los intersticios de las discusiones sobre derechos humanos en las Américas. Esto sugiere que el problema existencial sin precedentes que implica la crisis climática no está dimensionado como una afrenta a los derechos humanos, y menos aún se piensa en que para enfrentarlo se requiere de un pensamiento audaz y creativo de la comunidad de derechos humanos, con un enfoque radicalmente más sólido, detallado y coordinado.

Un ejemplo del tipo de coordinación necesaria a nivel regional entre organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la defensa de los derechos humanos por un lado y la protección de la naturaleza por otro, ocurrió en septiembre de 2018, cuando 15 organizaciones peticionarias acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a comparecer acerca de los impactos de la crisis climática en los derechos de los grupos más vulnerables.[25] Las organizaciones solicitaron a la Comisión Interamericana que de manera urgente integre en su agenda de trabajo, a través de acciones concretas contempladas en sus atribuciones, los efectos de la crisis climática.

Ejemplos de coordinación como el mencionado podrían multiplicarse y tener un largo aliento durante y después de la COP25 que tendrá lugar en Santiago de Chile en diciembre de 2019, donde será estratégico que aquellas organizaciones que busquen juntar las agendas de los derechos humanos con la de la protección del clima terrestre, entablen y perpetúen un diálogo que permita articular temas conducentes al mismo objetivo. Por ejemplo, una opción para converger hacia

24 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Desarrollo Sostenible.* Resoluciones AG/RES. 1440 (XXVI-O/96). AG/RES. 1674 (XXIX-O/99). *El Cambio Climático en las Américas.* AG/RES. 1736 (XXX-O/00) y AG/RES. 1821 (XXXI-O/01). *Los efectos socioeconómicos y ambientales del cambio climático en los países del hemisferio.* AG/RES. 2588 (XL-O/10) y AG/RES. 2649 (XLI-O/11). *El cambio climático en los países del hemisferio. Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas*. AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08); Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).* OC-23/17. 15 de noviembre de 2017.

25 Fundación Heinrich Böll. Audiencia Histórica: Organizaciones alertan a la CIDH de los impactos de las crisis climáticas en los derechos humanos [en línea][fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019]. Disponible en: http://co.boell.org/es/2019/09/26/audiencia-historica-organizaciones-alertan-la-cidh-de-los-impactos-de-las-crisis.

puntos de encuentro es a través de la incidencia estratégica, sea con interacciones directas con delegaciones estatales o indirectamente a través de eventos paralelos, que propugnen la difusión sistemática de estándares de derechos en los ítems de la agenda a discutir.

Los mecanismos de financiamiento para las acciones climáticas son parte de los temas álgidos a negociar durante la COP, y a su vez, son elementos esenciales para que la arquitectura y sostenibilidad de la ambición climática funcionen. Por tanto, sería oportuno que aspectos de garantía de derechos humanos, tal vez en forma de salvaguardas para los proyectos que se financien en el futuro, tengan cabida y sean considerados seriamente, sobre todo porque en años anteriores, varias medidas de mitigación de cambio climático, financiadas por los mecanismos de desarrollo limpio, ya han enfrentado resistencia de comunidades locales en América Latina, debido a que su implementación desembocó en violaciones a los derechos humanos.[26]

Otro aspecto de suma relevancia a tomar en cuenta durante la COP será la incidencia en torno a la ambición de los CDN de cada país y los esfuerzos que se requieren para que éstos sean diseñados de manera participativa y con respeto a las obligaciones en materia de derechos humanos. Lo segundo concierne a las negociaciones en torno al contenido de la gobernanza del mecanismo de Varsovia sobre daños y pérdidas, y la necesidad de integrar un enfoque de derechos humanos en dicha institución contemplada en el Acuerdo de París.

Adicionalmente, la sociedad civil y las instituciones regionales de derechos humanos tienen la oportunidad de complementar efectivamente los esfuerzos emprendidos por los estados para adoptar, ratificar e implementar el Acuerdo de Escazú, cuyo objetivo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales.[27] El Acuerdo de Escazú, así mismo, establece obligaciones de protección especial a aquellas personas que trabajan por la protección de la integridad y salud de los ecosistemas, también llamados "defensores ambientales", cuya agencia es sin lugar a dudas clave para ejercer un contrapeso a las actividades más contaminantes y que exacerban desigualdades estructurales.

25 SCHADE, Jeanette & OBERGASSEL, Wolfgang. Human rights and the Clean Development Mechanism. *Cambridge Review of International Affairs.* Taylor & Francis, 2014. 27 (4):717–735.

26 CEPAL. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)*. LC/CNP10.9/5. Escazú, Costa Rica, 2018.

En esencia, las pautas y estándares necesarios para avanzar a pasos acelerados hacia un futuro con un nivel seguro de gases de efecto invernadero, que permita la estabilidad climática y con derechos plenamente garantizados, dependerán únicamente de un trabajo coordinado y una visión que permita derrumbar el paradigma de compartimentar los temas de interés público que bloquea una perspectiva holística de la realidad. Esto, en el caso que nos atañe, significa entender que la protección del clima es un continuum de la protección a los derechos humanos y viceversa.

Chile y América Latina en el umbral de la implementación del Acuerdo de París: una mirada hacia la COP25

Julio Cordano Sagredo
Jefe del Departamento de Cambio Climático
Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile

La COP25 que tendrá lugar en Santiago en diciembre del 2019 será la quinta que se realiza en la región de América Latina y el Caribe. Luego de las dos COPs realizadas en Argentina, la COP16 de Cancún y la COP20 de Lima, todas marcaron momentos muy significativos en el proceso bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, representando contribuciones sustanciales de la región al proceso de negociación internacional.

Mientras que el liderazgo de Argentina fue fundamental en el contexto del Protocolo de Kyoto, la diplomacia mexicana logró revitalizar el multilateralismo climático luego del fallido intento de un acuerdo global en Copenhague. Entretanto, en Lima se sentaron las bases para los contenidos del Acuerdo de París, allanando el camino hacia un consenso universal.

Cabe entonces preguntarse cómo la COP25 de Chile puede continuar esta tradición latinoamericana de organizar Conferencias de las Partes con contribuciones positivas al proceso, y que de alguna manera generan un nivel de consenso mayor y un acercamiento entre las Partes.

La última parada latinoamericana: La COP20 en Lima

En el 2011, en la COP17 de Durban, un año después de que la diplomacia multilateral climática fuera rescatada en Cancún, se logró un mandato de enorme significación, al acordar que dentro de cuatro años, en el 2015, se debería negociar un acuerdo universal que incluyera todos los elementos de la acción climática.

Este fue el mandato original que dio inicio al proceso de negociación hacia el Acuerdo de París. Durante dicho proceso, desarrollado bajo la "Plataforma de Durban", la COP20 de Lima sería la última COP antes del empuje final liderado por Francia. Así, en Lima se sentaron las bases para el Acuerdo, generando un contenido mínimo de elementos, recogidos en la decisión 1/CP.20.

Cinco años después, y con el Acuerdo de París en vigor, la COP25 se desarrollará también a las puertas de un nuevo ciclo. En este caso, se trata del inicio de la implementación del Acuerdo de París, que debe comenzar en el 2020.

Sin embargo, en este caso, se suma un elemento adicional, que si bien ya estaba presente al momento de celebrarse la COP en Lima, no había alcanzado los niveles de gravedad que se verifican hoy. Este elemento es la creciente urgencia de impulsar una acción climática más ambiciosa.

En efecto, la publicación hacia fines del 2018 del Informe Especial del IPCC sobre el objetivo de 1,5ºC arroja como principal conclusión que la ventana de oportunidad para cumplir con los objetivos del Acuerdo de París es cada vez más pequeña. Posiblemente, en el 2018 ya hemos entrado en diversos procesos que no pueden revertirse[1], que incluyen la degradación ambiental, pérdida de biodiversidad y otros fenómenos como el derretimiento de hielos.

El Informe Especial del IPCC señala que será necesario reducir drásticamente las emisiones en términos absolutos, al menos en un 45% al 2030, y llegar a un balance de cero emisiones a mediados de siglo. Esta trayectoria, basada en la mejor ciencia disponible, es mucho más exigente que el mismo Acuerdo de París[2].

En contraste, las Contribuciones Nacionalmente Determinadas que se presentaron en las vísperas de la COP21, aunque son indudablemente un aporte, su efecto es ampliamente insuficiente, generándose una brecha significativa de los compromisos de las Partes del Acuerdo para cumplir lo que esas mismas Partes convinieron en París[3].

Con el Acuerdo de París entrando en etapa de implementación el 2020, la COP25 en Santiago, al igual que la Conferencia de París, tiene la misión de construir una plataforma para este nuevo inicio a la luz de este desafío.

1 IPCC (2018) *Global Warming of 1,5°C. An IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty.*

2 Acuerdo de París, Artículo 4.1, señala que la carbono neutralidad debe alcanzarse "durante la segunda mitad del siglo", mientras que el informe del IPCC apunta a que este objetivo debe lograrse en los primeros años de la década del 2050.

3 El informe del Secretariado de la Convención sobre el efecto agregado de las NDCs señala que aún su plena implementación nos pone en una senda de calentamiento global de 3 grados o más.

La COP25: el impulso de la acción y de la ambición

De esta manera, en Santiago deberemos enfrentarnos a la necesidad de discutir cómo se puede aumentar la ambición climática, que nos ponga en una trayectoria compatible con los objetivos del Acuerdo. Esta discusión debe partir de la base de que el modelo adoptado en la COP21 es nuestro marco de acción; en particular, es fundamental reafirmar que cualquier esfuerzo por aumentar la ambición debe ser dirigido por las Partes, y basarse en decisiones soberanas de cada gobierno, transmitidas a través de sus NDCs.

Al mismo tiempo, es importante recoger los principios de colaboración y de acción conjunta, basada en el consenso, que ha sido la base sobre la cual se han construido todas las negociaciones desde el comienzo de la implementación de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). Nada impide así que las Partes busquen nuevas formas de identificar oportunidades de profundizar lo acordado, dentro de un marco de consenso y por lo tanto no confrontacional.

Sin perjuicio de ello, hay algunos elementos que pueden ser particularmente útiles en este debate.

En primer lugar, la decisión 1/CP.21, por medio de la cual se adopta el Acuerdo de París, señala que las Partes deberán presentar nuevas NDCs o actualizar las actuales antes del 2020[4].

La razón original de esta disposición tenía que ver con la discusión sobre cuál es el mejor plazo para fomentar la implementación de las NDCs. Mientras algunos países apuntaban a plazos de cinco años, otros (la mayoría) preferían plazos de diez años, considerando que la planificación de las políticas climáticas requiere de una visión de largo aliento. Cabe señalar que esta discusión no está concluida, y se mantiene abierto un ítem de discusión sobre los llamados "marcos temporales comunes", que tendrá que ser abordado también en la COP25 en Santiago.

Por otra parte, es importante recordar que las NDCs fueron presentadas en su primera formulación antes de que el mismo acuerdo se adoptara, y resulta por ello lógico que se dé la oportunidad a los gobiernos para actualizar o reconsiderar las metas propuestas, a la luz de los mecanismos del Acuerdo.

4 Decisión 1/CP.21, párrafos 23-24.

La decisión 1/CP.21 señala que estas NDCs nuevas o actualizadas debieran presentarse entre 12 y 9 meses antes de la COP26, programada para noviembre del 2020. Sin embargo, dada la complejidad de los procesos nacionales para reformular estas contribuciones, es esperable que un grupo significativo de NDCs se comunique con posterioridad a ese plazo, es decir, durante el 2020.

Este trabajo de actualización de las NDC es sin duda una oportunidad única para aumentar la ambición y dar confianza en el sistema. En particular, es fundamental que la implementación del Acuerdo de París no sea sólo un ejercicio de cumplimiento de metas comprometidas, sino que también tenga el sentido de que con el trabajo de todas las Partes, se está avanzando hacia una respuesta efectiva al cambio climático.

Si bien el Acuerdo de París incluye un mecanismo de ambición, por medio del cual las NDCs tienen que ir aumentando sucesivamente sus compromisos, este mecanismo sólo se pondrá a prueba en el 2025, cuando las Partes tengan que presentar la segunda ronda de NDCs. Para entonces, como señala el informe del IPCC, el presupuesto de emisiones restante podría haberse agotado en un 50%, y por lo tanto sería ya demasiado tarde.

Por otra parte, el proceso de actualización de NDCs ocurre al mismo tiempo de la preparación y comunicación de Estrategias de Desarrollo de Largo Plazo Bajas en Emisiones (LT-LEDS), que apuntan hacia mediados de siglo, más allá del horizonte usual de las NDCs (2030).

Estas estrategias tienen el mismo plazo de presentación que las NDCs, es decir antes del 2020 y por ello también son un instrumento potencialmente muy relevante para el aumento de la ambición.

En segundo lugar, es necesario destacar la creciente participación de los actores no estatales en la discusión sobre la ambición. En efecto, las COPs de cambio climático se han ido consolidando como Conferencias que no sólo albergan los procesos de negociación entre gobiernos sino que también juegan un rol de gran feria de acción climática, con eventos especiales enfocados a sectores específicos y con la participación de expertos científicos, académicos, empresarios, ONGs, bancos multilaterales, entre otros.

La necesidad de dar una estructura a este mundo de acción no-gubernamental llevó a la definición del llamado "Global Climate Action", programa de actividades donde se agrupan las actividades y eventos en torno a áreas temáticas. Además, en la misma COP21 en París se decidió que las presidencias de la COP nombrarían

a personas que se encargarían de estimular la acción climática (los llamados "Champions").

Sin perjuicio de que el diálogo público – privado, entre gobiernos y actores no estatales, ha sido una fuente muy importante de alianzas y de inspiración para mayores niveles de ambición, es también necesario reconocer que probablemente las potencialidades de esta vinculación están recién comenzando a explorarse.

Estas dos dimensiones, el proceso de actualización de las NDCs y la vinculación con los actores no-estatales, son dos ejemplos de áreas donde la COP25 puede (y probablemente debe) poner su atención. Ello permitiría a las Partes a encontrar espacios para dialogar sobre sus procesos internos y buscar sinergias que les permitan identificar oportunidades para incluir en su NDC. Igualmente, será particularmente relevante que los actores no estatales tengan un rol más activo para mostrar potenciales áreas de trabajo, desarrollos tecnológicos y asociaciones que aceleren la transición hacia estrategias de desarrollo bajas en emisiones.

Una mirada desde América Latina y el Caribe

En este contexto, y recordando el rol que han tenido las COPs en nuestra región, cabe preguntarse qué perspectivas se podrían resaltar desde América Latina y el Caribe para la Conferencia en Santiago.

Ello debe partir del reconocimiento de que la región no está agrupada en un solo bloque negociador, sino que muy por el contrario; sus países integran una cantidad significativa de grupos, en el complejo panorama de las negociaciones climáticas.

Sin perjuicio de ello, la región sí ha identificado una serie de elementos que pueden reconocerse como una base para una visión común. Ellos fueron en buena parte recogidos en las declaraciones que la presidencia de la Comunidad de Estados de Latinoamérica y el Caribe (CELAC) pronunciaron sucesivamente en las COP20 y COP21. Dichas declaraciones fueron el resultado de una iniciativa lideradas por las Cancillerías de Brasil y de Chile, que co-presidieron una serie de seis reuniones de Jefes de Delegación[5].

5 Ambas declaraciones se pueden encontrar en:
https://unfccc.int/files/meetings/lima_dec_2014/statements/application/pdf/cop20_hls_costarica_celac.pdf
https://unfccc.int/sites/default/files/cop21cmp11_hls_speech_celac_ecuador.pdf [consultado el 10 de agosto de 2019]

Los temas incluidos en esas conversaciones arrojan luces sobre lo que hoy también podría representar una mirada desde la región. América Latina y el Caribe es una región que es gravemente afectada por el cambio climático, en particular en el contexto de ser una región de megadiversidad ecológica y con economías fuertemente dependientes de la explotación de sus recursos naturales.

Desde esta perspectiva, la adaptación al cambio climático es una temática central para la región. La ambición en el período post-2020 que incluya la adaptación es sin duda una conquista de los países en desarrollo en general, con una participación muy activa de nuestra región.

Una dimensión concreta de este interés por la adaptación está en las materias agrícolas. La región es una gran productora de alimentos para el mundo, función que está fuertemente afectada por el cambio climático. De igual manera, la presidencia entrante de Chile ha destacado materias como océanos y biodiversidad, donde la acción de adaptación juega un rol central, en particular para nuestra región.

CONCLUSIONES

La COP25 se encuentra en la antesala de la implementación del Acuerdo de París. Como se señaló previamente, el inicio de esta nueva etapa está fuertemente amenazado por la significativa brecha de mitigación y adaptación, como se desprende del último informe del IPCC.

De esta manera, la Conferencia en Santiago tiene la oportunidad de seguir cumpliendo el rol que han desempeñado las anteriores COPs que han tenido lugar en la región, en el sentido de reforzar los mecanismos multilaterales para las soluciones colectivas, y fortalecer el proceso bajo la Convención.

Los productos que surjan de la COP25 serán sin duda fundamentales para dar una señal de confianza en que el Acuerdo de París efectivamente nos puede llevar a enfrentar adecuadamente el cambio climático, por medio de la identificación de oportunidades para alcanzar una mayor ambición y sentido de dirección hacia el cumplimiento de las metas globales del Acuerdo.

Atendiendo la urgencia y la crisis: Alcances de la ambición climática

Karla Maass Wolfenson
Oficial para América Latina de Climate Action Network International
Investigadora asociada al Centro Transdisciplinario de Estudios Ambientales (CEAM- UACh)
kmass@climatenetwork.org

El concierto internacional sobre cambio climático parece, finalmente, aunque sin claras garantías, haber aumentado los decibeles. Desde que los países acordaron trabajar un nuevo acuerdo para reemplazar el Protocolo de Kioto (1997) en 2015, la banda sonora ha sido cada vez más diversa, fuerte y profunda. Ello, no solo por la creciente constatación de los impactos y riesgos sistémicos atribuidos al cambio en los patrones e intensidad del clima[1] y el involucramiento de nuevos actores (llamados actores no estatales) sino, también, por el incremento en la disputa político-técnica entre organizaciones y grupos de poder respecto a las soluciones y alternativas viables para responder a la necesidad de disminuir las emisiones y favorecer procesos de adaptación. Lo anterior, en un contexto en que la discusión del nuevo acuerdo global comenzaba a introducir un elemento importante en la narrativa climática internacional al introducir un nuevo número que, reemplazaría al límite de 2 °C que se había instalado, de facto, como la meta global de reducción de temperatura hasta ser formalizado, en 2010, en el Acuerdo de Cancún.

El Acuerdo de Paris, convenido por los países en la COP21 en 2015 en la ciudad que le da su nombre, reconoce en su artículo 2 que para alcanzar los objetivos de limitar los impactos del cambio climático es necesario "*Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C*". Dicho objetivo fue el resultado de un proceso de dos años (2013-2015) conocido como Diálogo Estructurado de Expertos (SED, por sus siglas en inglés) que involucró a científicos y delegados gubernamentales y apuntó a evaluar la meta global de largo plazo en relación a los objetivos de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) y el progreso al respecto[2]. De tal manera, la necesidad de limitar el aumento de la temperatura global en

1 IPCC, 2014. Resumen para Responsables de Politicas, AR5.
2 Climate Analytics, 2015. 10 Key Messages from the Structured Expert Dialogue (SED).

concordancia con las demandas de países altamente vulnerables quedó incluida en el texto borrador del Acuerdo de Paris y finalmente en el propio Acuerdo.

Dentro de las desiciones de la COP21, reconociendo la necesidad de conocer de mejor manera la diferencia entre los impactos y efectos de un aumento de la temperatira media global en 1,5°C o 2°C, los gobiernos "invitan" al Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés)[3] a elaborar un Informe Especial sobre 1,5°C (SR15) el cual fue presentado en octubre de 2018 y acordado linea por línea por los gobiernos[4]. El SR15 ha estimulado una nueva conversación sobre la necesidad de aumentar a la ambición de las metas nacionales, lo que está en juego y las acciones que deben emprenderse si buscamos evitar consecuencias desastrosas y asegurar condiciones de habitabilidad sobre la Tierra. Esto es; el deterioro y pérdida de ecosistemas estratégicos y únicos - como glaciares de montaña y bosques templados -, la pérdida de especies animales y vegetales - como el coral e insectos -, el desplazamiento de millones de personas con consecuentes conflictos territoriales y pérdida de culturas y saberes de comunidades y pueblos, por nombrar algunos.

El SPM establece, entre otros, que para alcanzar el límite seguro de aumento de la temperatura promedio global las emisiones globales deben bajar un 45% para 2030, respecto de los niveles de 2010, y alcanzar la carbono neutralidad ("net zero") para el 2050. Para ello será necesario implementar "transiciones sin precedentes, rápidas y de largo alcance" a fin de garantizar una reducción drástica de emisiones en todos los sectores.

Para lograr la reducción de emisiones es imprescindible poner en marcha una amplia cartera de opciones de mitigación y aumentar de manera significativa las inversiones para ello. Se requiere modificar las fuentes de energía y la forma en que se usa (cantidad y calidad), reorganizar el uso la de tierra y los sistemas agrícolas, replantear los tipos y cantidad de alimentos y materiales que se consumen y restaurar y proteger los ecosistemas. Como contrapartida, ello plantea la necesidad de construir una nueva narrativa de desarrollo y bienestar que reubique a la economía como un componente más y al ser humano como un elemento de la biósfera en un esfuerzo de establecer de un modelo (ecocéntrico) que asegure y garantice el bienestar y prosperidad de todas las formas de vida.

3 El IPCC es un cuerpo de científicos y economistas convocados por las Naciones Unidas (ONU) en 1988, que produce periódicamente resúmenes /sintesis sobre cambio climático en base a la información científica sobdisponible incluyendo los impactos y riesgos futuros y las opciones de adaptación y mitigación. Los informes se producen, en primera instancia, para informar a los responsables políticos del mundo.

4 Los gobiernos reunidos en Corea, acordaron el Resumen para Tomadores de Decisión (SPM, por sus siglas en inglés) que elaboró el IPCC sobre 1,5ºC

Implica, además, emprender acciones proactivas para fortalecer la resiliencia y recuperar ecosistemas claves para funcionamiento de los ciclos naturales y mejorar la capacidad adaptación y respuesta de las comunidades y pueblos.

Ahora bien, las actividades humanas ya han causado aproximadamente 1.0°C de calentamiento global por encima de los niveles preindustriales[5] y, en ausencia de esfuerzos adicionales de mitigación las emisiones de gases de efecto invernadero continuarán creciendo. De continuar al ritmo actual, resulta probable que el calentamiento global alcance 1.5°C entre 2030 y 2052[6] y que la temperatura haya aumentado de 3 - 5°C a fines de siglo[7]. En ese contexto, la necesidad de emprender acción por el clima ya no resulta un asunto a disputar sino una necesidad imperiosa y una búsqueda ambiciosa.

Esta empresa requiere que los países mejoren el contenido (metas) y alcance de sus planes de acción, conocidos como NDCs y presentados en 2015 en el marco de la firma del Acuerdo de Paris. Para ello, tendrán una nueva oportunidad este 2020. Estos nuevos NDCs "*deben representar una progresión en comparación con las contribuciones anteriores y reflejar la mayor ambición posible*"[8]. Es sabido que con las promesas actuales el presupuesto global de carbono para alcanzar los 1.5°C ya se habrá agotado para el 2030[9].

Para países como Chile, reconocido como altamente vulnerable el cambio climático por sus condiciones geofísicas y ambientales[10] y con economías primarizadas, basada en la extracción y exportación de materias primas (recursos naturales), que se verán directa e indirectamente afectadas por el cambio climático, el actuar de manera ambiciosa debe ser un "must". Argumentos sobre la reducida contribución del país al fenómeno (0,25 % al 2015)[11] o la retórica del "derecho al desarrollo" o "en la medida de lo posible" resultan obsoletos frente a la emergencia actual; estamos hablando extinciones masivas, migraciones sin precedentes y una incertidumbre imposible de manejar. Un país como Chile puede trazar una senda que no solo desacople las emisiones del Producto Interno Bruto (PIB) sino que busque equilibrar las desigualdades territoriales y sociales y

5 IPCC 2018. Global Warming of 1.5°C.

6 IPCC 2018. Global Warming of 1.5°C.

7 IPCC, 2014. Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

8 Artículo 4,3 del Acuerdo de Paris.

9 Rojel, R., et al. Paris Agreement climate proposals need a boost to keep warming well below 2 °C. Nature volume 534, pages 631–639

10 Bajo nivel de las costas a lo largo de su territorio, el régimen nival y glacial de sus ríos, los tipos de bosques que posee y reforesta, sus océanos, fuente de la pesca como recurso clave.

11 MMA, 2018. 3º Informe Bienal de Actualización de Chile sobre Cambio Climático.

contrarrestar el deterioro ambiental. Con una buena planificación y una decisión clara, la acción por el clima es un ganar - ganar a nivel nacional.

Los análisis[12] de la contribución de Chile indican que es "altamente insuficiente"[13] para asegurar que la temperatura no sobrepase los 1,5ºC lo que demanda reevaluar los componentes y alcances de las metas propuestas. Este 2019 se verá el fruto de la ambición nacional. Lo cierto es que las condiciones para escalar la transición energética han mejorado desde que se presentó, en 2015, el NDC y, que la sensibilidad y aceptación de acción por el clima ha permeado a muchos sectores y carteras.

Para cumplir con la promesa nacional de alcanzar la carbono neutralidad en 2050 será primordial establecer un plan concreto y claro que conduzca a una senda de desarrollo desvinculada del deterioro natural y las emisiones de gases de efecto invernadero. Para ello resulta fundamental la sustitución de los combustibles fósiles por fuentes renovables no convencionales (ERNC), disponibles en todo el territorio nacional. Chile es afortunado al contar con energía descentralizada, gratuita y de base local, por lo que seguir propiciando el uso de energía que generó la revolución industrial sólo inhibirá la nueva revolución socio-cognitiva que se requiere. Ambición por el clima es también repensar el sistema de transporte cuyo alcance va mucho más allá de la electrificación. Se requiere un transporte justo y limpio, que pasa por pensar las ciudades y lograr una efectiva descentralización. Chile, nuevamente, tiene la fortuna de tener una disposición norte - sur que favorece la posibilidad de conectar las ciudades a través del uso de un sistema de transporte eficiente, multipropósito y no-distrital lo que permitiría reducir la flota de buses y el parque automotriz y, a su vez, limitar los impactos de las transformación de los territorios que implica la construcción de carreteras.

El sector agrícola es clave en la ambición climática no sólo en términos de la huella de los productos alimenticios sino porque requerirá la implementación de acciones proactivas de adaptación y transformación a fin de proteger el rol social, en términos de empleo, y ambiental, en términos de biodiversidad que situan a la agricultura como en un sector clave para el desarrollo país. Una desvinculación selectiva del mercado de alimentos global también podría tener un impacto positivo el mercado y economias locales. De ese modo, resulta fundamental revisitar el modelo agroexportador de Chile y establecer mecanismos, programas e instrumentos que permitan, además, emprender una transición hacia una agricultura regenerativa, de baja intensidad carbónica y resiliente. Chile requiere,

11 Climate Action Tracker, Emission Gap Report, UNEP.

12 Climate Action Tracker. En linea: https://climateactiontracker.org/countries/chile/

a su vez, revisar su política forestal que ha propiciado la sustitución del bosque por plantaciones de especie exóticas no adaptadas a las condiciones climáticas y con grandes impactos ecosistémicos. La ambición en esta materia es comenzar un proceso de sustitución del bosque en zonas como las partes altas cuencas hidrográficas, los bordes de los cuerpos de agua y las zonas degradadas. Además implica regular el mercado de la leña, establecer mecanismos rigurosos de fiscalización y modificar la ley de Fomento Forestal y Bosque Nativo para que permitan de manera efectiva mantener y mejorar los bosques. De hecho, según el IPBES[14], las soluciones basadas en la naturaleza, incluido el manejo de los bosques, con las salvaguardas apropiadas, pueden proporcionar un 37% de la solución para alcanzar el objetivo de 1.5°C para 2030.

Para emprender estos cambios transformacionales se requiere financiamiento y una importancia política traducida en una gobernanza climática fuerte e incuestionablemente dirigida por objetivos de mitigación y el fortalecimiento de la resiliencia. Se requiere financiamiento directo a las acciones de restauración ecológica, impuestos claros a las actividades contaminantes e incentivos a la transformación o adecuación tecnológica y asignaciones sustantivas para investigación, innovación y desarrollo. Será fundamental para estimular la ambición el desarrollo de una política fiscal verde.

Por otra parte, la ambición climática no es solo un asunto de Estado, sino que requerirá la participación de todos y cada uno de los actores de la sociedad. Involucrar, fomentar y fortalecer el rol de los actores subnacionales y no estatales será clave para aumentar la ambición. Los gobiernos subnacionales cumplirán un rol clave en la definición e implementación de las acciones al evidenciar los efectos del cambio climático de manera directa y estar más conectados con las personas en el terreno. Asimismo, involucrar a las ONGs y organizaciones de base será clave para lograr la validación, legitimidad y apoyo para realizar las transformaciones que se requieren.

La carbono neutralidad no debe pensarse como un aumento de los sumideros de carbono para hacer frente al aumento de la emisiones. Debemos establecer un año de emisiones máximas que, si buscamos definir en concordancia con la ciencia debiese ser el 2020.

Para una ambición por el clima necesitamos desafiarnos como especie y salir de la inercia.

14 IPBES, 2019. Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services

Género y Cambio Climático, rumbo a la COP25

Paula Fuentes Merino
Abogada, MSc en Política y Regulación Ambiental
London School of Economics and Political Science
paulafuentesmerino@gmail.com

CONTEXTO

Avanzar hacia la implementación nacional de los compromisos suscritos en el Acuerdo de París, se convertirá en el principal desafío de los países desde el año 2020 en adelante. Estos compromisos incluyen principalmente acciones tanto en materia de mitigación, adaptación y medios de implementación (financiamiento, desarrollo y transferencia de tecnología y creación de capacidades), como respecto del marco de transparencia reforzado. En este escenario, es fundamental considerar, que para lograr respuestas efectivas, sostenibles y climáticamente justas, los países deben asegurar que la protección de los derechos humanos esté contemplada y asegurada en la planificación y ejecución de todas las medidas a implementar la reducción y captura de los gases de efecto invernadero (GEI) y la reducción de la vulnerabilidad y aumento de la resiliencia.

En este ámbito, la comprensión de las problemáticas ligadas a la desigualdad entre géneros es clave. Su consideración implica la integración de las diferencias cultural-social y económicamente construidas entre hombres y mujeres en múltiples ámbitos (Acceso y control de los recursos, estructuras institucionales y la participación en los procesos de toma de decisiones, entre otros aspectos) en la planificación y ejecución de las políticas, planes, proyectos y acciones dirigidas a enfrentar el cambio climático.[1]

En este sentido, ya en 2014 el Quinto Informe del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (o IPCC por sus siglas en inglés) sostuvo que los diferentes niveles de vulnerabilidad y exposición al cambio climático surgen de desigualdades multidimensionales y multicausales, no climáticas. En él se indica que las personas

1 Es necesario precisar, con todo, que el concepto de "género" no es inmutable ni universal pues más bien apunta a comprender los roles que los individuos de determinadas sociedades asumen con base a las nociones construidas de lo "masculino" y lo "femenino", lo que implica entender los derechos y roles de todas las personas dentro dichos contextos, y como estos roles se cruzan con la raza, clase, religión, sexualidad, entre otros.

más afectadas son precisamente aquellas que están social, económica, política, institucional y culturalmente más marginalizadas, indicando entre las principales causas de vulnerabilidad la discriminación en base al género, clase, etnia, edad y (dis)capacidad. El informe es explicito al afirmar que la mayor vulnerabilidad de las mujeres al cambio climático no responde a su sexo biológico *per se* sino que reside en relaciones de poder complejas y otras causas de desigualdad estructural.[2]

Aún así, según un análisis realizado por WEDO en 2016 sólo un 33% de las INDCs presentadas integró explícitamente la dimensión de género. De ellas, un gran número lo hace en referencia al contexto de estrategias de desarrollo sostenible y no específicamente en relación con las políticas de cambio climático. Esto demuestra la necesidad de avanzar hacia una integración real y coherente de este enfoque en la acción climática.[3]

Necesidad de integrar el enfoque de género en las políticas climáticas

La necesidad de integrar el enfoque de género en las políticas climáticas es importante por múltiples razones, principalmente porque: 1.- El cambio climático tiene un impacto diferenciado sobre hombres y mujeres, 2.- las mujeres son agentes de cambio fundamentales en el combate contra el cambio climático y, 3.- la integración de las mujeres permite una mejor toma de decisiones climáticas y ambientales. Revisemos.

Si bien el cambio climático es un problema global que afecta a todo/as sin distinción, sus impactos afectan especialmente a grupos más vulnerables de la población entre los cuales destacan lo/as niño/as, discapacitados, pueblos indígenas y las mujeres. Entre las principales razones que hacen que las mujeres sean más vulnerables a los impactos del cambio climático (incluida la reducción de resiliencia y capacidad adaptativa) están: la existencia de normas y leyes discriminatorias y patriarcales, instituciones y costumbres en la cuales las mujeres tienen una participación menor o nula en los procesos de toma de decisiones, conocimiento limitado sobre sus derechos (incluidos los derechos humanos), acceso limitado o nulo al control de bienes y servicios, una carga desigual sobre las responsabilidades de cuidado y domésticas no pagadas, acceso limitado al cuidado reproductivo y sexual (especialmente en situaciones de desastres naturales) y

2 IPCC. *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. [en linea]. Cambridge and New York: Cambridge University Press. 2014. [Fecha de consulta: 29.08.19] Disponible en http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2.

3 ECBI. *Pocket Guide to Gender Equality under the UNFCCC*. [en linea]. 2018. 69p. [Fecha de consulta: 29.08.19].Disponible en https://wedo.org/wp-content/uploads/2018/04/2018-Edition-of-Pocket-Guide-to-Gender_1.pdf

mayor exposición al acoso, a la violencia basada en género y al empobrecimiento[4]. De hecho, si bien las mujeres representan el 80% de la fuerza a nivel rural en el mundo, son dueñas de menos del 2% de la tierra y reciben menos del 1% de los créditos para trabajadores agrícolas.[5]

Está situación de desigualdad y discriminación "de base" se incrementa ante los impactos del cambio climático.[6] Por ejemplo, ante casos de desastres naturales la tasa de mortalidad de las mujeres es mayor que la de los hombres ya que a menudo están a cargo de los hijos o personas mayores, no saben nadar, están vestidas con ropas que dificultan su movilidad o no tienen acceso oportuno a sistemas de prevención y alerta temprana. En el ciclón Sidr en Bangladesh, el 80 % de las víctimas fueron mujeres y niñas[7]. Asimismo, ante situaciones de migración forzada, las mujeres están expuestas en mayor medida a situaciones de violencia de género y maltrato y son las niñas las que generalmente abandonan sus estudios para ayudar a la familia en caso de tensiones.[8] Adicionalmente, la escasez hídrica y sus impactos sobre la disponibilidad de recursos agrícolas, afecta directamente a las mujeres y niñas rurales que usualmente están a cargo de proveer de alimentos, combustible y agua para sus hogares y son quienes tendrán que dedicar más tiempo y energía en la búsqueda de estas provisiones, viendo reducidas sus oportunidades de educación, recreación y descanso.[9] Por ejemplo, en Uganda los impactos del cambio climático generan fuertes tensiones entre hombres y mujeres quienes están a cargo de la generación de ingresos y la siembra, respectivamente. Como el cambio climático reduce los tiempos de crecimiento y vuelve a las lluvias más escasas e impredecibles, aumenta la tensión sobre qué cosecha priorizar gatillando incluso conflictos de violencia doméstica. Además, cuando la comida escasea las mujeres tienden a priorizar la alimentación de sus hijos y esposos primero, reduciendo sus propias porciones en deterioro de su salud y nutrición.[10]

4 UNFCCC. *Synthesis report Differentiated impacts of climate change on women and men; the integration of gender considerations in climate policies, plans and actions; and progress in enhancing gender balance in national climate delegations*. 15 junio 2019. FCCC/SBI/2019/INF.8 [en linea] 2019. 18p. [Fecha de consulta: 29.08.19] Disponible en: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/sbi2019_inf8.pdf

5 FAO. *The State of Food and Agriculture, Women in Agriculture: Closing the gender gap for development.* [en linea] (Roma: Italia) 2011. 147p. [Fecha de consulta: 29.08.19] Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i2050e.pdf

6 OHCHR. *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*. 2009. A/HRC/10/6

7 UNFPA, WEDO, Women on the frontline. [en linea] 2009. 6p. [Fecha de consulta: 29.08.19] Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/climateconnections_1_overview_1.pdf

8 Ibíd. 6.

9 OHCHR. *The rights of those disproportionately impacted by climate change.* Discussion Paper for OHCHR's Expert Meeting on Climate Change and Human Rights on 6 – 7 October 2016. [en linea] 2016. 9p. [Fecha de consulta: 29.08.19] Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/EM2016/DisproportionateImpacts.pdf

10 Ibid. 3. p. 7.

Con todo, las mujeres no sólo son un grupo especialmente afectado por los impactos del cambio climático sino que particularmente importante a la hora de crear, desarrollar e implementar acciones de respuesta en materia de mitigación y adaptación. En efecto, las mujeres son verdaderas agentes y líderes de cambio. Culturalmente, han incidido de manera más directa, por ejemplo, en el cuidado de hogares y comunidades, de semillas y suelos y por tanto tienen un rol clave para el mantenimiento del conocimiento agrícola tradicional y el uso y manejo sustentable de recursos naturales como la leña y el agua. En este marco, destaca especialmente el rol de las mujeres indígenas quienes poseen conocimientos locales y ancestrales indispensables para lograr la adaptación de los ecosistemas y de las comunidades. Asimismo, los estudios indican que aquellos países donde las mujeres tienen derechos y oportunidades cercanos a los hombres tienden a menores emisiones de dióxido de carbono per cápita (cuando otros factores están controlados) sugiriendo que los esfuerzos por mejorar la equidad de género son sinérgicos a los esfuerzos por reducir los GEI y la degradación medioambiental[11]. Además, las mujeres tienen una tendencia a preferir tecnologías más seguras para el clima y ha evitar soluciones de alto riesgo[12] y son en general más proclives a publicar información sobre emisiones de carbono.[13]

Finalmente, asegurar la participación equilibrada entre hombres y mujeres en la formulación, implementación y toma de decisiones climáticas conllevará a mejores decisiones en este ámbito. En este sentido, existen estudios referidos por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que señalan que en general las mujeres americanas están más preocupadas y conocen mejor las consideraciones de cambio climático que los hombres, y que si las mujeres son incluidas en la toma de decisiones referidas al uso de recursos e inversión social generalmente basan sus decisiones en el mayor interés para las familias, los hijos y la comunidad. Además, un estudio de 2005 señala que aquellos países con mayor proporción de mujeres en sus sistemas legislativos son más proclives a aprobar acuerdos medioambientales.[14] En tanto, el Instituto Europeo de Equidad de Género ha reportado que en Europa las percepciones y actitudes hacia el cambio climático y sus respuestas varía mucho en consideración al género. Mientras las

11 Ergas C. y York E. Women's status and carbon dioxide emissions: A quantitative cross-national analysis. *Social Science Research.* Vol.41, Issue 4.2012, (p. 965-976). Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0049089X12000609?via%3Dihub

12 World Bank. *World Development Report: Gender Equality and Development.* [en linea] (Washington DC: EE.UU). 2012. 426p. [Fecha de consulta: 29.08.19] p.X. Disponible en: https://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936222006/Complete-Report.pdf

13 Ibid 3. p. 8.

14 Norgaard K. y York R. Gender Equality and State Environmentalism. *Sage journals*. 2005. Vol. 9, Issue. (506-522). Disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0891243204273612#articleCitationDownloadContainer

mujeres en general muestran más preocupación por el cambio climático y son más proclives a cambiar su comportamiento a través de políticas como la reducción del uso de automóviles, los hombres en general cifran más su confianza en soluciones tecnológicas.[15]

Un estudio reciente que revisa la participación de científicas dentro del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (o IPCC por sus siglas en inglés) señala que, si bien la participación ha ido mejorando desde el primer informe en 1990, que sólo contó con un 2% de mujeres, hasta el quinto informe (2013), que elevó su cifra a un 22% de participación femenina, aún las proporciones siguen siendo bajas y las científicas continúan enfrentándose a importantes barreras respecto de su participación e influencia en la toma de decisiones.[16]

Con todo, para el desarrollo de análisis de género efectivos se deberá tomar en consideración entonces los diferentes roles y responsabilidades que asumen mujeres y hombres (y no sólo mujeres) ante contextos determinados a fin de entender cómo estas relaciones de poder y comportamiento prestablecidos a nivel cultural inciden en la capacidad adaptativa, resiliencia y en la participación y toma de decisiones de la acción climática.

Evolución del enfoque de género bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (o CMNUCC por sus siglas en inglés) adoptada en 1992, fue la única de las "Convenciones de Rio" que no integró un mandato explícito referido a derechos de las mujeres y consideraciones de género desde el comienzo, sin perjuicio de que en los últimos años ha dado importantes avances al respecto.

Si bien el foco inicial de esta agenda fue vincular a más mujeres en las negociaciones y órganos de la CMNUCC, actualmente el enfoque de género es más amplio y se ha integrado de manera transversal en otros ítems de la agenda de negociaciones, específicamente en los relacionados con adaptación, mitigación, transferencia y desarrollo de tecnologías, financiamiento, creación de capacidades, y pérdidas y daños[17].

15 Ibid 3. p. 8.

16 Gay-Antaki M. y Liverman D. Climate for women in climate science: Women scientists and the Intergovermental Panel on Climate Change. PNAS. 2018 (2060-2065). P.X

17 La Secretaría de la CMNUCC preparo un documento técnico que da cuenta de todas las decisiones que en que se ha integrado enfoque de género en otras áreas temáticas. Disponible en: http://unfccc.int/files/gender_and_climate_change/application/pdf/gcc_drc_2017_1_9may2017.pdf

Así, entre los principales hitos, están la adopción en la **COP7 (2001)** de la primera decisión independiente (o *stand-alone decision* en inglés) que apunta a mejorar el equilibrio de género y la participación de las mujeres e integrar la igualdad de género como un principio rector en los Programas Nacionales de Adaptación[18]. Luego, en la **COP16** en Cancún (2010), se adoptan los *Acuerdos de Cancún* en los cuales se incluyen referencias de género en las decisiones sobre adaptación, Programa de Reducción de Emisiones de la Deforestación y la Degradación de los Bosques en los países en desarrollo (o REDD+ por sus siglas en inglés) y desarrollo de capacidades. Asimismo, en la "Visión Compartida", se señala que la igualdad de género debe ser una consideración importante en todos los aspectos de la acción climática.[19] Un año después, en la **COP17** en Durban (2011), se incluyen consideraciones de género en las decisiones sobre finanzas (Fondo Verde del Clima) y tecnología (Centro y Red de Tecnología Climática-CTCN por sus siglas en inglés)[20], pero es en la **COP18**, en Doha (2012), donde se comienza a posicionar con fuerza esta problemática, adoptándose una segunda decisión independiente que establece no sólo la necesidad de mejorar el equilibrio de género en virtud de la CMNUCC, sino que además establece que género será un tema permanente en la agenda de negociación de la COP[21]. En relación a las pérdidas y daños del cambio climático, en la **COP19** en Warsaw (2013) se adopta el Mecanismo Internacional de Varsovia (o WIM por sus siglas en inglés) el que incluye un mandato para la recopilación de datos desagregados por género[22], sin embargo, no es sino hasta la **COP20** en Lima (2014) donde se adopta el "Programa de Acción de Lima en Género" (LWPG por sus siglas en inglés) que apunta no sólo a mejorar aún más el equilibrio de género en términos de representatividad sino especialmente a proporcionar conocimiento y desarrollo de capacidades sobre políticas climáticas género-responsivas.[23] Dicho, programa inicialmente pensado para dos años fue finalmente extendido por otros tres años en la **COP22**.

Con todo, el corolario de este proceso fue el reconocimiento de este enfoque en el Preámbulo del Acuerdo de París adoptado en la **COP21** (2015) el cual dispone que: "*las Partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los*

18 *Decision 36/CP.7*. Disponible en: https://unfccc.int/documents/2521
19 *Decision 1/CP.16*. Disponible en: https://unfccc.int/documents/6527#beg
20 https://unfccc.int/resource/docs/2011/cop17/eng/09a01.pdf#page=67
21 *Decision 23/CP.18.* Disponible en: https://unfccc.int/files/bodies/election_and_membership/application/pdf/cop18_gender_balance.pdf
22 https://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf
23 *Decision 18/CP.20.* Disponible en: https://unfccc.int/files/meetings/lima_dec_2014/decisions/application/pdf/auv_cop20_gender.pdf

pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, ***así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer*** *y la equidad intergeneracional*."[24], entregando una señal política contundente sobre los enfoques de derechos humanos que debía respetar, promover y considerar la acción climática.

Finalmente, en la **COP23** de Fiji (2017) se adopta el Plan de Acción de Género (o GAP por sus siglas en inglés) por un período de 2 años el cual busca promover la participación plena, equitativa y significativa de las mujeres, promover una política climática género-responsiva y la incorporación de una perspectiva de género en la implementación de la Convención. Incluye, además, cinco áreas prioritarias, a saber:

i. Creación de capacidades e intercambio de conocimientos para mejorar la comprensión y la experiencia de las Partes sobre la integración sistemática de las consideraciones de género y su aplicación en las políticas, programas y proyectos a nivel nacional.

ii. Equilibrio de género, participación y liderazgo de las mujeres para lograr y mantener la participación plena, equitativa y significativa en el proceso de la CMNUCC.

iii. Coherencia, para fortalecer la integración de las consideraciones de género en el trabajo de los órganos de la CMNUCC, la Secretaría y otras entidades de las Naciones Unidas y partes interesadas para la implementación coherente de los mandatos y actividades relacionados con el género.

iv. Implementación género-responsiva del Acuerdo de París y la Convención que aseguren el respeto, la promoción y la consideración de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

v. Monitoreo y reporte para mejorar el seguimiento de la implementación de los mandatos relacionados a género bajo la CMNUCC.[25]

24 *Decision 1/CP.21.* Disponible en: https://unfccc.int/documents/9097#beg
25 *Decision -/CP.23.* Disponible en: https://unfccc.int/documents/9097#beg

Desafíos rumbo a la COP25

La COP25 representa una oportunidad clave para avanzar y fortalecer la integración de género en las políticas climáticas a nivel nacional e internacional. Específicamente, en esta reunión los 197 países miembros de la Convención tienen el mandato de revisar tanto LWPG como el GAP, lo que en términos concretos, implicará que se sienten a discutir y acordar de qué forma se mejorará el balance de género, la participación y el liderazgo de las mujeres en la acción climática y a través de que acciones se promoverá la creación e implementación de políticas climáticas sensibles al género.

En este contexto, Chile tiene la responsabilidad de liderar está discusión para perseguir resultados exitosos que contribuyan a la implementación de compromisos climáticos ambiciosos, transformativos y con enfoque de derechos humanos.

La responsabilidad extraterritorial por daños ambientales transfronterizos: Reflexiones a la luz de la opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sol Meckievi
Investigadora doctoral
Cambridge Centre for Environment, Energy
and Natural Resource Governance
Universidad de Cambridge
msm59@cam.ac.uk

Una pregunta que surge en relación al daño ambiental transfronterizo es si los Estados tienen el deber de prevenir violaciones de derechos humanos en el extranjero derivadas de las amenazas ambientales bajo su control. Esta cuestión surge dentro de un debate más amplio sobre la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos que se relaciona con (i) el reconocimiento de los derechos humanos de las personas ubicadas fuera de los territorios de un estado, y (ii) la identificación de los deberes correspondientes de los estados para con esos individuos. El debate es especialmente relevante para casos ambientales, en donde las acciones u omisiones locales en un Estado pueden afectar el medio ambiente más allá de sus fronteras nacionales y, en consecuencia, menoscabar los derechos de las personas ubicadas en el extranjero.

Este problema fue abordado por primera vez en la Opinión Consultiva 23-2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1], solicitada por Colombia en 2016. En su solicitud, Colombia consulto al Tribunal si la Convención Interamericana de Derechos Humanos conlleva obligaciones extraterritoriales para un Estado cuando se interpreta a la luz de un sistema de protección ambiental, en particular, respecto de conductas cometidas fuera del territorio nacional de un

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/2017 de 15 de noviembre de 2017 Solicitada por la Republica de Colombia sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1. en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos), en adelante, "Opinión Consultiva".

Estado o con efectos fuera del territorio nacional de un Estado. En su decisión, el Tribunal se separó de la jurisprudencia predominante en los foros internacionales y estableció que las obligaciones bajo la Convención se extienden a situaciones donde los Estados ejercen un "control efectivo" sobre las "actividades" que causan el daño ambiental, y la consecuente violación de derechos humanos en el exterior. Con esta decisión, el Tribunal abrió las puertas por primera vez a las reclamaciones de derechos humanos transfronterizas derivadas de los impactos ambientales. Esta contribución, pretende abordar la interpretación de jurisdicción extraterritorial adoptada por el Tribunal y su potencial relevancia para escenarios de cambio climático.

La problemática de las obligaciones de derechos humanos "diagonales"

La cuestión del alcance extraterritorial de los derechos humanos se vincula con la discusión sobre los hechos internacionalmente ilícitos. En el régimen general del derecho internacional, que se ocupa principalmente de las relaciones horizontales entre Estados, la cuestión de si un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito se responde normalmente sobre la base de dos elementos: (i) si se puede atribuir una conducta específica al Estado en cuestión, y (ii) si esa conducta cumple con las obligaciones vinculantes de ese Estado. Estas obligaciones pueden o no abordar la acción del Estado que tiene lugar fuera de sus fronteras, o que tiene un impacto en los territorios de otros Estados. Sin embargo, el carácter especial de la ley de derechos humanos, que se ocupa principalmente de la relación vertical entre Estados e individuos, introduce una tercera pregunta relacionada con si las víctimas de violaciones de derechos humanos están dentro de la "jurisdicción" de un Estado[2]. Esta pregunta es importante porque dependiendo del estándar aplicado, la protección de los derechos humanos podría ser demasiado inclusiva y, por lo tanto, una carga irreal para los estados, o demasiado limitada para garantizar una adecuada protección a los individuos.

Contexto de la solicitud de Colombia

En marzo de 2016, la Republica de Colombia presento la solicitud de Opinión Consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal[3]. La solicitud tenía como finalidad que el Tribunal determinase de qué

2 M SCHEININ, 'Just Another Word? Jurisdiction in the Roadmaps of State Responsibility and Human Rights' Global Justice, State Duties - The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law 212, 2013, p.215.

3 Solicitud de Opinión Consultiva solicitada por la Republica de Colombia relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf

forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que el desarrollo de ciertas obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino de la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos[4]. Específicamente, Colombia preguntó si la Convención Americana sobre Derechos Humanos conllevaba obligaciones extraterritoriales para un Estado cuando se interpreta a la luz de un sistema de protección ambiental, particularmente respecto de conductas cometidas fuera del territorio nacional de un Estado o con efectos fuera del territorio nacional de un Estado. También preguntó si el derecho internacional de los derechos humanos podría servir como vehículo para la aplicación extraterritorial del derecho ambiental internacional.

Colombia expuso que la situación que condujo a presentar esta solicitud esta relacionada con el potencial daño ambiental que pudieran generar actividades realizadas por los Estados ribereños de la región, como por ejemplo, la exploración y explotación petrolera, el transporte de hidrocarburos por vía marítima, la construcción y mantenimiento de puertos y de canales para circulación marítima, entre otras. En particular, debido a que sus efectos pueden dañar de manera irreparable la flora y la fauna marina y en consecuencia, la ya frágil capacidad del ecosistema de proveer ingresos en beneficio de los habitantes de la Región[5]. Asimismo, señaló que los daños al medio marino no solo permanecerán en el tiempo, sino que se agravarán, afectando a las generaciones futuras[6].

En atención a lo anterior, Colombia considero que la construcción y operación de nuevos grandes proyectos de infraestructura en la Región del Gran Caribe podría afectar de manera negativa e irreparable la vida digna y calidad de vida de los habitantes de la costa. Estas circunstancias fácticas y, por lo tanto, la necesidad de que se implementen proyectos idóneos y eficaces de prevención y mitigación de daños ambientales en el desarrollo de estas obras, conformaron el contexto fáctico en el que se formula la solicitud de opinión consultiva[7].

4 CIDH, párr. 2
5 Ibid.
6 Ibid.
7 Ibid.

La interpretación de responsabilidad extraterritorial en materia de derechos humanos por daño ambiental transfronterizo en la Opinión Consultiva 23-2017

Para responder la pregunta planteada por Colombia, el Tribunal comenzó afirmando que el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que los Estados partes tienen la obligación de respetar los derechos y libertades prescritos en la Convención y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas bajo su jurisdicción[8]. Siguiendo la jurisprudencia predominante, el Tribunal explicó que el significado ordinario del término "jurisdicción", interpretado de buena fe y teniendo en cuenta el contexto y el propósito de la Convención Americana, no se limita al territorio nacional de un Estado parte, sino que es un concepto más amplio que incluye ciertos aspectos del ejercicio de la jurisdicción fuera de su territorio[9]. Es decir que en virtud del artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a respetar y garantizar tanto los derechos de las personas ubicadas en el territorio del Estado como de aquellas que, estando ubicadas en el exterior, se encuentran bajo su autoridad, responsabilidad o control efectivo[10]. En este punto, la Corte se diferencia de los antecedentes jurisprudenciales al sostener que en relación al daño ambiental transfronterizo, lo importante no es el control sobre la víctima en si misma o los territorios donde estas se ubican, sino el control sobre la actividad que causa el daño y la vulneración de los derechos humanos. El Tribunal formuló su entendimiento de la siguiente manera:

> "Frente a daños transfronterizos, una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen si media una relación de causalidad entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio. *El ejercicio de la jurisdicción surge cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos*"[11]

Esto es significativo, ya que desde esta lógica, la responsabilidad extraterritorial alcanza aquellas situaciones donde sin tener el control sobre un territorio extranjero o las personas allí ubicadas, el Estado vulnera los derechos de individuos ubicados en el exterior a través de actividades locales con efectos extraterritoriales. Se trata

8 Idem, párr. 72.

9 Sobre este tema, ver por ejemplo: Marko Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, OUP, 2011; Fons Coomans and Menno Kam- minga (eds.), Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, 2004; Michał Gondek, The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Intersentia, 2009; Kamchibekova, D. State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations. Buffalo Human Rights Law Review, 2013, 88–149. https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8; Maarten den Heijer and Rick Lawson, *Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction'*, 2013.

10 Idem, párr. 77.

11 Idem, parr. 104. H (la cursiva me pertenece).

de un cambio sutil pero importante, que abre las puertas a reclamos basados en derechos humanos por parte de individuos que estando fuera del territorio de un Estado, se encuentra afectados por su actividad. Pensemos por ejemplo en el caso de fumigación aérea con herbicidas presentado por Ecuador contra Colombia en 2008 ante la Corte Internacional de Justicia[12]. Ecuador alegó que durante una campaña para combatir el narcotráfico que incluyo la fumigación de cultivos ilícitos de coca, Colombia contaminó el territorio ecuatoriano con herbicidas tóxicos, afectando gravemente la salud de los campesinos y las comunidades indígenas, así como sus cultivos, animales y al medio ambiente. Suponiendo que los hechos alegados eran ciertos, ¿tendrían las comunidades indígenas la capacidad de presentar un reclamo colectivo, basado en el control sobre la actividad daños por parte de Colombia, bajo la Convención americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales?[13].

La Opinión Consultiva podría también tener implicancias para la obligación de los Estados de proteger los derechos de los individuos de la interferencia de terceros. En este sentido, los Estado no podrían simplemente asumir que la delegación de actividades en empresas privadas limita sus obligaciones frente a los daños que estos pudieran causar. En consecuencia, bajo el concepto adoptado por la Opinión Consultiva, la obligación de proteger los derechos humanos frente a individuos ubicados en el extranjero se extendería con respecto a las empresas que operan dentro de la jurisdicción "extendida" del Estado, siendo irrelevante que el propio Estado no sea propietario ni opere la planta o industria en cuestión. Los Estados no podría afirmar que tales actividades estuvieron fuera de su control efectivo.

A pesar de la potencial relevancia de la esta decisión para futuros casos de daño transfronterizo, cabe realizar algunas observaciones. Por un lado, el concepto de control efectivo adoptado por la Corte parece equiparar "causalidad" y "jurisdicción". Si bien es cierto que en un contexto doméstico el alcance de la protección ambiental está condicionado al establecimiento de la conexión de causalidad entre la degradación ambiental y la vulneración del derecho protegido[14], la pregunta que surge es ¿Puede considerarse lo mismo en contexto transfronterizo? En principio, el Tribunal parece advertir que no, al establecer que los supuestos en que las conductas extraterritoriales de los Estados constituyen

12 Corte Internacional de Justicia, Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v Colombia), Order of 13 September 2013, ICJ Reports (2013).

13 Las partes llegaron a una solución amistosa por lo que la CIJ no tuvo la oportunidad de pronunciarse en este caso.

14 VINUALES, Jorge. E, A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection en Nahal Bhuta, *The Frontiers of Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016, p.192.

ejercicios de su jurisdicción son excepcionales y, como tal, deben ser interpretados de manera restrictiva[15]. En este sentido, el Tribunal establece que "a efectos de analizar la posibilidad de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en el marco del cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental, resulta necesario analizar las obligaciones derivadas de la Convención Americana a la luz de las obligaciones de los Estados en dicha materia" y que "las posibles bases de jurisdicción que surjan de esta interpretación sistemática deben justificarse en las circunstancias del caso concreto". Sin embargo, a pesar de establecer la excepcionalidad, deja sin resolver la pregunta sobre las bases que permitirían pasar de simple la "causalidad" a "responsabilidad".

Cambio climático como potencial escenario de aplicación

Si bien la Opinión Consultiva no aborda específicamente escenarios de cambio climático, su interpretación de control efectivo y otras observaciones de la Corte sobre los deberes de los Estados son pertinentes para casos de contaminación transfronteriza.

Por un lado, parecería que el concepto de jurisdicción en casos de daños transfronterizos abarcaría casos del cambio climático. De acuerdo a este concepto, podría afirmarse que el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades que producen contaminación tienen el control efectivo sobre las mismas y, además, están en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo. Según el concepto adoptado por el Tribunal, las posibles víctimas de esas actividades se encontrarían bajo la jurisdicción del Estado de origen de la actividad dañosa, a efectos de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos.

Por otro lado, basándose en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia[16], la Corte reconoció la obligación de los Estados de no permitir que su territorio se utilice contra los derechos de terceros Estados, así como de utilizar todos los medios disponibles para evitar que se realicen actividades en su territorio o en cualquier otro área bajo su jurisdicción causando daños ambientales significativos contra terceros estados[17]. La Corte detalla su posición sobre la aplicación extraterritorial de la Convención Americana en casos de daño ambiental al establecer que las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar a las

15 CIDH, op.cit., párr, 81.
16 CIDH, op. cit., párr.97.
17 Idem.

personas en su jurisdicción el goce y disfrute de sus derechos bajo la Convención[18] y que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio[19]

Todo lo anterior podría, en principio, sostener el argumento de que la vulneración de derechos a partir de la contribución de un Estado a los impactos del cambio climático podría resultar en responsabilidad extraterritorial en virtud de la Convención. Lo anterior, sin perjuicio de otras preguntas no menos importantes que deberían ser abordadas en cada caso en particular, por ejemplo, respecto de la causalidad o significancia del daño.

Reflexiones finales

La Opinión Consultiva 23-2017 es un hito en la jurisprudencia evolutiva sobre las obligaciones de derechos humanos "diagonales", es decir, las obligaciones que pueden ser invocadas por individuos o grupos de personas contra Estados distintos a los de su residencia. Esta interpretación sobre control efectivo vino a renovar el entendimiento de las bases que permiten extender la responsabilidad extraterritorial de los Estados, con enormes potencialidades respecto del número de escenarios transfronterizos de aplicabilidad, entre ellos, cambio climático. Podría esperarse que a la luz del razonamiento del Tribunal, el alcance de los asuntos ambientales ante los tribunales de derechos humanos se amplié considerablemente. Sin embargo, es necesario todavía aclarar la excepcionalidad establecida en la decisión que gobierna el umbral de extraterritorialidad. Por ahora, solo queda esperar el aporte que podrían realizar nuevas decisiones.

18 Ibid, párr.101.
19 Idem.

Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente[1]

Verónica Pía Delgado Schneider
Doctora en Derecho, Universidad Tor Vergata (Roma-Italia)
Profesora Asociada, Fac.Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Concepción
Investigadora CRHIAM y CR2
vedelgado@udec.cl

I. La "realidad" que regula el derecho de aguas cambió y seguirá cambiando.

No es difícil concluir que la gestión del agua en Chile no es ni sustentable ni resiliente. Y si bien las razones pueden ser muchas y variadas, estas líneas pretenden poner énfasis en las falencias y atrasos de uno de sus pilares, el derecho de aguas.

Hasta ahora, para la doctrina especializada, el "núcleo dogmático"[2] de la disciplina, esto es, lo que le da su autonomía como tal y determina sus principios e instituciones matrices, no incluiría la protección de las aguas o su uso sustentable. Para Vergara, la *realidad* o los hechos a regular por el derecho de aguas, serían las aguas y su *aprovechamiento*. Y los principios de la disciplina en Chile serían básicamente que las aguas son públicas (*publicatio* de las aguas); que sobre ellas pueden constituirse derechos (o reconocerse en ciertos casos), que existe libertad para ser titular de esos derechos, para ejercerlos y enajenarlos; y el principio de la unidad de la corriente.[3]

Pues bien, este núcleo dogmático del derecho de aguas en Chile debe cambiar, actualizarse, no centrarse sólo en los "derechos de aprovechamiento" sino más bien, ampliarse hacia la *protección* del agua y su aprovechamiento *sustentable*. La evidencia científica es contundente en el sentido que hay una "nueva realidad", dinámica y movible, que asumir: el agua dulce ya es escasa en muchas zonas y la sequía continuará, los glaciares se derriten, aumentan las temperaturas, hay más inundaciones, etc. Esto implica que, de mantenerse la gestión actual y en

1 Agradecimientos al Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción, Proyecto CONICYT/FONDAP/15130015 y al Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), Proyecto CONICYT/FONDAP/15110009.

2 Para utilizar la expresión de Vergara en el estudio más completo en Chile sobre el tema: VERGARA, Alejandro. Sistema y Autonomía del Derecho de Aguas, en: Vergara Blanco, Alejandro (Director), *Actas de Derecho de Aguas*, Nº 1, 2011, p. 68.

3 VERGARA, Alejandro. Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile, en: *Derecho de Aguas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, tomo II, p.455 y ss.

este nuevo escenario, la competencia por el agua se intensificará y se agudizarán los conflictos y el deterioro ambiental. *"La próxima generación de conflictos de agua -advierte Bauer- estará marcada por el vínculo entre agua y energía, cambio climático y la sustentabilidad del ecosistema. El Código de aguas por sí solo no puede lidiar con estos problemas."*[4]

Si queremos pues proteger las aguas y hacer frente al cambio climático, desde el derecho de aguas, las reformas deberán ser sustantivas. El derecho actual, básicamente constituído por el Código de Aguas, si bien la concibe como un bien nacional de uso público, la ha transformado en un bien "privado"[5], al otorgar propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, en carácter de perpetuos y gratuitos, derechos que pueden transarse libremente en el mercado y que no tienen la obligación de respetar el uso para el cual fueron otorgados. De hecho, aunque el agua escasee, todos los usos compiten por igual, sin reconocerse prioridades[6]; aunque en la práctica, el Código sí otorga privilegios a ciertos usos extractivos (por ejemplo el minero), incentiva otros (como el agrícola e hidroeléctrico) y establece, en cambio, escasas normas para el uso doméstico (como el otorgar el derecho a extraer cierta cantidad de aguas subterráneas sin necesidad de tramitar solicitud). Respecto al uso ecosistémico, desde el año 2005, sólo existe la norma que impone respetar el caudal mínimo ecológico al otorgar derechos de agua, pero sólo es aplicable a los "nuevos" derechos. Es increible que todavía no se asuma en la legislación que cuando no hay agua, existirá, un deterioro ambiental muchas veces irreversible (caso Laguna Aculeo), se lesionarán derechos humanos (caso Petorca) y los usos productivos tampoco podrán ejercerse adecuadamente (embalses hidroeléctricos a media capacidad).

La autoridad de aguas, sólo está dotada de facultades ambientales "generales"[7] y -como acertadamente afirma Costa-, el hecho que sólo pueda utilizar herramientas más bien "laterales" de protección, ha derivado en que esta obligación estatal se encuentre "a la deriva" hasta ahora[8]. Todas estas facultades de la autoridad deberán revisarse.

---

4 BAUER, Carl. ¿La Ley del Péndulo? Conflictos y la gobernanza del agua desde 2005. En Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores): *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental.* Santiago: Thompson Reuters - Legal Publishing, 2014, p. 670.

5 ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza, *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*, Santiago de Chile, Thomson Reuters. 2015 y CELUME, Tatiana. *Régimen público de las aguas.* Santiago de Chile, Thomson Reuters. 2013.

6 SANDOVAL, María Ignacia. Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada". En: Revista Justicia Ambiental Nº7, 2015, pp. 133-162.

7 BOETTINGER, Camila. Variables ambientales en el Código de Aguas, en: Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental.* Santiago: Thompson Reuters - Legal Publishing, 2014, p. 374.

8 COSTA, Ezio. Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, Nº 1, 2016, p. 347.

La Dirección General de Aguas tiene atribuciones para otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas, pero una vez otorgados, debe dejarlos al sistema de autogestión privada de los usuarios, organizaciones que en muchas cuencas no están organizadas y que no cuentan con atribuciones en materias ambientales.

La autoridad poco planifica, poco fiscaliza y muy rara vez se hacen efectivas las responsabilidades penales y administrativas contra los infractores. El escenario es desolador si se trata del "robo" de agua y de reparar daños ambientales.

Poca protección preventiva existe si no se contempla una planificación adecuada del agua por parte de la autoridad. Y menos aún si no existe en el derecho de aguas actual instrumentos que permitan integrar a esta planificación hídrica, la territorial, para evaluar los efectos que causan en la cantidad y calidad del agua, los usos de suelo que se darán en la cuenca[9].

Por otra parte, si bien el Código, por ejemplo, reconoce el principio de la unidad de la corriente, en realidad, existen ríos de una misma cuenca que se administran de manera seccionada.Y cuando se tramita un derecho o su traslado, tampoco se respeta este principio, pues en la práctica no se analiza la disponibilidad considerando la relación entre las aguas superficiales y subterráneas. Tampoco cuando se permiten trasvasijes de cuencas, ni menos aún se considera la relación con el agua de mar donde las continentales generalmente desembocan. En otras latitudes la gestión integrada de los recursos hídricos incluye expresamente la zona marina costera.

Las decisiones, por otro lado, se toman por la autoridad y las organizaciones de usuarios sin participación de todos los interesados. No existe quien represente los intereres de los usuarios "sin derechos de aguas", las generaciones futuras ni a los ecosistemas. Hemos afirmado que el Código de aguas no es un código "para las aguas", sino más bien, para los "derechos" de agua, y por lo mismo, sólo participan los dueños de estos derechos[10]. Y dentro de estas organizaciones, las decisiones son poco democráticas, pues sólo son representativas de los "*usuarios con mayores recursos*"[11].

9 DELGADO Verónica, ARUMI José Luis, REICHER Oscar. Lessons from spanish and us law for adequate regulation of groundwater protection areas in Chile, especially drinking water deposits, Water Resource Management [online], 2017, pp. 4699-4713.

10 DELGADO, Verónica y REICHER, Oscar. La urgente incorporación del principio de participación ciudadana en el derecho de aguas chileno: un enfoque desde los instrumentos de gestión ambiental. En: Revista de Derecho Ambiental, N°8, 2017, pp. 154-183.

11 BAUER, Carl. Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile's Market Model. Water Alternatives 8(2): 147-172, 2015, pp.148,12,13,54 y 55.

Por otra parte, como advierte el Banco Mundial, los organismos del Estado (más de 40) no actuan coordinadamente, generando "superposición y dispersión" de recursos y funciones; y hay aún materias que son tierra de nadie, como la planificación del agua a nivel de cuenca, la protección del medio ambiente y grupos vulnerables, el control de la seguridad de presas no construidas con fondos fiscales, la divulgación del conocimiento y la educación, etc[12].

Además, las decisiones generalmente se improvisan pues no existe información científica confiable, ni en disponibilidad ni en calidad de agua, especialmente subterránea. Tampoco hay información sobre cómo funcionan los ecosistemas asociados. Esto es especialmente grave en un contexto de cambio climático, y porque, hasta ahora, no se aplica como debiera el principio precautorio, en virtud del cual, cuando exista incerteza científica, ella no podrá ser utilizada como excusa para postergar una decisión, como aprobar una solicitud de derechos o un proyecto, rechazarlo o imponerle condiciones.

Tampoco la normativa considera "incentivos sustentables" y, en cambio, funciona con los subsidios "perversos" según la OCDE, como aquellos relacionados a la patente por no uso del agua, al riego tecnificado y al uso de agroquímicos que contaminan el agua[13].

El Código trata algunas materias, que hoy son especialmente importantes por el cambio climático, que deberán ser revisadas con urgencia, pues, por ejemplo, las que habilitan a la autoridad para decretar escasez hídrica parten del supuesto que existe una sequía "extraordinaria" (cuando en el país ya es permanente)[14], y las que tratan las inundaciones, sólo lo hacen para imponer una potestad de vigilancia de la DGA por obras de tomas en cauces naturales y embalses.

II. Un nuevo Derecho de Aguas: ambientalizado y resiliente

Un derecho de aguas "ambientalizado" sería aquel que incluya la variable ambiental (en términos de sustentabilidad) en la toma de decisiones de planificación y gestión. Y además sería "resiliente" cuando sea capaz de incluir flexibilidad en la toma de decisiones, permita ir adaptándonos a la cambiante

12 BANCO MUNDIAL, Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 2013, p. 38-40.

13 CEPAL y OCDE, Evaluación de Desempeño Ambiental Chile 2016, 85, 246 y 247.

14 BOETTINGER Camila. Análisis crítico de la Declaración de Escasez, en: *La Regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen Jurídico de las aguas*. DER. 2019, 345-376.

realidad y considere reglas especiales para los grupos más vulnerables. Sólo un derecho de aguas así concebido permitirá lograr seguridad hídrica y avanzar en los objetivos de desarrollo sustentable.

Una gestión *sustentable y resiliente* del agua, a juicio de quien escribe, implica que el derecho de aguas considere tomar decisiones en base a las siguiente premisas, criterios o principios:

a. El agua es un recurso *natural*, escaso y valioso (un bien común, en palabras de E. Ostrom) que, como parte del medio ambiente, debe ser protegida y gestionada, en calidad y cantidad, con *reglas especiales* (distintas a la de los bienes privados), que atiendan justamente a su carácter de común. Y especialmente en un contexto de cambio climático, es decir, con una realidad cambiante, debe considerarse la posibilidad de la autoridad de "revisar" las condiciones bajo las cuales otorgó los derechos[15].

b. La protección implica que exista una adecuada planificación local de los usos del agua (y posibles escenarios), considerando además los usos del suelo. Para ello, los expertos sugieren implementar gestión integrada de recursos hídricos, que es un enfoque de gestión que destaca la función del agua como bien social, económico y ambiental, y que implica la gestión coordinada del agua y del suelo[16]. Esta gestión debe hacerse desde cada territorio[17]. E implica además, proteger ecosistemas acuáticos vulnerables (al cambio climático y la actividad antrópica directa) como glaciares, humedales, turberas etc.; que, a la vez, son especialmente valiosos como reservas de agua, contendores de inundaciones, captadores de carbono etc.

c. Las decisiones, del Estado y de los particulares, en torno a la gestión sustentable del agua deben basarse en información científica confiable (y tecnología adecuada para el procesamiento de datos) y aplicar el principio preventivo; y cuando ella no exista, debe aplicarse el principio de precaución.

---

15 Como ocurre en derecho comparado siguiendo a DUHART Daniela. Debilidad institucional en la gestión de las aguas en Chile: reflexiones a partir del estudio de los sistemas de Inglaterra y Australia (New South Wales) y otras experiencias comparadas. En: *La Regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen Jurídico de las aguas*. DER. 2019, 3-46.

16 Se define como un proceso que promueve la gestión y desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienstar económico y social resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales. Gestión Integrada de Recursos Hídricos [en línea] [fecha de consulta: 20 de julio de 2019] Disponible en: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/iwrm.shtml

17 INICIATIVA AGUA Y MEDIO AMBIENTE, *Hoja de ruta de los recursos hídricos*, Santiago (Chile), 2017, [en línea] [fecha de consulta: 25 de julio de 2019] Disponible en: https://www.aguaymedioambiente.cl/wp-content/uploads/2018/11/Hoja-de-Ruta-Agua-y-Medioambiente-2017-baja-resoluci%c3%b3n.pdf

d. Se debe respetar el ciclo hidrológico y evaluar adecuadamente los efectos de las decisiones que lo alteren pues, por ejemplo, el transporte de aguas de una cuenca a otra, puede producir efectos en ambas, especialmente en la que aportaría el agua, como se ha descrito recientemente[18].

e. Se requiere que *todo aprovechamiento*, sea realizado de manera sustentable, para asegurar que estas generaciones y las próximas puedan disfrutar de todos los otros usos también. Se habla entonces de las funciones del agua o de los servicios ecosistémicos que presta[19]. Una cuenca nos da, por ejemplo, agua para consumo humano doméstico y distintos fines productivos (como la generación de energía, minería, riego agrícola) y también mantiene la fauna y flora de los ecosistemas asociados, da belleza escénica para la recreación, recoge descargas de contaminantes para su disposición final, arrastra nutrientes al mar, que luego se transforman en alimento que permite la pesca, etc. Y todo ello se pierde cuando hay sequía, sobreexplotación o el agua es contaminada[20].

f. La gobernanza debe ser participativa (con adecuada información y educación) y considerar a todos los interesados pues las decisiones no pueden quedar exclusivamente en manos del Estado o los expertos, políticos o sólo de los usuarios[21]. Debe ser además adaptativa (en el sentido que sea flexible ante los cambios en el ambiente) y coordinada (entre los distintos organismos del Estado competentes y entre el Estado y los privados) especialmente con el Ministerio del Medio Ambiente (que lidera la temática ambiental) y la nueva institucionalidad que estará a cargo del Cambio Climático.

g. Deben utilizarse incentivos económicos sustentables, que animen a ahorrar agua, buscar nuevas fuentes, usar infraestructura verde, etc. aplicando principios tales como "el que conserva, cobra" y "el agua paga el agua" y,

h. Debe existir una adecuada fiscalización para hacer efectivas las responsabilidades por daños al ecosistema y las personas.

---

18 Porque el agua no se pierde en el mar, como se ha comentado por DELGADO, PARRA y REICHER desde el CRHIAM (18/10/2015), *Debe el Congreso aprobar el trasvase entre cuencas del país*, El Mostrador [en línea], [fecha de consulta: 10 de junio de 2019] Disponible en: https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/10/18/debe-el-congreso-aprobar-el-trasvase-de-aguas-entre-cuencas-del-pais/ y FARÍAS, GARREAUD, MASOTTI, DELGADO, desde el CR2, ¿Se pierde el agua que llega al mar? (19/07/2019) [en línea] [fecha de consulta: 20 de julio de 2019] Disponible en: (http://www.cr2.cl/se-pierde-el-agua-que-llega-al-mar/

19 DELGADO, Verónica. Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena. En: Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental Universidad de Chile*, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?; Vol. VII, La Ley, THOMSON REUTEURS, 2014, 523-553.

20 GONZÁLEZ, Sergio. Contaminación difusa de las aguas. Revista IniaTierra Adentro, Ed, 2007 - biblioteca.inia.cl, p. 22. [en línea], disponible en: http://biblioteca.inia.cl/medios/biblioteca/ta/NR34773.pdf [consultado el 6 de junio de 2019]

21 DEL MORAL, Leandro y PEDREGAL, Belén. Nuevos planteamientos científicos y participación ciudadana en la resolución de conflictos ambientales. En: *Documents d'anàlisi geogràfica*, Nº 41, 2002, pp. 129 y 130.

III. Reflexiones Finales

Este trabajo propone "repensar el derecho de aguas" y cambiar la lógica que lo inspira, en el sentido de "ambientalizarlo" y hacerlo "resiliente" al cambio climático.

Si el derecho de aguas regula el aprovechamiento, la administración y la gestión del agua, debe también protegerla como bien escaso y valioso que es. Si bien se trata de un recurso aprovechable, antes que todo es un componente ambiental del cual depende la vida del hombre y los ecosistemas, que amerita ser protegido por el Estado y la sociedad.

El derecho de aguas debe evolucionar. Ese es el derecho de aguas que debiéramos tener en el siglo XXI, un derecho de aguas que -en palabras de Embid- será un derecho cada vez más alejado del clásico tema de la propiedad de las aguas, cada vez más cerca de decisiones con bases científicas y participativas y que necesariamente deberá ser un "*derecho ambiental de las aguas*"[22].

Es fundamental que las reformas que se asuman en el derecho chileno, en particular para el agua, sean evaluadas considerando que somos especialmente vulnerables al cambio climático, y que ya la gestión es poco sustentable. Necesitamos reaccionar y adaptarnos, pero adaptarnos bien[23].

22 EMBID Irujo, Antonio. El derecho de aguas del siglo XXI. En: *Actas de Derecho de Aguas,* 2, 2012, p.93.

23 El concepto de "mala adaptación" y varios casos descritos en CEPAL, Adaptación al cambio Climático en América Latina y el Caribe, 2015, p.51.

Los esfuerzos de la Cancillería chilena para impulsar el papel de los océanos como relevante sumidero de carbono y regulador climático de cara a la COP Azul

Waldemar Coutts Smart
Embajador de Chile en Noruega
wcoutts@minrel.gob.cl

Cabe empezar por señalar la relevancia de las Conferencias "Our Ocean", que se inicia en Washington bajo el liderazgo del ex Secretario de Estado John Kerry en junio de 2014. Este proceso plantea un ejercicio inclusivo - al contar con la participación de Gobiernos, ONGs, instituciones, fundaciones y organismos intergubernamentales – que en estricto rigor ha sido complementario a los esfuerzos multilaterales en materia de protección y conservación marina. Su característica principal ha sido la de promover la acción a través de compromisos que ofrezcan soluciones a las principales amenazas que afectan al océano, tales como pesca ilegal, polución marina, la relación entre cambio climático y océano y la promoción de áreas marinas protegidas. Actualmente esta iniciativa se ha transformado en un proceso que lleva dos ediciones efectuadas en Washington (2014 y 2016), una en Valparaíso (2015), una en Malta (2017), una en Bali (2018) y otras programadas en Oslo (octubre de 2019) y Palao (2020).

En ese contexto, es del caso poner de relieve que la Cancillería, bajo el liderazgo del entonces Ministro Heraldo Muñoz, organizó aquel segundo encuentro en octubre de 2015 - con el invaluable apoyo de instituciones públicas y privadas nacionales - dando así continuidad a esa iniciativa, aspecto expresamente valorado por el ex Secretario de Estado Kerry. Un asunto significativo que cabe resaltar del ejercicio realizado en Valparaíso, es que a través de significativos compromisos nacionales, Chile se erigió como un líder de los esfuerzos globales de conservación y protección marina. Hay que destacar que esos logros fueron liderados por la Cancillería, poniendo de relieve que una Cancillería moderna, en coordinación con otras instancias nacionales, es capaz de impulsar procesos internos que, en definitiva, redundan positivamente en materia de política exterior.

En consecuencia, Chile se puso a la vanguardia mundial en materia de protección y conservación marina y se incorporó a un selecto grupo de naciones que promueven el desarrollo sostenible del océano y sus recursos, en línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 14. Asimismo, estuvo entre los primeros en instalar la variable oceánica en los debates en materia de cambio climático. Más allá del protagonismo en el marco del proceso "Our Ocean", el reconocimiento internacional de nuestros aportes hicieron que Chile fuera invitado a participar en otros encuentros oceánicos de envergadura, tales como el "World Ocean Summit", organizado anualmente por la prestigiosa publicación británica "The Economist", y foros como el "Oceans Meeting", organizados por Portugal, entre otros.

Como indicado, ese mismo año, 2015, y de cara a la COP21 realizada en diciembre en Paris, la Cancillería chilena lideró los esfuerzos para resaltar la relación océano y cambio climático, capitalizando y proyectando los exitosos resultados de la Segunda Conferencia "Our Ocean" realizada en Valparaíso. Junto a Francia y Mónaco, Chile puso de relieve el papel del océano como relevante sumidero de carbono y regulador climático en la implementación del Acuerdo de Paris. Con ese propósito, los tres países prepararon la declaración "Because the Ocean", con la adhesión, hasta ese momento, de 23 países y con el apoyo de ONGs, fundaciones, instituciones y toda la comunidad oceánica mundial.

Es del caso recordar que, hasta Paris, los esfuerzos internacionales en materia de cambio climático se centraban en el papel de los bosques, dejando de lado el significativo aporte de los océanos. Es por ello que la Cancillería chilena, por ejemplo, se ubicó entre las primeras en plantear la relevancia que tienen las áreas marinas protegidas en resguardar no tan solo la biodiversidad marina y la recuperación de ciertas pesquerías, sino que muy especialmente el protagónico papel que ocupan en la lucha contra el cambio climático. Hoy la ciencia, a través de distintos estudios, ha avalado el papel de las áreas marinas protegidas como instrumento clave en esa materia.

Por lo tanto, la Cancillería siguió impulsando la incorporación de la variable oceánica en los debates climáticos. Es así que en septiembre de 2016, meses antes de la COP22, que se celebraría en noviembre de 2016 en Marrakech, se organizó un taller de alto nivel político y técnico en la sede de "National Geographic" en Washington. Este solo hecho, contar con la ayuda de "National Geographic", revela la colaboración que Chile estableció con relevantes instituciones mundiales de cara a ese objetivo. El ejercicio consistió en acercar a especialistas en cambio climático y en materia oceánicas, incluyendo representantes de Gobierno, negociadores, científicos y ONGs, para identificar los desafíos que representa la inclusión del océano en la agenda climática. Se trataba, en definitiva, de desarrollar un plan de

acción que permitiera abordar los temas oceánicos a través de la acción climática en el marco del Acuerdo de Paris.

Como resultado de esta iniciativa, en la COP22, Chile junto a Francia y Mónaco, realizan el lanzamiento de la segunda declaración "Because the Ocean", que planteo incrementar la ambición de la acción climática, incorporando la protección del océano en las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDCs), elemento fundamental de una implementación exitosa del Acuerdo de París. En suma, esta segunda declaración, que actualizo y supero en ambición a la primera, fue suscrita por más de 35 países. En ese mismo contexto, en Marrakech se organiza por primera vez dentro de una COP, el "Oceans Action Day", iniciativa que se había empezado a programar en el marco del taller de alto nivel de Washington. Chile fue un activo colaborador de ese evento, que tuvo como resultado la adopción de una Hoja de Ruta Estratégica sobre Océanos y Clima de cara al 2021, con el objeto de guiar las acciones de la comunidad oceánica.

Durante la COP23, efectuada en Bonn en noviembre de 2017, siguieron las conversaciones sobre la implementación del Acuerdo de Paris obteniendo un fuerte impulso para hacer del océano una prioridad. La Presidencia de Fiyi de la COP23 anunció el lanzamiento de la "Ocean Pathway Partnership", para seguir fortaleciendo el papel del océano. Los adherentes de la declaración "Because the Ocean", liderada por Chile, Francia y Mónaco, participaron en la construcción de esta nueva alianza. Por ejemplo, la Cancillería chilena junto a Francia y Mónaco organizaron un taller sobre el papel del océano en las NDCs. Asimismo, la Cancillería chilena ocupo un papel relevante en el "Océanos Action Day" realizado en Bonn. En otro contexto igualmente relevante, se realizó en Nueva York, en junio de 2017, la Primera Conferencia de Naciones Unidas para los Océanos, con una destacada participación nacional, en la que nuevamente se resaltó la importante relación océanos y cambio climático. Uno de los resultados de esa Conferencia fue la designación en septiembre de un Enviado Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Océano.

En esa misma línea, en la COP24, efectuada en Polonia en diciembre de 2018, se siguió con el "Ocean Action Day", iniciativa que se realiza ininterrumpidamente desde 2015 en el marco de las COP pero que, como señalado, a partir de Marrakech se organiza dentro del mismo recinto. Participaron agencias internacionales, Gobiernos (Chile), institutos de investigación, fundaciones, ONGs, abordando temas como el papel central de los océanos y el clima; la mitigación vinculada a los océanos y zonas costeras; la adaptación; la "Economía Azul"; mecanismos de financiamiento, entre otros. Como es conocido, en Polonia la Ministra de Medio Ambiente, Carolina Schmidt, planteo exitosamente la candidatura chilena para

ser sede de la COP25, luego de que Brasil renunciara a acogerla, permitiendo de esa manera que esa Conferencia no tan solo se quedara en nuestra región latinoamericana sino que además revelara nuestro alto grado de responsabilidad internacional y voluntad de contribuir a enfrentar esa problemática.

En definitiva, la COP25, o "COP Azul", como la ha denominado tanto el Presidente Sebastian Piñera como la próxima Presidenta de la COP25, la Ministra Carolina Schmidt, tiene un solido asidero desde la perspectiva de la reconocida vocación oceanica nacional y de los esfuerzos desplegados en las COP desde 2015 con el objeto de resaltar esa variable. El liderazgo que Chile asumirá en la proxima COP, a realizarse en diciembre de 2019, pondrá de relieve, entre otros temas relevantes, tanto el aumento de la ambición de cara al 2020, asunto que será abordado en la Cumbre Climatica que el Secretario General de Naciones Unidas ha convocado en septiembre, como el papel que ocupan los oceanos y la Antartica en la lucha contra el cambio climatico. Este ultimo aspecto es la logica consecuencia de una impecable trayectoria chilena en materia oceanica, cuya urgencia seguramente ayudará a plantear el informe sobre océanos y criósfera del IPCC, que se lanzará en septiembre próximo.

En suma, los compromisos y credenciales nacionales en materia oceanica son irrefutables. Estos se identifican a traves de los siguientes hechos: a) el mencionado liderazgo desde la perspectiva de una COP Azul, b) el papel que ha ocupado la iniciativa "Because the Ocean", que Chile y otros han impulsado desde 2015, destacando el lugar que deben ocupar los océanos en las negociaciones climáticas, c) el liderazgo que Chile asumirá en la Cumbre APEC, en noviembre próximo, que proyectará la relevancia de la sostenibilidad oceánica, particularmente centrada en el combate a la pesca ilegal y la contaminación marina, d) nuestra participación como miembros del Panel de Alto Nivel para la Construcción de una Economía Oceánica Sostenible, creado en 2018 por la Primera Ministra de Noruega, cuyos resultados definirán los contenidos de la Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre Oceanos en 2020, e) nuestro compromiso con el Acuerdo FAO del Estado Rector del Puerto, con el proposito de eliminar la pesca ilegal, organizando en Chile, en junio próximo, la Segunda Reunion de Estados Partes, recordando que la Primera se celebró en 2017 en Oslo, donde Noruega presidió y Chile ocupo la Vicepresidencia, f) nuestra participación en las Conferencias "Our Ocean", organizando la segunda versión en 2015, dando continuidad a la primera efectuada en Washington el año anterior, generando un proceso de protección y conservación marina complementario a los esfuerzos multilaterales, g) nuestro compromiso con las negociaciones conducentes a un nuevo y tercer acuerdo de implementación de la CONVEMAR sobre el uso sostenible de diversidad biológica marina más allá de las jurisdicciones nacionales (BBNJ).

Con todo, es claro que en los últimos años Chile se ha posicionado en materia de protección, conservación y uso sostenible del océano y sus recursos en distintos foros, realizando esfuerzos a nivel nacional, regional y mundial, que permiten que ocupemos hoy un lugar de vanguardia internacional. Estas acciones apuntan a resaltar que la arquitectura climática necesita para su buen funcionamiento de un océano saludable, en línea con lo que plantean muchas instituciones internacionales. Se trata de que el océano -que ocupa dos tercios de la superficie del planeta- sea integrado de manera explícita y práctica en el régimen climático, enfrentando retos tales como la adaptación de las regiones costeras, la puesta en marcha de mecanismos de financiación climática y la creación de soluciones innovadoras en materia de energía, alimentación y transporte. Todo esto en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

El necesario e inevitable vínculo entre derechos humanos, derechos de acceso y acción climática

Gabriela Burdiles Perucci
Abogada, Universidad Católica de Chile
Mgs. En Estudios Internacionales, Universidad de Chile
Msc. en Derechos Humanos,
London School of Economics and Political Science
Profesora de la Clínica de Derecho Ambiental,
Universidad Central de Chile
Directora de Proyectos de la ONG FIMA
burdiles@fima.cl

INTRODUCCIÓN

El "Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" o "Acuerdo de Escazú" fue adoptado en marzo del 2018 por 24 países de América Latina y el Caribe en Costa Rica[1]. En la actualidad se encuentra abierto a la firma y ratificación de los 33 países de la región, contando a la fecha con 21 firmas y 6 ratificaciones[2].

El Acuerdo de Escazú es el primer tratado del mundo que incluye medidas para la protección de los defensores ambientales de América Latina y el Caribe. El objetivo principal de este instrumento es avanzar hacia la plena implementación de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos y decisiones ambientales (o "derechos de acceso")[3], poniendo su foco en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Por su parte el Acuerdo de París, adoptado en 2015 y que comenzará a regir a partir de 2020, pretende mantener el aumento de la temperatura global muy

1 Las copias auténticas del Acuerdo Regional están disponibles en el sitio web de CEPAL: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdfv[18 de abril de 2018].

2 El Acuerdo requiere la ratificación de 11 Estados para entrar en vigor; artículos 21 y 22 del Acuerdo de Escazú.

3 Artículo 1 del Acuerdo de Escazú: El objetivo que se propone dicho Acuerdo es "garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso (...), así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible".

por debajo de los 2ºC con respeto a los niveles preindustriales, aumentando la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promoviendo la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de efecto invernadero[4].

El Acuerdo compromete a los estados a promover y contar con marcos de transparencia y participación pública adecuados para implementar sus obligaciones y acciones climáticas[5]. Por ello, resulta necesario asegurar el respeto de los derechos humanos y la efectiva implementación de los derechos de acceso en la legislación y en la práctica de los estados parte, como un marco de garantías básico para la toma de decisiones de cambio climático.

Como se analizará en este artículo, el Acuerdo de Escazú, es un mecanismo concreto de cooperación en nuestra región para garantizar y reforzar el cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo de París, en materia de transparencia y participación.

I. Las obligaciones del Acuerdo de París y el respeto de los derechos humanos

Los impactos del cambio climático en los derechos humanos han sido ampliamente documentados en diferentes reportes y resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[6]. Dichos informes han reconocido que los impactos del cambio climático son distribuidos de manera desigual, afectando desproporcionadamente a las regiones y países más pobres y vulnerables, así como a la realización y goce de todos los derechos humanos[7].

También se ha advertido que pueden existir impactos respecto del disfrute de los derechos humanos, vinculados con las medidas que adoptan los gobiernos para hacer frente al cambio climático. Esto porque ciertas medidas pueden generar impactos negativos en ellos. Un ejemplo es la producción de agro-combustibles que ha significado una amenaza al derecho a la alimentación para los sectores más vulnerables de la población, al contribuir al alza del precio de los alimentos[8].

Por otra parte, las obligaciones que los Estados tienen en materia de derechos humanos, proveen un importante marco de protección para las personas más afectadas por el cambio climático o por las medidas adoptadas por los gobiernos para combatirlo, permitiendo generar respuestas más efectivas en la práctica[9]. Esto

4 Artículo 2 a y b del Acuerdo de París.
5 Artículos 4.3, 6.2, 7.5, 12 y 13 del Acuerdo de París.
6 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 10/61, 2009.
7 Ibíd., Resolución 10/61, pp. 5 y 8.
8 Ibíd., p. 22.
9 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 10/61, 2009 p. 24.

se conoce como la perspectiva de derechos humanos en la política climática, es decir aquella que se centra en los impactos del cambio climático, en los derechos humanos y en las acciones que los Estados deben adoptar para minimizarlos, en base a sus obligaciones internacionales[10].

En efecto, el Acuerdo de París menciona en su Preámbulo que al implementar dicho tratado "las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos…"[11]. Esta referencia pretende recordar a los Estados las obligaciones que cada uno tiene bajo los tratados de derechos humanos que haya ratificado o que vaya a ratificar[12].

Es por ello que al desarrollar medidas para enfrentar el cambio climático, los Estados deben preguntarse cómo implementar estas acciones en coherencia con las obligaciones que ellos han contraído en materia de derechos humanos. Este enfoque, según el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, tiene el potencial de "guiar y reforzar la formulación de las políticas internacionales, regionales y nacionales en la esfera del cambio climático, promoviendo la coherencia de las políticas, su legitimidad y la sostenibilidad de sus resultados"[13].

Además, de acuerdo con Caney, esta perspectiva de derechos humanos aporta ciertos "umbrales morales mínimos" respecto de los cuales todos los individuos son titulares[14] y se ocupa de asegurar de que nadie se encuentre por debajo de éstos. El efecto de adoptar este enfoque es que estos niveles mínimos de protección de los derechos de las personas y grupos más vulnerables, deben resguardarse en toda acción climática.

Este es el caso de los denominados derechos de acceso a la información (implícito en el derecho a la libertad de expresión y opinión), la participación[15]y la justicia, en la toma de decisiones ambientales[16]. Los derechos de acceso generan obligaciones de carácter procedimental para los Estados que son también aplicables en la toma de decisiones vinculadas a acciones o políticas en materia

10 CANEY, S., "Climate change, human rights and moral thresholds", en Humphreys, S. & M., Robinson, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

11 Preámbulo del Acuerdo de París.

12 SAVARESI, A., "The Paris Agreement: a new beginning?", Journal of Energy & Natural Resources Law, 34: 1, 2016, pp. 16-26.

13 Consejo de Derechos Humanos de naciones Unidas, Resolución 26/27, 2014, p. 3.

14 CANEY, Op.cit., p. 73.

15 Derecho implícito, por ejemplo, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza el derecho a "tomar parte en la conducción de los asuntos públicos".

16 Esto ha sido reconocido en en la jurisprudencia de las principales cortes de derechos humanos. Ver por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR), 1998, Guerra y otros v. Italia, No. 14967/89 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2006, Claude Reyes y otros v. Chile, Fondo, reparaciones y costas, N° 151.

de cambio climático[17], y como veremos, ellos sirven como un marco de garantías para la adecuada implementación de las obligaciones del Acuerdo de París y para el desarrollo de políticas climáticas.

II. Asegurando los derechos de acceso en las decisiones climáticas

Las contribuciones determinadas a nivel nacional o NDC, son el núcleo del Acuerdo de París y de la consecución de sus objetivos a largo plazo. Las NDC encarnan los esfuerzos y políticas de cada país para reducir las emisiones nacionales y adaptarse a los efectos del cambio climático con el fin de alcanzar los objetivos del Acuerdo, en un marco de transparencia "reforzado"[18]. Para ello, el Acuerdo de París requiere que cada Parte prepare, comunique y mantenga las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que se proponga lograr[19].

Para determinar dichas medidas y compromisos de la NDC, los estados deben, de acuerdo al Preambulo del Acuerdo de Paris, tener en consideración sus obligaciones de derechos humanos, para no afectarlos negativamente. Como hemos dicho, esto incluye el respeto de las obligaciones procedimentales de las partes en materia de toma de decisiones ambientales. Es decir, el deber de implementar procesos transparentes y participativos para la formulación y rendición de cuentas de las políticas climáticas.

Por otra parte, el Acuerdo de París en su artículo 7 dispone que los Estados establecen una meta mundial de adaptación que consiste en aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resciliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático, cuyo objetivo es "proteger a las personas, los medios de vida y los ecosistemas" (artículo 7.2), para lo cual las partes deben realizar comunicaciones en adaptación (artículo 7.10).

Además, el Acuerdo enfatiza que la acción en adaptación debe basarse en un enfoque "que responda a las cuestiones de género y sea participativo y del todo transparente, tomando en consideración a los grupos, comunidades y ecosistemas vulnerables y que dicha labor debería basarse e inspirarse en la mejor información científica disponible, y cuando corresponda, en los conocimientos tradicionales, los conocimientos de los pueblos indígenas y los sistemas de conocimientos locales" (artículo 7.5).

17 Consejo de Derechos Humanos, ONU, Resoluciones 10/4 de 2009 y 26/25 de 2014.

18 El mecanismo establecido en el artículo 13 del Acuerdo de París o "Marco de Transparencia", busca aumentar la transparencia y facilitar el seguimiento de los progresos realizados por cada parte en relación con las NDCs.

19 Artículo 4, párrafo 2 del Acuerdo de París.

Es decir, los planes de adaptación nacionales deben ser elaborados, implementados y evaluados de manera transparente y participativa, para asegurar que las medidas que se adopten las partes en adaptación cumplan y promuevan los objetivos señalados en los artículos 7.2 y 7.5.

En este sentido el Acuerdo de Escazú, establece la obligación de las partes de velar porque los derechos de acceso sean libremente ejercidos y de promover los contenidos de este Acuerdo en otras instancias o foros internacionales[20]. Para ello regula en sus artículos 5 y 6 el derecho de los ciudadanos a acceder a la información ambiental, estableciendo el principio de máxima publicidad de la información que está en poder, bajo el control o custodia de los Estados[21]. En particular, regula la obligación de las partes de contar con sistemas de información Ambiental, los cuales pueden incluir "fuentes relativas a cambio climático"[22].

Además, el Acuerdo de Escazú regula el derecho a la participación ciudadana, incluyendo la obligación de promover la participación del público e implementar una participación abierta e inclusiva en procesos de toma de decisiones ambientales de interés público, tales como políticas o normas ambientales[23], que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente, incluyendo las decisiones climáticas de mitigación o adaptación.

Dichas obligaciones deben ejercerse teniendo en especial consideración a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad que se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso[24] y mediante procedimientos que reúnan ciertas condiciones mínimas tales como medidas para asegurar la participación del público desde etapas iniciales de los procesos de toma de decisiones, con plazos razonables, información clara, para poder formular observaciones y que las observaciones sean debidamente consideradas[25].

Finalmente, la garantía de los derechos de acceso a la información y la participación en las decisiones climáticas resulta fundamental para proteger el

20 Artículo 4 del Acuerdo de Escazú sobre "Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe".

21 Artículo 5, párrafo 1 del Acuerdo de Escazú sobre "Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe".

22 Arrtículo 6, párrafo 3.

23 Artículo 7, párrafos 1 y 3 del Acuerdo de Escazú sobre "Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe".

24 Artículo 2, 3 y 7 párrafo 14 del Acuerdo de Escazú sobre "Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe".

25 Artículo 7 del Acuerdo de Escazú sobre "Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe".

aporte y el trabajo de la sociedad civil en estos temas, en particular de los activistas climáticos y defensores de la tierra y el ambiente.

En los últimos meses, diferentes activistas y movimientos climáticos se han manifestado en las principales ciudades del mundo. Dichas manifestaciones han sido reprimidas y prohibidas en algunos países como Inglaterra[26]. Además, de acuerdo al útimo reporte de Global Witness, 89 personas defensores del medio ambiente y de la tierra, fueron asesinados en 2018 en América Latina[27].

En esta materia, el Acuerdo de Escazú dispone que los Estados deben garantizar un entorno seguro y propicio en el que la ciudadanía pueda actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad; tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales; y tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que puedan sufrir[28].

Conclusión

El Acuerdo de París reconoce el deber de las partes de dar cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos que han contraído a nivel internacional como regional. Estas obligaciones incluyen asegurar los derechos procedimentales de las personas de acceder a la información, participación y justicia, en la toma de decisiones en materia de cambio climático.

El Acuerdo de Escazú, que regula esta materia, es un mecanismo concreto para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones. Su implementación adecuada permitirá desarrollar procesos más transparentes y participativos para la formulación de NDCs y planes de adaptación como también establecer compromisos más adecuados y sostenibles de mitigación y adaptación, que incorporen las diferentes miradas y preocupaciones de la sociedad.

26 The Guardian, "The London ban on Extinction Rebellion risks a perilous erosion of public trust", 19 de octubre de 2019: https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/oct/18/london-ban-extinction-rebellion-erosion-trust-protesting

27 Global Witness, 2019. "Enemies of the State", en: https://www.globalwitness.org/es/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/

28 Artículo 9 del Acuerdo de Escazú.

/ ESTUDIOS /

Instrumentos de Conservación Ambiental en la Legislación Minera

Environmental Conservation Instruments in Mining Law

Camilo Durán Carvajal
Abogado, Universidad de Chile
Diplomado en Derecho Ambiental, PUCV
Investigador Asociado Fundación Llampanguí
camiloduran87@gmail.com

Andrés Pinto Espinosa
Abogado, Universidad de Chile
Magíster en Gestión Cultural del Patrimonio y la Naturaleza
Instituto Ortega y Gasset
Estudiante Magíster en Áreas Silvestres y Conservación de la Naturaleza
Universidad de Chile
Investigador Asociado Fundación Llampanguí.
andres.pintoe@gmail.com

RESUMEN

La actividad minera ha sido desarrollada bajo una fuerte orientación extractivista, lo que hoy en día deja en una relación asimétrica a los titulares de concesiones mineras frente a los dueños de predios superficiales. Esta situación es crítica cuando involucra terrenos dedicados por sus dueños, a la conservación ambiental. El presente trabajo pretende identificar dentro de la normativa minera, aquellas instituciones que pueden ser utilizadas como instrumentos de protección ambiental, y como estas deben ser interpretadas.

Palabras Clave: Conservación, minería, facultad de catar y cavar, áreas de interés científico e histórico, áreas de conservación privada.

ABSTRACT

The mining activity has been developed under a strong extractive orientation, which nowadays leaves mining concessions holders in an asymmetric relation against the owners of surface properties. This situation is critical when it involves lands dedicated by its owners to environmental conservation. The following work intends to identify, within mining regulation, those institutions that can be used as environmental protection instruments, and how these should be interpreted.

Keywords: Conservation, mining, tasting and digging, areas of scientific and historical interest, private conservation areas.

INTRODUCCIÓN

El Código de Minería de 1983 fue elaborado bajo el amparo de la constitución de 1980, la que consagra un modelo económico neoliberal basado en el impulso de actividades extractivas que han cimentado el modelo chileno de desarrollo.[1]

Lo anterior se ve reflejado principalmente en las garantías y deberes desarrollados a lo largo de los distintos numerales del artículo 19 de la carta magna, en especial, entre los numerales 21 al 24. Este último, luego de consagrar el derecho de propiedad, se refiere al dominio del Estado sobre las minas, y más adelante, a los derechos de propiedad sobre concesiones mineras y sobre los derechos de agua, normativa que ha servido de pilar para la industria agrícola, energética y minera del país.

Por su parte, el Código de Minería junto con su reglamento y la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, sustentan el desarrollo de esta actividad, ubicándola en un lugar privilegiado en cuanto al soporte legal que la respalda, comparada con otras actividades económicas. Esta asimetría también se manifiesta respecto del interés y la regulación en materia de protección y conservación del medio ambiente.

Al ser una de las actividades económicas más importantes de nuestro país, la minería representa además una de las principales fuentes de conflictos socioambientales de nuestro territorio, encontrándose estrechamente vinculada con controversias relativas al agua y a la tierra. En este sentido, es importante tener presente que "en Chile la extracción excesiva de aguas subterráneas, la contaminación del suelo y el agua y los desechos peligrosos constituyen los mayores riesgos a los que el sector minero expone a la diversidad biológica".[2]

Es sabido que la legislación ambiental chilena es débil frente a estas amenazas, y que los proyectos de conservación, tanto estatales como privados, están siempre bajo el peligro de que la actividades mineras se lleven a cabo, ya sea dentro del predio en conservación como en las zonas de amortiguación aledañas.

Así en la práctica, nos encontramos ante una situación de desprotección cuando se trata de terrenos dedicados a conservación, sobre los cuales, a su vez,

1 ESPINOZA, Manuel Ignacio, et al. *El extractivismo minero en Chile: Una crítica a la ideología del crecimiento económico*. En: Actas del XIV Congreso Geológico Chileno. La Serena, Chile. 2015. (pág. 473- 476)

2 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*. [en línea]. Santiago, Chile, 2016. 273p. [Fecha de consulta: 12.12.2018]. p. 50. Disponible en: www.cepal.org.

existen concesiones mineras constituidas, teniendo muy pocas herramientas para impedir o ser compensados por los daños provocados.

En las siguientes líneas analizaremos algunas de las herramientas que otorga el mismo Código de Minería, como limitaciones, compensaciones o prohibiciones, que si bien, no necesariamente están diseñadas para la protección y conservación de la biodiversidad, eventualmente podrían ser utilizadas con ese fin.

I. La Facultad de catar y cavar

Dentro de la minería, la exploración o investigación constituye una de las primeras actividades necesarias para identificar la existencia de sustancias que puedan dar origen a futuras concesiones. De esta manera la Constitución, en su art. 19 N°24 inc. 6, parte final, establece que:

"Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas".

Esta fase de exploración a nivel legal, se materializa en la facultad de catar y cavar, reconocida para cualquier persona en el art. 1 inc. 2 del Código de Minería, la que luego se desarrolla en el párrafo 2 del Título 1 del mismo código.

La acción de catar es definida como "ver y examinar una cosa"[3] mientras que cavar implica el hecho de "mover o abrir la tierra"[4]. Sin embargo, la definición legal la encontramos en el art. 19 del Código de Minería en los siguientes términos:

"La facultad de catar y cavar comprende no sólo las de examinar la tierra y la de abrirla para investigar, sino también la de imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales".

II. Indemnizaciones

El artículo 14 del código de minería señala lo siguiente:

"Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales.

3 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua español. 23° ed.* [en línea]. [Fecha de consulta: 01.12.2018]. Disponible en: https://dle.rae.es.

4 Ibídem.

Los perjuicios que se causen con motivo del ejercicio de esta facultad deberán indemnizarse. El juicio respectivo se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 233".

De esta forma, la primera herramienta más obvia para limitar la facultad de cavar y catar, es que las concesiones mineras se encuentren inscritas a nombre del dueño del predio, ya que no se le permitiría a un tercero sobrepasar los límites de una concesión ajena.

Por supuesto, esta solución aparentemente tan simple, suele ser impracticable para grandes extensiones de tierra, ya que la cantidad de concesiones que se pueden establecer en un terreno pueden ser tantas como el tamaño del terreno lo permita, y el costo asociado a la inscripción del total de esas concesiones puede llegar a ser muy elevado, lo que constituye una importante limitación.

Por lo tanto, vale la pena centrar la atención en el inciso segundo del citado artículo, que se refiere a los perjuicios que deberán indemnizarse.

Para referirnos a este punto, tenemos que observar las reglas de responsabilidad civil extracontractual, de las cuales podemos extraer algunas ideas en relación a esta obligación impuesta por el legislador para quien quiera ejercer la facultad de catar y cavar.

Es en esta área del derecho donde se ha desarrollado el concepto de daño a reparar en caso de negligencia o dolo. Si bien aquí no estamos frente a una obligación nacida por la inobservancia de los deberes de cuidados generales y recíprocos[5], sino ante una exigencia impuesta por el legislador, el perjuicio o daño debería ser tratado a la sombra de las reglas que responsabilidad extracontractual, toda vez que el Código Civil es la norma de aplicación general y supletoria. De igual forma se entiende que la finalidad que se persigue es dejar al dueño o al perjudicado indemne del daño sufrido[6].

Entonces, quién ejerza la facultad de catar y cavar en un terreno ajeno, deberá indemnizar al propietario del mismo, por los daños causados en relación a dicha actividad. Ahora bien, a pesar de que no existe una definición legal de

5 La responsabilidad extracontractual no supone la existencia de un vínculo obligatorio previo a diferencia de la responsabilidad contractual. Así, en el caso de la responsabilidad por culpa, su antecedente se encuentra en los deberes de cuidados generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos. Por otra parte, si la responsabilidad es de carácter estricto su antecedente es el daño causado.

6 BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (1° edición), Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 220.

daño, la jurisprudencia ha estado conteste a entender por tal a "todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial"[7]. Dicho lo anterior, correspondería preguntarse qué daño debe indemnizarse en la situación analizada. La jurisprudencia,[8] en base al artículo 2329 del Código Civil[9], ha sostenido que el daño a indemnizar es todo daño, incluyendo el tanto el daño material (daño emergente, lucro cesante y pérdida de una chance)[10] como el daño moral[11].

Frente a este escenario, podemos entender que la indemnización que deba pagar quién ejerza la facultad de catar y cavar puede ser muy elevada, si acompañamos para su estimación por parte del juez, prueba suficiente que indique que los daños ocasionados son bastantes. Así, por ejemplo, un proyecto de conservación que tenga entre sus actividades el turismo, podría alegar que el ejercicio de la facultad de catar y cavar por parte de una empresa minera, le produce un daño de gran envergadura, asociado posiblemente al lucro cesante, porque las visitas al sector podrían verse disminuidas debido a la alteración de las virtudes por las que se caracterizaba. Por otra parte, la presencia de múltiples derechos reales sobre el predio determinaría que los titulares de cada uno de estos deban ser indemnizados. En este caso, la herramienta del Derecho Real de Conservación podría ser clave, ya que permite, en un mismo predio a conservar, la existencia en paralelo de distintos titulares de diferentes Derechos Reales de Conservación, ya que estos pueden ser establecidos sobre determinados atributos, como las fuentes hídricas, corredores biológicos determinados, patrimonio cultural, o bienes intangibles como por ejemplo, el silencio o la oscuridad. De esta forma, el concesionario minero deberá indemnizar a cada uno de los titulares de dichos derechos que se vean afectados.

Al mismo tiempo, podría reclamarse la reparación de daño moral, ya que se generaría un perjuicio extra patrimonial relacionado por ejemplo, con un

7 Ibid. p. 220

8 Ibídem.

9 Art. 2329 Código Civil: *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1º. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2º. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3º. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.*

10 Daño emergente corresponde al valor o precio del bien o cosa que ha sufrido el daño, el lucro cesante es la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de un acto ilegal, el incumplimiento de un contrato o un daño ocasionado por un tercero, y la perdida de una chance dice relación con la imposibilidad de aprovechar una oportunidad determinada, que de no haber ocurrido el hecho que la obstaculiza, podría haber sido ocupada por la víctima.

11 El daño moral puede ser definido como el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida. En un sentido más amplio el daño moral puede ser entendido como toda lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima.

significado sentimental arraigado en una familia o comunidad o por tratarse de un espacio ceremonial para un pueblo originario[12].

De esta forma, este artículo puede suponer una gran traba para quién deba indemnizar, si la argumentación y la prueba indican que el daño causado es alto.

III. Artículo 7 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, artículo 15 del Código de Minería y la función social de la propiedad

La facultad de catar y cavar también se encuentra expresamente reconocida para el titular de un derecho de concesión minera, en el art. 7 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) en los siguientes términos:

"Todo concesionario minero tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión".

De esta manera, tal como ha entendido ampliamente la doctrina y nuestros tribunales, nuestra legislación establece por una parte la facultad de catar y cavar para cualquier persona, como acabamos de revisar, y además se refiere expresamente a ella en la LOCCM como una facultad reconocida además para el concesionario, dentro de los límites de su concesión.

Luego, en ambos cuerpos normativos se establecen distintas limitaciones al ejercicio de esta facultad y se regulan las consecuencias para el dueño del terreno superficial afectado. Así, el art. 15 del Código de Minería en su parte final, establece una fuerte limitación al ejercicio de esta actividad, al señalar:

"Con todo, tratándose de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales, sólo el dueño podrá otorgar el permiso".

En un sentido similar, el artículo 7 de la LOCCM antes citado, se refiere en su parte final a una prohibición muy parecida, en los siguientes términos:

"Sin embargo, sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos".

12 Independiente de las acciones que se puedan llevar por la aplicación de la ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, la ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena o el Convenio 169 de la OIT.

Resulta evidente la intensión del legislador de limitar la facultad de catar y cavar, tanto cuando sea ejercida por cualquier persona, o por el titular de una concesión minera. En ambas disposiciones se buscó proteger, por una parte, a aquellos terrenos que presentaran edificaciones dedicadas a la vivienda, lo que debe ser entendido en un sentido amplio. Al mismo tiempo, se limitó esta facultad ante la presencia de "terrenos plantados de vides o árboles frutales" o aquellos que contengan "arbolado o viñedos".

La importancia de las normas comentadas viene dada por la limitación que en la práctica significa para el ejercicio de esta facultad, y las consecuencias que eso conlleva tanto para el concesionario como para el dueño del terreno superficial. Así, en el caso de que cualquier persona quiera ejercer la facultad de catar y cavar en cualquier terreno que presente "árboles frutales", deberá contar con la anuencia del dueño del terreno superficial, no pudiendo esta ser sustituida por el juez, como en las otras hipótesis que contempla el código.

Por otra parte, aquel titular que pretenda ejercer estas facultades dentro de los límites de su concesión, deberá contar con la autorización del propietario del terreno si se constata la existencia de "arbolados". Esta última hipótesis es la que resulta más interesante en nuestra opinión, ya que tiene importantes consecuencias prácticas en casos de terrenos dedicados a la conservación o protección del medio ambiente.

Por la época de dictación de la norma, es fácil entender que la intensión del legislador fue proteger una actividad productiva creciente e importante como puede ser la agricultura o la actividad forestal, lo que ha sido utilizado en algunos casos por la jurisprudencia, para restringir las facultades del dueño del terreno[13].

Sin embargo, a pesar del origen de la norma, los conceptos utilizados en la regulación analizada pueden ser identificados como herramientas de protección ambiental, en un sentido amplio, haciendo una interpretación progresiva de la norma y considerando la importancia de llevar adelante un desarrollo económico sustentable.

13 Corte Suprema. Sociedad Minera Isla Riesco S.A. con Roderick Maclean. Casación de Fondo. (30.11.2010) Rol N° 3905 -2010. La Corte señaló que "el concepto "arbolado" que contempla el artículo 7º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras como limitación para el establecimiento de la servidumbre requerida, alude a un factor de índole económica, como sería el aprovechamiento de especies arbóreas en actividades como la industria forestal- como manifestación de alguna de las actividades de carácter económico susceptibles de ser desplegadas en la materia- ya que una interpretación diversa haría ilusoria la pretensión de desarrollar la actividad minera analizada, cuestión de suyo inadmisible ya que significaría privar de sentido a la profusa normativa que regula la materia."

Una interpretación de la norma con las características antes señaladas, debe captar las necesidades sociales, y por lo tanto ambientales, presentes al momento de interpretar y aplicar la ley, adaptándola a la situación actual y reconociendo la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Así, el ordenamiento jurídico debe ser entendido, no como un mero conjunto de normas dictadas con pretensión de permanencia, sino como algo que "está en constante movimiento, que permanentemente debe estar dando respuestas a la realidad social a que pertenece y que pretende regular y dirigir"[14]. Una importante referencia en cuanto a las necesidades ambientales actuales, se encuentra plasmada en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[15], cuyo objetivo N°15 apunta a "gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad"[16], contemplando, entre otras, las siguientes metas:

- Para 2020, velar por la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y los servicios que proporcionan, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales.

- Para 2020, promover la gestión sostenible de todos los tipos de bosques, poner fin a la deforestación, recuperar los bosques degradados e incrementar la forestación y la reforestación a nivel mundial.

- Adoptar medidas urgentes y significativas para reducir la degradación de los hábitats naturales, detener la pérdida de la diversidad biológica y, para 2020, proteger las especies amenazadas y evitar su extinción.

En este sentido el concepto de "arbolado" antes referido, adquiere gran importancia y puede ser entendido desde una perspectiva distinta a la pensada por el legislador en su época. La RAE define arbolado como "sitio poblado de árboles"[17]. Así, no es difícil identificarlo como parte de los elementos contemplados dentro de los conceptos de medio ambiente y de conservación del patrimonio ambiental dados por la Ley General Bases del Medio Ambiente. Este último se encuentra definido en la ley como:

14 BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental.* (2° Edición). Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2014. p.153 -154.

15 Chile ha asumido el desafío de implementar los ODS a través de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, impulsada principalmente por el Ministerio de Desarrollo Social.

16 Organización de las Naciones Unidas. *Objetivos de desarrollo sostenible*. [en línea] [fecha de consulta: 15.12.2018]. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/biodiversity/

17 Op. Cit. 3.

"El uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración"[18].

Por lo tanto, es necesario entender la limitación en estudio, en armonía con los compromisos adquiridos por nuestro país, pero también con la regulación ambiental existente en la actualidad, que no se encontraba desarrollada de la misma manera al momento de la dictación de la normativa minera.

En consecuencia, la limitación descrita puede ser entendida como una institución que permite un uso racional de los recursos naturales, con el objetivo de asegurar la existencia de los mismos para generaciones posteriores, debido a la posibilidad de impedir la extracción de especies o la deforestación de áreas pobladas de árboles producto de faenas mineras. Es importante destacar que, debido a la amplitud del concepto utilizado por el legislador, podemos estar en presencia de diferentes especies arbóreas en distintos sitios de nuestro país, las que muchas veces pueden tardar largo tiempo en recuperarse.

La importancia de lo anterior viene dada además, por la justificación constitucional que aquello implica, puesto que puede ser entendida como una restricción impuesta al concesionario en virtud de la función social del derecho de propiedad. Cabe recordar que, según lo dispuesto en el artículo 19 N°24 inc. 2 de la carta fundamental, la función social comprende "cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

Lo anterior significa que las facultades propias del derecho de propiedad quedan limitadas en virtud de intereses que involucran un bien mayor, más allá de lo individual, lo que autoriza al legislador a restringir este derecho para la consecución de objetivos sociales. Esto último ha sido objeto de discusión por parte de aquellos titulares de concesiones que se han visto imposibilitados de ejercer la facultad en comento, producto de la aplicación del artículo.7 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Se trataría así de una limitación al derecho de propiedad en virtud de la conservación de patrimonio ambiental como fin superior, reconocido a nivel constitucional dentro del concepto de función social.

18 Ley 19.300. (09./03./1994). Ley de Bases Generales de Medio Ambiente. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Así, al contemplar la existencia de bienes ambientales dentro de un terreno, como hipótesis de limitación a las facultades del concesionario minero, se establece una importante herramienta de contención para aquellos particulares que han levantado diferentes iniciativas de conservación privada. Es necesario recordar que las Áreas Protegidas de Conservación Privada representan una categoría de conservación escasamente desarrollada en la legislación Chilena. Lo anterior se ve demostrado en el hecho de que a pesar de que se encuentran consideradas como un instrumento regulatorio dentro del artículo 35 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, su desarrollo legislativo aún se encuentra pendiente.

Por lo tanto, la limitación a la facultad de catar y cavar en análisis, adquiere una característica diferente cuando el predio superficial afectado constituye un área de conservación o protección privada que contenga especies arbóreas en su interior, sin importar las cantidades o del tipo que estas sean. La conservación del patrimonio ambiental, incluida dentro del concepto de función social de la propiedad, juega un rol importante en estos casos y debe ser considerada como justificación del ejercicio de la potestad del dueño del terreno superficial.

IV. Limitaciones del artículo 17 del Código de Minería

El artículo 17 del Código de Minería sin lugar a dudas es el más estudiado y analizado como herramienta de protección de la biodiversidad frente a proyectos mineros. Esto porque aquí se enumeran una serie de situaciones que, al configurarse, dan pie para que quien quiera catar y cavar en determinado terreno, tenga que conseguir permisos adicionales según cada caso.

De esta forma se configura aquí la existencia de una norma imperativa, toda vez que se exige el cumplimiento de ciertos requisitos, en este caso los permisos, para poder llevar a cabo la facultad de catar y cavar.

Así, este artículo se aplicaría tanto si esta facultad se ejerce por cualquier persona, como lo indica el artículo 14, o por el concesionario minero, ya sea catando o cavando, explorando o explotando.

El artículo 17 presenta diversos numerales, de los cuales solo abordaremos aquellos que consideramos atingentes para el tema tratado.

Este artículo señala:

"Artículo 17.- Sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15, para ejecutar labores mineras en los lugares que a continuación se señalan, se necesitará el permiso o permisos escritos de las autoridades que respectivamente se indican,

otorgados en la forma que en cada caso se dispone:

1°. Del gobernador respectivo, para ejecutar labores mineras dentro de una ***ciudad o población****, en cementerios, en playas de puertos habilitados y en* ***sitios destinados a la captación de las aguas necesarias para un pueblo****; a menor distancia de cincuenta metros, medidos horizontalmente, de edificios, caminos públicos, ferrocarriles, líneas eléctricas de alta tensión, andariveles, conductos, defensas fluviales,* ***cursos de agua y lagos de uso público****, y a menor distancia de doscientos metros, medidos horizontalmente, de obras de embalse, estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones.*

No se necesitará este permiso cuando los edificios, ferrocarriles, líneas eléctricas de alta tensión, andariveles, conductos, estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones pertenezcan al interesado en ejecutar las labores mineras o cuando su dueño autorice al interesado para realizarlas.

Antes de otorgar el permiso para ejecutar labores mineras dentro de una ciudad o población, el gobernador deberá oír al respectivo Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo";

En este caso estamos frente a un permiso administrativo otorgado por el gobernador de la zona en donde se quiera emplazar el proyecto. El numeral está centrado en la protección de poblaciones y de edificaciones necesarias para estas poblaciones, y la protección de suministros básicos para estas. Sin embargo, hay elementos interesantes en la lista señalada, destacando en primer lugar, los sitios destinados a la captación de las aguas necesarias para un pueblo. Al referirse a sitios y no a sistemas o construcciones, podríamos entender que se incluyen en este término tanto construcciones artificiales realizadas por el ser humano, como sitios naturales que cumplen esa función. La ley no hace distinción entre unos y otros, y la historia de la ley no señala diferencia entre ellos. Así, por ejemplo, los inicios de valles como cabeceras de cuenca cumplen funciones hídricas importantísimas para la captación de aguas lluvias, no solo abasteciendo los cursos superficiales, sino que también filtrando las aguas subterráneas. Más evidente es el caso de los humedales como sistemas naturales de captación de aguas, los cuales revisten una gran importancia para poblaciones humanas y ecosistemas en su conjunto. Así lo reconoce la Convención de Ramsar[19] al señalar que:

"En particular, los humedales son de una importancia decisiva para suministrar los servicios de ecosistema reguladores y de apoyo en los que se basa el manejo de los

19 Chile ratificó la Convención a través del Decreto Ley Nº 3.485, de 27 de septiembre de 1980.

recursos hídricos y pueden por ello ser considerados como componentes esenciales de la infraestructura general de esos recursos"[20].

Del mismo modo, el boletín RAMSAR del año 2013, publicado por CONAF en Chile señala que:

Desde la Conferencia de las Partes Contratantes de 1996, Ramsar ha reconocido ampliamente no solo que el agua es esencial para mantener las importantes funciones ecológicas de los humedales sino también que estos deben considerarse componentes esenciales de la infraestructura general para el manejo del agua.

De esta forma, una interpretación extensiva del concepto de "sitios destinados a la captación de las aguas necesarias para un pueblo", debería incluir tanto formaciones artificiales como naturales que cumplan esta función.

Ahora bien, siguiendo con el listado, no solo deberá solicitarse este permiso para sitios de captación de aguas, sino que para cualquier proyecto que se instale a menos de cincuenta metros de un curso de agua o lago de uso público. La ley en este sentido no hace distinciones y por curso de agua puede entenderse desde una vertiente hasta un río. Todo indica que lo que el legislador quiso prevenir con esta norma, eran los posibles problemas de contaminación de estos cursos de aguas.[21]

Por otra parte, cabe señalar que al hablar de población en este numeral, la ley no define lo que se debe entender por tal. Así, en una sentencia otorgada por la Corte de Apelaciones de La Serena[22] sobre un caso de solicitud de concesión minera dentro del Parque Hacienda El Durazno, reconocida como un área protegida privada en la cual habitan algunas personas, se tuvo que recurrir al diccionario de la Real Academia Española, el cual señala que población, en una primera acepción se define como "acción y efecto de poblar", y en una segunda acepción como "conjunto de personas que habitan la tierra o cualquier división geográfica de ella".

En base a lo anterior, la corte sostuvo en su argumentación, para negar la constitución de servidumbre, que:

---

20 SECRETARÍA DE LA CONVENCIÓN DE RAMSAR. *Manejo de cuencas hidrográficas: Integración de la conservación y del uso racional de los humedales en el manejo de las cuencas hidrográficas.* [En línea]. Gland. Suiza. 2010. (4ª edición, vol. 9). 104 pág. [Consulta 14.03.2019]. p. 12. Disponible en: http://archive.ramsar.org/pdf/lib/hbk4-09sp.pdf

21 Cabe hacer notar el poco entendimiento del funcionamiento sistémico de las cuencas hidrográficas por parte del Código Minero, si es que su fin aquí es evitar contaminación de los cursos de agua. Una distancia de cincuenta metros o la distancia que sea no garantiza la no contaminación de la cuenca, toda vez que los sistemas hidrográficos funcionan de forma compleja alimentados, por ejemplo, tanto de aguas superficiales como subterráneas.

22 Corte de Apelaciones de La Serena. Bugueño Insinia con Contreras López y otros. Recurso de apelación. (22.08.2018). Caratulado. Rol N° 54-2018.

"Por ello, esta Corte comparte la opinión del juzgador del grado sustentada en la sentencia recurrida, en cuanto a considerar que los "varios caseríos humanos que circundan el camino existente" en el Lote A —que es por donde se pretende la servidumbre de paso de la actora—, dedicados a la ganadería y agricultura lugareña, con siembras temporeras propias del sector, desde tiempos inmemoriales, ***actividades humanas a las que se suma la existencia del Centro de Rescate de Guanacos***, a cargo del demandado Manuel Pinto Contreras, aprobado por Resolución Exenta N° 455 de 21 de octubre de 2003 del Servicio Agrícola y Ganadero IV Región, según se acreditó con el informe pericial decretado en autos como medida para mejor resolver, constituyen una población en los términos de la disposición en análisis, la que, a no dudar, verá afectada su forma de vida desarrollada por distintas generaciones en ese sector del predio denominado Hacienda El Durazno, así como las desplegadas para la recuperación de la especie camélida citada, en razón de la naturaleza de las faenas mineras que se pretenden desarrollar,(…).

De esta manera, la presencia de caseríos cercanos, que no necesariamente constituyen un pueblo, sirvió en este caso como argumento para que la Corte sentenciara que el solicitante debía requerir este permiso especial. Por otra parte, la Corte nombra la presencia de un Centro de Rehabilitación de Guanacos, y lo hace de una manera aditiva a la presencia humana, por lo que se podría entender que la jurisprudencia en este caso considera también como población, la existencia de un grupo de animales que desarrolla su vida en el sector. Esto se condice perfectamente con una interpretación extensiva del término "población", que en la misma definición otorgada por la Real Academia, en su acepción cuarta señala que población es un "conjunto de individuos de la misma especie que ocupan determinada área geográfica". Habría que seguir observando si esta línea argumentativa cobra mayor relevancia, y pueda convertirse en una tendencia jurisprudencial.

El numeral 2 del artículo 17 señala de forma específica que se necesitará el permiso

"2°. Del Intendente respectivo, para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales";

No deja de llamar la atención este numeral, toda vez que por el solo hecho de la ratificación de la Convención de Washington en 1967, los parques nacionales no podrían ser intervenidos de forma alguna salvo su desafectación por ley, por lo que suplir tal requerimiento con el solo permiso de un intendente es totalmente violatorio a lo estipulado en la convención, la cual señala en su artículo tercero que:

"Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales".[23]

Por otra parte, este numeral del artículo 17 del Código de Minería habla específicamente de las áreas protegidas del Estado y sus diferentes categorías, por lo que en opinión de estos autores, si es que se aprueba el proyecto de ley que crea el Sistema de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), esta parte del código debería sufrir una modificación, toda vez que el proyecto de ley en su artículo 57 menciona las diversas categorías de protección que podría tener un área, siendo mucho más amplia que parque, reserva o monumento. Esto en base a la historia del Código de Minería, la cual nos muestra a través de un oficio enviado por el entonces ministro de agricultura al ministro de minería, que la intención era incluir todas las categorías de protección contenidas en el anteproyecto de Ley sobre Áreas Silvestres Protegidas del Estado[24], excluyendo solo la categoría de Reserva de Región Virgen por las características especiales que esta posee, por lo que en concordancia con esto la actualización de esas categorías debería significar una modificación a este numeral. Así mismo, este numeral, en base al proyecto de ley SBAP, debería contemplar la inclusión de Áreas Protegidas Privadas (APP) toda vez que en base a esta ley, las mismas pasarán a formar parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas debiendo adscribirse a algunas de las categorías otorgadas por la ley.

Por su parte, el numeral 3 de la ley también podría ser utilizado en caso de que el área protegida presente la característica ahí señalada:

" 3°. De la Dirección de Fronteras y Límites, para ejecutar labores mineras en zonas declaradas fronterizas para efectos mineros;"

Por último, el numeral sexto de la ley es el que a nuestro juicio mejor podría ser utilizado por iniciativas de conservación privada. Este señala que se requerirá del permiso:

"6°. Del Presidente de la República, para ejecutar labores mineras en covaderas o en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico".

23 Decreto N° 531. (04.10.1967). Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América. Ministerio de Relaciones Exteriores.

24 Oficio del Ministro de Agricultura enviado al Ministro Jefe del Comité Asesor Presidencial. Fecha 28 de enero, 1983.

Cabe señalar que el numeral no se refiere a un permiso para realizar labores mineras en áreas de conservación, sino que específicamente en áreas de interés científico e histórico, por lo que el dosier que debe armarse para la solicitud de tal declaración frente al Ministerio de Minería[25], debe ir en esa línea argumentativa. Así mismo hay que tener en consideración que no existe una definición legal que nos diga qué se entiende por sitio de interés histórico o científico.[26]

Según datos del Ministerio de Minería[27], en la actualidad existen 40 sitios declarados zonas de interés científico e histórico. De ellos la mayoría corresponden a parques y reservas nacionales. Lo paradójico es que bajo los lineamientos de la Convención de Washington esto no sería necesario, pero sabemos que la ratificación por parte del Estado a esta convención, no ha significado una protección seria para las áreas protegidas públicas.

En cuanto a las áreas protegidas privadas destaca la presencia del Parque Karukinka administrado por la Wildlife Conservation Society (WSC) en Tierra del fuego, quién logró esta declaratoria el año 2015.

También es cierto que en casos emblemáticos como el llevado por el proyecto GEF- Altos de Cantillana, se negó esta denominación, pese al valor del lugar, el alto nivel de endemismo, su diversidad biológica, entre otros atributos. La negativa se basó siguiendo una línea argumentativa centrada en la postura que señala que la declaratoria como zona de interés científico, está reservada para aquellos sitios de interés astronómico[28].

Cabe recordar que para las situaciones nombradas anteriormente no existe una prohibición para llevar a cabo la facultad de catar y cavar, si no que se requiere del permiso especial que se nombra para cada caso, pudiendo eventualmente otorgarse. Pero sin embargo esto constituye una traba mayor para quienes quieran realizar actividad minera en estas zonas.

---

25 Según opinión de estos autores la evaluación de un sitio de interés científico debería ser analizada por otro organismo cercano a las ciencias, como el nuevo Ministerio de Ciencia y Tecnología o el Ministerio de Medio Ambiente. Así el carácter de interés histórico debería realizarlo el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

26 Según la historia de la ley y parte de la doctrina, este numeral fue incluido pensando en el desarrollo de actividades astronómicas, toda vez que gran parte de la actividad minera se desarrolla en el norte del país, en donde se encuentra gran cantidad de observatorios. Más allá de que eso allá sido así en un comienzo, diversas declaraciones de áreas de este tipo han demostrado que el interés astronómico solo es una de las vertientes que se han seguido, siendo el criterio medioambiental y científico de otras áreas fuera de la astronomía, el que se ha seguido para muchas de las declaraciones.

27 Ministerio de Minería. Gobierno de Chile. *Zonas declaradas de interés científico para efectos mineros por el Ministerio de Minería.* [en línea] [fecha de consulta: 18.12.2018] . Disponible en: http://www.minmineria.gob.cl/zonas-de-interes-cientifico-para-efectos-mineros/

28 Este argumento carece de cualquier validez, toda vez que dentro de las 40 zonas de interés científicos, existen muchas que no poseen atributos para la astronomía, sino que atributos científicos de otra índole.

Así, el mismo artículo citado señala que:

"*Al otorgarse los permisos exigidos en los números anteriores, se podrá prescribir las medidas que convenga adoptar en interés de la defensa nacional, la seguridad pública o la preservación de los sitios allí referidos*".

El hecho de que este artículo no represente una herramienta diseñada para la conservación de la biodiversidad[29] queda señalada en el penúltimo inciso del artículo 17, el cual señala que la declaratoria debe ser específicamente para efectos mineros. Sin esa declaración específica, no tendrá ningún efecto para con esta actividad.

" *Los permisos mencionados en los números 2°, 3° y 6°, excepto los relativos a covaderas, sólo serán necesarios cuando las declaraciones a que esos mismos números se refieren hayan sido hechas expresamente para efectos mineros, por decreto supremo que además señale los deslindes correspondientes. El decreto deberá ser firmado, también, por el Ministro de Minería*".

Esto se condice con que estas zonas no son consideradas como áreas colocadas bajo protección oficial[30], por lo que la declaración de área de interés científico no será considerada a la hora de solicitar el estudio de impacto ambiental para determinado proyecto.

Creemos necesario revisar este escenario, toda vez que las características de interés científico e histórico presentan un carácter importante para la Convención de Washington, lo que se ve reflejado al definir a los Monumentos Naturales como áreas con estos atributos:

"Se entenderá por MONUMENTOS NATURALES: Las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de ***interés estético o valor histórico o científico****, a los cuales se les da protección absoluta(…)"*.[31]

Con esto no queremos decir que las áreas de interés científico e histórico pasen a considerarse Monumentos Naturales, sino que, al poseer estas cualidades relevantes para la Convención de Washington, debería al menos otorgárseles el carácter de áreas colocadas bajo protección oficial.

---

29 BERMUDEZ, Jorge y HERVÉ, Dominique; *Informe Final: Propuesta de Homologación y Ampliación de Categorías de Manejo y Protección para la Conservación de las Áreas Marinas y Costeras.* Proyecto GEF. Santiago, Chile. 2009. p. 154.

30 Oficio Nº 43.710/2004 CONAMA

31 Decreto 531. (04.10.1967). Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América. Ministerio de Relaciones Exteriores.

De esta forma nuestra legislación ambiental y sectorial, que muchas veces se contradice con el derecho ambiental internacional, se acercaría más a las directrices internacionales en cuanto a áreas protegidas.

CONCLUSIONES

Se hace evidente la desproporción con que se ha regulado el desarrollo de la actividad minera, protegiendo a los titulares de concesiones, muchas veces en menoscabo de otros intereses particulares o sociales que puedan existir sobre un territorio determinado. Un ejemplo de lo anterior es la posibilidad de que el juez pueda autorizar el ingreso de los concesionarios, sobreponiéndose a la voluntad del o los dueños de un terreno.

Así mismo, la fortaleza con la que se resguarda la normativa minera hace que cualquier intento de revisarla, modificarla o de proponer medidas regulatorias más eficaces frente al daño ambiental que esta actividad produce, sean difíciles de implementar o llevar a cabo.

Lo anterior obliga a reinterpretar este tipo de normativa con el fin de acercar esta regulación fuertemente extractivista y proteccionista, a un modelo de desarrollo sostenible, obedeciendo además a los compromisos que ha asumido Chile en estos últimos años.

Como mandato de armonización, "el principio de desarrollo sustentable o sostenible importa un crecimiento económico a largo plazo, que sea compatible con la conservación del medio ambiente en el que se lleva a cabo y apoya. Ello importa una armonización entre el progreso social y económico (la mayor realización espiritual y material posible, art. 1 inc. 4o CPR) y los deberes de velar por el respeto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de tutela de la naturaleza (art. 19 N° 8 inc. 1° 2a frase CPR)".[32]

La presión ejercida por la industria minera sobre la biodiversidad y los daños que esto acarrea, representan un riesgo para el futuro del país, lo que se incrementa si observamos la débil protección que han tenido las áreas protegidas, tanto públicas como privadas, en esta materia, ya sea a nivel normativo o institucional.

Esto nos obliga a buscar alternativas, dentro de la legislación vigente, que puedan ser utilizadas como herramientas de conservación. Así, es posible identificar distintas elementos que, interpretados correctamente, pueden ser de gran utilidad como protección frente a faenas mineras. Algunos ejemplos de lo anterior han sido

32 Op. Cit. 14. p.73.

tratados en el desarrollo de este trabajo, sin embargo este esfuerzo no se agota aquí, ni tampoco podemos basarnos siempre en interpretaciones y en desarrollos doctrinarios para enfrentar esta problemática. Un nuevo marco constitucional debería abrirse a nuevas formas de entender nuestra relación con el entorno, ya sea humano o natural, más aún, considerando los nuevos escenarios a los que nos vemos enfrentados en la actualidad, como lo son el calentamiento global y el cambio climático, en donde los estándares para las industrias extractivas y contaminantes, deberían ser muy exigentes, y los principios de sostenibilidad deberían guiar el actuar político y económico de un país.

Por otra parte, independiente de los cambios a gran nivel que exige nuestra realidad, la actividad jurisprudencial igualmente está llamada a tener, desde ya, una visión más integradora de los ODS y de las necesidades ambientales en general a la hora de estudiar los casos que deban analizar, más allá de la limitante que entrega la normativa y conceptos acuñados en relación a la minería, los cuales fueron establecidos hace más de treinta años y fuera de todo orden democrático.

Frente a este llamado a cambiar la visión de cómo llevamos los temas regulatorios y ambientales a cabo en relación a la industria minera, no podemos pasar por alto la abierta violación de las convenciones y tratados internacionales suscritos por Chile en materia ambiental, en especial en relación a las áreas protegidas, priorizando de esta forma el ordenamiento legal interno por sobre los esfuerzos que se vienen dando desde hace años a nivel internacional, los cuales tienen como fin cuidar la biodiversidad y enfrentar el calentamiento global.

De esta manera, el llamado es en lo inmediato a hacer un trabajo interpretativo progresista de las normas que actualmente nos regulan en materia minera, pero sin dejar de mirar hacia el futuro pensando en la posibilidad de generar verdaderos cambios normativos e institucionales. Estos deben guiar al país hacia una mirada distinta de desarrollo, dejando atrás la visión que hemos utilizado y seguido hasta ahora, para priorizar los objetivos en los que hoy se basa gran parte del planeta y que han sido desarrollados en base, por ejemplo, a encuentros como la Conferencia de las Partes, cuya vigésima quinta versión se llevará a cabo en diciembre de este año en nuestro país. De esta manera, si somos anfitriones de encuentros tan importantes para el futuro del planeta, deberíamos alinearnos de forma consecuente con lo que en ellos se propone, con el fin de combatir la disminución de hábitats, la extinción de especies, la desertificación y, por ende, los efectos irreversibles que pueda tener el calentamiento global y el cambio climático.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, (1° edición), Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile, 2006

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. (2° Edición). Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2014.

BERMUDEZ SOTO, J. y HERVÉ, Dominique.; Informe Final: Propuesta de Homologación y Ampliación de Categorías de Manejo y Protección para la Conservación de las Áreas Marinas y Costeras. Proyecto GEF. Santiago, Chile. 15.01. 2009.

BORDALI SALAMANCA, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. Revista de Derecho. Vol. 9. Universidad Austral. 1998

CARRASCO BRIONES, Javier. Servidumbres mineras frente a la legislación ambiental. Revista de Derecho Ambiental, Nº5. Universidad de Chile. 2015

COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)/ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016. [en línea: https://www.cepal.org/es/publicaciones/40308-evaluaciones-desempeno-ambiental-chile-2016]. Santiago, 2016. Disponible en www.cepal.org.

ESPINOZA, Mauricio., RAMÍREZ, Cristián., FERRANDO, Rodolfo., ÁLVAREZ, J. El extractivismo minero en Chile: Una crítica a la ideología del crecimiento económico. XIV Congreso Geológico Chileno. La Serena, Chile. 2015

FERNANDEZ SEPULVEDA, Natalia F. Actividades Mineras en Parques Nacionales. Revista de Derecho Ambiental. Vol. 4. 2013

FUNDACION TERRAM. Las Áreas Protegidas de Chile, estado actual 2018. (1ºEdición) (Santiago, Chile). 2018 Disponible en: https://www.conservacionybiodiversidad.cl/2018/10/cartilla-areas-protegidas-de-chile-actualizacion-2018/

LUCERO ALVAREZ, Constanza. Revisión y análisis práctico del título I del Código de Minería: Estudio de contenido e interpretación de conceptos normativos específicos. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago. Chile. 2017.

MARTINEZ ENCINA, Camila F. Áreas de interés científico para efectos mineros: ¿Adecuado mecanismo para proteger la biodiversidad? Motivos de dictación y permisos de labores mineras otorgados en ellas. Análisis práctico Caso "GEF Alto Cantillana". Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago. Chile. 2013.

SALAH ABUSLEME, María Inés. Las limitaciones a la constitución de servidumbres mineras. Anuario de Derecho Público 2017. 1° Edición. Santiago, Chile. Universidad Diego Portales. 2017.

SECRETARIA CONVENCION RAMSAR. 2010. Manejo de cuencas hidrográficas: Integración de la conservación y del uso racional de los humedales en el manejo de las cuencas hidrográficas. Manuales Ramsar para el uso racional de los humedales. [En línea: http://archive.ramsar.org/pdf/lib/hbk4-09sp.pdf]. Gland. Suiza. 2010

Organización de las Naciones Unidas. Objetivos de desarrollo sostenible. [en línea] [fecha de consulta: 15.12.2018]. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/biodiversity/

UBILLA FUENZALIDAD, Jaime. La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación. Revista de Derecho Ambiental. Nº1. Universidad de Chile. 2015

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA CONSULTADA

CHILE. Ley Nº 19.300 de 1994. Ley de Bases Generales de Medio Ambiente. Ministerio Secretaría General de la Presidencia

CHILE. Ley Nº 18.248 de 1983. Código de Minería. Ministerio de Minería

CHILE. Ley Nº 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Ministerio de Minería

CHILE. Decreto Nº 1 de 1987. Reglamento del Código de Minería. Ministerio de Minería.

CHILE. Constitución Política de la República de 1980, modificada el 2005. Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

CHILE. Ley Nº 18.362 de 1984. Ley que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado

CHILE. Decreto Nº 531 de 1967. Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América. Ministerio de Relaciones Exteriores.

OFICIOS

Ministro de Agricultura. Oficio ORD. 81 enviado al Ministro Jefe del Comité Asesor Presidencial. Indicación- al artículo 17°, N° 2 del proyecto de Código de Minería. Fecha 28 de enero, 1983

Comisión Nacional del Medio Ambiente. Oficio Nº 43.710/2004.

SENTENCIAS

Tribunal Constitucional. Sentencia fecha 25 de junio de 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedades Legales Mineras, respecto de los artículos 7, de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y 15, inciso cuarto, del Código de Minería. Rol N° 2678-14-INA.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia fecha 27 de abril de 2010. Recurso de Casación en la Forma con Apelación en subsidio. Caratulado "Sociedad minera Isla Riesco S.S. con Roderick Maclean Boyd". Rol N°4-2010

Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia fecha 11 de julio de 2012. Recurso de apelación. Caratulado "Inversiones Cisnes con Soc. Ramos Pardo". ROL N° 211-2012-CIV.

Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia fecha 17 de marzo de 2014. Recurso de apelación. Caratulado "Domanicic, Dragicevic Drago con Bauzá, Lorenzo y otro". Rol N° 58-2012 (Civil).

Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia fecha 22 de agosto de 2018. Recurso de apelación. Caratulado "Bugueño Insinia con Contreras López y otros". Rol 54-2018.

Corte Suprema. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Casación de Fondo. Caratulado "Sociedad Minera Isla Riesco S.A. con Roderick Maclean". Rol Nº 3905 -2010

Corte Suprema. Sentencia del 5 de enero de 2016. Casación de Fondo. Caratulado "Domanicic, Dragicevic Drago con Bauzá, Lorenzo y otro". Rol Nº 9475-2014

¿Mitigación sin adaptación? El caso de la NDC chilena respecto al sector forestal

Mitigation without adaptation? The case of the Chilean NDC regarding the forestry sector

Constanza Gumucio
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Chile.
Abogada, ONG FIMA
gumucio@fima.cl

Isaías Urzúa
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Chile
iurzua@derecho.uchile.cl

RESUMEN

En cumplimiento de los deberes establecidos en el Acuerdo de París Chile ha fijado su contribución nacional determinada, y lo hace en torno a la intensidad de emisiones de carbono, establecido como una de sus metas la forestación de 100.000 hectáreas. La forma en la que se establece este compromiso por parte del Estado de Chile, podría llegar generar efectos contrarios a los esperados ya que dependiendo del tipo de especie utilizada para la forestación, podría acrecentarse el estrés hídrico en las zonas donde de realicen las plantaciones y la ocurrencia de incendios forestales, lo cual alejaría el cumplimiento de las metas impuestas por Chile y diversas posibilidades de adaptación de los ecosistemas. Se propone una reformulación de la contribución propuesta por Chile de modo que esta incluya variables distintas a la sola reducción de emisiones de carbono.

Palabras clave: Contribución nacional determinada, Decreto Ley 701, reforestación, mitigación, adaptación.

ABSTRACT

In compliance with the duties established in the Paris Agreement, Chile has set its determined national contribution based on the intensity of carbon emissions, setting as one of its goals the afforestation of 100,000 hectares. The way in which this commitment is established by the State of Chile, could end up generating effects contrary to those expected. Depending on the type of species used for afforestation, water stress could increase in the areas where the plantations are carried out and the occurrence of forest fires too. This scene would move away the compliance of the goals imposed by Chile and other possibilities for adapting ecosystems. This article proposed a reformulation of the Chilean contribution, wich includes variables other than the reduction of carbon emissions.

Keywords: Nationally determined contributions, Decree 701, reforestation, mitigation, adaptation.

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de París, ratificado por Chile en febrero de 2017, se gesta a partir de las principales conclusiones científicas respecto al Cambio Climático, a saber, que este último tiene un eminente carácter antrópico[1]. El acuerdo plantea como objetivo principal que el alza de temperaturas promedio de la Tierra sea menor a 2°C respecto a la época pre-industrial, y, de ser posible, que dicho aumento sea inferior a 1,5° respecto a la misma época, promoviendo todos los esfuerzos internacionales para cumplir esta finalidad. Con esto en miras, se adopta un doble enfoque para hacer frente a los efectos adversos del Cambio Climático, a saber, la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, además de la adaptación y resiliencia climática respecto a los escenarios desfavorables producto de estas alzas en las temperaturas globales.

Este instrumento internacional, que nace bajo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, específicamente en la COP21, prescribe en su artículo 4 que es deber de las Partes comunicar una contribución determinada a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés), de conformidad a lo dispuesto en la decisión 1/CP.21. Dichas contribuciones, han de ser publicadas cada cinco años, debiendo incluir un enfoque enmarcado en la reducción de emisiones y la absorción de gases de efecto invernadero, promoviendo la integridad ambiental, la transparencia, la exactitud, la exhaustividad, la comparabilidad y la coherencia[2].

La importancia de las NDC es que, a la entrada en vigencia del Acuerdo de París, se han convertido en el instrumento de mayor relevancia que vincula tanto a los países desarrollados como en vías de desarrollo en el compromiso efectivo de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, a diferencia del Protocolo de Kyoto, el cual incluía únicamente a los primeros. Cabe recordar que el Acuerdo señala que las Partes pueden modificar en cualquier momento sus NDC, sin embargo, la modificación debe aumentar el nivel de ambición de aquel país, por lo cual adopta un enfoque progresivo muy propio del derecho ambiental, a saber, que las modificaciones en el estándar de los compromisos no admiten regresión.

1 Hay quienes incluso han decidido llamar a la época en la que vivimos como "Antropoceno". Recordemos que el concepto de Antropoceno fue propuesto el año 2000 por Crutzen y Stoermer, siendo entendido como una nueva época geológica en la que la actividad humana ha sido crucial para generar consecuencias significativas en la Tierra. En la actualidad sigue siendo un concepto debatido por la comunidad geológica, a la espera del veredicto de la Sociedad Geológica Internacional respecto a si existen antecedentes estratigráficos fundados que sustenten definitivamente la noción de Antropoceno. CRUTZEN, Paul J.; STOERMER, Eugene F. (2000) The Anthropocene, Global change newsletter. 41, 17-18. *International Geosphere–Biosphere Programme (IGBP)*.

2 Actualmente se pueden encontrar las NCD de todos los países en el siguiente enlace: https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Submission%20Pages/submissions.aspx

A su vez, el Acuerdo de París establece que periódicamente se hará un balance del cumplimiento de los objetivos propuestos por las Partes, lo que se efectuará cada cinco años desde el 2023, con la finalidad de actualizar y mejorar las medidas nacionales respecto al cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de marras.

Dentro de este marco, Chile estableció cuatro compromisos en términos de mitigación, dos en razón de disminuir las emisiones de carbono y dos relativas a la recaptación de gases de efecto invernadero[3]. En otras palabras, dos metas que excluyen el sector relativo a uso de tierra, cambio de uso de tierra y silvicultura (UTCUTS), y otras dos que los incluyen[4]. Estos compromisos son los siguientes:

i) Meta de intensidad de carbono, sin incluir el sector UTCUTS:

a) Chile se compromete al 2030, a reducir sus emisiones de CO2 por unidad de PIB en un 30% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso7.

b) Adicionalmente, y condicionado a la obtención de aportes monetarios internacionales (grant), el país se compromete al 2030, a aumentar su reducción de emisiones de CO2 por unidad de PIB hasta alcanzar una disminución entre 35% a 45% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando, a la vez, un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso.

ii) Contribución específica para el sector UTCUTS:

a) Chile se compromete al manejo sustentable y recuperación de 100.000 hectáreas de bosque, principalmente nativo, que representará capturas y reducción de Gases de Efecto Invernadero en alrededor de 600.000 toneladas de CO2 equivalente anuales, a partir del 2030. Este compromiso está condicionado a la aprobación de modificaciones de la Ley sobre Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

3 Gobierno de Chile (2015). Contribución nacional tentativa de Chile para el Acuerdo Climático París. Santiago, Chile.

4 "Metodológicamente, se separó al sector Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura (UTCUTS) del compromiso nacional de mitigación debido a la alta variabilidad anual de sus capturas y emisiones, y por ser menos dependiente de la trayectoria del crecimiento económico". Ministerio de Agricultura, Corporación Nacional de Fomento y Fiscalía del Medio Ambiente (2017). *Manual de estudios, Cambio climático y Bosques: Regulación Jurídica Nacional e Internacional desde un Enfoque REDD+ y aplicado a la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV)(2017-2015) de Chile.* [En línea] Santiago, Chile [Fecha consulta: 20.05.19] Disponible en: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/54771050/Manual_de_Estudios_calidad_pantalla.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1558403229&Signature=hi5lE%2Fk%2Bo0kgFUsHMO8nATE%2F9YY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCambio_Climatico_y_Bosques_Regulacion_Ju.pdf

b) Chile se compromete a forestar 100.000 hectáreas, en su mayoría con especies nativas, que representarán capturas de entre 900.000 y 1.200.000 toneladas de CO2 equivalente anuales, a partir del 2030. Este compromiso está condicionado a la prórroga del Decreto Ley 701 y a la aprobación de una nueva Ley de Fomento Forestal.

Este trabajo se basará, entonces, en el segundo de los compromisos propuestos como meta del sector UTCUTS, específicamente el forestal, el cual tiene una relevancia específica en el Acuerdo de París, ya que en su artículo 5 se señala que "[l]as partes deberían adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero a que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 1 d), de la Convención, incluidos los bosques"[5].

Así, lo que se busca argumentar en el presente trabajo es que este compromiso en específico presentado por Chile es contradictorio respecto a los propios objetivos del Acuerdo de París. Al centrarse éste únicamente en medidas de mitigación sobre la huella de carbono, no se han observado otros indicadores relevantes para lograr una mitigación o adaptación más eficiente al cambio climático como fenómeno que abarca diferentes asepectos relacionados al medio ambiente. En particular, la formulación de este objetivo de mitigación, que busca logar el manejo sustentable de los bosques y la forestación, comprometería la capacidad del país para adaptarse a las consecuencias del cambio climático, por ejemplo, aumentando la escasez hídrica y la ocurrencia de los incendios forestales.

Sumado a ello, se revisará cómo uno de los requisitos establecidos en el compromiso de Chile para lograr dicha meta favorecería la ocurrencia de las últimas situaciones antes mencionadas, el cual sería la condición de prórrogar del Decreto Ley 701, el cual ya ha favorecido la modificación del uso de suelos en nuestro país -mediante un mecanismo que actualmente no se encuentra vigente-[6], aportando con ello, como veremos, al estrés hídrico y generando una mayor vulnerabilidad al cambio climático.

5 El artículo de la CMNUCC al que se hace alusión señala lo siguiente: Artículo 4. Compromisos. 1."Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán: d)Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos".

6 Con vigencia del DL nos referimos a los subsidios entregaros por el instrumento, los cuales deben ser prorrogados por ley. Todos los otros elementos normados dentro de este instrumento se mantienen vigentes.

I. El uso del suelo en Chile y su relación con la contribución nacional

I.I. La situación de los bosques en Chile y su relación con la contribución propuesta por Chile

La existencia efectiva de bosques- y la conservación de especies nativas- surge como una especial preocupación para mantener el control sobre los GEI debido a que funcionan como sumideros de este tipo de gases. En particular, la Convención Marco sobre el Cambio Climático en su artículo 4° señala los compromisos de los países y reitera la importancia de contar con sumideros de GEI, estableciendo específicamente que: cada una de las partes tomará las medidas correspondientes de mitigación del cambio climático, protegiendo y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero.

Es así como Chile al asumir entre sus políticas la lucha contra el cambio climático, se ve en la necesidad de promover distintas medidas que permitan la mitigación y adaptación respecto a éste, considerando dentro del primer tipo de medidas la protección y conservación de los bosques.

En este contexto, como se señaló anteriormente, Chile optó por presentar su NDC usando el formato de intensidad de emisiones, y para ello estableció una meta con exclusión del sector UTCUTS y otra meta incluyendo a dicho sector. La meta establecida para este último caso contempla como objetivo la recuperación y manejo sustentable de los bosques y la reforestación.

A raíz de ello, y para efectos de lo que se propone en este texto, debemos formular las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el estado actual de los bosques en Chile? ¿qué impacto puede tener su recuperación y la forestación en la reducción de GEI? ¿cuánto contribuye ello efectivamente a mitigar y a mejorar nuestra adaptación y resiliencia frente al cambio climático?

Para responder dichas preguntas, el análisis realizado en este trabajo se basa principalmente en la evidencia científica encontrada para la zona geográfica que hemos determinado de interés: las regiones del sur de Chile. Ahí las superficies de tierra presentan una mayor cobertura boscosa[7] (en contraste con la zona centro y

7 Hay estudios que describen la cobertura de la vegetación chilena en las regiones del sur hacia el año 1550, los cuales sostienen que " El bosque nativo dominaba ampliamente el paisaje entre los 35º y 43º 30´ S, cubriendo 11,3 millones de a hectáreas, lo que representa un 68 % del área de estudio. Además, se observa un aumento de la importancia relativa del bosque nativo de Norte a Sur siguiendo un gradiente climático hacia áreas de mayor precipitación. De esta manera, en la región del Maule el bosque nativo estimado hacia 1550 representaba un 55 %, mientras que en las regiones de La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos representaba entre un 74 % y 77 % del área total" LARA, Antonio, et al (2012). Reconstrucción de la cobertura de la vegetación y uso del suelo hacia 1550 y sus cambios a 2007 en la ecorregión de los bosques valdivianos lluviosos de Chile (35º-43º 30 S). *Bosque (Valdivia)*, vol. 33, no 1, pp.13-26.

norte del país), permitiendo con ello realizar más estudios sobre el uso del suelo y el comportamiento de los bosques.

Para comenzar, la evidencia científica respecto de esta área señala que el uso del suelo y la pérdida de bosque nativo ha ido en aumento progresivo con el tiempo, exponiendo como las principales razones de este cambio: la utilización de madera nativa para suplir demanda industrial, la conversión hacia plantaciones exóticas, la habilitación de terrenos agrícolas y la producción de leña para combustible[8].

Específicamente, respecto de la existencia de plantaciones exóticas como causal de pérdida de bosque nativo, se ha sostenido:

"La conversión del bosque nativo hacia plantaciones exóticas es la segunda causa de mayor relevancia para el bosque nativo, lo cual también se ve reflejado debido a que una gran proporción de las actuales plantaciones están establecidas sobre terrenos que anteriormente correspondían a bosque nativo (63%)[9].

Este fenómeno de crecimiento en las plantaciones exóticas que, como se señala, han sustituido a las especies que antes se encontraban en territorio que corresponde a bosque nativo ha tenido a su vez un explosivo crecimiento a raíz de un hito político y legislativo.

Es así como si continuamos con la literatura referida a las condiciones que presentan los bosques de Chile en los últimos 50 años, encontramos que el cambio que se ha experimentado desde el uso del suelo para los bosques nativos hacia el uso enfocado en plantaciones de especies exóticas ha tenido una vertiginosa crecida desde 1986, año en que se dictó el DL 701.

Sobre la relación que habría entre las plantaciones forestales de especies exóticas en el sur de Chile y la dictación de este decreto se señala por la doctrina:

"Otro cambio importante del bosque nativo ha sido su sustitución por plantaciones forestales de pinos y eucaliptos ocurrido a partir de 1974, después de la dictación del D.L. 701 que otorga bonificaciones a la forestación"[10]. Agregan los autores que en menos de 40 años, pasó de existir 300.000 hectáreas de plantaciones a 2,4 millones, de las cuales antes 1,8 millones (75%), estaban cubiertas por bosque nativo.

8 ALTAMIRANO, Adison, et al (2010). Deforestation in temperate ecosystems of pre-Andean range of south-central Chile. *Bosque*, vol. 31, no 1, pp. 53-64

9 idem.

10 LARA, Antonio, *op. cit.*,pp. 13-23.

A mayor abundancia, otros autores plantean evidencia en el mismo sentido y señalan que este hito habría incidido en el incremento de estas plantaciones, señalado: "Sin embargo, el área de bosque nativo sigue disminuyendo constantemente, en oposición a las plantaciones exóticas, que han presentado un crecimiento explosivo en la zona desde 1987"[11].

Según lo expuesto, podemos sostener por lo tanto que en los últimos 50 años ha existido un cambio en el uso de suelos que ha significado, entre otras cosas que ya veremos, una pérdida del bosque nativo chileno debido, en parte, a la crecida en las plantaciones de especies exóticas. Dicha situación se ha visto fomentada por la dictación del Decreto Ley 701, principalmente a través de los incentivos económicos que éste introdujo con el objeto de desarrollar aún más la industria forestal, generando la situación actual del estado de los bosques.

Así las cosas, conviene hacer una breve revista del DL 701, respecto a su contexto histórico y las principales herramientas que introdujo para impulsar el sector forestal con fines industriales.

I.II. La industria forestal y el Decreto Ley 701

El cambio de uso de suelos en Chile hacia una vocación extractiva e industrial comienza con anterioridad a la dictación del DL 701. De hecho, se podría sostener que el inicio de esta tendencia se da a principios del siglo XX, cuando el gobierno central contrató a Federico Elbert para estudiar el problema forestal de aquella época: el agotamiento de los recursos existentes, la erosión de los suelos y el avance de las dunas[12], dando con ello inicio a un proceso de forestación de especies nativas y exóticas para frenar la situación descrita, que significó el verdadero puntapié de la producción industrial de este sector. En este contexto se dictó en el año 1925 la Ley de Bosques donde se estableció una serie de instrumentos que vendrían a ser utilizados en la etapa posterior de desarrollo.

Es así como a mediados del siglo XX, cuando el Estado de Chile adopta un enfoque plenamente desarrollista, se decide abiertamente, como política nacional, impulsar esta industria, creando compañías estatales de producción forestal y celulosa, además del Instituto Nacional Forestal (1965) y la Corporación de Reforestación (1970). El sector privado tampoco estuvo privado de este auge de la empresa forestal, creando la Celulosa Arauco y la Celulosa Concepción en los años 1966 y 1967, respectivamente.

11 MIRANDA, Alejandro, et al. (2015) Different times, same story: Native forest loss and landscape homogenization in three physiographical areas of south-central of Chile. *Applied Geography*, vol. 60, pp. 20-28. P. 24. Traducción propia.

12 ÁLVAREZ ANDREWS, Enrique (1936). *Historia del Desarrollo Industrial de Chile*. Impy y Lit., La Ilustración, Santiago, Chile, p.177.

Particularmente, respecto a la introducción de especies exóticas, puede apreciarse lo ocurrido con las diversas especies de pino que comenzaron a llegar a nuestro país a finales del siglo XIX:

"Pese a que las plantaciones que se habían iniciado en 1895 ya abarcaban más de 60.000 hectáreas en 1920. Con todo, las prácticas silviculturales eran miradas con poco optimismo debido a los altos costos del cultivo y el transporte. Fue la alta demanda de pino Oregón, especie originaria de Norteamérica, muy solicitada en la construcción de encofrados para la minería, la que estimuló a los plantadores privados a cultivar árboles de rápido crecimiento, a fin de tener material para ofrecer en el mercado interno. Se acentuó la tendencia a introducir especies conocidas aunque fueran extranjeras, ya que se tenían los conocimientos sobre su silvicultura y sus ventajas, y era más fácil manejarlas con fines industriales que las maderas nativas"[13].

Basta lo señalado hasta ahora para dejar en claro que el DL 701 no viene a innovar respecto a la "vocación industrial" de las plantaciones forestales en Chile, empero, sí agrega una serie de instrumentos que profundizan dicha vocación, al punto de generar los cambios dramáticos que ya han sido presentados.

Pasando a la regulación propiamente tal, este decreto se caracteriza por normar exhaustivamente la categoría de "terrenos forestales o de aptitud preferentemente forestal", definiendolos en su artículo 2° como: "todos aquellos terrenos que técnicamente no sean arables, estén cubiertos o no de vegetación, excluyéndose los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva".

Esta caracterización de los terrenos, conforme a lo que reza el artículo 4° del mismo decreto será efectuada por la Corporación Nacional Forestal a solicitud del propietario, acompañada del correspondiente estudio técnico. Para efectos de lo anterior, la Corporación tendrá un plazo de 60 días para dar respuesta al requerimiento, la cual, en caso de ser negativa en su totalidad o en parte, podrá ser reclamada ante el juzgado civil del lugar en que esté emplazado el inmueble.

Lo más relevante para el caso en estudio es que este DL en su versión del año 74 ofrecía una serie de incentivos a la forestación, tales como, exenciones tributarias, bonificaciones de diversa índole y garantías a la propiedad.

13 BLUTH, Alejandra (2002). *Chile país forestal, una realidad que se consolida*. CORMA, Santiago, Chile p.31.

Respecto a las primeras, su artículo 20 señalaba: "Los terrenos declarados de aptitud preferentemente forestal, los bosques naturales y los bosques artificiales estarán exentos del impuesto territorial que grava los terrenos agrícolas y no se considerarán para los efectos de la determinación de la renta presunta, ni para el cálculo del impuesto Global Complementario. Los mencionados terrenos y bosques tampoco se computarán para los efectos de la ley de impuestos sobre herencias, asignaciones y donaciones. Las utilidades derivadas de la explotación de los bosques naturales o artificiales sólo estarán afectas al impuesto del 35% establecido en el artículo 22 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 5° de la ley número 15.564".

En tanto, en relación a las bonificaciones se prescribía en el artículo 21 que: "Durante el plazo de 10 años, el Estado bonificará en un 75% de su valor la forestación y su manejo que realicen a partir de la fecha del presente decreto ley, tanto las personas naturales como las personas jurídicas".

Corresponde, asimismo, señalar que este DL sufrió una serie de modificaciones, siendo la más importante la del año 1998, con la dictación de la Ley N°19.561, la cual tenía un enfoque que buscaba dotar, además, de beneficios a los pequeños propietarios de terrenos forestales, subvencionando de forma importante y significativa su actividad. Dentro de los beneficios e incentivos que esta ley señalaba se encontraba la bonificación de un porcentaje de los costos por el período de 17 años[14] desde el 1 de enero de 1996 a las siguientes actividades:

> "a) La forestación en suelos frágiles, en ñadis o en áreas en proceso de desertificación;
>
> b) La forestación en suelos degradados y las actividades de recuperación de dichos suelos o de estabilización de dunas;
>
> c) El establecimiento de cortinas o cortavientos, en suelos de cualquier clase, que se encuentren degradados o en serio peligro de erosión por efecto de la acción eólica;
>
> d) La forestación que efectúen los pequeños propietarios forestales en suelos de Aptitud Preferentemente Forestal o en suelos degradados de cualquier clase, incluidas aquellas plantaciones con baja densidad forestal para uso silvopastoral. En este caso, la bonificación será de un 90% en las primeras 15 hectáreas y de un 75% en las restantes;

14 Este guarismo fue cambiado a 15 años por la Ley N°20.488.

e) La primera poda y el raleo de la masa proveniente de las forestaciones realizadas por los pequeños propietarios forestales, siempre que lo hagan dentro de los plazos que se establezcan en el reglamento. También se considerarán aquí los costos de asesoría profesional;

f) Las forestaciones en suelos degradados con pendientes superiores al 100%."

Actualmente el sistema de incentivos que regula este DL se encuentra expirado, por lo cual, desde el primero de enero de 2013 a la fecha la forestación y otras actividades que se incluían en su artículo 12° no son susceptibles de bonificación, que ha sido uno de los incentivos más importantes para el impulso de la actividad forestal desde el año 74.

En síntesis, y como destaca Enrique Gallardo en su manual sobre Derecho Forestal, este Estatuto de Fomento y Protección a través de sus variados incentivos tenía por finalidad regular la actividad forestal a nivel general e incrementar los recursos forestales[15], lo que se evidenció en la realidad con las consecuencias descritas *supra*, haciendo de lo forestal un buen negocio.

II. Vulnerabilidad de Chile ante el cambio climático

Habiendo realizado una breve revisión el Decreto 701 y de sus posibles efectos en la existencia del bosque nativo, debemos examinar la relevancia de ello en relación a los desafíos que nos plantea el cambio climático.

1. El cambio climático y sus efectos a nivel global

El informe del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) del año 2018 es enfático en señalar que el aumento de 1°C de la temperatura global experimentado desde el inicio la época industrial se debe en mayor medida a la acción humana[16]. Además, sugiere que dicha alza puede llegar a ser de 1,5°C en 2030, si se continúa con las condiciones actuales de incremento del calentamiento global. Esto es debido a que el aumento de temperatura atribuible al factor antropogénico es de un ratio de 0,2° por década[17].

A su vez, destaca una serie de riesgos a nivel humano tienen que ver con

15 GALLARDO, Enrique (2013). *Manual de Derecho Forestal.* CONAF, Santiago, Chile, pp.63-70.

16 En este apartado se resumen algunas conclusiones presentadas en el resumen del informe del 2018 del IPCC llamado "Summary for Policy Makers"

17 Como es sabido este informe se debe a una invitación al IPCC, en el marco del Acuerdo de París, a entregar un reporte especial respecto a los impactos del calentamiento global de 1,5°C por sobre los niveles pre-industriales.

amenazas a la salud, la seguridad alimentaria, el suministro de agua, la seguridad humana, y el crecimiento económico.

Dentro de los efectos previsibles del aumento de 1,5°se encuentran el crecimiento en la temperatura media en océanos, extremas temperaturas en lugares habitados, altas tasas de precipitaciones (entendido como un crecimiento en la frecuencia e intensidad) en diversas regiones del planeta, en conjunto con una alta probabilidad de sequía en otras. Asimismo, estudios de confiabilidad estiman que estos efectos se ven agravados de forma importante si se experimenta un aumento de 2° en la temperatura del planeta, en especial en lo referente a precipitaciones y sequías.

En tierra, se proyecta que los impactos en la biodiversidad y los servicios ecosistémicos, incluyendo pérdida de especies y extinciones, serían menores si el aumento es de 1,5° en vez de 2°.

Se estima que limitar el aumento de la temperatura global a 1,5°, en vez de 2° evitaría, además, un aumento significativo en la temperatura de los océanos y en su acidez (grandes concentraciones de CO2). Además, prevendría la pérdida de oxígeno oceánico. Esto permitiría mantener ciertos niveles de recursos costeros, facilitaría la mantención de algunos tipos de pesca y acuicultura, además de los diversos servicios ecosistémicos asociados a la biodiversidad marítima.

En el plano exclusivamente humanitario, se advierte un mayor riesgo para la salud, la seguridad alimentaria, el suministro de agua, la seguridad humana, y el crecimiento económico si se experimenta un aumento de 1,5° en las temperaturas globales, siendo aún mayores si el aumento es de 2°. Los principales perjudicados serían comunidades indígenas y quienes mantienen formas económicas locales que dependen de sustento agrícola. En un mayor rango, la afectación sería experimentada por los ecosistemas árticos, regiones secas, estados poco desarrollados emplazados en islas y los países con un menor desarrollo económico. Se aprecia una correlación entre el aumento de la pobreza y la desigualdad, si existe un alza de temperaturas como las que se estudian, pudiendo afecta a varios centenares de millones de personas para el 2050.

Existe, además, amplia evidencia que indica que para alcanzar únicamente un incremento de 1,5° (sin riesgo de exceso) se debe reducir al año 2030 la emisión de CO2 (además de metano, carbono negro y óxido nitroso) en un 40-60% respecto a las cifras que se apreciaron en 2010, alcanzando un nivel cero en el año 2050. A su vez, para que el alza sea inferior a 2°, la reducción de las emisiones para la misma fecha debe ser de un 20%, alcanzando un nivel cero en el año 2075.

2. El caso de Chile frente a los efectos globales del cambio climático

Durante la totalidad del mes de enero de 2017 un incendio recorrió Chile, arrasando alrededor de 587.000 hectáreas forestales, dejando catorce víctimas fatales, cuyo deceso se debió al propio siniestro o a causas vinculadas al mismo. La propagación e intensidad del incendio en cuestión se debió a la conjunción entre un alza en las temperaturas (olas de calor), un período prolongado de sequía, además de situarse en un territorio ocupado por plantaciones forestales que sirvieron de combustible distribuido de forma extensa, homogénea y continua a través del territorio que asoló la catástrofe[18].

Este escenario es propicio para ilustrar que las consecuencias adversas del Cambio Climático se retroalimentan con las condiciones propias de cada país, como lo es el cambio de uso de suelos y la disponibilidad hídrica. En Chile, se reconoce específicamente que el cambio climático tendrá impactos en términos de potenciales inundaciones, disminución de nuestra capacidad en la producción agrícola y energética a través de recursos hídricos, además de una ingente pérdida de biodiversidad[19].

En particular, respecto al agua y la totalidad de su ciclo, se señala que las precipitaciones disminuirán entre un 5% y un 15% al 2030 en las zonas ubicadas entre las cuencas del río Copiapó y Aysén[20]. A su vez, "[S]e proyecta una reducción significativa de los caudales medios mensuales en las cuencas entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos (30 a 42°LS) y un elevación de la isoterma de 0°C, que trae como consecuencia la reducción de las reservas de agua en las cabeceras de cuencas nivales y nivo-pluviales y el aumento del riesgo de desastre, durante eventos de precipitación extrema y altas temperaturas, durante los cuales aumenta considerablemente el caudal de los ríos, pudiendo generar inundaciones y aluviones. El retroceso de glaciares sería significativo, afectando los aportes de agua en los períodos secos. En el extremo austral (entre 50 y 55°LS), se espera un leve aumento de los caudales disponibles. Para el Norte Grande y Norte Chico, habría una mayor ocurrencia de períodos de escasez hídrica y eventos de lluvias extremas"[21].

Asimismo, es posible señalar que los eventos de olas de calor y las olas de calor extremas, que según se ha entendido son una de las múltiples causas de los

18 CR2 (2019). *Informa a la Nación: El Antropoceno en Chile: Evidencias y formas de avanzar.* Santiago, Chile, pp.23-25

19 OCDE (2016). *Environmental performance reviews: Chile highlights*, p.13.

20 Gobierno de Chile (2017). Plan Nacional de Cambio Climático 2017-2022. Santiago, Chile, p.14.

21 Ídem, p.15.

episodios de mega incendios descritos *supra*[22], seguirán su curso de aumento entre los períodos que van de noviembre de un año a marzo del siguiente. En efecto desde la temporada 1998-1999 se producen más de 50 eventos, consistiendo en una tendencia que se mantiene hasta el día de hoy y que, muy probablemente se extenderá en el futuro[23].

Los datos que reflejan la vulnerabilidad de Chile respecto al Cambio Climático podrían seguir aumentando el volumen del presente trabajo, sin embargo, nuestro interés es únicamente ilustrar cómo las significativas transformaciones asociadas a este fenómeno global vuelven a Chile un territorio altamente vulnerable, por lo cual las estrategias de adaptación y resiliencia, en particular las expresadas en las NDC, no sólo deben hacer eco de las recomendaciones generales a nivel internacional, sino que deben ser capaces de recoger de forma exhaustiva la realidad nacional.

Por lo mismo, el análisis de la NDC sobre la que versa este trabajo debe ser efectuado a la luz del cambio histórico que ha existido respecto al uso de suelos y con miras a mejorar la situación actual del país, y evitando con ello la agudización o generación de nuevas situaciones de vulnerabilidad.

III. Mitigación y adaptación en el contexto del cumplimiento de la NDC chilena

1. La mitigación en la NDC forestal y su "armonía" con las posibilidades de adaptación

Luego de evidenciado el hecho de que las plantaciones forestales con especies exóticas generan efectos adversos en los ecosistemas, y que el Decreto 701 ha sido utilizado para fomentar dichas plantaciones,volviendo al análisis de la NDC chilena respecto al sector forestal es dable afirmar que a pesar de que en principio esta propuesta parece un objetivo ambicioso para lograr la mitigación, existen dos elementos en ella que deben llamar nuestra atención y que podrían hacer de ésta una propuesta poco efectiva para lograr el objetivo planteado.

El primerpunto a señalar es que, según lo establecido en el compromiso, la forestación sería *en su mayoria* con especies nativas y, el segundo, que se condiciona aquella medida a la prórroga de vigencia del DL 701 el cual, como ya se esbozó, ha fomentado la plantación de especies exóticas, generando diversas consecuencias para el medio ambiente, que serán explicadas a continuación.

22 DELGADO Schneider, Verónica (2019). *Los "megaincendios" en las leyes de cambio climático en el mundo* [En linea] Santiago, Chile, Policy Brief N°3.[Consulta:20.05.19]. Disponible en: http://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2019/05/Policy-brief-Ver%C3%B3nica-Delgado-Los-megaincendios-en-las-leyes-de-CC-en-el-mundo.pdf.

23 INE (2017), Informe Anual de Medio Ambiente, pp.84-85.

La importancia de estos dos puntos deriva en que la expresión "mayormente", en el contexto de prorrogar el DL 701, implica al menos una sospecha de que no existe mayor preocupación por una forestación eficiente a través de la plantación de especies nativas y de un manejo integrado en la restauración de los ecosistemas, si no que eventualmente se podrá seguir fomentando la industria forestal y la plantación de especies exóticas. Así, se vuelve necesario analizar la aptitud de este compromiso para lograr los objetivos de mitigación, a la luz de lo hasta ahora señalado.

El compromiso adquirido por Chile si bien se condice con las obligaciones impuestas en la CMNUCC -al proponer medidas que permiten la captura y reducción de GEI, podría no cumplir en forma eficiente su propósito y, a su vez, llegar a generar efectos adversos, que luego signifiquen un retroceso en los objetivos que se buscan alcanzar, tanto en la mitigación como en la adaptación.

Uno de los efectos indeseados que podría presentar la medida en cuestión dice relación con las consecuencias que las plantaciones exóticas generan en la biodiversidad y recursos hídricos de la zona. En este sentido, existe suficiente evidencia científica que demosraría que el cambio de uso de suelos en nuestro país ha afectado negativamente no sólo a la vegetación nativa, sino que al acceso y disponibilidad del recurso hídrico.[24]

Principalmente, respecto de la relevancia del uso del suelo para la disponibilidad de recursos hídricos se ha señalado que: "Es relevante evaluar el efecto de otros factores que influyen en la disponibilidad de agua. En el contexto de una mayor conciencia de los efectos potenciales del cambio climático en los recursos hídricos, deben abordarse otras fuentes de variabilidad, con consecuencias posiblemente similares y sujetas a medidas de mitigación más seguras. Uno de estos factores es la cobertura del suelo, que afecta directamente la intercepción, la infiltración (y la reposición del almacenamiento en el subsuelo) y los procesos de escorrentía en varias escalas temporales y espaciales"[25].

---

24 Estudios recientes, desarrollados para cuencas forestales del centro-sur de Chile, demuestran que un aumento en 10 % de plantaciones forestales de rápido crecimiento en pequeñas cuencas (140-1.900 ha) reducen en un 20,4 % los caudales de verano (Lara et al. 2009). En zonas con déficit hídrico cubiertas por plantaciones, dicha cifra pudiera ser aún mayor, considerando las altas tasas de evapotranspiración de estas plantaciones, comparada con otros usos de suelo (Farley et al. 2005), tal como en la zona central de Chile donde sólo un 5 % de la precipitación queda disponible para la recarga de acuíferos y generación de escorrentía (Huber et al. 2008). Little et al. (2009) documentan que el reemplazo de bosques nativos por plantaciones forestales de rápido crecimiento en zonas con baja precipitación ha provocado una caída de los caudales de verano en un 42,7 % y 31,9 % en dos cuencas de gran tamaño (25.250 y 70.770 ha, respectivamente). LARA, Antonio, et al. (2010). Servicios ecosistémicos y ley del bosque nativo: No basta con definirlos. *Revista Bosque Nativo,* vol. 4s7, pp. 3-9 y p. 176

25 LITTLE, Christian, et al. (2009). Revealing the impact of forest exotic plantations on water yield in large scale watersheds in South-Central Chile. *Journal of hydrology*, vol. 374, no 1-2, pp. 162-170). Traducción propia.

Ahora, en particular respecto del efecto que generan las plantaciones exóticas en el balance hídrico de las regiones del sur de Chile, la evidencia científica plantea que: "En Chile, Huber et al. (2008) informaron el efecto negativo de Pinus radiata y Eucalyptus spp. Plantaciones exóticas en balance hídrico en comparación con pastizales y matorrales. Un estudio reciente documenta una relación lineal negativa entre el flujo de agua y el área de plantaciones forestales (en porcentaje) y una relación inversa para bosques nativos"[26]

Así, la relación negativa que existe entre las plantaciones de especies exóticas y la disponibilidad del agua en distintas zonas, se vuelve uno de los efectos adversos que podría generar la ejecución de la NDC de Chile.

Otra consecuencia negativa que se podría generar a raíz del aumento en las plantaciones de especies exóticas es una crecida en nuestra vulnerabilidad a sufrir episodios de incendios y megaincendios. El desarrollo de la industria forestal en Chile se ha sustentado en las plantaciones de especies inflamables como *Pinus radiata* y el *Eucalyptus spp*., afectando seriamente no solo a las personas que habitan en sectores aledaños, sino que pudiendo afectar el desarrollo mismo de la industria y de nuestros compromisos de recaptación de CO2, toda vez que la propagación de incendios disminuye significativamente las hectáreas destinadas a este propósito[27].

Con todo, luego de lo expuesto cabe preguntarse si la meta de NDC que Chile establece es la adecuada para lograr el objetivo propuesto y si contribuye contrarrestar los efectos negativos del cambio climático.

Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, existe un compromiso de forestar principalmente con especies nativas para mitigar el cambio climático, supeditado a la prórroga de vigencia del DL 701. Entonces, si solo nos centramos en mitigar las emisiones de carbono, sí se podría eventualmente lograr el objetivo de mitigación propuesto en la NDC mediante la forestación, velando por que solo se realice *mayormente* con especies nativas. En otras palabras, esta medida sería óptima si y solo si nuestro enfoque estuviera centrado en un aspecto de la mitigación -el carbono-, dejando de lado la adaptación e incluso la eficiencia misma de esta medida[28].

---

26 Idem., p.163.

27 GÓMEZ-GONZÁLEZ, Susana; OJEDA, Fernando; FERNANDES, Paulo M. Portugal and Chile: Longing for sustainable forestry while rising from the ashes. *Environmental Science & Policy*, 2018, vol. 81, p. 104-107.

28 En relación a la vocación que presentarían los bosques como captadores de carbon (C) de la atmósfera y para mitigar el cambio climático, la evidencia científica demuestra: Nuestro meta-analisis mostró que las plantaciones tenían reservas de carbono significativamente menores que los bosques naturales, incluyendo aquella biomasa por encima y por debajo del suelo, la masa de hojarasca sobre el suelo, y el suelo". (Traducción propia) Concluyendo con ello que la eficiencia para capturar carbono no sería la misma para ambos bosques. LIAO, Chengzhang, et al. (2010). Ecosystem carbon stock influenced by plantation practice: implications for planting forests as a measure of climate change mitigation. *PloS one*, vol. 5, no 5, p.2.

Ahora, si consideramos que el medio ambiente es un sistema complejo, la sola recaptación de carbono por plantaciones como medida de mitigación no lograría contrarrestar en mayor medida los efectos del cambio climático, ya que, eventualmente, por el cumplimiento de dicha meta se podrían generar aquellos efectos negativos que hemos señalado sobre los recursos hídricos de las zonas e incendios, entre otros.

Lo anterior va incluso en la línea del Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022[29], el cual dentro de sus principios señala como esencial la cooperación y sinergia, donde se resalta la "Generación de alianzas solidas entre todos los sectores y niveles de gobernanza, aprovechando los esfuerzos y conocimientos existentes, incluyendo la mejora de la comunicación y cooperación entre la ciencia, las comunidades de prácticas y las políticas públicas con el fin de usar el conocimiento científico y para apoyar a la toma de decisiones, rescatando y valorando los conocimientos tradicionales en la materia. Asimismo, procurar las sinergias entre las medidas de adaptación y mitigación, y entre la mitigación y las medidas contra contaminación atmosférica local", junto con otros principios como el precautorio.

Este principio es recogido también en el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático[30]: al señalar que se debe considerar la interacción y sinergia entre las medidas de adaptación, para evitar con ello la mala adaptación y aumentar con ello la vulnerabilidad de determinado sector.

De este modo, a través de estos conceptos se releva la importancia en la consideración de los efectos que generará cada una de las medidas adoptadas, ya sea de mitigación o de adaptación, en el ecosistema considerado en su totalidad, y no procurar a través del establecimiento de políticas o acciones cumplir una meta que luego podría perjudicar el alcanzar otras.

Se vuelve necesario así que las medidas de mitigación no sean evaluadas en forma aislada, sino que comprendan la complejidad y dinamismo del medio ambiente, siendo coherentes con otras medidas de mitigación posibles y no afectando otros aspectos relevantes ante el cambio climático como lo es la adaptación de los ecosistemas y la disminución de la vulnerabilidad de los habitantes del territorio chileno.

---

29 Ministerio del Medio Ambiente, Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022, pág. 33

30 El Plan Nacional de Adaptación establece como uno de sus principios la "Consideración de la interacción y sinergia entre las medidas de adaptación y evitar la mala adaptación, entendiendo ésta como el aumento de la vulnerabilidad en un determinado sector a consecuencia de una medida de adaptación en otro sector o el aumento de emisiones de gases de efecto invernadero". Ministerio del Medio Ambiente, Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, pág. 36.

2. Una propuesta para la armonía entre ambos conceptos y el cumplimiento de las NDC

El artículo 7 de la CMNUCC establece un objetivo de adaptación general, el cual consiste en: "aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible y lograr una respuesta de adaptación adecuada". A su vez, esta implica "desarrollar un conjunto de iniciativas y medidas orientadas a reducir la vulnerabilidad de los sistemas naturales y humanos frente a los efectos reales o esperados del cambio climático"[31]. La CMNUCC, entonces, establece dos mecanismos que deben funcionar de manera armónica: las medidas de mitigación ya señaladas y la adaptación.

Así, luego de evidenciar las consecuencias negativas producidas por las plantaciones de árboles exóticos, que, a su vez, han sido promovidas por el DL 701, debemos preguntarnos de qué forma podría plantearse la NDC de Chile para que su cumplimiento no afecte las posibilidades de adaptación de un ecosistema y la población.

Corresponde revisar nuevamente la evidencia científica, para luego generar una alternativa a lo propuesto en la NDC, apuntando principalmente a los beneficios que presenta la conservación y reforestación de bosques con especies nativas.

En primer lugar, en relación con la disponibilidad de recursos hídricos, a la inversa de lo que ocurre con las plantaciones exóticas, la cobertura del suelo por bosque nativo sí contribuye al abastecimiento de agua y además actúa como sumidero de GEI. Sobre la primera de estas ideas se refieren Altamirano y Lara, quienes señalan que: "La deforestación también puede afectar negativamente la regulación de los caudales y la producción hídrica. Los bosques nativos, en comparación a otras coberturas del suelo, tienen un efecto regulador que permite un abastecimiento constante de agua, evitando inundaciones de invierno y permitiendo disponibilidad de este recurso en los meses más secos del verano (Otero et al. 1994, Vertessy et al. 2001, Oyarzún et al. 2004)".[32]

A mayor abundancia: "como referencia, Lara et al. (2009) predicen que por cada 10 % que se logre recuperar la cobertura de bosques nativos será posible incrementar en un 14,1 % los caudales totales de verano. Además, técnicas silviculturales que aceleran la sucesión ecológica, como por ejemplo raleos,

31 Ministerio del Medio Ambiente (2017). "Guia de apoyo docente en Cambio Climático", Santiago, Chile, p. 75

32 ALTAMIRANO, Adison, et al. Deforestation in temperate ecosystems of pre-Andean range of south-central Chile. *Bosque,* 2010, vol. 31, no 1, p. 53-64.

podrían acortar los plazos de recuperación"[33].

La disponibilidad de recursos hídricos, entonces, se vuelve un punto esencial para la adaptación ya que, al contrario, su escasez vuelve más vulnerables a los ecosistemas y a las personas, no permitiendo así el adecuado desarrollo de diversas actividades económicas, como la agricultura, generando conflictos sociales en torno al acceso a este recurso, y debilitando el funcionamiento de los ecosistemas que rodean los cursos de agua y sus servicios ecosistémicos, entre muchas otras consecuencias, las cuales no favorecen la capacidad de adaptación al cambio climático[34].

Así, la forestación mediante especies nativas surge como la alternativa a promover por parte del Estado frente al cambio climático en relación al sector UTCUTS, aclarando que no es necesario que la forestación sea *exclusivamente* de este tipo.

En segundo lugar, como ya señalamos, las plantaciones forestales hechas al alero del DL 701, especialmente exóticas, tienden a reducir nuestra capacidad de adaptación respecto a los incendios y mega incendios[35] que se han hecho frecuentes últimamente en nuestro país. Al respecto, los expertos en materias de resiliencia señalan que:

"Los estudios indican que el fuego afecta preferentemente a plantaciones exóticas, y bosques nativos invadidos por especies exóticas, seguido de pastizales y matorral, tipos de vegetación que proporcionan abundante y continua biomasa inflamable que favorece la propagación de grandes incendios. En el megaincendio de la temporada 2016-2017, que calcinó en dos semanas medio millón de hectáreas en la región del Maule, un 60% correspondió a plantaciones forestales exóticas"[36].

Sumado a lo anterior, no debemos olvidar que la mayor ocurrencia de este tipo de incendios puede dificultar nuestro compromiso de reducción de emisiones,

---

33 LARA, Antonio, et al. Servicios ecosistémicos y ley del bosque nativo: No basta con definirlos. *Revista Bosque Nativo*, 2010, vol. 47, p. 3-9 y 177

34 Las plantaciones de árboles exóticos también tienen un efecto negativo en la producción y disponibilidad de agua (Little, Lara, McPhee y Urrutia, 2009), que es un servicio clave del ecosistema que afecta el bienestar humano. Los estudios preliminares en Chile también informan que la colonización y expansión de plantaciones de árboles exóticos han producido altos impactos económicos y sociales, principalmente la migración rural-urbana, la pobreza, los conflictos por la propiedad de la tierra y la pérdida de diversidad cultural y económica". Traducción propia. MIRANDA, Alejandro, et al. Different times, same story: Native forest loss and landscape homogenization in three physiographical areas of south-central of Chile. *Applied Geography*, 2015, vol. 60, p. 20-28.

35 Al respecto, la doctrina especialista señala "No puede ser mera coincidencia que ahora existan mega incendios en Chile cuando las especies plantados en paises que regulantemente sufren megaincendios están ahora dominando los suelos de las regiones de Chile" (Traducción propia). DE LA BARRERA, Francisco, et al. Megafires in Chile 2017: Monitoring multiscale environmental impacts of burned ecosystems. *Science of the total environment* (2018). vol. 637, 1526-1536p., p. 1534.

36 GONZALEZ, Mauro (2018). "El nuevo escenario de los incendios en Chile" [En lines] Santiago, Chile. [Fecha consulta: 20.05.19] Disponible en: http://www.cr2.cl/el-nuevo-escenario-de-los-incendios-en-chile-por-mauro-gonzalez/

puesto que el fuego, al quemar grandes extensiones forestales disminuye la recaptación de GEI, y se aumenta incluso su emisión[37].

Situaciones en que la mitigación y la adaptación no se encuentran integradas como estrategias para aumentar nuestra resiliencia al cambio climático son comunes, es por esto que el IPCC estima continuamente, a partir de una amplia base factual, que la integración de ambas dimensiones corresponde al enfoque correcto para un manejo sostenible de los riesgos asociados al cambio climático[38]. En efecto, esto sería concordante con lo planteado como uno de los objetivos de Chile en materia de adaptación, el cual se describe en su NDC al respecto: "creación de sinergias con las iniciativas que se contemplen en materia de mitigación, y maximizar los beneficios provenientes de los pilares de desarrollo y construcción de capacidades y de creación y transferencias de tecnologías incluidos en esta contribución"[39].

De todo lo expuesto se sigue que es requisito indispensable para formular una NDC ambiciosa el eliminar la referencia al DL 701 como requisito indispensable para cumplir nuestra meta de reforestación. Debe tenerse en cuenta al momento de reformular la NDC que ésta no sólo ha de tener en consideración la huella de carbono, sino que otras variables como la huella hídrica o la vulnerabilidad ante los incendios y olas de calor. Porque el énfasis en la primera puede, en principio, ayudarnos a combatir el cambio climático, sin embargo, no necesariamente facilita, en definitiva, el desarrollo sostenible.

Al respecto, vemos con buenos ojos que se incluya en nuestra legislación forestal el enfoque ecosistémico para la conservación y administración de los recursos forestales, siendo un símil al que actualmente prescribe la Ley General de Pesca y Acuicultura, el cual consiste en "un enfoque que considere la interrelación de las especies predominantes en un área determinada"[40]. Esta recomendación se basa en que en la actualidad no es posible pensar la industria forestal basada en especies exóticas como aislada de sus consecuencias respecto a otras especies o recursos naturales, algunas de las cuales han sido presentadas en este documento.

---

37 Puede apreciarse la información respecto a cómo los incendios son un evento de aumento de la emisión de los GEI en el "Informe del Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero de Chile, serie 1990-2013", elaborado por el Departamento de Mitigación e Inventarios de Contaminantes Climáticos del Ministerio del Medio Ambiente. Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/2016_iin_cl.pdf

38 Denton, F., T.J.Wilbanks, A.C. Abeysinghe, I. Burton, Q. Gao, M.C. Lemos, T. Masui, K.L. O'Brien, and K.Warner, (2014). Climate-resilient pathways: adaptation, mitigation, and sustainable development. En: Climate Change2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, and L.L.White (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, (pp. 1101-1131).

39 Op. cit 3., p. 23.

40 Ley Nº 18892, Ley General de Pesca (23.12.89) artículo 1ºC, letra c), Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, el enfoque mitigatorio no puede pensarse prescindiendo de la adaptación, puesto que ambas estrategias deben ser pensadas en conjunto para disminuir nuestra vulnerabilidad y aumentar nuestra resiliencia ante el cambio climático.

En razón de lo anterior, la forma en que está pensada la NDC respecto al sector UTCUTS, en particular sometiendo su cumplimiento de mitigación a la prórroga del DL 701 términos dificulta seriamente la adaptación tanto ecológica como poblacional, puesto que omite u oblitera ciertas problemáticas asociadas al cambio climático como la escasez hídrica y la vulnerabilidad respecto a los incendios. Lo anterior es significativo si se piensa, como hemos argumentado en este trabajo, que este instrumento ha favorecido ampliamente a la forestación de especies nativas para uso industrial, como es el caso del *Pinus radiata* y el *Eucalyptus spp*., las cuales hacen un uso intensivo de los recursos hídricos, además de favorecer la propagación de incendios y megaincendios.

Consideramos que lo anterior va incluso en la línea del Plan de Acción Nacional de Cambio Climático y con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, el cual dentro de sus principios señala como esencial la consideración de las sinergias que se generan entre las medidas de mitigación y adaptación, y entre ellas mismas, para no generar una mayor vulnerabilidad".

Una forestación mediante plantación de especies nativas lograría consecuencias más beneficiosa para los ecosistemas, que otro tipo de plantaciones. Como señalamos, no solo tiene un efecto positivo en tanto disminuye las posibilidades de expansión de incendios forestales e influye en la disponibilidad de los recursos hídricos, no afectando así las posibilidades de adaptación de los ecosistemas, sino que también evita la generación de conflictos sociales asociados a la industria forestal, como los que se evidencian constantemente en la Araucanía.

Finalmente, el foco no debe estar únicamente en la forestación, sino que también del cómo se produce ésta, por lo que se debe considerar, entre otras cosas, el tratamiento de la tierra, en conjunto con un plan de seguimiento de ésta en relación a los objetivos de recaptación, uso del agua y diseños estratégicos ante emergencias ambientales.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRANO, Adison, et al. (2010) Deforestation in temperate ecosystems of pre-Andean range of south-central Chile. *Bosque*.

ALTAMIRANO, Adison, et al (2010). Deforestation in temperate ecosystems of pre-Andean range of south-central Chile. *Bosque*.

ÁLVAREZ ANDREWS, Enrique (1936). *Historia del Desarrollo Industrial de Chile.* Impy y Lit., La Ilustración, Santiago, Chile.

BLUTH, Alejandra (2002). *Chile país forestal, una realidad que se consolida.* CORMA, Santiago, Chile.

CONAF y ONG FIMA, Manual de estudios, Cambio climático y Bosques: Regulación Jurídica Nacional e Internacional desde un Enfoque REDD+ y aplicado a la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV)(2017-2015) de Chile.

CRUTZEN, Paul J.; STOERMER, Eugene F. The Anthropocene, Global change newsletter (2000). 41, 17-18. *International Geosphere–Biosphere Programme (IGBP).*

CR2 (2019). *Informa a la Nación: El Antropoceno en Chile: Evidencias y formas de avanzar.* Santiago, Chile.

DELGADO Schneider, Verónica (2019). *Los "megaincendios" en las leyes de cambio climático en el mundo* [En linea] Santiago, Chile.

GALLARDO, Enrique (2013). *Manual de Derecho Forestal*. CONAF, Santiago, Chile.

GONZALEZ, Mauro (2018). "El nuevo escenario de los incendios en Chile". Santiago, Chile.

GÓMEZ-GONZÁLEZ, Susana; OJEDA, Fernando; FERNANDES, Paulo M. Portugal and Chile (2018). Longing for sustainable forestry while rising from the ashes. *Environmental Science & Policy*.

LARA, Antonio, et al (2012). Reconstrucción de la cobertura de la vegetación y uso del suelo hacia 1550 y sus cambios a 2007 en la ecorregión de los bosques valdivianos lluviosos de Chile (35º-43º 30 S). *Bosque (Valdivia).*

LARA, Antonio, et al. (2010). Servicios ecosistémicos y ley del bosque nativo: No basta con definirlos. *Revista Bosque Nativo*.

LITTLE, Christian, et al. (2009) Revealing the impact of forest exotic plantations on water yield in large scale watersheds in South-Central Chile. *Journal of hydrology*.

MIRANDA, Alejandro, et al. (2015) Different times, same story: Native forest loss and landscape homogenization in three physiographical areas of south-central of Chile. *Applied Geography*.

INFORMES Y NORMATIVA

OCDE (2016). *Environmental performance reviews: Chile highlights*.

Gobierno de Chile (2015). Contribución nacional tentativa de Chile para el Acuerdo Climático París. Santiago, Chile.

Ministerio del Medio Ambiente (2014). Plan de Acción Nacional de Cambio Climático. Santiago, Chile.

Ministerio del Medio Ambiente (2017). Plan Nacional de Cambio Climático 2017-2022. Santiago, Chile.

INE (2017), Informe Anual de Medio Ambiente.

Ministerio del Medio Ambiente (2017). "Guia de apoyo docente en Cambio Climático", Santiago, Chile.

Costos Ambientales de la Producción de Energía Hidroeléctrica y su repercusión en la desigualdad social

Environmental costs of Energy Production Hydroelectric and its repercussion in the social inequality gap

Ayim Palma Comparini
MSc Gobernanza de riesgos y recursos
Universidad de Heildelberg
Asistente de investigación, ONG Ayni
ayimpcomparini@gmail.com

María José Brain Acuña
MSc Ecología Aplicada, Universidad Austral de Chile
Coordinadora de colaboraciones, ONG Ayni
mjbrain@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza los impactos sociales y ambientales de la producción energética hidroeléctrica a gran escala desde el enfoque de la justicia climática. Se busca cuestionar el argumento que plantea la hidroelectricidad como una forma de producción de energía limpia, demostrando los impactos ambientales que ésta genera, los cuales deben ser asumidos por las comunidades locales, evidenciando la desigualdad social y los costos ambientales producidos. A pesar de la vigencia actual de leyes que respaldan los derechos de las comunidades indígenas frente a la intervención de sus territorios, la evaluación ambiental de los proyectos presenta debilidades a la hora de considerar los distintos sistemas de valoración que presenta la comunidad con respecto a los exigidos por el Servicio de Evaluación Ambiental. Finalmente, se expone el caso de la Central Hidroeléctrica Pullinque S.A. en la comuna de Panguipulli, la que utiliza las aguas del río Huenehue y se ubica sobre terrenos que anterior a su instalación eran habitados y utilizados por comunidades Mapuche. Se detalla la cronología del conflicto y los motivos de la resistencia de parte de la comunidad, que evidencian la injusticia ambiental que

se devela al analizar en profundidad los impactos socioculturales y ambientales que genera el uso de los ríos para la producción energética.

Palabras clave: hidroeléctrica, justicia climática, impacto ambiental, comunidad, Mapuche.

ABSTRACT

This article analyses the social and environmental impacts of big hydroelectric generation plants, from the perspective of climate justice. It seeks to discuss the argument raised by hydroelectricity as a form of clean energy production, demonstrating the environmental impacts that this generates, are assumed by local communities, evidencing social inequality and the environmental costs that come from that. Despite the current validity of laws that support the rights of indigenous communities that face intervention of their territories, the technical environmental evaluation of this projects have weaknesses when considering the different valorization systems that the community has with respect to the required by the National Environmental Evaluation Service. Finally, the case of the Pullinque Hydroelectric Power Plant S.A. in the commune of Panguipulli, which uses the waters of the Huenehue River which are located on lands that prior to its installation were inhabited and used by Mapuche communities, details the chronology of the conflict and the reasons for resistance by part of the community, which show the environmental injustice that is unveiled by analysing in depth the sociocultural and environmental impacts generated by the use of rivers for energy production.

Key words: hydroelectric plant, climate justice, environmental impact, community, Mapuche.

INTRODUCCIÓN[1]

El cambio climático, según el documento publicado por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[2], se define como el cambio de clima que es atribuido, directa o indirectamente, a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables. Las nuevas declaraciones científicas expresan cómo el cambio climático se está desarrollando de forma más apresurada, mucho más de lo sospechado por los peritos y técnicos de las comunidades académicas y científicas[3]. Los efectos que el cambio climático está originando, se perciben en varias partes de los ámbitos productivos, en los sistemas naturales y en las comunidades del mundo[4]. Por su parte, el mundo enfrenta el gran desafío de mantener los recursos hídricos para las personas y la naturaleza, problemas que se ven agravados por los impactos del cambio climático y la necesidad de una adaptación continua, eficaz y eficiente[5].

Se ha sugerido, que un clima cambiante puede afectar las condiciones de flujo en los ríos de montaña, que probablemente impactarán la integridad ecológica[6]. En este contexto, toma relevancia considerar a la cuenca hidrográfica como un sistema, lo que supone el reconocimiento de diferentes elementos presentes en ella. García et al.[7] propone considerar la interacción entre la parte alta, media y baja de la cuenca; el análisis integral de las causas, efectos y posibles soluciones de los problemas; la identificación y uso racional de las potencialidades de la cuenca y, finalmente; el papel del agua como recurso integrador de la cuenca.

A pesar de la importancia ecológica de las cuencas hidrográficas para la biodiversidad, estudios científicos se han enfocado en evaluar el impacto que tendrá el cambio climático en la utilización del recurso hídrico a gran escala,

1 Agradecemos a Héctor Daniel Lincocheo de Lof Tralcapulli por la información compartida, y a Camila Agurto y José Gerstle de la ONG Ayni, por su valiosa contribución en la revisión del escrito.

2 Naciones Unidas. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [en línea] [Fecha de consulta: 10-05-2019]. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf

3 CRUZ, Yolanda. y MARTÍNEZ, Pedro. Cambio climático: bases científicas y escepticismo. *Cultura Científica y Tecnológica*. Enero/Abril 2012. 9(46):5-12.

4 RUEDA, Victor. y GARCÍA, Carlos. Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos. *Gaceta ecológica*. Octubre/Diciembre 2002. 657-23. p. 7-23.

5 PITTOCK, J. Lessons for climate change adaptation from better management of rivers. *Climate and Development*. Noviembre 2009.1(3):194-211. p. 194

6 PAPADAKI, Christina et al. Potential impacts of climate change on flow regime and fish habitat in mountain rivers of the south-western Balkans. *Science of the Total Environment.* Enero 2016. 540, 418-428. p. 9

7 GARCÍA, A. et al. *Enfoques de manejo de recursos naturales a escala de paisaje: convergencia hacia un enfoque ecosistémico.* (1) Turrialba, Costa Rica. (CATIE). Enero 2005. (340):1-55.

como es la producción de energía hidroeléctrica[8]. Sin embargo, es reconocido que el aprovechamiento de arroyos y ríos tiene un gran costo social y ambiental, en especial cuando se utiliza para la producción de energía hidroeléctrica a gran escala, limitando la flexibilidad del sistema para responder a las condiciones cambiantes, incluido el cambio climático[9]. De esta forma, muchos ríos ya no albergan especies nativas socialmente valoradas ni sustentan ecosistemas saludables que brindan bienes y servicios importantes a las comunidades[10]. Así, el aprovechamiento de los ríos, los efectos del cambio climático sobre la disponibilidad de recursos hídricos, sobre la distribución y abundancia de la vegetación, la pérdida de biodiversidad y el aumento de la desertificación, tendrán un impacto directo y más severo en aquellas comunidades que viven en estrecha relación con el medio natural.

Es el caso de las comunidades rurales e indígenas, cuyos medios de vida dependen de los recursos naturales presentes en su entorno, por lo que muchas prácticas tradicionales -como la agricultura de subsistencia, la recolección de productos del bosque, el pastoreo, entre otras, se verán afectadas por una menor disponibilidad de recursos hídricos y el aumento e intensificación de procesos de degradación de la tierra, lo que incidirá en la pérdida de productividad de los suelos, afectando su capacidad para retener y almacenar el agua[11]. Esto cobra especial importancia para el caso de Chile con su accidentada geografía, donde las cuencas hidrográficas son cortas y con fuerte pendiente, característica que condiciona el régimen hidrológico y permite un bajo tiempo de residencia del agua en la cuenca[12].

En los últimos años, los proyectos hidroeléctricos han proliferado en Chile, como una forma de 'producción limpia de energía', sin embargo, este desarrollo energético ha creado ganadores (inversionistas) y perdedores (ecosistemas y comunidades desplazadas) a su paso. Las partes interesadas (actores gubernamentales y el sector privado) argumentan que es vital desarrollar los

8 HAMUDUDU, Byman. Y KILLINGTVEIT, Aanund. Assessing climate change impacts on global hydropower. *Energies*. Febrero 2012. 5(2):305-322.
VAN VLIET, Michelle. et al. Power-generation system vulnerability and adaptation to changes in climate and water resources. *Nature Climate Change*. Enero 2016. 6(4):375-380. 9

9 MADANI, Kaveh. Hydropower licensing and climate change: Insights from cooperative game theory. *Advances in Water Resources*. Febrero 2011. 34 (2):174-183. p. 175

10 POFF, N.L., et al. The Natrural Flow Regime. *BioScience*. Diciembre 1997. 47 (11):769-784.
PANG, Mingyue, et al. Ecological impacts of small hydropower in China: Insights from an emergy analysis of a case plant. *Energy policy*. 2014. 76:1-11 p. 4-5

11 AIFBN. *Bosque Nativo, Comunidades y Cambio Climático.* (1a Ed.). Chile. Alejandra Bahamondes Alvarado, Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo. 2016. p. 45-55.

12 FRÊNE, Cristian. Y ANDRADE, Pedro. *Agua en Chile: Propuestas para enfrentar la crisis hídrica*. (1a Ed.). Santiago de Chile. Agua que has de beber. 2014. [consulta: 07 de octubre 2019]. Disponible en: http://bosquenativo.cl/wp-content/uploads/2016/01/agua_en_chile_propuestas_2014.pdf

recursos hidroeléctricos del país para satisfacer la creciente demanda de energía y apoyar el crecimiento continuo del país[13]. Al mismo tiempo, los impactos ambientales y sociales negativos de la energía hidroeléctrica son cada vez más claros[14]. En este contexto, el Mapa de conflictos socioambientales en Chile del Instituto Nacional de Derechos Humanos[15] al año 2018, muestra la mayor concentración de proyectos de potencial hidroeléctrico en la zona sur del país, donde una parte sustancial de estos proyectos se emplaza en territorio indígena, particularmente en tierras que han pertenecido tradicionalmente al pueblo Mapuche, principal pueblo originario de Chile, representando el 9,9% de la población total efectivamente censada en el país[16].

Desde el punto de vista de la justicia ambiental, si observamos lo anterior bajo un enfoque de justicia climática, vemos cómo este tipo de desarrollo energético enmarcado dentro del cambio climático antrópico, puede tener importantes consecuencias en aquellos países más afectados por el mismo, especialmente sobre determinadas comunidades humanas (poblaciones minoritarias, indígenas y/o con menores recursos económicos). En cambio, los niveles de vida que han generado el calentamiento global son los que menos sufrirían sus consecuencias directas[17].

En el presente artículo, se realiza una síntesis de los impactos sociales y ambientales que pueden ocurrir a través de los tramos de río intervenidos por la producción de energía hidroeléctrica. A su vez, se describen cuáles son sus efectos en términos de inequidad social y, particularmente, sobre comunidades indígenas. Finalmente, se analiza un caso de estudio localizado en la Comuna de Panguipulli, Región de los Ríos, en donde fue construida la Central Hidroeléctrica Pullinque S.A. en la década del 60' y donde actualmente se observan importantes impactos socioculturales y ambientales.

13 SUSSKIND, Lawrence, et al. The future of hydropower in Chile. *Journal of Energy & Natural Resources Law.* Junio 2015. 32(4):425-481.

14 PUJADES, Estanislao, et al. Hydrochemical changes induced by underground pumped storage hydropower and their associated impacts. *Journal of hydrology*. Agosto 2018. 563:927-941.
STERNBERG, Rolf. Hydropower: Dimensions of social and environmental coexistence. *Renewable and Sustainable Energy Reviews.* Agosto 2008. 12(6):1588-1621. p. 1594, 1611

15 INDH. *Mapa de conflictos socioambientales en Chile.* Chile. [en línea] [fecha de consulta: 10-05-2019]. Disponible en: https://mapaconflictos.indh.cl.

16 INE. *Síntesis de resultados Censo 2017.* (1a Ed.) Chile. Instituto Nacional de Estadística. Junio 2018. p. 16.

17 Terra. *¿Qué es la justicia climática?* [en línea] [fecha de consulta: 10-05-2019]. Disponible en: https://www.terra.org/categorias/articulos/que-es-la-justicia-climatica

I. Hidroeléctricas, sus impactos ambientales y su relación con el cambio climático

1. Efectos sobre el régimen hidrológico

Las represas modifican el régimen natural de los ríos, generan alteración en su periodicidad y distribución natural del caudal, lo que afecta la conservación del ecosistema que existe en función del caudal y del tipo de sedimento que se desplaza por él[18]. Existen distintos patrones en el régimen de desembalse. Por ejemplo, existen presas que retienen el recurso hídrico completamente en una determinada sección del río, donde el caudal aguas abajo se conforma en base a la infiltración y los aportes de tributarios. En el caso de embalses asociados a centrales hidroeléctricas, se puede liberar un gran volumen hídrico en un periodo del día, limitando el flujo del caudal el resto del día[19]. Estas modificaciones persistentes en el caudal del río, causan cambios en el régimen hidrológico de la cuenca, entre los que se suele encontrar una disminución del caudal máximo anual[20], un incremento en el caudal medio diario[21] y cambios en la variación estacional del caudal[22].

La construcción del embalse, además de generar efectos directos por el cambio de uso de tierras por la inundación de un área determinada, causa alteraciones en la cuenca hidrográfica debido a que la población desplazada por la inundación comienza a ocupar otras áreas de la cuenca. Esta ocupación provoca un efecto acumulativo por la pérdida de cubierta vegetal que conduce a un aumento de la sedimentación y de la producción anual de agua, y a una disminución en la calidad del agua[23].

18 WCD. *Dams and Development: A New Framework for Decision-Making.* [en linea] Overview of the Report of the World Commission on Dams. *Drylands Programme, IIED.* (London, UK) 2001. (108):1-17. [fecha de consulta: 07 de octubre 2019] p. 73-83. Disponible en: https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/world_commission_on_dams_final_report.pdf

19 LÓPEZ, Raul.; BATALLA, Ramón.; PONS, Puy. Efectos Hidrogeomorfológicos aguas abajo de embalses. *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.* Marzo 2004. 357:22-29. p. 23-25

20 WILLIAMS, Garnet . Y WOLMAN, Gordon. *Downstream Effects of Dams on Alluvial Rivers*. (2a Edición). Washington, Estados Unidos. Geological survey professional paper 1286. 1985. p. 1-83.p. 50
LIGON, Franklin.; DIETRICH, William.; TRUSH, William. Downstream ecological effects of dams. *BioScience*. Marzo 1995. 45(3):183-192. p. 184.
BATALLA, Ramón.; GÓMEZ, Carlos.; KONDOLF, Mathias. Reservoir-induced hydrological changes in the Ebro River basin (NE Spain). *Journal of hydrology*. Mayo 2004. 290(1-2):117-136. p. 118

21 CHIEN, Ning. Changes in river regime after the construction of upstream reservoirs. Earth Surface Processes and Landforms. *Earth Surface Processes and Landforms*. Marzo/Abril 1985.10(2):143-159. p. 159

22 SIMON, Andrew, et al.. Case study: channel stability of the Missouri River, eastern Montana. *Journal of Hydraulic Engineering*. Octubre 2002. 128(10):880-890. p. 882.

23 NO ESTÁ ESTE PIE DE PAG EN WORD

2.Efectos según tramo del río intervenido

2.1 Zona inundada

Algunos de los impactos ambientales en la zona inundada por la construcción del embalse son:

Modificación del cauce - una transformación de río a lago que afecta la diversidad de especies

Las represas generan un control en el flujo hídrico, por lo que cuando son construidas en las zonas medias y bajas de la cuenca, implican una serie de consecuencias para la fertilidad de las llanuras de inundación, las cuales existen producto de las inundaciones periódicas, en las que se han depositado materiales y nutrientes que permiten la mantención de dicha fertilidad[24].

La construcción de la represa y su mantención genera un cambio desde un sistema lótico a uno léntico, es decir, desde un movimiento continuo, flujo libre y descargas de agua en volúmenes que varían, hacia un sistema en que el agua se encuentra almacenada dentro de una reserva artificial y en que se controla el flujo hídrico[25]. Magilligan y Nislow[26] señalan que la degradación de los sitios en donde se construyen represas causada por la eliminación de la variación en los flujos del lecho puede reducir la productividad y la diversidad en general de estos ecosistemas.

Por su parte, la obstrucción en la migración de organismos acuáticos generada por la barrera física que constituye la represa, altera la composición y genera la pérdida de especies aguas arriba y aguas abajo, ya que las especies migratorias requieren de distintos ambientes para completar su ciclo de vida. Por ejemplo, algunas especies migran del mar hacia el río para desovar, como el salmón, mientras que otras lo hacen desde el río al mar, como es el caso de las anguilas. Lo anterior ha significado que la construcción de represas sea una de las principales causas de extinción de especies de agua dulce[27].

---

24 BARAKAT, Majed. y ARROJO, Pedro. Impacto ambiental de las grandes presas en cursos bajos, deltas y plataformas litorales: el caso de Aswan. En: Actas del Segundo Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas. Oporto, Portugal. Octubre 2002. p. 1-15.

25 MARTÍNEZ, Angelina.; BÚRQUEZ, Albeto.; CALMUS, Thierry. Disyuntivas: impactos ambientales asociados a la construcción de presas. *Región y sociedad.* Enero 2012. 24(3):289-307. p. 292-293.

26 MAGILLIGAN, Francis. Y NISLOW, Keith. Changes in hydrologic regime by dams. *Geomorphology*. Octubre, 2005. 71:61-78. p. 62

27 Op. Cit. 18.

Eutrofización

La eutrofización es el excesivo crecimiento de nutrientes en un cuerpo de agua, generando proliferación desmedida de algas, las cuales al finalizar su ciclo de vida se depositan en el fondo. La producción de estos desechos orgánicos y su fase de descomposición, consume gran parte del oxígeno disuelto, afectando la supervivencia de la biota acuática[28].

La inundación del área en donde se instala la represa y las características propias de un sistema lótico, generan condiciones favorables para la eutrofización del cuerpo de agua. Junto con esto, la carga de materia orgánica que el sistema debe procesar inicialmente, debido a la vegetación preexistente en la zona inundada, sumado a los importantes aportes de nutrientes que recibe el embalse provenientes de los afluentes de la cuenca y que quedan retenidos en la superficie de la represa, generan una alta susceptibilidad de los embalses a la eutrofización[29].

Estratificación térmica e inhibición del transporte de oxígeno

Debido a la transformación de los procesos de transporte del agua, desde un sistema lótico a uno léntico, donde el agua presenta un tiempo de residencia prolongado, el recurso hídrico no se mezcla, por lo que se genera una estratificación vertical de la temperatura y de la concentración de oxígeno disuelto en el cuerpo de agua[30].

La temperatura y los niveles de oxígeno disueltos en el agua descienden a medida que se avanza en la profundidad, lo que genera conflictos a la hora de evacuar parte del caudal que retorna al cauce del río, ya que los cambios en la temperatura y la falta de oxígeno disueltos impactarán en la sobrevivencia de las especies de flora y fauna presentes río abajo[31]. Además, las represas hidroeléctricas de gran altura provocan una sobresaturación de gas, que al pasar sobre el vertedero hidráulico causa la muerte de peces[32].

28 ROMERO, Mynor. Proceso de eutrofización de afluentes y su prevención por medio de tratamiento de efluentes. *Revista Electrónica Ingeniería Primero.* Junio 2010. (17): 64-74. p. 66-67.

29 PALAU, Antoni. Medidas de gestión y adecuación ambiental de embalses frente a la eutrofia. *Limnetica*. 2003. 22(1-2):1-13. p. 2-3

30 GRAF, William. Geomorphology and American dams: the scientific, social, and economic context. *Geomorphology*. Octubre 2005. 71(1-2):3-26. p. 16

31 HENDRICKS, D. Impactos de las represas en la calidad del agua. *Las represas y sus efectos sobre la salud.* 1984. 71-88. p. 141-142

32 Op. Cit. 18

Emisión de Gases de Efecto Invernadero (GEI)

Entre los impactos ecosistémicos y climáticos para la cuenca, se encuentra la generación de GEI por parte de los embalses debido a la vegetación en putrefacción y a las entradas de carbono que se acumulan por al estancamiento hídrico31. Así, el dióxido de carbono se forma por la descomposición de carbono orgánico de la represa, cuyas principales fuentes son la vegetación y la materia orgánica transportada por el río[33]. El metano es formado por bacterias, las que descomponen la materia orgánica de aguas con bajos niveles de oxígeno y de los sedimentos que yacen en el fondo del embalse, por lo que los embalses tropicales, los cuales poseen bajos niveles de oxígeno, son los que registran mayores emisiones de CH4[34]. A su vez, el óxido nitroso se forma por la ruptura bacteriana del nitrógeno, siendo significativas las emisiones en embalses que se encuentran en estado eutrófico, como ha sido documentado en zonas tropicales[35].

Las emisiones brutas de los embalses pueden generar entre el 1% y el 28% de los GEI causantes del calentamiento global. Dado que todas las grandes represas y lagos emiten GEI como dióxido de carbono y metano, deben analizarse las características del embalse y su cuenca para conocer el nivel estimado de emisiones. De acuerdo a esto, las emisiones brutas de GEI pueden ser hasta 10 veces menores que las fuentes de generación de energía que queman combustibles fósiles, así como en otros casos, las emisiones brutas pueden ser de mayor envergadura, superando las emisiones de las alternativas térmicas[36].

2.2. Zona seca

Algunos de los impactos ambientales de la construcción de una hidroeléctrica agua abajo son:

Retención de sedimentos

Para medir la retención de sedimentos por parte de la represa es aconsejable seleccionar sitios aguas abajo que se encuentren cercanos a la misma, para evitar considerar los aportes sedimentarios de tributarios. Mediciones tomadas bajo estas

33 CARDÓ, Martin. La represa del Inambari y las emisiones de los gases de invernadero. Bank Information Center. Agosto 2009. 1-13. p. 8

34 PAUCAR, Mayra Alejandra. *Estudio de emisiones de metano producidas por embalses en centrales hidroeléctricas en Ecuador*. Actividad de graduación para optar el grado de Magíster en Ingeniería de la Energía, Santiago de Chile, 2014. [Fecha de consulta: 10-05-2019]. p. 34-35.

35 Guérin, Fédéric, et al. Methane and carbon dioxide emissions from tropical reservoirs: significance of downstream rivers. *Geophysical Research Letters.* Noviembre 2006. 33(21):1-6. p. 6

36 Op. Cit 18.

condiciones han encontrado que las represas retienen un 99% de los sedimentos[37], mientras que el tramo que requiera el río para recuperar la concentración de sedimentos dependerá de las características del nuevo régimen hidrológico, del volumen de sedimentos disponibles en el cauce y de los aportes de los tributarios. La distancia de normalización de sedimentos en el cauce suele ubicarse entre los 200 y 500 kilómetros[38], mientras que en algunos casos la carga de sedimentos no se alcanza a recuperar[39].

Impactos en la biota

La retención del caudal por parte de un embalse, afecta tanto a la flora como a la fauna asociada a este tipo de hábitats. Ambos componentes se encuentran ligados al régimen fluvial, sobre todo en aquellos sectores llanos de los ríos, por lo que se ven afectados por cambios en la periodicidad y magnitud de las inundaciones[40]. Esto se debe a que la flora y fauna ripariana se han adaptado, en un proceso de millones de años, a las condiciones ambientales asociadas a las inundaciones periódicas, por ejemplo, diversas especies piscícolas requieren de dichas inundaciones para comenzar y desarrollar su ciclo reproductivo, así como las inundaciones son trascendentales para el ciclo procreativo y de metamorfosis de múltiples especies de insectos y anfibios[41]. Por otra parte, los sistemas fluviales sustentan comunidades biológicas complejas que se ven afectadas asimismo por la alteración en la temperatura y química del agua producto del almacenamiento y supresión del caudal río abajo[42].

La variabilidad de los ríos afecta la migración de peces e invertebrados y el arrastre de sedimentos. La modificación del hábitat propicia la aparición de especies exóticas, las cuales compiten con las nativas alterando el equilibrio del sistema socio ambiental, debido al incremento de vectores de enfermedades y a la afectación de componentes ambientales y sociales históricos[43].

37 Op. Cit. 20
Ibáñez, Carles.; Prat, Narcís.; Canicio, Antoni. Changes in the hydrology and sediment transport produced by large dams on the lower Ebro river and its estuary. *Regulated Rivers: Research & Management*. Enero 1996. 12(1):51-62. p. 56

38 Op. Cit. 19

39 Op. Cit. 20

40 Op. Cit. 24

41 Bó, Roberto y Malvárez, A. Las inundaciones y la biodiversidad en humedales. Un análisis del efecto de eventos extremos sobre la fauna silvestre. *Tópicos sobre humedales subtropicales y templados de Sudamérica.* Enero 1999. 140-168. p. 141-142

42 Op. Cit. 31

43 Op. Cit. 18

Eliminación de nutrientes en el agua (composición química) y disminución en la fertilidad de los suelos

Al impedir el cauce normal del río, los humedales no pueden reabastecerse de agua y nutrientes, lo cual genera una disminución de las especies de aves y de la recarga de aguas subterráneas. Las inundaciones juegan un rol elemental en la fertilidad de los suelos aledaños a los ríos, ya que estas transportan sedimentos, materia orgánica, nutrientes nitrogenados, fósforo y otros nutrientes, que son la base de la fertilidad del río y permiten que este albergue la diversidad de fauna de invertebrados que aumenta la producción primaria y es la base de la cadena trófica que permite el desarrollo de la fauna piscícola fluvial y marina[44].

La producción primaria de micrófitobentos, micrófitos y fitoplancton, en conjunto a la materia orgánica aportada por la erosión de suelos vegetales, son la base de la vida en los ríos. Las bacterias, hongos y animales riparios consumen la materia orgánica, mientras que otra parte se deposita en sedimentos o es exportada al mar, proceso de transporte de nutrientes que es la base de la producción primaria en ríos y mares.

La disminución en el transporte de sedimentos y nutrientes genera un deterioro de los deltas costeros y del canal fluvial, eliminando playas y aguas estancadas que constituyen el hábitat de peces nativos, insectos acuáticos y afecta negativamente la vegetación ribereña, debido a la pérdida gradual en la fertilidad de los suelos[45].

II. Hidroeléctricas, producción energética y desigualdad social

El suministro energético en Chile depende fundamentalmente de su provisión desde el extranjero, particularmente del gas natural que es enviado desde Argentina[46]. La crisis mundial de los combustibles, como recursos finitos, en conjunto con la escasez de energía frente a un escenario de incremento de la demanda producto del consumo industrial y particular, exigen al Estado de Chile buscar soluciones en la utilización de energías alternativas, es decir, energías renovables, así como en la diversificación de las fuentes[47]. Las energías renovables no convencionales (ERNC) utilizan recursos renovables en conjunto con tecnología

44 Op. Cit. 24

45 YÁÑEZ, Nanci. y MOLINA, Raul. *Las aguas indígenas en Chile.* (1a Ed.) Santiago de Chile. LOM Ediciones. 2011. p. 188-190.

46 HUNEEUS, Carlos. Argentina y Chile: el conflicto del gas, factores de política interna Argentina/Argentine domestic policy and the conflict over gas exports to Chile. *Estudios Internacionales*. Enero 2007. 179-212. p. 184.

47 MOLINA, Juan.; MARTÍNEZ, Victor.; RUDNICK, Hugh. (2005). *Indicadores de Seguridad Energética: Aplicación al Sector Energético de Chile*. En: 2nd Latin American Meeting on Energy Economics, ELAEE 2009. Santiago de Chile. 1-22.

de bajo impacto, como la energía solar, eólica, mareomotriz, geotérmica, de biomasa e hídrica[48].

Es en el sur del país en el que se centran los proyectos de energía hídrica, donde abundan los recursos hídricos. No obstante, no toda la energía hídrica es sustentable, considerando los impactos ambientales y sociales que conlleva la construcción y mantención de las hidroeléctricas, en especial cuando estas implican la construcción de grandes represas. Esto se debe, en primer lugar, a que la construcción de hidroeléctricas de embalse, al alterar el cauce de los ríos e inundar grandes superficies de tierra, causan importantes efectos ambientales negativos. Las centrales hidroeléctricas que tienen una generación superior a 20 MW no son consideradas como ERNC, debido a los grandes impactos ambientales que generan. En segundo lugar, la construcción de embalses conlleva usualmente la deslocalización de una parte importante de la población, así como de la pérdida de sus territorios, lo cual, para comunidades indígenas, como el Pueblo Mapuche, significa la afectación de su cultura y cosmovisión. Finalmente, al traspasar los beneficios de los usuarios ribereños locales a otros grupos de beneficiarios a nivel nacional y al excluir a la ciudadanía en la toma de decisiones sobre proyectos que les afectan directamente, se genera un fuerte descontento social. Por lo tanto, el conflicto en torno a proyectos hidroeléctricos en Chile es desigual, considerando la compatibilidad de intereses del sector empresarial y del estado, frente a los expresados por las comunidades locales, las cuales deben asumir las externalidades negativas derivadas de la instalación de proyectos que impactan en sus formas de vida y economías locales[49].

III. Marco Legal

1. Ley 19.253

A partir de la ley indígena (N° 19.253)[50] vigente desde el 5 de octubre de 1993 se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, junto con el establecimiento de normas que promueven la protección y el desarrollo de los pueblos indígenas. La ley indígena establece que es deber del Estado reconocer los derechos de los indígenas, para quienes la tierra es el fundamento principal de su existencia y de su cultura. Así mismo es deber del estado proteger las tierras indígenas, velando por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico.

48 SAUMA, Enzo. Políticas de fomento a las energías renovables no convencionales (ERNC) en Chile. *Centro de Políticas Públicas UC*. Mayo 2012. 7(52):5-17. p. 5.

49 Yáñez, N. y Molina, R. *Las aguas indígenas en Chile*. (1a Ed.) Santiago de Chile. LOM Ediciones. 2011. p. 188-190.

50 Ley N° 19.253. (05-10-1993). Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación.

En el artículo 9° de la ley se estipula que la comunidad indígena corresponde a toda agrupación de personas que sean parte de la misma etnia indígena y que posean o hayan poseído tierras indígenas en común, la cual deberá adquirir personalidad jurídica como tal para ser reconocida ante la ley.

La ley indígena dictamina que las tierras indígenas "*no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de la misma etnia" y asimismo, éstas "no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración*".

Así mismo, la ley reconoce las tierras indígenas que poseen títulos reconocidos por el estado desde 1823 a la fecha, así como los territorios que hayan ocupado históricamente, siempre que los derechos sean inscritos en el registro de tierras indígenas creado por la misma ley[51].

Como forma de proteger las tierras indígenas y entregar tierras a indígenas o comunidades que no posean se crea el fondo de tierras y aguas indígenas en los artículos 20° y 22° de la ley indígena (Ley 19.253). Este fondo permite la regularización y compra de derechos de agua para personas o comunidades indígenas, incorporándolas a la lógica del modelo de mercantilización del recurso hídrico instaurado por el código de aguas de 1981, dejando de lado el establecimiento de mecanismos específicos para la protección de las aguas indígenas, que aseguren la sustentabilidad del uso y manejo del recurso e incorporen la valoración socioambiental y cultural del agua propia de la visión holística de los indígenas[52].

En el artículo 26° se crean como mecanismo para facilitar el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades indígenas, las Áreas de Desarrollo Indígena (ADIs), las cuales corresponden a "…*espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades*.."[53]. En este sentido, para el establecimiento de las ADIs se deben cumplir una serie de criterios:

a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos

51 Aylwin, J. Pueblos indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual. *Serie de Documentos No1. Instituto de Estudios Indígenas.* Universidad de la Frontera, Temuco, Chile. 1994.

52 Yáñez, N. y Molina, R. *Las aguas indígenas en Chile.* (1a Ed.) Santiago de Chile. LOM Ediciones. 2011. p. 157-159.

53 Ley N° 19.253. (05-10-1993). Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación.

naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

De esta forma, el concepto de "desarrollo indígena" abordado en la Ley, considera aspectos generales del mundo occidental para constituir dicho concepto, apartando aquellos aspectos específicos de la cultura indígena y de lo que significa el desarrollo para ellos. Así, la figura legal de las ADIs no es creada en base a los planteamientos y demandas del sector indígena, sino que se encuentran basados en el marco global que expresa el estado, por lo que están enfocadas en la preservación de la cultura de los pueblos indígenas, bajo la premisa de la protección de regiones consideradas ecológicamente relevantes[55].

2. Convenio 169 de la OIT

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra vigente en Chile desde el 15 de septiembre del año 2009 y corresponde a un tratado internacional adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989. El convenio establece el reconocimiento y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y el respeto de su integridad, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. El convenio también establece que los pueblos tienen el derecho de decidir sus prioridades de desarrollo, si éste afecta sus creencias y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, mientras que los gobiernos junto con los pueblos son responsables de tomar medidas para proteger el medio ambiente de los territorios que habitan[56].

El convenio establece que los gobiernos deben respetar la importancia cultural y espiritual que los pueblos le otorgan a los territorios que ocupan o utilizan de alguna forma en particular, además de asegurar los derechos de utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras, en caso de que los recursos existentes en las tierras sean propiedad del Estado, el gobierno debe establecer y mantener procedimientos para consultar a los pueblos involucrados, para determinar en qué medida serían perjudicados los intereses de dichos pueblos, antes de autorizar cualquier programa de explotación de los recursos que se encuentren en las tierras, y deben percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir producto de la realización de dichos programas o actividades[57].

55 VELASCO, Luisa. Lo" etno" del Desarrollo: una mirada a las estrategias y propuestas de desarrollo indígena. *Revista Mad*, (1). 1999.

56 Decreto N° 236. (14-10-2008). Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Relaciones Exteriores.

57 Ley N° 19.253. (05-10-1993). Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación

El convenio se ubica dentro de uno de los capítulos más recientes del derecho internacional de los derechos indígenas, los cuales se relacionan a su vez con el resguardo de los derechos humanos, como una forma de obtener la protección de la comunidad internacional[58]. De esta forma, el derecho internacional indígena y específicamente el convenio 169 se presentan como una forma de hacer frente a la deuda histórica existente con los pueblos indígenas quienes han sufrido el arrebato de sus tierras, la imposición de la forma de vida de los conquistadores, la restricción de su autonomía política y han sido relegados a la extrema pobreza[59].

El derecho internacional indígena se relaciona con los derechos humanos tradicionales de la identidad cultural de las minorías étnicas, con el derecho a la propiedad privada y el derecho de libre determinación de los pueblos, siendo este último uno de los pilares fundamentales del convenio 169, tal como queda expresado en el artículo 7.1 del convenio: "*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.*"[61]

El convenio 169 también ha sido aplicado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el cual ha dado protección en una serie de casos relacionados con el resguardo de los derechos indígenas sobre sus territorios, basados en la Convención Americana de Derechos Humanos, reconociendo el derecho de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales[62].

A pesar de la ratificación del convenio 169 en Chile, en materia de consulta previa, este ha presentado patrones que tienden a modificar la aplicación de lo establecido en el mismo. El origen se encuentra en el significado del concepto "consulta", el que es entendido por el Decreto 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación, como un medio para que los pueblos indígenas puedan entregar su opinión, mientras que desde el punto de vista del derecho internacional la consulta comprende un proceso de negociaciones y acuerdos, permitiendo a los

58 MONTT, Santiago., y MATTA, M. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Estudios públicos,* (121), 133-212. Agosto, 2010. p. 141-144.

59 WIESSNER, Sigfried. Rights and status of indigenous peoples: a global comparative and international legal analysis. *Harv. Hum. Rts. J.,* 12. 1999. p. 33-40.

61 Decreto N° 236. (14-10-2008). Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Relaciones Exteriores.

62 AYLWIN, José.; CARMONA, Cristobal.; SILVA, Hernando.; YÁÑEZ, Nancy. 2009. Las implicancias de la ratificación del Convenio N 169 de la OIT en Chile. *Documento de trabajo,* (10). 98p. 2009. p. 40-42; 17-18; 19-20.

pueblos indígenas influir en el proceso de adopción de decisiones[63]. Lo anterior ha significado que la jurisprudencia utilice los estándares de las normas de participación ciudadana establecidas en la legislación ambiental para aplicarlos a la consulta del convenio[64].

3. Declaración sobre los derechos de pueblos indígenas de las Naciones Unidas

El 13 de septiembre de 2007 la asamblea general de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos indígenas (DDPI), la cual constituye un hito de reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, donde se establece la igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, condenando doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de pueblos o personas por su origen nacional, ético y cultural[65].

La declaración se establece para reconocer los derechos de los pueblos y personas indígenas que actualmente se encuentran vigentes en base al derecho internacional de los derechos humanos, que no han sido respetados por los estados, destacando los derechos de carácter político como lo establecido en el artículo 4°, que reconoce el derecho de autonomía o de autogobierno, en relación a asuntos locales[66].

En el artículo 3 la declaración establece el derecho a la libre determinación, declarando que:

"*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*". Dicha libre determinación, entendida como un derecho humano, busca expresar el derecho de los seres humanos a ejercer el control sobre sus destinos y de vivir dentro del orden institucional de gobierno acorde a dicho derecho[67].

63 CONTESSE, Jorge., Y LOVERA, Domingo. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento. *Anuario de Derecho Público 2011*. 127-151. p. 129-132.

64 LEPPE J. P. Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental: Análisis de una relación normativa. *Revista de derecho (Valparaíso)*. Mayo, 2015. (44), 369-384. p. 375.

65 Naciones Unidas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Ginebra, suiza. Agosto, 2013. 164p

66 AYLWIN, José. Pueblos indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual. *Serie de Documentos No1. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera, Temuco, Chile*. 1994.

67 ANAYA, James. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración. *El Desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague: IWGIA*. 2004. 194-209. p.195-199.

La DDPI, incorpora nuevos alcances, no contemplados en el convenio 169, que hasta el año 2007 correspondía al instrumento de derecho internacional más avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas, al establecer el derecho de que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado previo a que el estado tome decisiones que les afecten, tal como establece el artículo 32.2. sobre la aprobación de proyectos que afecten sus territorios o incorporen la explotación de los recursos presentes en él[68].

A declaración reconoce el derecho de propiedad indígena basado en la ancestralidad de la relación con sus territorios y establece en el artículo 28 el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, restitución o compensación por los territorios y recursos que les hayan sido usurpados. Asimismo, se reconoce en el artículo 31.1 el derecho a desarrollar su patrimonio cultural, mientras que en el artículo 8.1 se reconoce su derecho a no ser objeto de asimilación forzada o de destrucción de su cultura[69].

Es importante destacar que una declaración no posee efectos jurídicos vinculantes como un tratado internacional, no obstante, para los pueblos indígenas esta se trata de un instrumento fundamental para orientar la legislación y políticas públicas de sus respectivos Estados.

IV. Sistemas de valoración y sus implicancias

La economía ecológica permite visualizar los diferentes procesos de toma de decisiones en un contexto de conflictos ecológicos distributivos, en donde se presentan una serie de valores inconmensurables, que bajo el sistema tradicional de evaluación de coste beneficio no es posible considerar. En la evaluación de proyectos, regidos por el análisis de costo beneficio, existe una débil conmensurabilidad, impidiendo medir la proporción de los distintos impactos, ya que sólo considera la valoración monetaria y no otros sistemas de valoración, y una comparabilidad fuerte de valores, es decir, considera sólo una forma de valoración, por lo que se pueden comparar fácilmente las distintas alternativas dentro de la evaluación de proyectos. Esto se debe a que los proyectos son jerarquizados utilizando una escala monetaria, homogeneizando la escala en la que serán considerados los distintos aspectos influyentes en la toma de decisiones, dejando de lado aquellos indicadores físicos y sociales que no son monetizables. Por otro lado, la evaluación multicriterio reconoce la irreductibilidad entre los distintos tipos de valor por lo cual se habla de una comparabilidad débil de valores

68 Op. Cit. 66
69 Op. Cit. 65

(al considerar distintas formas de valoración, comparar las distintas alternativas de un proyecto se convierte en un proceso complejo) y una conmensurabilidad fuerte (permite medir adecuadamente la proporción de los distintos impactos al considerar los distintos sistemas de valoración) al internalizar aquellas externalidades del sistema de precios, la cual permite el mantenimiento de los recursos y servicios naturales físicos[70].

El patrón de uso de los recursos, así como los sectores que deben asumir las llamadas "externalidades" ambientales depende de las cambiantes relaciones de poder y de la distribución de los ingresos, ya que el crecimiento económico conlleva mayores impactos ambientales y por tanto a una mayor cantidad de conflictos con el sector de la población que debe asumirlos, los cuales son en la mayoría de los casos sectores que no perciben retribución alguna por la degradación de su territorio, por lo que se habla de una transferencia de costes sociales o de costos sociales no pagados[71].

Los conflictos por el acceso a los recursos naturales o por las desiguales cargas ambientales pueden ser expresados entonces dentro de un solo sistema de valoración, que suele ser el monetario, o también puede ser expresado a través de una disputa sobre el sistema de valoración a ser aplicado[72].

Se habla entonces de un choque de sistemas de valoración, en donde los lenguajes de la justicia ambiental o los derechos territoriales indígenas se enfrentan contra la valoración monetaria de los riesgos y cargas ambientales. Esto sucede porque las comunidades indígenas usan valores distintos a los de la empresa para respaldar sus intereses, ya que los primeros, como grupo social subordinado apela a valores que proceden de percepciones culturales e intereses diferentes a los de la empresa[73].

V. Caso de estudio: Central Hidroeléctrica Pullinque

La central hidroeléctrica Pullinque, ubicada en el río Huanehue (*Wenuywue* en mapudungun), comuna de Panguipulli, región de Los Ríos, fue aprobada en 1951 por ENDESA, empresa estatal que obtuvo en 1954 la concesión provisional de la merced de agua del río, a partir de lo cual comenzaron las obras de construcción,

70 MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *El Ecologismo de los Pobres, Conflictos ambientales y lenguajes de valoración.* (1a Ed.). Santiago de Chile. Quimantú. 2014. p. 51-53.

71 KAPP, William. Political Economy and psychology. *Kyklos*. Noviembre 1950. 4(4):291-315.

72 WALTER, Mariana. Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental… Reflexionando sobre enfoques y definiciones. *Boletín Ecos.* Febrero/abril 2009. 6:2-9. p. 6

73 MARTÍNEZ ALIER, Joan. Ecología política del extractivismo y justicia socio-ambiental. *Interdisciplina.* Septiembre/Diciembre 2015. 3(7):57-73. p. 67.

iniciando su puesta en marcha en abril 1962, con una potencia de 48,6 MW[74].

Luego de pasar a manos de la empresa hidroeléctrica Pullinque S. A. en 1982, la empresa fue declarada en quiebra el año 1999 debido a préstamos impagos con el banco Santander Chile (cerca de US$ 12 millones y con el banco del Estado (sobre US$ 45 millones), razón por la cual esta fue rematada y adquirida por la empresa ENEL Green Power[75].

Es la laguna Pullinque la que ha servido para almacenar el agua que utiliza la hidroeléctrica Pullinque, cuyos territorios aledaños han sido ancestralmente habitados por comunidades Mapuche, quienes han sufrido la inundación de sus tierras, perdiendo territorios sagrados, así como productivos (com pers. Lincocheo 2019).

Dado que el proyecto fue puesto en marcha en un periodo anterior a la aprobación de la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente (1994), este no fue sometido a evaluación de impacto ambiental.

1. Conflicto Socioambiental

El año 2006, ENEL Green Power compró 31,5 hectáreas de tierras a la comunidad Mapuche Lloncón Huirimán, acordando que la misma podría manejarla. Sin embargo, la comunidad manifestó que sólo 20 hectáreas fueron pagadas y que no se respetaron los acuerdos de manejo de las tierras[76]. Producto de lo anterior, el 24 de junio del año 2008, miembros de la comunidad iniciaron una manifestación en la bocatoma de la central hidroeléctrica, exigiendo a la empresa una indemnización de 1000 millones de pesos por las hectáreas que no fueron pagadas y el incumplimiento de las promesas de manejo[77].

Las comunidades Mapuche afectadas por el incremento del volumen hídrico del lago Pullinque intentaron establecer negociaciones con el Estado y ENEL Green Power por la afectación de sus territorios, reclamando una indemnización por parte del Estado por la inundación inicial (generada por la instalación de la hidroeléctrica)

74 ENDESA. Sistema hidroeléctrico Pullinque. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0037322.pdf.

75 El Mercurio Online. Banco del Estado vende Hidroeléctrica Pullinque por US$ 52 MM. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: https://www.emol.com/noticias/economia/2000/10/02/34183/banco-del-estado-vende-hidroelectrica-pullinque-por-us-52-mm.html

76 AHUMADA, R. Y JAQUE, J. Comisionado presidencial para asuntos indígenas reconoce conflicto ambiental en Araucanía. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.olca.cl/oca/justicia/justicia032.htm.

77 LABRA, Marcos. Comunidad indígena se toma central hidroeléctrica en Panguipulli. [en línea] [fecha de consulta: 10-05-2019]. Disponible en: https://www.latercera.com/noticia/comunidad-indigena-se-toma-central-hidroelectrica-en-panguipulli/.

y otra por parte de ENEL Green Power por la inundación de tierras posterior a la adquisición de la hidroeléctrica, reclamando la creación de un régimen especial para que las comunidades perciban parte de las utilidades que la empresa adquiere por la utilización de los recursos naturales presentes en sus tierras[78].

Dentro de las negociaciones con ENEL Green Power, el año 2014 la comunidad habría rechazado la oferta por parte de la empresa, la cual consistía en una compensación económica de 4 millones de pesos por hectárea más un sueldo de 400 mil pesos anuales para cada comunero, lo cual fue considerado insuficiente por parte de la comunidad, tomando en cuenta el constante incremento del volumen del lago Pullinque, lo cual ha generado la pérdida de espacios sagrados, en donde crecían plantas medicinales, se sembraba y criaba animales[79].

Para el año 2017, las comunidades locales afectadas por la inundación de tierras se habían organizado conformando el Consejo de Comunidades de Pullinque, realizando una declaración pública escrita, en la cual exigían; percibir parte de las utilidades obtenidas por la empresa por la explotación de los recursos naturales presentes en su territorio, acordar una compensación económica para las comunidades ribereñas que han sufrido la inundación de sus tierras, recuperar espacios que fueron expropiados por el fisco, que actualmente no están siendo utilizados y permanecen cerrados, y la restitución del caudal ecológico del río Huanehue, el cual fue secado por la construcción de la central hidroeléctrica Pullinque[80].

Durante el año 2017 y parte del 2018, existieron conversaciones entre la comunidad y la empresa ENEL Green Power, intentando llegar a un acuerdo para que la empresa restituya al menos el caudal ambiental del río Huenehue. Sin embargo, las malas prácticas de la empresa, entre las que se cuenta el armar una corporación paralela a la comunidad (la corporación Kom Kiñepe Taiñ Newen) y financiarla para generar problemas al interior de la comunidad de Tralcapulli, como también el intento de hacer un estudio de Valoración contingente, sin antes sociabilizar las herramientas del estudio con la comunidad, terminaron por

78 Vargas, José Luis. Sesenta familias mapuche exigen indemnización a ENEL por inundaciones provocadas por laguna artificial de la Central Hidroeléctrica Pullinque. [en línea] [fecha de consulta: 10-05-2019]. Disponible en: http://m.laopinon.cl/noticia/mapuche/sesenta-familias-mapuche-exigen-indemnizacion-enel-por-inundaciones-provocadas-por-l.

79 El Ciudadano. Familias mapuche de Pullinque rechazan compensación económica de Enel. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.mapuche.info/?kat=1&sida=4697
Oyarzo, jorge. Comunidades niegan millonaria oferta y piden indemnización histórica a hidroeléctrica en Panguipulli. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: https://www.biobiochile.cl/noticias/2014/11/18/comunidades-niegan-millonaria-oferta-y-piden-indemnizacion-historica-a-hidroelectrica-en-panguipulli.shtml

80 Consejo de Comunidades Pullinque. Declaración pública. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.elpuelche.cl/2017/01/20/video-declaracion-publica-pullinque-recuperando-los-espacios-y-el-agua-usurpada-por-enel/

generar una gran desconfianza hasta romper todo tipo de diálogo. La gerente de Sostenibilidad y relaciones comunitarios de ENEL Chile, Antonella Pelegrini fue parte de este proceso de diálogo, y avaló las malas prácticas de la empresa[81].

Luego de esto, el año 2018, las comunidades siguieron movilizándose y realizaron un comunicado público en el cual se demandaba una compensación por parte de ENEL Green Power por los daños y perjuicios causados en el territorio, así como la restitución del río Huanehue mediante la eliminación de la represa[82].

El caso de estudio expuesto ayuda a reconocer los efectos de una central hidroeléctrica en las distintas dimensiones de la justicia ambiental, como se explica a continuación:

2. Distribución de costos y beneficios

La presencia de derechos de agua altamente concentrados para usos de carácter no consuntivos (ej. uso industrial y generación de electricidad) genera inequidad en la distribución de los beneficios derivados de los distintos servicios ecosistémicos que proveen las cuencas hidrográficas. Esta inequidad fue verificada para el caso de la comuna de Panguipulli, en un estudio realizado por Nahuelhual *et al*.[83], donde se verificó que el 49% del total de derechos no consuntivos correspondió a hidroelectricidad y empresas piscícolas y el 14% del total de los derechos de consumo pertenecían a plantas de saneamiento del agua. Las comunidades indígenas y los comités locales de agua tenían solo 33 derechos de consumo, que representan el 2.8% de este tipo.

En el caso de estudio presentado, las comunidades ribereñas son las que han asumido directamente las externalidades de la Central Hidroeléctrica Pullinque, percibiendo sólo costos y ningún beneficio. Han perdido la capacidad de relacionarse con el río Huenehue, donde el agua para consumo o uso doméstico es impracticable, dada las condiciones de insalubridad por la eutrofización que ha generado la disminución extrema del caudal por la presencia de la Central.

81 Espinoza, Gonzalo. La lucha de más de cinco décadas de la comunidad de Tralcapulli por la recuperación del río Wueneywue. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: l https://www.eldesconcierto.cl/2019/02/25/la-lucha-de-mas-de-cinco-decadas-la-comunidad-de-tralcapulli-por-la-recuperacion-del-rio-wueneywue1/

82 Asociación Leufü Wueneywue. Comunicado Público de Asociación Leufü Wueneywue en defensa y recuperación del río Wueneywue. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.mapuexpress.org/?p=25808
Menares, Felipe. Comunidades mapuche quieren su río de vuelta: hidroeléctrica opera hace 56 años en la zona. [en línea] [fecha de consulta: 05-05-2019]. Disponible en: http://www.politika.cl/2018/08/17/comunidades-mapuche-quieren-su-rio-de-vuelta-hidroelectrica-opera-hace-56-anos-en-la-zona/

83 NAHUELHUAL, Laura, et al. Opportunities and limits to ecosystem services governance in developing countries and indigenous territories: The case of water supply in Southern Chile. *Environmental Science & Policy*. Agosto 2018. 86:11-18

Asimismo, con la pérdida de caudal se ven muy limitadas las prácticas agrícolas que antiguamente permitían ejercer soberanía alimentaria por parte de las comunidades locales.

3. Reconocimiento de culturas y/o formas de vida

Para la cosmovisión Mapuche la valoración de la naturaleza es inconmensurable en términos monetarios, tales como la pérdida de sus espacios sagrados, la medicina natural (lawen), los espíritus presentes en los distintos elementos de la naturaleza (ngen), siendo todas estas formas el eje central de su identidad cultural y, por lo tanto, deben ser reconocidos y protegidos como derechos colectivos de los pueblos indígenas, según lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT[84].

Los valores incompatibles con respecto a la naturaleza crean tensiones entre los distintos actores sociales que convergen en un área, particularmente entre las compañías hidroeléctricas y las comunidades indígenas, como ha sido evidenciado para la comuna de Panguipulli en general[85].

En el caso de estudio presentado, la desaparición de sitios sagrados a causa del emplazamiento de la Central Hidroeléctrica Pullinque, ha coartado toda libertad de expresión de las comunidades para ejercer sus tradiciones culturales. Así, tanto los derechos colectivos como las formas de valoración no monetarias de la naturaleza, no han sido reconocidos por parte del Estado y el sector empresarial, generando un fuerte descontento por parte de las comunidades locales.

4. Procedimientos para la toma de decisión

En el caso de estudio es posible detectar al menos dos formas en donde los procedimientos para la toma de decisión no han sido realizados de forma justa.

En primer lugar, la empresa ligada a la Central Pullinque ha promovido la formación de una corporación paralela a la comunidad (Corporación *Kom Kiñepe Taiñ Newen*), con lo cual se facilita la entrega de recursos y subsidios parciales solo a los miembros de ésta. Esta corporación no representa los intereses colectivos de las comunidades ribereñas, e induce a que se generen intereses individuales, debilitando la cohesión social y generando conflictos dentro de las comunidades.

84 Decreto N° 236. (14-10-2008). Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Relaciones Exteriores.

85 Op. Cit. 65

En segundo lugar, la forma que la empresa dispone para valorar los daños a las comunidades ribereñas, aplicando la metodología de Valor contingente sin construcción participativa del instrumento, individualizando entrevistas y presionando a la comunidad para que respondiese todas las encuestas en un plazo acotado, limitando el tiempo de comprensión, refleja una forma de proceder descontextualizada, y sin intención de involucrar a todos los interesados en un diálogo fructífero, o al menos en uno que sea coherente con las visiones locales.

CONCLUSIONES

El uso de los ríos con potencial hídrico para la generación de energía, es socialmente aceptado como una forma de utilización sustentable de recursos, sin embargo, situaciones de injusticia ambiental se asoman cuando se analizan los distintos impactos socioculturales y ambientales que este tipo de industria genera, lo cual se acentúa en un contexto global de cambio climático.

Con la información presentada, es posible concluir que las cuencas hidrográficas cumplen un rol fundamental a nivel de sistema socio-ecológico, lo cual se opone a los dichos del actual presidente de la República de Chile, Sebastián Piñera, cuando se refiere a los beneficios de la construcción de embalses[86]. Por el contrario, los ríos son fuente esencial para el bienestar social y ambiental y, por lo tanto, la modificación de sus caudales para la producción de energía viene a generar un impacto aditivo al que ya genera el cambio climático, y siempre tendrá el potencial de generar efectos negativos en la biodiversidad y comunidades humanas cuyas formas de vida dependen de sistemas ribereños. Estos impactos deben ser caracterizados y medidos antes de cualquier intervención y mediante distintos sistemas de valoración para no cometer posteriormente actos de injusticia climática y daños irreparables en el sistema socio-ecológico, aumentando las brechas de desigualdad social preexistentes.

86 *"Que nos permitan acumular el agua en los periodos de abundancia para que no se pierda por nuestros ríos, hacia el mar. Hoy, el 84% del agua dulce que corre por nuestros ríos, se pierde en el mar"*. Prensa Presidencia. Presidente Piñera celebra el Día del Campesino. [en línea] [fecha de consulta: 08-05-2019]. Disponible en: https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=79291

La Función Ecológica de la Propiedad en Colombia

Ecological Function of Property in Colombia

Gloria Amparo Rodríguez
Abogada, PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas
de la Universidad Externado de Colombia
Magister en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional
Profesora Titular de la Facultad de Jurisprudencia
de la Universidad del Rosario
Magistrada del Tribunal Especial para la Paz
Bogotá, Colombia
gloria.rodriguez@urosario.edu.co

RESUMEN

La protección del ambiente es un tema que -actualmente- hace parte de la agenda política nacional e internacional, a partir de la cual, se fijan medidas relativas a la conservación del entorno y de los recursos naturales. Con base en esto, en el constitucionalismo moderno se han adoptado disposiciones tendientes a garantizar la preservación de este. Precisamente, la Constitución Política de Colombia de 1991, dedicó un gran número de artículos a esta materia, incluyendo como un elemento adicional a la función social de la propiedad, la función ecológica. Esta figura jurídica limita el ejercicio del derecho a la propiedad, en tanto no puede abusarse de la explotación del bien cuando ello signifique un impacto negativo en el ambiente y, de manera correlativa, en los seres que lo habitan.

Palabras claves: Ambiente, propiedad, función social, función ecológica, humedales, parques naturales.

ABSTRACT

Environmental protection is a key issue on the national and international political agenda. On these grounds, modern constitutionalism has sought to adopt legal provisions to ensure the preservation of the environment. Indeed, the Colombian Political Constitution of 1991 devoted a large number of articles to this matter, including one relating to the ecological function of property. This legal concept limits the exercise of the right to private property to the extent that prevents landowners from using their lands in a way that affects the natural environment.

Key words: Environment, property, social function, ecological function of property, wetlands, natural parks.

INTRODUCCIÓN

La creciente preocupación por cambiar los modelos de crecimiento económico y uso de los recursos naturales, de acuerdo a como refiere Rodríguez[1], se introdujo en la agenda política internacional desde los años 70, llevando a los sujetos del Derecho Internacional a convenir tratados encaminados a la protección y conservación del ambiente. Esto, a su vez permeó en el derecho doméstico ya que los Estados comenzaron a legislar sobre el uso y explotación de los recursos naturales renovables.

Así las cosas, con el avance de la problemática ambiental, algunos Estados optaron por incluir dentro de sus Constituciones disposiciones relativas la protección y preservación del entorno, así como del desarrollo económico, por eso se adoptaron entre otras nociones, la del desarrollo sostenible, que busca el crecimiento económico a través de actividades que no resulten lesivas para el ambiente.

Colombia, al igual que Chile y, posteriormente Ecuador y Bolivia fueron algunos de los Estados que incluyeron en su Constitución una serie de artículos relativos a este tema, entre ellos, la función social y ecológica de la propiedad, esto como reconocimiento de la propiedad como un derecho que no es absoluto y, por tanto, que puede limitarse su explotación sobre todo cuando sea contraria a los principios del derecho ambiental y aquellos que pretende la protección del ambiente y los recursos naturales[2].

Con este panorama, se abordará en el presente texto el concepto de función ecológica de la propiedad, para lo cual es necesario tener en cuenta, en primer lugar, el concepto de propiedad, sus antecedentes, adaptación en el ordenamiento jurídico colombiano, atributos y limitantes. En segundo lugar, la noción de función social de la propiedad en concreto, estudiando sus antecedentes y definición doctrinal y jurisprudencial.

Para así finalmente, abordar la función ecológica de la propiedad, donde de manera similar se tratarán sus antecedentes en el ordenamiento jurídico colombiano, su inclusión en el texto superior y su naturaleza de acuerdo con los aportes dados desde la dogmática y la jurisprudencia. En este acápite se tendrá en

1 RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En: Editorial Universidad del Rosario. *Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público.* (Primera Edición).Bogotá, Colombia.Gloria Amparo Rodríguez y Andrés Páez.. Editorial Universidad del Rosario. (2012).373p., p.1-6

2 Constitución Política de Colombia (04.07.1991), artículo 58.

cuenta un tema que subyace de la función ecológica en el ordenamiento jurídico colombiano: los humedales.

En este contexto, el presente documento pretende mostrar los avances que se han dado en Colombia y en algunos Estados de América Latina en relación con la figura de función ecológica de la propiedad y, además, aportar elementos para el desarrollo de un debate que permita efectuar una evaluación de lo que ha implicado la consagración de esta figura como un instrumento de protección ambiental que permite el desarrollo.

I. Evolución del concepto de propiedad en Colombia

El concepto de propiedad no se ha mantenido inmutable en el paso del tiempo, todo lo contrario, a medida que ha avanzado la sociedad ha sufrido ciertas variaciones, con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que da inicio a la edad contemporánea se define a la propiedad en el artículo 17 como el "derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente y, con la condición de haya una justa y previa indemnización"[3].

Las expresiones inviolable y sagrado del concepto se concibieron como el núcleo ideológico de este derecho y, de esta manera lo desarrolló la doctrina clásica del derecho civil, que tomando como referencia los principios del derecho romano lograron introducir en el Código de Napoleón una definición técnica de la propiedad, en ella se omitieron las nociones romanas de esclavismo y de la facultad política que ejercía sobre los bienes el paterfamilias para pasar a comprender la propiedad como un derecho que le es inherente al hombre[4].

En este sentido, Almonacid[5] señala que durante los siglos XVIII y XIX la doctrina liberal percibió "el derecho de propiedad privada como un derecho sagrado, inviolable, exclusivo, perpetuo y absoluto", este último elemento resultaba ser el más importante, toda vez que exigía que el derecho sobre el mismo bien no se compartiera y que no estuviera condicionado su goce a un límite de tiempo, pudiendo el titular del derecho disponer de la cosa tal y como le pareciera, así se consagró en el Código Civil de Napoleón de 1804 en el artículo 544: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto,

3 Consejo Constitucional de la República Francesa, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* [en línea]. (Francia) (3p.) [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2019]. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225_derechosdelhombre_1789_0.pdf

4 ALMONACID-SIERRA, Juan Jorge. La propiedad en el Estado social de derecho colombiano. En: Restrepo-Medina, Manuel (Ed.) *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI* (Primera Edición). Bogotá, Colombia. Manuel Restrepo-Medina, Editorial Universidad del Rosario. 2007.776p. p. 447.

siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos".

Esto, según refiere Ternera[6], fue adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano a nivel constitucional en: la Constitución del Estado libre del Socorro de 1810; la Constitución de la República de Cundinamarca de 1812; la Constitución del Estado libre de Neiva de 1815; la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 y; a nivel legal en el Código Civil de 1887, que aún se encuentra vigente, establece en el artículo 669 el derecho de propiedad o dominio como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente[7], no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

La anterior norma tuvo como inspiración el Código Civil de Chile de 1855, que consagró en el artículo 582 el dominio o propiedad como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno"[8]. Como se observa, el orden legal chileno y colombiano durante el siglo XIX concebía el derecho de propiedad de la misma manera, en relación con su carácter absoluto.

Aun con eso, la concepción absolutista del derecho de la propiedad se vio perturbada por las nuevas tendencias doctrinales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX que sostenían que la propiedad debía tener una función social, en tanto debía ceder a las obligaciones sociales del Estado y de los particulares[9]. Esto llevó a que en el ordenamiento jurídico colombiano se hiciera un cambio normativo a través de la reforma de 1936 a la Constitución Política de 1886, que adoptó el postulado solidarista de Leon Duguit, según el cual, la propiedad privada es un derecho subjetivo y a la vez una utilidad pública[10] por lo que se consagró en el texto constitucional que "(…) la propiedad es una función social que implica obligaciones"[11].

Así las cosas, el derecho de propiedad privada pasó de ser de un derecho absoluto a uno pleno, es decir, a ser el derecho real con más poderes y facultades en el ordenamiento jurídico pero con limitaciones legales en su ejercicio[12], estas

5 Ibid. p. 448.

6 TERNERA-BARRIOS, Francisco. *Derechos reales* (Cuarta Edición). Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 2015. p. 120

7 El término "arbitrariamente" fue declarado inexequible por Corte Constitucional de Colombia. Quintero con Código Civil. Acción de inconstitucionalidad. (18 de agosto de 1999). Nº de Expediente C 595. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm

8 Código Civil (14 de diciembre de 1855). Congreso Nacional de Chile.

9 Op. Cit. 4. p. 452

10 Corte Constitucional. Ayala y otros vs Sociedad Acción Fiduciaria S.A. y otros. Acción de Tutela (5 de julio de 2016). Nº de Expediente T 348. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-348-16.htm

11 Cit. 2

12 Op. Cit. 4. p. 469-470

facultades se reducen a tres: (i). *ius utendi*, que se refiere al uso apropiado del bien; (ii) *ius fruendi*, entendido como el goce de la cosa y; (iii) *ius disponendi*, que es la facultad de disposición del bien[13]. Esta noción fue adoptada por el constituyente de 1991, que lo clasificó dentro del capítulo de derechos sociales, económicos y culturales y dispuso en el artículo 58 que:

> "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. (…)"[14]

Con este texto, el ordenamiento jurídico colombiano logra alejarse de manera evidente de la noción individualista del derecho de propiedad privada contenida en el artículo 669 del Código Civil que permitía el ejercicio al arbitrario del propietario, para adoptar una postura basada en la solidaridad, que se acomoda al modelo de Estado de Colombia, el cual no es más que una respuesta a las demandas sociales que exigían la reivindicación de derechos y la obligación del Estado de proteger y garantizar el real cumplimiento de las garantías constitucionales, entre ellas la satisfacción de necesidades básicas para una vida digna[15].

Esto, sumado al criterio funcionalista de la propiedad sirvió como fundamento para que el constituyente incluyera como elementos del derecho de propiedad la función social y ecológica, entendiendo que es un derecho económico que permite a su titular participar en la organización y desarrollo del sistema económico y social del Estado, pero asimismo le exige, con base a los fines esenciales del Estado promover la prosperidad general, la protección del ambiente, el desarrollo económico y el servicio a la comunidad[16]. Es entonces, un derecho que permite a su titular usar y disponer del bien, siempre que cumpla con la función social y ecológica del mismo[17].

13 MEDINA-PABÓN, Juan Enrique. Derecho civil. Bienes: derechos reales (Primera Edición). Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario. 2016. 910 p., p. 98-115

14 Op. Cit. 2

15 Op. Cit. 7. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm

16 Corte Constitucional de Colombia. Mantilla. Acción de constitucionalidad (15 de marzo de 2006) Nº de Expediente C 189. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm

17 Corte Constitucional. Lehoucq y otros. Acción de constitucionalidad (10 de diciembre de 2015) Nº de Expediente C750. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-750-15.htm

Ahora bien, de acuerdo con Rodríguez[18] la propiedad logra tener un carácter fundamental en la economía, en el entendido que "permite la apropiación de los medios de producción y beneficios adquiridos por la actividad económica" y, es con la función social y ecológica que se busca fijar límites a los derechos individuales para que afecten de manera negativa los intereses colectivos.

Tomando estos elementos, la Corte Constitucional de Colombia logró elaborar un concepto de propiedad mucho más completo y adecuado al contexto actual, estableciéndola como "el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones ecológicas que le son propias"[19]. Además, es un derecho subjetivo no intangible, en tanto puede ser afectado, delimitado o restringido por las autoridades en ejercicio de sus competencias legales, como una medida para asegurar el cumplimiento de otros deberes constitucionales[20].

De tal suerte, al ser clasificado como un derecho económico y social dentro de la estructura constitucional colombiana y no como un derecho fundamental, le niega la posibilidad que sea protegido mediante la acción de tutela por vía directa[21], no obstante, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha mantenido procedente la protección del derecho a la propiedad privada mediante la acción de amparo siempre que por conexidad se proteja un derecho fundamental, siendo necesario ponderar las particularidades de cada caso o cuando se afecte el núcleo esencial del mismo y no exista otro mecanismo judicial para protegerlo.[22] [23]

II. La función social de la propiedad en Colombia

Es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano no concibe la propiedad privada de la misma manera que se hacía un par de siglos atrás, la actual noción jurídica-social de la misma la contempla como una función o deber social y no

18 RODRÍGUEZ, G. La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos indígenas. En: Edit. Londoño B. *Propiedad, conflicto y medio ambiente.* Bogotá, Colombia. Beatriz Londoño. Universidad del Rosario. 2004. p. 111-112

19 Op. Cit. 16.

20 Corte Constitucional de Colombia. Guevara. Acción de Constitucionalidad (20 de abril de 2016). Nº de Expediente C 192. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-192-16.htm

21 Op. Cit 6. p. 70-71

22 Corte Constitucional de Colombia. Albendea vs Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Santafé de Bogotá. Acción de Tutela (6 de octubre de 1993). Nº de Expediente T 422. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-422-93.htm

23 Corte Constitucional de Colombia, Medina vs Alcaldía Local de Fontibón y otros. Acción de Tutela (1 de noviembre de 1994). Nº de Expediente T 483. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-483-94.htm

como derecho subjetivo patrimonial de ejercicio absoluto[24]. Se considera, como señala Arévalo[25], que la función social está integrada al derecho de dominio como elemento esencial y permanente del mismo y por ende, tiene unos deberes específicos que incluyen los alcances, limitaciones y cargas que puede tener. Es éste componente social el que exige que la propiedad sea permeable a los intereses sociales sin que esto signifique el perder su carácter de derecho.

Así pues, se condiciona el ejercicio del derecho de propiedad al cumplimiento del interés general, sin que se genere afectaciones al núcleo esencial del mismo, esto es, al "nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular"[26] [27]. Por ello ha sostenido la Corte Constitucional colombiana que la función social de la propiedad son aquellas "exigencias de orden social que gravitan sobre las titularidades privadas, lo que no puede considerarse excepcional y externo del derecho de propiedad, sino por el contrario connatural a éste e incorporado a su núcleo esencial"[28].

Por eso, se ha sostenido en Colombia que el derecho de propiedad exige que se utilice a la misma sin perjudicar a la comunidad, sino más bien, haciendo que le sea útil. Es debido a esto que, el legislador puede en virtud de los intereses generales, imponer restricciones al titular del derecho de propiedad privada, en cuanto al ejercicio[29]. En este sentido, es claro que la propiedad es concebida a partir de su funcionalidad y como tal, se consagra la función social de la propiedad en la Constitución como: (i) la restricción de ciertas facultades al titular del derecho; (ii) las condiciones para el ejercicio del derecho y; (iii) obligación constitucional de ejercer este derecho conforme a las limitaciones dadas[30].

Paralelamente, se ha dicho que la noción de función social "pretende dar un uso económico y productivo a la propiedad con el fin de beneficiar a toda la colectividad" es así como se logra adoptar un nuevo enfoque, desde el cual un derecho además de satisfacer las necesidades del titular, representa un beneficio colectivo.[31]

---

24 Op. Cit, 6 p. 72-73

25 ARÉVALO-GUERRERO, Ismael. *Bienes. Constitucionalización del derecho civil* (Primera Edición). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012. P. 912., pp. 341.

26 Op. Cit. 26

27 Corte Constitucional de Colombia. Florez vs Alcaldía Municipal de Guavatá-Santander y otros. Acción de Tutela (15 de noviembre de 2016) Nº de Expediente T 628. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-628-16.htm

28 Corte Constitucional de Colombia. Barreto. Acción de Constitucionalidad (29 de julio de 1992). Nº de Expediente C 295. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm

29 Op. Cit. 6. p. 78-79

30 Op. Cit. 4. p. 473.

31 LONDOÑO-TORO, Beatiz, et al. *Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia.* Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario y a (2004). p. 18 - 19.

Bajo esta óptica, la Corte Constitucional colombiana ha aclarado que la función social resulta ser un límite al ejercicio del derecho de económico de la propiedad, en tanto le exige al titular del derecho la protección ambiental, la prevalencia del interés general, la salvaguarda de los derechos ajenos y la equidad, con lo que se logra equilibrar el derecho del propietario y el bienestar común[32].

Para entender esto, se debe hacer un análisis articulado de las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta el principio de solidaridad, el deber de no abusar de su ejercicio (artículo 95), los propósitos del Estado Social de Derecho (artículo 1) y la obligación de asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (artículo 2). Sólo así es posible hallar el fundamento para la figura de la función social de la propiedad que impone a su titular obligaciones beneficiosas para la sociedad, limitando entonces el ejercicio del derecho para garantizar el cumplimiento del interés general[33].

De acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, la función social es esencial en la propiedad privada, así lo reafirman además de las disposiciones señaladas, "la procedencia de la expropiación (artículos. 58 y 59), la promoción estatal del acceso a la propiedad (artículo 60), la protección de la propiedad intelectual (Art. 61), la imposibilidad de variar el destino de las donaciones (artículo 62), la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público (artículo 63) y la promoción del acceso progresivo a la propiedad de la tierra (Artículo 64)."[34]

De tal suerte, para la Corte Constitucional el derecho de propiedad puede ser restringido por el legislador no sólo por motivos de interés general, sino también para hacer efectivos los derechos de particulares que dependen de la intervención en el ejercicio del derecho. Es así como las restricciones pueden basarse en intereses jerárquicamente superiores o en derechos subjetivos de particulares, lo que hace necesario examinar las características de cada caso en concreto.[35] [36] [37] En este sentido, la función social de la propiedad resulta ser una forma de materializar el principio del interés general sobre el particular, donde se pretende compensar los beneficios individuales derivados del uso de la propiedad con las cargas que

32 Corte Constitucional de Colombia. Haydar Acción de Constitucionalidad (1 de julio de 2015). Nº de Expediente C 410. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-410-15.htm

33 Op. Cit. 20

34 Corte Constitucional de Colombia. Vergara. Acción de Constitucionalidad (25 de febrero de 2009). Nº de Expediente C 133. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-133-09.htm

35 Op. Cit. 10

36 Corte Constitucional de Colombia. González. Acción de Constitucionalidad (22 de mayo de 2013). Nº de Expediente C 306. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-306-13.htm

37 Corte Constitucional de Colombia. Echeverry. Acción de Constitucionalidad (30 de agosto de 2010) Nº de Expediente C 666. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm

conlleva para la comunidad[38] [39] [40].

De manera articulada, el legislador incluyó dentro del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -Decreto Ley 2811 de 1974- que el derecho de propiedad debe ejercerse conforme a la función social (artículo 41), lo cual se hizo extensivo a la función ecológica por vía jurisprudencial[41].

III. La función ecológica de la propiedad en Colombia

La protección del ambiente es un tema que en la actualidad hace parte de la agenda del derecho, el cual a partir de su dinamismo se ha ocupado de regular la relación entre los seres humanos y la naturaleza, que por diversos factores resulta ser hoy por hoy es un bien escaso y con grandes posibilidades de desaparecer[42].

Con base a la preocupación que esto genera, el constituyente colombiano de 1991 se encargó de incluir una serie de disposiciones relativas a la protección del ambiente y a la garantía de preservación del mismo, por ello, la Corte ha concluido que tras hacer una lectura sistemática, axiológica y finalística de la Constitución 1991, es posible afirmarse que se está ante una Constitución Ecológica, por cuanto, "el ambiente es reconocido como un valor jurídico independiente y autónomo"[43].

Entonces, se parte del entendido que la propiedad no es un derecho absoluto, por lo que no es posible abusar de su explotación e ir en contravía de los mandatos constitucionales que procuran la conservación del ambiente, porque sí bien el ejercicio de la propiedad permite que sea usada en beneficio propio, esto no equivale a que se permita al titular del derecho causar perjuicios a la comunidad, por el detrimento de derechos asociados al ambiente -derecho al ambiente sano-[44]. De esta manera, el derecho a la propiedad se sale de la órbita exclusivamente socioeconómica para incorporar el elemento de protección del ambiente por ser un patrimonio colectivo invaluable[45].

38 Ibídem.

39 Corte Constitucional de Colombia. Revisión oficiosa de constitucionalidad (12 de julio de 2018). Nº de Expediente C 073. Disponible en: http://www.corte.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-073-18.htm

40 Corte Constitucional de Colombia. Sarria vs Alcalde Municipal de Guaduas. Acción de Tutela (30 de septiembre de 1994). Nº de Expediente T 431. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-431-94.htm

41 Corte Constitucional de Colombia. Macías y otro. Acción de Constitucionalidad (1 de abril de 1998). Nº de Expediente C 126- Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm

42 Op. Cit. 4, p. 474-475

43 Corte Constitucional de Colombia. Tello vs Alcalde del Municipio de Granada. Sentencia Acción de Tutela (17 de junio de 1992). Nº de Expediente T 411. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm

44 Corte Constitucional de Colombia. Valderrama vs Gerente del Banco Central Hipotecario, Sucursal Unicentro de Santafé de Bogotá, D.C. Sentencia Acción de Constitucionalidad (23 de septiembre de 1992). Nº de Expediente T 537. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-537-92.htm

45 AMAYA-NAVAS, Oscar Darío. La Constitución Ecológica de Colombia. *Análisis comparativo con el sistema constitucional latinoamericano* (Primera Edición). Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 322., p. 165-170

Esto responde a la ecologización de la propiedad, desde la cual el propietario tiene la obligación de además de respetar los derechos de las personas que integran la sociedad, de respetar al ambiente en sí mismo y responder a los postulados del desarrollo sostenible[46]. Esta protección al ambiente no surge por el amor platónico a la naturaleza, sino como respuesta a un problema que de seguirse agravando derivaría en un tema de vida o muerte, de ahí que sea necesario entender que la visión antropocéntrica, que sostenía que el hombre era el dueño de la naturaleza y podía explotarla y disponer sin limitaciones de los recursos naturales fue superada por la visión ecocéntrica, según la cual, el hombre no es el propietario de la naturaleza, sino que hace parte de ella gracias al largo proceso evolutivo y por tanto, el ambiente resulta ser un sujeto auténtico de derechos, que el Estado debe proteger[47].

De modo que, desde la función ecológica se pretende garantizar la vida de las personas, proteger los recursos naturales, alcanzar el desarrollo sostenible[48] y lograr el cumplimiento efectivo de los derechos ambientales[49]. Así, para Ternera la función ecológica tiene dos dimensiones: (i) la limitación al titular del derecho de propiedad de no afectar de manera negativa al medio ambiente aun cuando el propietario sea particular o público y; (ii) los deberes calificados del Estado de proteger al ambiente a través de medidas administrativas o penales[50].

Por otro lado, Herrera[51] sostiene que la función ecológica de la propiedad es una de las instituciones del ordenamiento jurídico que no tiene un concepto claro consagrado en la legislación, lo cual ha llevado a que se adopte una definición a partir de las interpretaciones judiciales. Teniendo en cuenta esto, el autor la ha logrado definir como el fundamento constitucional que faculta al legislador y las autoridades competentes en materia ambiental a establecer obligaciones, limitaciones, responsabilidades y restricciones al derecho de propiedad, para con esto garantizar el ambiente sano y el cumplimiento del desarrollo sostenible, siendo entonces una relación de derecho-deber.

Así las cosas, la función ecológica del derecho de propiedad se puede desarrollar en dos sentidos: (i) positivo, al exigir la relación de ciertas conductas, cumplimiento de obligaciones relativas a la preservación del ambiente y los recursos naturales y;

46 Op. Cit. 41.

47 Corte Constitucional de Colombia. Gélvez. Acción de Constitucionalidad (16 de julio de 2015). Nº de Expediente C 449. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-449-15.htm

48 VILALTA-VINUESA, A. La responsabilidad medioambiental. En: *Libro homenaje a Ballarín Marcial.* Madrid, España: Colegio Notarial, 2008. p. 1229., p. 683-690.

49 Op. Cit. 18.

50 Op. Cit. 6. 84.

51 HERRERA-CARRASCAL, Giovanni. *La función ecológica de la propiedad* (Primera Edición). Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez, 2017. pP. 320., p. 130-131.

(ii) negativo, cuando exige la abstención de realizar determinadas conductas que afecten de manera negativa al ambiente[52].

Sobre esto, de acuerdo con Macías[53] es necesario tener claro que así como el derecho de propiedad no es absoluto en su ejercicio, la institución jurídica de la función ecológica tampoco lo es, de modo que ubicar a la función ecológica encima incluso del derecho de propiedad es una actuación contraria a los intereses colectivos.

Por su parte, Rodríguez[54] encuentra que la función ecológica de la propiedad es una muestra de la preocupación del constituyente por temas ambientales, que lo llevó a incluir en el texto superior diferentes figuras jurídicas encaminadas a preservar el entorno e impulsar el desarrollo sostenible, una de ellas es concebir que la propiedad no es un derecho absoluto, en tanto encuentra limitaciones en su uso y explotación de los recursos por temas de conservación del ambiente, para con ello dar cumplimiento efectivo al ambiente sano.

Vale la pena traer a colación las disposiciones normativas relativas a la función ecológicas de la propiedad, entre las cuales se encuentra el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente[55] que determinó por primera vez que el ambiente es patrimonio común y es deber del Estado y los particulares velar por su preservación y manejo, por ser un bien de interés social y utilidad pública (artículo 1).

Desde la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que la función ecológica de la propiedad resulta ser una forma en la que se materializa el concepto de desarrollo sostenible, por ser una limitante al ejercicio absoluto y desmedido del derecho de propiedad privada, que busca básicamente satisfacer las necesidades actuales y conservar recursos naturales para las generaciones futuras por medio de la planificación económica responsable[56]. Este elemento

"i) implica un cambio en la relación jurídica del hombre y las comunidades con la naturaleza, relación basada en el respeto y la protección; ii) está basada en el principio ético de la equidad intergeneracional; y iii) se relaciona directamente

52 Ibíd. p. 146-152

53 MACÍAS-GÓMEZ, Luis. Áreas protegidas y propiedad. En: Londoño-Toro (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente* (2004). Bogotá, Colombia. Centro Editorial Universidad del Rosario. P. 328., p. 107

54 Op. Cit. 6

55 Decreto Ley 2811 (18 de diciembre de 1974). Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Presidencia de la República Colombia.

56 Corte Constitucional de Colombia. Pacheco vs Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible Acción de Tutela (21 de septiembre de 2015). Nº de Expediente T 606. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-606-15.htm

con nuevas exigencias e incluso limitaciones al derecho de propiedad individual y colectiva para garantizar el desarrollo sostenible."[57].

Esto encuentra fundamento en la denominada Constitución Ecológica, donde la propiedad tiene un deber social dirigido a mejorar el bienestar de todos los ciudadanos y a conservar el entorno, por lo que puede ser objeto de límites de diferente alcance[58]. Este elemento, hace parte de las pautas generales encargadas de reglamentar la relación entre el ser humano y la naturaleza y, por medio de la cual se logra dar cumplimiento la obligación constitucional a cargo de Estado y de los particulares de proteger las riquezas naturales y culturales de la Nación.[59] [60] [61] [62]

De acuerdo con la Corte Constitucional, esta limitación del ejercicio del derecho de propiedad que representa la función ecológica también se extiende a las empresas, por ser una forma dinámica en la que se representa la propiedad y a la actividad de aquellos que ejercen cualquier profesión u oficio de manera independiente, inclusive la Corte ha dicho que es aplicable a los derechos del consumidor, en razón a que constituye un derecho colectivo que impone deberes[63].

De manera que, la función ecológica de la propiedad logra configurarse como un límite para evitar el impacto negativo que puede generar el uso y goce de un bien, procurando por los intereses colectivos de las generaciones presentes y de las futuras. Con esto se da la denominada ecologización de las libertades, es decir, el reconocimiento de los derechos-deberes en los que el principio de libertad cede ante in dubio pro natura o principio de precaución, así es como el derecho liberal y absoluto de propiedad privada se vio superado por la función social y ecológica de los bienes[64].

Sin embargo, no hay que dejar de lado que la función ecológica es un elemento que se desprende de la función social de la propiedad, el cual le ha

57 Corte Constitucional de Colombia. Álvarez. Acción de Constitucionalidad (11 de junio de 2014). Nº de Expediente C 371. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm

58 Op. Cit. 36

59 Corte Constitucional de Colombia. Revisión Constitucional (28 de junio de 2001) Nº de Expediente C 671. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-671-01.htm

60 Corte Constitucional de Colombia. Morales vs Sociedad Drummond Ltda Sentencia Acción de Tutela (21 de marzo de 2013) Nº de Expediente T 154. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm

61 Corte Constitucional de Colombia. Ladino y otros vs Municipio de Pitalito y otros. Acción de Tutela (3 de julio de 2012). Nº de Expediente T-500. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-500-12.htm

62 Corte Constitucional de Colombia. Pérez vs Municipio de Montería y otros. Acción de Tutela (31 de mayo de 2011). Expediente T 458. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-458-11.htm

63 Corte Constitucional de Colombia, Mattos vs el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Acción de Tutela (11 de abril de 2012). Nº de Expediente T 282. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-282-12.htm

64 Idem.

servido a la Corte Constitucional como fundamento proteger el ambiente en diferentes ocasiones, armonizándolo con otros principios, valores, derechos y deberes constitucionales[65]. Esto por la regla de prioridad antes mencionada, según la cual la actividad económica se subordina a las normas ambientales y, la armonía entre ambas es reflejo de la materialización del desarrollo sostenible[66].

Para la Corte, esto se fundamenta en que "el desarrollo social y la protección del ambiente imponen un tratamiento unívoco e indisoluble que permita progresivamente mejorar las condiciones de vida de las personas y el bienestar social, pero sin afectar ni disminuir irracional o desproporcionadamente la diversidad natural y biológica de nuestro ecosistema"[67].

Así ha logrado determinar el Alto Tribunal que, ante lo que el crecimiento económico, fruto de la libertad económica y la propiedad privada representa en cuanto a costo ecológico, por la desenfrenada e irreparable destrucción del ambiente, que indudablemente genera afectaciones en la vida social del ser humano, el constituyente introdujo como noción equilibradora entre la tensión de bienestar económico y conservación del ambiente, el desarrollo sostenible[68].

A su vez, el Consejo de Estado ha referido que la función ecológica de la propiedad permite la limitación de éste derecho a través de medidas de diferente orden y alcance, así como la restricción a los atributos de uso, aprovechamiento y disposición de los recursos naturales, bajo el fundamento que estos atributos no son absolutos y, pueden ser susceptibles de restricciones para satisfacer las necesidades colectivas[69].

No obstante, pese a la consagración de la función ecológica en el texto constitucional colombiano, su materialización ha resultado ser una tarea difícil, la realidad practica que gira en torno a conflictos ambientales, da muestra de la falta de cumplimiento a la función ecológica de la propiedad, lo cual ha llevado a que se recurra a instancias judiciales que reconozcan y ordenen la adopción de este componente esencial del derecho a la propiedad y, a instituciones que permiten la protección del ambiente, tales como los humedales.

---

65 Op. Cit. 37

66 Corte Constitucional de Colombia, Revisión de constitucionalidad (24 de julio de 2008). Nº de Expediente C 750. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-750-08.htm

67 Op. Cit. 16.

68 Corte Constitucional de Colombia. Pastrana, vs Empresa de Productos Químicos del Huila S.A, "PROQUIMHUL". Acción de Tutela (30 de junio de 1993) Nº de Expediente T-251. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-251-93.htm

69 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta sobre sobre la aplicación del parágrafo 1 o del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011. Consulta (11 de diciembre de 2014). Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Disponible en: http://santurban.minambiente.gov.co/images/Estudios_soporte/Concepto__Consejo_de_Estado_11-12-2014.pdf

III.I. Humedales

Entre las nuevas obligaciones consagradas en la Constitución Política colombiana de 1991 se encuentra la de adoptar medidas para evitar o disminuir el deterioro ambiental y la de vigilar que se dé el desarrollo económico y social respetando la naturaleza. Estos imperativos le asignaron al Estado el deber de conservar ciertos ecosistemas y áreas de especial importancia ecológica, dentro de estas últimas se encuentran los humedales, que por sus funciones regenerativas, de preservación y equilibrio ambiental en sistemas hídricos, fauna y flora son bienes necesarios para lograr mejorar las condiciones naturales que consecuentemente resulta ser un factor para el desarrollo de la vida digna[70].

Para entenderlos, la Corte Constitucional adopta la definición de humedales dada por la Convención de Ramsar[71], según la cual, son "las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de agua, sean éstas de régimen natural y artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros"[72].

Tomando este concepto, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que los humedales son importantes recursos biológicos para la Nación por diversos factores: (i) su utilidad actual o futura; (ii) la cantidad de especies de flora y fauna endémicas y; (iii) su información genética. Además, desarrollan una importante función respecto a la retención de óxido de carbón y, en especial, los humedales adquieren un gran valor en las sociedades urbanas, por ser espacios recreativos que permiten el contacto con la naturaleza, la investigación científica y la educación ambiental[73].

Asimismo, los humedales cumplen la función de regular los flujos hídricos, esto lo logra "mediante el llenado en épocas de creciente y liberación en época de bajada, esta función representa un servicio ambiental directo a la sociedad en cuanto a la regulación de inundaciones"[74]. Es por la importancia ecológica de estas áreas que en el ordenamiento jurídico son bienes de uso público, inalienables e

70 Corte Constitucional de Colombia. Benítez vs Consejo de Estado – Sección Primera y otros. Sentencia de Unificación (21 de noviembre de 2013) Nº de Expediente SU 842. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU842-13.htm

71 Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas de 1971

72 Op. Cit. 70

73 Corte Constitucional de Colombia. Sosa vs Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. Acción de Tutela (15 de agosto de 2002). Nº de Expediente T 666. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/T-666-02.htm

74 Idem.

imprescriptibles, excepto por la regla constitucional consagrada en el artículo 58 de la propiedad privada y, es que haya sido adquirido conforme a las leyes civiles, donde nace y muere en la misma heredad[75].

Paralelamente, el Consejo de Estado se ha ocupado de este tema y ha sostenido que los humedales por sus características únicas se constituyen como uno de los ecosistemas más productivos en el mundo y, entre sus funciones está la de prestar servicios hidrológicos y ecológicos invaluables, asimismo, tienen un gran valor estético y paisajístico y numerosas especies de fauna y flora. Además mantienen el nivel freático, que sirve para el desarrollo adecuado de la agricultura; el almacenamiento de aguas; la regulación de inundaciones y la purificación de aguas para el consumo[76].

A nivel normativo, Colombia ha aprobado la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas de 1971, mediante la Ley 357 de 1997[77], para garantizar la protección de estas áreas de gran importancia natural. En el mismo sentido, ha dispuesto mediante normas administrativas[78] que los humedales son bienes de uso público, sin perjuicio de lo consagrado para aguas no marítimas o continentales en el Código Civil[79], según lo cual, las vertientes de agua que nacen y mueren dentro de una sola propiedad le pertenecen a los dueños de la misma y, el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente[80] que le asigna el deber a las autoridades ambientales de elaborar y ejecutar planes de manejo ambiental, teniendo que, caracterizar y zonificar el área de los humedales, garantizando con ello el uso sostenible y la preservación de diversidad biológica.

Actualmente, el 26% del territorio colombiano es humedal, aun con eso, los que se encuentran reconocidos y protegidos son pocos, pues apenas suman doce humedales con un área total de 1.871.802 hectáreas[81], con ello, se busca la conservación del ambiente y los recursos naturales, que exige del seguimiento y cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad.

---

75 Corte Constitucional de Colombia. Benítez vs Consejo de Estado – Sección Primera y otros. Sentencia de Unificación (21 de noviembre de 2013) Nº de Expediente SU 842. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU842-13.htm

76 Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 20 de septiembre de 2001

77 Ley 357 de 1997 (Colombia). (21 de enero de 1997). Congreso de la Republica de Colombia.

78 Resolución 0157 de 2004 (Colombia). (12 de febrero de 2004). Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

79 Ley 84 de 1873 (Colombia). (31 de mayo de 1873). Código Civil. Congreso de la República de Colombia.

80 Decreto Ley 2811 de 1974 (Colombia). (18 de diciembre de 1974). Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Presidencia de la República.

81 Escobar Moreno-Jorge Emmanuel. *Humedales Ramsar en Colombia.* Colombia: Fundación Humedales Bogotá [Nota de Prensa] (2018). Disponible en: http://humedalesbogota.com/2018/01/25/humedales-ramsar-colombia/

IV. La función social y ecológica de la propiedad en el derecho comparado

Así como se ha reconocido en Colombia la función social y ecológica de la propiedad, otros Estados han adoptado en el orden constitucional que el derecho a la propiedad no es absoluto y, como tal, debe ejercerse en función del interés general, así como de la protección del ambiente, de tal manera lo han consagrado en las Constituciones de Chile, Ecuador y Bolivia.

En Chile, la Constitución Política de la República de 1980 asegura a todas las personas el derecho de propiedad en todas sus especies sobre bienes corporales e incorporales y, le asigna al legislador la obligación de establecer el modo de adquirir la propiedad, disponer de ella y las limitaciones que se deben derivar de su función social. Esta última entendida como los intereses de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública, así como la conservación del patrimonio ambiental[82].

La Carta Política chilena garantiza el pleno disfrute de los derechos y garantías reconocidos allí a todas las personas, pero a su vez, consagra que en ocasiones su ejercicio puede restringirse por limitaciones que le son inherentes, como es el caso de la función social de la propiedad y en ella, el deber de conservación del ambiente.

Al respecto, Banda-Vergara[83] refiere que la función social del dominio, en el ordenamiento jurídico chileno, resulta inherente al derecho de propiedad, por lo cual le ha sido reconocida al propietario la obligación de manejar, usar y ejercer los atributos propios del derecho, en armonía con los intereses colectivos, en el entendido que es un derecho que se confluye con los derechos de otros integrantes de la comunidad y, como tal, las limitaciones resultan necesarias para la vida normal de la sociedad. Ahora bien, esta función social de la propiedad incluye la conservación del ambiente, por lo que el titular del derecho no puede en medio del ejercicio de su derecho, realizar acciones que resulten contrarias a esta limitación constitucional.

Con lo anterior concuerda Bordalí-Salamanca[84], quien indica que la importancia de la función social como componente del derecho de propiedad, está el hecho que la propiedad puede ser limitada por la ley, siempre que sea en pro de garantizar los intereses generales y objetivos sociales, lo cual incluye que

82 Constitución Política de la República de Chile (1980), artículo 19

83 BANDA-VERGARA, Alfonso. Medio ambiente y función social del dominio. Revista de Derecho. Chile. (1998), 9:55-86p., p. 72.

84 BORDALÍ-SALAMANCA, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. *Revista de Derecho*, Chile. (1998), 9: 153-172p.. P. 155.

no constituya un obstáculo para el progreso o que por otro lado, promueva el deterioro del patrimonio ambiental, pues al ser el entorno un patrimonio de la Nación, representa un asunto de interés general.

De esta manera, lo ha consagrado el Tribunal Constitucional de Chile[85], que explica la función social de la propiedad como parte integrante del contenido de éste derecho y, por tanto, resulta inherente a la propiedad. Así las cosas, la función social, que incluye en su contenido la conservación del ambiente, no debe entenderse como un elemento externo que limita el ejercicio del derecho, sino como las restricciones o deberes que legitiman el goce de la propiedad, lo que supone el uso racional de la propiedad en armonía con el interés general y expresión del principio de solidaridad, que pretende la satisfacción de los interés colectivos de la sociedad y el bien común.

En síntesis, Galdamez[86] señala que, la restricción de ciertos derechos, entre ellos, el de propiedad, se fundamenta en el deber constitucional del Estado y de los particulares de la preservación del ambiente como mecanismo para la protección del patrimonio natural. De ahí que, en la actualidad la función ecológica resulte intrínseca a la reconocida función social de la propiedad, desde la cual la satisfacción de las necesidades individuales, debe lograr estar en armonía con la satisfacción de las necesidades colectivas, las cuales incluyen el gozar de un ambiente libre de contaminación.

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, por medio de la cual se buscan construir "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir"[87], consagra en el preámbulo que la naturaleza, la Pacha Mama es parte del pueblo y vital para su existencia[88] y, por lo tanto, se debe garantizar la armonía entre ciertos derechos y el ambiente. Así, dentro del capítulo de los derechos de libertad se reconoce y garantiza a todas las personas el derecho a la propiedad en todas sus formas, estas son, pública, privada, comunitaria, asociativa, cooperativa y mixta la cual deberá cumplir su función y responsabilidad social y ecológica[89].

Sobre el último punto, relativo a la función social del derecho de propiedad, la Constitución ecuatoriana busca que la propiedad asegure tanto la libertad del titular, como el derecho sostenible y sustentable del ser humano y, bajo esta

85 Tribunal Constitucional de Chile. Fallo (3 de marzo de 2010). Rol Nº 1298-2009-INA.

86 GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Medio ambiente, constitución y tratados en Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado México* (2017). 148:113-144.p 130.

87 Op. Cit. 1. p. 18

88 Constitución de la República del Ecuador (2008). Preámbulo

89 Idem, Artículo 66 y 321.

premisa, exige a los ciudadanos tener un equilibrio justo del ejercicio de su derecho con el de las demás personas. De este modo, las facultades del propietario privado se garantizan conforme al ejercicio armónico con los derechos de los demás propietarios privados particulares que, a su vez, deben cumplir con la obligación de protección del ambiente por el valor absoluto que éste tiene y, por ser parte del interés general[90].

Con este nuevo orden constitucional, la propiedad en Ecuador se configura como un derecho que tiene restricciones relativas a la función social y ambiental que se asisten, por ello, López[91] señala que la función ecológica debe percibirse como un elemento integrante del derecho mismo y no como un límite externo. En ello concuerda Andrade[92], quien señala que la función social de la propiedad se encuentra fundada en el principio de primacía del interés general y el bien común del Estado ecuatoriano, el cual, al igual que en Colombia, se adoptó con base a la teoría solidarista del Estado de León Duguit, según la cual, lo intereses colectivos superan la individualidad de las personas y, por tanto, la función social entre a ser parte de los elemento que delinean el contenido interno del derecho a la propiedad.

Por su parte, la función ambiental de la propiedad en el orden jurídico ecuatoriano se inscribe en el marco de la Constitución Ambiental de 2008[93] y, supone que el ejercicio de los derechos individuales no pueden afectar a la naturaleza por ser esta última sujeto de derechos, además de no afectar los derechos ajenos y colectivos reconocidos por el textos constitucional de vivir en un ambiente sano, equilibrado ecológicamente y en armonía con la naturaleza[94].

En efecto, la función social y ambiental de la propiedad en el orden jurídico de Ecuador se basa en el interés general y constituye una obligación tanto para los particulares como para el Estado, siendo éste último el encargado de actuar conforme a los postulados ecológicos en el demonizado orden público ambiental[95].

Por último, encontramos la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que es el resultado de un proceso colectivo de discusión en el

90 ALCÍVAR-TREJO, Carlos, CALDERÓN-CISNEROS, Juan y CUADRADO, Mery. La función ambiental frente a la propiedad privada y su aplicación actual en la legislación ecuatoriana. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales.* Ecuador, (2014), 8:

91 LÓPEZ QUETGLAS, Francisca. "*El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*." Anuario jurídico y económico escurialense (2006) 39:335-362.

92 ANDRADE MAYORGA, Santiago Humberto, et al. *Delimitación de la tutela del derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. p. 143. p. 86.

93 CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente.* Madrid, España, Dykinson. 2000. p. 92

94 Op. Cit. 92. p. 88

95 NARVÁEZ ÁLVAREZ, María José. *La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil ecuatoriano*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008. p. 60.

marco de la Asamblea Constituyente, del cual se reconoce como un pueblo plural que deja en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal para asumir la construcción de un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, fundado en los principios de respeto e igualdad y, en los principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución del producto social, en el que predomina la búsqueda del vivir bien[96].

Así las cosas, la Carta Política boliviana establece el derecho de toda persona a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla su función social y, su uso no sea perjudicial al interés colectivo. Por función social de la propiedad, la carta constitucional dispone que es un presupuesto para salvaguardar dicho derecho, entendido como el aprovechamiento sustentable de la tierra en el desarrollo de las actividades productivas por parte de los pueblos y comunidades indígenas, originarias y campesinas, así como por los pequeños propietarios, el cual se realiza conforme a la capacidad del uso mayor de la tierra, que beneficie la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario[97].

CONCLUSIONES

La preocupación por la protección y preservación del ambiente inevitablemente se ha tenido que incluir en la agenda política y jurídica tanto del orden nacional como internacional, lo cual se ha visto reflejado en la creación y expedición de políticas relativas a la tutela del ambiente y al uso adecuado de los recursos naturales.

En medio del avance normativo se ha dado el denominado nuevo constitucionalismo ambiental, el cual ha superado la noción de la propiedad como un derecho absoluto que permite a su titular ejercerlo sin más limitaciones que las legales y constitucionales, para pasar a considerar que le asiste una función social, en la cual debe el interés particular ceder al general y aportar a la productividad.

De igual modo, ante el reciente reconocimiento del ambiente como un bien que debe ser protegido por ser parte vital del pueblo y, sujeto de derechos, como se hizo en Ecuador o Bolivia, también le fue asignada a la propiedad la función ecológica, que resulta ser un deber de cumplimiento en el ejercicio del derecho de propiedad, la cual se encuentra fundada en los principios de solidaridad, protección y conservación del ambiente.

96 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (07.02.2009). Preámbulo
97 Ibid.. Artículo 56 y 397.

Por medio de esta figura se busca evitar el impacto negativo que el uso y goce del bien pueden causar al entorno y, consecuentemente, a los demás seres que lo habitan. De esta forma, se trasciende la noción del concepto del derecho para avanzar hacia nuevos paradigmas que permiten entender que la disposición tradicional de la propiedad implica nuevos retos relacionados con la protección del ambiente tanto para esta como para las nuevas generaciones.

La función ecológica de la propiedad ha permitido la protección a aquellos territorios que por su importancia ecológica resultan ser indispensables para la preservación de un ambiente sano, que en el caso colombiano se ven representado por ecosistemas de gran valor como los humedales, los cuales por su importancia han requerido de un tratamiento especial.

Si bien los países latinoamericanos han incluido dentro de su orden constitucional la importancia del ambiente y el deber que le asiste a los Estados y a los particulares de promover el desarrollo sostenible y el interés general, así como del uso racional de la propiedad, conforme a su función social y ecológica, no basta con su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico, es necesario adoptar medidas necesarias que permitan materializar dichas disposiciones. En el marco actual que nos impone el reto de proteger y preservar el ambiente, tanto para la supervivencia de los seres humanos como para los demás seres vivos de la presente y futuras generaciones, esto implica un trabajo conjunto entre el Estado y las personas, en el que se hace indispensable el ejercicio racional del derecho de propiedad, procurando el cumplimiento del interés general y los derechos conexos, como lo es el de gozar de un ambiente sano.

El reto actual implica hacer realidad estos postulados ya que el incremento de los conflictos ambientales por el uso y manejo de los territorios donde existen importantes recursos naturales, reflejan las dificultades en hacer efectivos estos derechos y la necesidad de contar con autoridades comprometidas en las tareas de conservación y promoción de la sostenibilidad que posibilite el desarrollo económico, el mejoramiento de la calidad de vida, la protección del ambiente y la justicia ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Alcívar-Trejo, Carlos, Calderón-Cisneros, Juan & Cuadrado, Mery. La función ambiental frente a la propiedad privada y su aplicación actual en la legislación ecuatoriana. Ecuador, Revista Caribeña de Ciencias Sociales, (2014), número 8.

Almonacid-Sierra, Juan Jorge. La propiedad en el Estado social de derecho colombiano. En: Restrepo-Medina, Manuel (Ed.) *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI* (Primera Edición). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

Amaya-Navas, Oscar Darío. *La Constitución Ecológica de Colombia. Análisis comparativo con el sistema constitucional latinoamericano* (Primera Edición). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Andrade Mayorga, Santiago Humberto, et al. Delimitación de la tutela del derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2016).

Arévalo-Guerrero, Ismael. *Bienes. Constitucionalización del derecho civil* (Primera Edición). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

Banda-Vergara, Alfonso. Medio ambiente y función social del dominio. Chile: Revista de Derecho, núm. 9 (1998)

Bordalí-Salamanca, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. Chile: Revista de Derecho, núm. 9 (1998)

Canosa Usera, Raúl. Constitución y medio ambiente. Dykinson, 2000.

Código Civil (14 de diciembre de 1855). Congreso Nacional de Chile.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta sobre sobre la aplicación del parágrafo 1 o del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011. Consulta (11 de diciembre de 2014). Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Disponible en: http://santurban.minambiente.gov.co/images/Estudios_soporte/Concepto__Consejo_de_Estado_11-12-2014.pdf

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 20 de septiembre de 2001

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas de 1971

Corte Constitucional, Albendea vs Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Santafé de Bogotá. Sentencia Acción de Tutela (6 de octubre de 1993). Nº de Expediente T 422. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-422-93.htm

Corte Constitucional, Álvarez. Sentencia Acción de Constitucionalidad (11 de junio de 2014). Nº de Expediente C 371. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm

Corte Constitucional, Ayala y otros vs Sociedad Acción Fiduciaria S.A. y otros. Sentencia Acción de Tutela (5 de julio de 2016). Nº de Expediente T 348. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-348-16.htm

Corte Constitucional, Barreto. Sentencia Acción de Constitucionalidad (29 de julio de 1992). Nº de Expediente C 295. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm

Corte Constitucional, Benítez vs Consejo de Estado – Sección Primera y otros. Sentencia de Unificación (21 de noviembre de 2013) Nº de Expediente SU 842. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU842-13.htm

Corte Constitucional, Cuellar y otros. Sentencia Acción de Constitucionalidad (27 de julio de 2010). Nº de Expediente C-598. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-598-10.htm

Corte Constitucional. Echeverry. Acción de Constitucionalidad (30 de agosto de 2010) Nº de Expediente C 666. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm

Corte Constitucional, Ferrer. Sentencia Acción de Constitucionalidad (15 de abril de 2015). Nº de Expediente C 165. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-165-15.htm

Corte Constitucional, Florez vs Alcaldía Municipal de Guavatá-Santander y otros. Sentencia Acción de Tutela (15 de noviembre de 2016) Nº de Expediente T 628. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-628-16.htm

Corte Constitucional, Gélvez. Sentencia Acción de Constitucionalidad (16 de julio de 2015). Nº de Expediente C 449. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-449-15.htm

Corte Constitucional. González. Acción de Constitucionalidad (22 de mayo de 2013). Nº de Expediente C 306. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-306-13.htm

Corte Constitucional, Guevara. Sentencia Acción de Constitucionalidad (20 de abril de 2016). Nº de Expediente C 192. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-192-16.htm

Corte Constitucional, Haydar. Sentencia Acción de Constitucionalidad (1 de julio de 2015). Nº de Expediente C 410. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-410-15.htm

Corte Constitucional. Ladino y otros vs Municipio de Pitalito y otros. Sentencia Acción de Tutela (3 de julio de 2012). Nº de Expediente T-500. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-500-12.htm

Corte Constitucional, Lehoucq y otros. Sentencia Acción de constitucionalidad (10 de diciembre de 2015) Nº de Expediente C750. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-750-15.htm

Corte Constitucional, Macías y otro. Sentencia Acción de Constitucionalidad (1 de abril de 1998). Nº de Expediente C 126- Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm

Corte Constitucional, Mantilla. Sentencia Acción de constitucionalidad (15 de marzo de 2006) Nº de Expediente C 189. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm

Corte Constitucional, Mattos vs el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Sentencia Acción de Tutela (11 de abril de 2012). Nº de Expediente T 282. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-282-12.htm

Corte Constitucional, Medina vs Alcaldía Local de Fontibón y otros. Sentencia Acción de Tutela (1 de noviembre de 1994). Nº de Expediente T 483. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-483-94.htm

Corte Constitucional, Morales vs Sociedad Drummond Ltda Sentencia Acción de Tutela (21 de marzo de 2013) Nº de Expediente T 154. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm

Corte Constitucional, Pacheco vs Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Sentencia Acción de Tutela (21 de septiembre de 2015). Nº de Expediente T 606. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-606-15.htm

Corte Constitucional, Pastrana, vs Empresa de Productos Químicos del Huila S.A, "PROQUIMHUL". Sentencia Acción de Tutela (30 de junio de 1993) Nº de Expediente T-251. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-251-93.htm

Corte Constitucional, Pérez vs Municipio de Montería y otros. Sentencia Acción de Tutela (31 de mayo de 2011). Expediente T 458. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-458-11.htm

Corte Constitucional, Quant. Sentencia Acción de Constitucionalidad (18 de julio de 2012). Nº de Expediente C 570. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-570-12.htm

Corte Constitucional, Quintero. Sentencia Acción de constitucionalidad (18 de agosto de 1999) Nº de Expediente C 595. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm

Corte Constitucional, Salas vs Cubillos y otros. Sentencia Acción de Tutela. (29 de julio de 1992) Nº de Expediente T 566. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-566-92.htm

Corte Constitucional. Sarria vs Alcalde Municipal de Guaduas. Sentencia Acción de Tutela (30 de septiembre de 1994). Nº de Expediente T 431. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-431-94.htm

Corte Constitucional. Sentencia Revisión Constitucional (28 de junio de 2001) Nº de Expediente C 671. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-671-01.htm

Corte Constitucional, Sentencia Revisión de constitucionalidad (24 de julio de 2008). Nº de Expediente C 750. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-750-08.htm

Corte Constitucional, Sentencia Revisión oficiosa de constitucionalidad (12 de julio de 2018). Nº de Expediente C 073. Disponible en: http://www.corte.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-073-18.htm

Corte Constitucional, Sosa vs Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. Sentencia Acción de Tutela (15 de agosto de 2002). Nº de Expediente T 666. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/T-666-02.htm

Corte Constitucional, Tello vs Alcalde del Municipio de Granada. Sentencia Acción de Tutela (17 de junio de 1992). Nº de Expediente T 411. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm

Corte Constitucional, Valderrama vs Gerente del Banco Central Hipotecario, Sucursal Unicentro de Santafé de Bogotá, D.C. Sentencia Acción de Constitucionalidad (23 de septiembre de 1992). Nº de Expediente T 537. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-537-92.htm

Corte Constitucional, Vergara. Sentencia Acción de Constitucionalidad (25 de febrero de 2009). Nº de Expediente C 133. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-133-09.htm

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 26 de septiembre de 1940

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Decreto 1076 de 2015 (26 de mayo de 2015). Presidencia de la República.

Decreto 2372 de 2010 (1 de julio de 2010). Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Decreto Ley 2811 de 1974 (18 de diciembre de 1974). Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Presidencia de la República.

Escobar Moreno-Jorge Emmanuel. *Humedales Ramsar en Colombia.* Colombia: Fundación Humedales Bogotá [Nota de Prensa] (2018). Disponible en: http://humedalesbogota.com/2018/01/25/humedales-ramsar-colombia/

Galdamez Zelada, Liliana. *Medio ambiente, constitución y tratados en Chile.* México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (2017). Nro. 148, páginas 113-144

Herrera-Carrascal, Giovanni. La función ecológica de la propiedad (Primera Edición). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2017 pág.130-131

Ley 84 de 1873 (31 de mayo de 1873). Código Civil. Congreso de la República de Colombia.

Ley 357 de 1997 (21 de enero de 1997). Congreso de la Republica.

Londoño-Toro, B. *Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia.* Bogotá, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario y Ministerio Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia (2004).

López Quetglas, Francisca. "*El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión).*" Anuario jurídico y económico escurialense 39 (2006): 335-362.

Macías-Gómez, Luis. Áreas protegidas y propiedad. En: Londoño-Toro (Ed.). *Propiedad, conflicto y medio ambiente* (2004). Bogotá, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Medina-Pabón, Juan Enrique. *Derecho civil. Bienes: derechos reales* (Primera Edición). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016. Pág. citada 98-115

Narváez Álvarez, María José. La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del Código Civil ecuatoriano. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2008).

Ternera-Barrios, Francisco. *Derechos reales* (Cuarta Edición). Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2015.

Tribunal Constitucional de Chile. Fallo (3 de marzo de 2010). Rol Nº 1298-2009-INA.

Resolución 0157 de 2004 (12 de febrero de 2004). Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Rodríguez, G. La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En Rodríguez, Gloria Amparo y Páez, Andrés. *Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público*. (Primera Edición). Bogotá, Colombia. Eds. Editorial Universidad del Rosario. (2012).

Rodríguez, G. La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos indígenas. En: Edit. Londoño B. *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.

Vilalta-Vinuesa, A. La responsabilidad medioambiental. En: *Libro homenaje a Ballarín Marcial*. Madrid, España: Colegio Notarial, 2008.

La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?

The Protection Of The Rights Of Indigenous Communities In The Environmental Impact Assessment System By The Environmental Courts: Any Progress?

Dominique Hervé Espejo
Abogada de la Universidad de Chile
Master en Derecho Ambiental del University College London
Doctora en Derecho por la P. Universidad Católica de Valparaíso
Profesora de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales
dominique.herve@udp.cl

Débora Bascur Montanares
Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales
debora.bascur@mail.udp.cl

RESUMEN

Desde la creación de los Tribunales Ambientales éstos han conocido, hasta septiembre de 2019, nueve casos de reclamaciones contra Resoluciones de Calificación Ambiental, que dicen relación con la protección de derechos de las comunidades indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El objetivo de este trabajo es revisar los argumentos invocados por las partes y lo resuelto por los tribunales ambientales, con el objeto de determinar cuáles han sido los conflictos que, en materia indígena, han sido sometidos a la jurisdicción

ambiental y evaluar si ha existido algún avance en la protección de los derechos indígenas en el SEIA, a partir de la creación de tribunales ambientales especializados.

Palabras claves: SEIA, Tribunales Ambientales, Consulta Indígena, Derechos Indígenas.

ABSTRACT

Since the creation of the Environmental Courts until September 2019, nine cases related to the protection of the rights of indigenous communities in the Environmental Impact Assessment System have been claimed under this jurisdiction. The objective of this work is to review the arguments invoked by the parties and the decisions adopted by the courts, in order to determine what kind of conflicts have been submitted to the environmental jurisdiction and to assess whether there has been any progress in the protection of indigenous rights since the creation of an specialized environmental jurisdiction in Chile.

Key Words: Environmental Impact Assessment System, Environmental Courts, Duty to Consult Indigenous Peoples, Indigenous' Rights.

INTRODUCCIÓN

Los Tribunales Ambientales han dictado, hasta septiembre de 2019, nueve sentencias respecto de reclamaciones de comunidades indígenas que impugnan la ilegalidad de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) por no respetar sus derechos como tales. De estos nueve casos, seis sentencias definitivas de los tribunales han rechazado las pretensiones de las comunidades. De los nueve casos, todos han sido objeto de recurso de casación ante la Corte Suprema, habiéndose confirmado lo resuelto por los tribunales ambientales en cinco de ellos hasta la fecha. Un recurso de casación fue desistido y se encuentran pendientes las sentencias de casación en los otros tres casos.

El objetivo de este trabajo es analizar la incipiente jurisprudencia de los tribunales ambientales en relación con los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Específicamente lo que se busca es analizar cuáles han sido los conflictos que, en materia indígena, han sido sometidos a la jurisdicción ambiental y evaluar si ha existido algún avance en la protección de los derechos indígenas en el SEIA, a partir de la creación de tribunales ambientales especializados. Para ello, se comienza con una breve explicación respecto a las causales que contempla la Ley de Tribunales Ambientales (LTA)[1] para impugnar las RCA, deteniéndose en particular en la problemática planteada para las comunidades indígenas a partir de la opción legislativa de restringir la legitimación activa respecto de estas reclamaciones (II). Luego, se revisarán los nueve casos conocidos por los tribunales ambientales, donde se han presentado reclamaciones interpuestas por comunidades indígenas contra RCA (III), para finalizar con un análisis sobre lo determinado por la judicatura al respecto, considerando tanto lo resuelto por los tribunales ambientales como por la Corte Suprema, vía casación (IV). Se finalizará con algunas conclusiones.

I. Requisitos para impugnar una RCA por parte de las comunidades indígenas

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que encontramos regulado en distintas normas, tanto nacionales como internacionales. Dentro de las normas internacionales, encontramos la Declaración de Río que en el inciso final de su principio Nº 10, establece que "Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"[2]. Dentro de nuestra propia Constitución, este derecho está consagrado en el artículo 38 inciso 2 y estipula que "Cualquier persona que

1 Ley Nº20.600, Crea los Tribunales Ambientales (publicada 28 de junio de 2012).

2 Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992. Entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1993.

sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño"[3]. Este derecho, permite a toda persona tener acceso al sistema de justicia para hacer valer sus derechos y obtener una solución ante la lesión de los mismos.

En materia ambiental, desde el año 2013, este derecho se materializa fundamentalmente en los Tribunales Ambientales,[4] que, dentro de otras materias, son competentes para conocer las reclamaciones interpuestas en contra de las RCA. Estas resoluciones constituyen el acto administrativo final del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento de gestión ambiental aplicable a los proyectos que, de acuerdo con la ley, representan un riesgo ambiental. Estos proyectos deben ser sometidos a una evaluación de impacto ambiental, la cual contempla dos tipos de instancias de participación pública: la participación ciudadana (PAC) y la consulta indígena (PCI).

La ciudadanía, incluyendo a las comunidades indígenas, tiene en la práctica dos acciones para reclamar contra las RCA ante los tribunales ambientales, las contempladas en los Nº6 y Nº8 del artículo 17 de la LTA.[5] Cada una de estas acciones incorpora requisitos específicos que se deben cumplir para poder ejercerlas. El presente apartado se centrará en el recurso de reclamación de la RCA del artículo 17 nº 6, para la PAC, y en el recurso de reclamación de la solicitud de invalidación del artículo 17 nº8, como mecanismo residual para la impugnación de RCA por quienes no hubiesen formulado observaciones en la PAC. Ambas acciones han sido utilizadas por las comunidades indígenas para impugnar las RCA respecto de las cuales se ven afectadas.

De acuerdo con la ley, el recurso de reclamación del artículo 17 nº6, nace cuando las observaciones formuladas en la PAC no han sido debidamente consideradas. No existe una causal equivalente en la ley para que las comunidades indígenas puedan reclamar contra la RCA que no ha reconocido sus derechos en el PCI. Es así como se ha entendido que la reclamación basada en la solicitud de invalidación del artículo 17 nº 8 - que busca reclamar la ilegalidad en general y se

3 Constitución Política de la República (CPR). Artículo 38 inc. 2.

4 Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 19 Nº8 y 20 de la CPR, que consagran el "recurso de protección ambiental" de competencia de las Cortes de Apelaciones.

5 Ambas disposiciones se deben leer en conjunto con lo dispuesto por el artículo 18, números 5 y 7, respectivamente. En ambos casos se exige por la ley, el "agotamiento de la vía administrativa". Es decir, respecto de la PAC el haber interpuesto el recurso de reclamación contemplado en los artículos 20 y 29 de la Ley Nº19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, LBGMA (publicada el 9 de marzo de 1994 y modificada por última vez el 15 de julio de 2019) y respecto de la reclamación del artículo 17 Nº8, el haber solicitado previamente la invalidación administrativa de la RCA.

considera una norma residual- comprende las reclamaciones de todo el resto de personas o grupos que no fueron parte en el proceso de la PAC del SEIA, incluyendo a las comunidades indígenas, haya existido o no PCI. En efecto, se ha resuelto[6] que esta es la vía de reclamación más adecuada para las comunidades indígenas, principalmente, porque el criterio de "debida consideración" de las observaciones, se entiende sólo aplicable a aquellos participantes del artículo 29 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) y no respecto de los participantes en el PCI, la que tiene finalidades distintas a la PAC y debe regirse por el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el problema nace debido a que esta reclamación, no sólo tiene un plazo incierto para presentarse (a diferencia de la reclamación del artículo 17 n°6) – plazo que ha ido interpretándose diversamente a través del tiempo en los distintos tribunales- sino que ha presentado grandes dificultades a la hora de aplicarla, dejando a muchas comunidades indígenas en la indefensión. Se presenta aquí, una limitación al acceso a la justicia ambiental para las comunidades indígenas, que se ha traducido en los siguientes problemas concretos:

1. Incertidumbre del plazo aplicable a la reclamación del artículo 17Nº8 LTA.

Desde el fallo de la Corte Suprema Rol Nº 23.000 - 2014[7], se hace la distinción entre invalidación impropia o propiamente tal. Con respecto a la primera tesis, en el voto de prevención del Ministro Pierry la invalidación del artículo 17 Nº 8 es considerada un "reclamo de ilegalidad contra un acto de naturaleza 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. Tratándose entonces de un reclamo de ilegalidad... 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 -para interponer el recurso- es de 30 días".[8] Con respecto a la invalidación propiamente tal, se ha entendido por la doctrina como una facultad de la Administración para invalidar sus actos y que el plazo para ejercerla es de 2 años[9] en concordancia con el artículo 53 de la Ley Nº19.880, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA). Así lo ha

6 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu con Comité de Ministros, R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando vigésimo quinto.

7 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención de Ministro Pierry.

8 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención de Ministro Pierry.

9 Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental (Segunda Edición)*, Editorial Universitaria de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2014, p. 538.

entendido Bermúdez al establecer que "la perspectiva favorable para el actor será el plazo de invalidación, el que como se sabe es de dos años"[10]. Esta es la tesis mayormente utilizada hasta hoy – esto es, la de la invalidación propiamente tal- excepto en el caso del Tercer Tribunal Ambiental, que ha sido consistente en la aplicación de la tesis de la invalidación impropia, según se verá más adelante.

La Corte Suprema es, sin embargo, quien más ha vacilado entre las tesis antes planteadas. Es decir, parte planteando la tesis de invalidación impropia en un voto de prevención (Rol Nº 23.000 – 2014[11]), luego continúa aplicando la invalidación propiamente tal (Rol Nº 45.807 – 2016 y 31.176-2016[12]) y vuelve en el último año a aplicar la primera tesis (Rol Nº 44.326-2017[13]). En cuanto al Segundo Tribunal Ambiental, éste se ha mantenido en la posición de aplicar la invalidación propiamente tal, a excepción de un caso durante el año 2017, para luego volver a la tesis inicial. El tribunal más consistente ha sido, sin dudas, el Tercer Tribunal Ambiental, que comenzó utilizando la tesis de la invalidación impropia en el año 2015, y ha continuado aplicándola hasta la fecha. El problema de la ausencia de consistencia por parte de los tribunales a través de los años implica haber tratado de una manera distinta situaciones similares, dependiendo del año y el tribunal en que se interpuso la acción.

Por otra parte, la doctrina en general ha reconocido que el plazo de dos años del artículo 53 de la LBPA es un plazo de caducidad.[14] Esta postura ha significado que la Administración considere que la invalidación debe pedirse y ser declarada dentro de este plazo.[15] El problema que se plantea dice relación con la fecha de interposición de la solicitud de invalidación ante la Administración, ya que, si es muy cerca del final del plazo de los dos años, la jurisprudencia ha tendido a declararla inadmisible. El Segundo Tribunal Ambiental rechazó tres reclamaciones en el año 2016 por haberse presentado la solicitud de invalidación ante la Administración

10 Ibid.

11 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención Ministro Pierry.

12 Corte Suprema, Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 45.807-2016, 6 julio 2017, considerando quinto; Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 31176-2016, 25 julio 2017, considerando décimo cuarto.

13 Corte Suprema, Agrícola Ancalí Limitada con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol 44.326-2017, 25 junio 2018, cosiderando vigésimo segundo.

14 BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General,* Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2011, p. 170.

15 POKLEPOVIC, Iván, "Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA" en Revista de Derecho Ambiental Nº 8, Santiago, Chile, Julio 2017, p. 41

entre 12 y 19 días antes de la caducidad del plazo de dos años.[16] Mientras que el Tercer Tribunal Ambiental, rechazó una por presentarse 13 días antes.[17]

Cabe señalar que en el año 2016, la ministra Egnem de la Tercera Sala de la Corte Suprema en una opinión disidente, señaló que los Tribunales Ambientales estaban estableciendo un requisito que no estaba reconocido en la ley y que esto era perjudicial para los solicitantes y que finalmente estaba quedando al arbitrio del tribunal el plazo necesario para resolver.[18] En el mismo sentido, la Corte Suprema estableció en la sentencia Rol Nº 31.176: "Que, en consecuencia, al haberse presentado la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años previsto en la ley, era improcedente que el Servicio de Evaluación Ambiental la declarara inadmisible, sin hacer uso de sus facultades para extender los plazos…"[19]. En este fallo, por lo tanto, se da a entender que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) deberá hacer uso de sus facultades para extender el plazo cuando la solicitud se presente muy cerca del término de éste y, por el contrario, no podrá declarar inadmisible la solicitud como se había hecho hasta entonces.

Es decir, en los casi siete años de vigencia de la jurisdicción ambiental, los tribunales han adoptado tres interpretaciones distintas respecto del plazo para interponer la reclamación del artículo 17Nº8 de la LTA, no existiendo hasta la fecha ninguna certeza al respecto.

2. Incertidumbre respecto a los legitimados activos para interponer los recursos de reclamación del artículo 17Nº6 y Nº8 LTA

Los legitimados activos para reclamar de la determinación del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA, que resuelva el recurso administrativo en conformidad a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la LBGMA y, los legitimados para reclamar en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, son las personas indicadas en el artículo 17 Nº 6 y Nº 8 en relación con el artículo 18 Nº 5 y Nº7, de la LTA, respectivamente.

16 Segundo Tribunal Ambiental, Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-63-2015, de 21 de abril de 2016, considerando cuadragésimo sexto; Segundo Tribunal Ambiental, Fernando Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-87-2015, de 17 de junio de 2016, considerando trigésimo primero; Segundo Tribunal Ambiental, Comité de Adelanto Los Molles y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso, Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-67-2015, de 31 de enero de 2017, considerando vigésimo sexto.

17 Tercer Tribunal Ambiental, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, Rol R-10-2015, 21 Julio 2015, considerando trigésimo cuarto.

18 Corte Suprema, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, Rol Nº 11.512-2015, 12 mayo 2016, voto disidente Ministra Egnem.

19 Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 31.176-2016, 25 julio 2017, considerando quinto.

En este sentido, en el primer caso, son legitimados "las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley" y, en el caso del 17Nº8, es legitimado "quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación."[20] Dentro de lo dispuesto por el artículo 17 Nº 8 se excluyen, además, expresamente a aquellos que tienen una acción especial como lo son el titular del proyecto (artículo 17 Nº5 LTA) y aquellos que participaron en la PAC del SEIA (artículo 17 Nº6 LTA).

Lo anterior, sin embargo, no permite determinar con claridad cuál es la acción que corresponde ejercer a las comunidades indígenas, en particular cuando no actúan como terceros absolutos, es decir, cuando hubiesen intervenido en la PAC, formulando observaciones, o cuando han sido parte del PCI.

En el año 2018, el ministro Sabando del Segundo Tribunal Ambiental en el voto de minoría ha propuesto una tesis al respecto. Es así, como en la sentencia Rol 157-2017[21], el ministro señala que la última frase del artículo 26 de la LBGMA, que dispone que corresponde a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo del SEA, según el caso, "establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan", debe entenderse en un sentido amplio. Por un lado, la palabra "comunidad" debería también comprender a las comunidades indígenas y la palabra "mecanismos" debería incluir al PCI debido a que tanto éste como la PAC (si bien son distintos), son expresiones del principio de participación efectiva de las comunidades en el SEIA y es por ello, que "debe interpretarse de manera armónica y de manera amplia el régimen recursivo especial de los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300 y el artículo 17 Nº6 de la ley 20.600"[22] para propender a la igualdad de acceso a la justicia ambiental. Así, las comunidades indígenas no podrían ser consideradas terceros absolutos. La Corte Suprema efectúa la misma interpretación en la sentencia Rol 47. 629 -2016 al sostener que "todas estas circunstancias llevan a esta Corte a afirmar que aquellos pueblos indígenas que son llamados a integrar el PCI tienen en el procedimiento administrativo de calificación ambiental una participación determinante que impide que sean considerados terceros ajenos al proceso."[23] Sin embargo, hasta

20 Ley Nº 20.600 de 2012.

21 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Voto de minoría Ministro Sabando.

22 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Voto de minoría Ministro Sabando.

23 Corte Suprema, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, Rol Nº 47. 629 -2016, 29 mayo 2017, considerando décimo octavo.

el momento, esta posición no ha tenido mayor reconocimiento existiendo, por lo tanto, incerteza respecto de qué acción deben utilizar las comunidades indígenas para reclamar de la RCA.

A continuación, se analizarán los nueve casos de reclamaciones de comunidades indígenas, en el contexto del SEIA, resueltos por los tribunales ambientales.

II. Los casos de reclamaciones de comunidades indígenas en el SEIA, conocidas por los Tribunales Ambientales

En este capítulo se analizarán las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales con respecto a comunidades indígenas que interpusieron reclamaciones contra RCA y se verá cuáles fueron los argumentos con las que se fallaron las causas y si éstas fueron acogidas o rechazadas.

1. "Piscicultura Río Calcurrupe"[24], Sentencia Rol R-16-2013, Segundo Tribunal Ambiental

Doña Marila Castillo Pitripan, don José Soto Leguey, don José Gómez Huenupan y don Pedro Huenulef Oporto, interpusieron ante el Segundo Tribunal Ambiental reclamación del artículo 17 Nº 5[25] en contra de la Resolución Exenta Nº 725 de 14 de agosto de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, que acogió una reclamación administrativa presentada por Agrícola Sichahue Ltda., titular del proyecto "Piscicultura Río Calcurrupe" en contra de la RCA Nº53 de 2012 dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) de la Región de los Ríos, que calificó desfavorablemente el proyecto, por requerir Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Al respecto cabe señalar que los reclamantes alegaron, en primer lugar, que el proyecto tendría efectos negativos sobre la salud de las familias y comunidad mapuche, debido a que el agua que utilizan para consumo humano, para riego y para sus animales sería contaminada por el proyecto; en lo productivo, debido a que las especies exóticas carnívoras que se quieren introducir afectarían las fuentes de alimento alternativo (como lo son los peces y moluscos); en lo cultural,

24 El proyecto consiste en la instalación y puesta en marcha de una piscicultura en el sector del río del Calcurrupe abastecida mecánicamente con aguas de dicho río, siendo su objetivo final la producción de smolts de salmonídeos a partir de ovas de los mismos. Ingresa a evaluación ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

25 Es llamativo que la causal de reclamación sea la del titular del proyecto (artículo 17 Nº5 LTA). Lo anterior se puede entender basado en que fue el titular quien interpuso el recurso de reclamación administrativo del artículo 20 de la LBGMA, dado que la RCA dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) rechazaba el proyecto, por lo que los recurrentes ante el tribunal ambiental estimaron que a tal numeral correspondía el agotamiento de la vía administrativa utilizado en el caso.

debido a la pérdida de plantas medicinales por la contaminación de los riles de la piscicultura; y en lo social, por la llegada de personas con otros estilos de vida, que además podrían presentar un riesgo para las mujeres y niños de la comunidad. En segundo lugar, sostuvieron que al no realizarse la debida consulta indígena a las comunidades presentes en la ribera del río Calcurrupe, el acto dictado por el Director Ejecutivo del SEA debía ser declarado ilegal y el proyecto debía reingresar al SEIA por medio de un EIA que realizase el correspondiente PCI.

El Tribunal consideró, con respecto al alegato del SEA respecto a la falta de legitimación activa de los reclamantes - por no haber sido parte del procedimiento del SEIA, ni haber agotado previamente la vía administrativa - 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…";[26] y, que tampoco procedía el artículo 17 Nº 6 por no haber participado los reclamantes en una PAC, ya que no hubo tal etapa en el procedimiento de evaluación ambiental. De esta manera, los reclamantes no contaban con la legitimación activa para interponer la reclamación del artículo 17 Nº 5 ni la del 17 Nº 6 de la LTA.

En la sentencia Rol 23.000 – 2014[27] de la Corte Suprema, se rechazó la casación de forma y de fondo por falta de legitimación activa de los recurrentes. Y, es precisamente en este caso, que el Ministro Pierry, en voto disidente, planteó la tesis de la "invalidación impropia".

2. Proyecto "Sondajes prospección Paguanta"[28], Sentencia Rol R-54-2014, Segundo Tribunal Ambiental

La organización comunitaria "Pueblos Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi" (en adelante PIUCT), interpuso reclamación en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 Nº 6 de la LTA en contra de la Resolución Exenta Nº 871, de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del SEA que lleva a efecto el acuerdo del Comité de Ministros (Acuerdo Nº25/2014), a través del cual resolvió el recurso de reclamación interpuesto por Compañía Minera Paguanta S.A., titular del proyecto "Sondajes de prospección Paguanta", acogiendo el recurso.

26 Segundo Tribunal Ambiental, Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-16-2013, 18 julio 2014, considerando decimosexto.

27 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 23.000-2014, 22 abril 2014

28 El proyecto consiste en la ejecución de un programa de prospección geológica, mediante la realización de 63 sondajes, que completan 14.000 metros de perforación. Se habilitan 13 plataformas y 1 km. de camino de acceso a ellas. Además de la construcción de 53 piscinas impermeabilizadas, de decantación de lodos de perforación.

Cabe señalar que este proyecto tiene una larga historia en materia de protección de derechos indígenas. En efecto, en 2011 la COEVA de Tarapacá dicta la RCA Nº81, favorable al proyecto que había sido evaluado por Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sin embargo, en sentencia de recurso de protección[29] se ordena ingresar por EIA debido a la ausencia de un PCI. Luego, en el 2014 la COEVA dicta la RCA Nº37, calificando de manera desfavorable al EIA de la empresa. Contra esta resolución es que la Compañía Minera interpone su reclamación, siendo acogida por el Comité de Ministros, acto reclamado por la organización comunitaria indígena.

Al respecto cabe señalar que la reclamante alegó que las observaciones que formuló durante la evaluación del proyecto no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución impugnada y que debía realizarse la correspondiente consulta indígena con respecto a todos los PIUCT, conforme a la legislación internacional, ya que la autoridad sólo lo realizó respecto de la comunidad de Cultane existiendo una afectación directa con respecto a todas las comunidades.

En esta sentencia el tribunal consideró, con respecto al argumento del SEA de la falta de legitimación activa de la reclamante, en primer lugar, que las comunidades integrantes de los PIUCT participaron del procedimiento de evaluación ambiental, formulando observaciones durante el proceso de participación ciudadana; y, en segundo lugar, que se cumplió con el agotamiento de la vía administrativa, debido a que no se podía obligar a la reclamante a reclamar administrativamente la RCA que había rechazado el proyecto, toda vez que sus pretensiones habían sido satisfechas por tal resolución. Por ende, se entiende que se agotó la vía administrativa con la reclamación hecha por la Compañía Minera Paguanta ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 37/2014, donde la reclamante se hizo parte e hizo valer sus pretensiones como interesada en conformidad al artículo 21 Nº 2 y 3 de la LBPA.

En cuanto a la procedencia de un PCI, el tribunal estimó que debía existir una "afectación directa" y dentro del Área de Desarrollo Indígena "Jisawa Orage" (donde se encontraban las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte de la región de Tarapacá). Tanto el titular como la autoridad, concordaron en que sólo existía dicha afectación en la comunidad de Cultane, a la cual se le hizo la debida consulta indígena bajo los estándares internacionales. Agrega el tribunal que a pesar de que la CONADI se pronunció oportunamente sobre la "eventual

29 Corte Suprema, Marcelo Condore Vilca y otros contra Directora del Servicio de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá, Rol 11.040-201, 17 noviembre 2011, considerando undécimo.

afectación de las comunidades indígenas de la Cuenca de Tarapacá - no sólo de la comunidad de Cultane -, dichos planteamientos fueron formulados en términos de posibilidad y no de certeza".[30] La reclamante por su parte no aportó pruebas de la afectación directa y el Tribunal consideró que la alegación efectuada se basaba en una concepción errada del proyecto, el cual tenía menor alcance del que se planteó por la reclamante. Dicho lo anterior, el Tribunal estimó que no había antecedentes suficientes que fundamentaran una afectación directa a las demás comunidades y que las observaciones en este sentido habían sido debidamente consideradas, por lo que rechazó la reclamación en todas sus partes.

En concordancia con la decisión del Segundo Tribunal Ambiental, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y en el fondo en sentencia Rol N° 817-2016[31], donde sostuvo que si bien en el recurso de protección se había obligado al titular a reingresar el proyecto por medio de un EIA donde se realizara el debido PCI, no se estipuló a qué comunidades debía realizarse y que en conformidad a lo que ha fallado la Corte anteriormente, el concepto de afectación directa entendido como la modificación de "sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural"[32], era sólo aplicable en el caso de la comunidad de Cultane.

3. Proyecto "RT Sulfuros"[33], Sentencia Rol R-157-2017, Segundo Tribunal Ambiental

La Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu, interpuso reclamación del artículo 17 Nº 6 de la LTA en contra de la Resolución Exenta Nº 478 de 12 de mayo del 2017, del Director Ejecutivo del SEA, que llevó a efecto el Acuerdo Nº 1/2017 del Comité de Ministros, que rechazó su reclamación administrativa deducida en contra de la RCA Nº 22 de de 2017, de la COEVA de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto "RT Sulfuros" de la Empresa Nacional Chilena del Cobre División Radomiro Tomic (Codelco).

30 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, considerando cuadragésimo.

31 Corte Suprema, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol 817-2016, 19 mayo 2016

32 Corte Suprema, Consejo de pueblos atacameños y otros con Comisión Regional de Evaluación Ambiental, Rol 16.817-2013, 22 de mayo de 2014, considerando décimo séptimo

33 El objetivo del proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante un EIA, es mantener los niveles de producción de la División Radomiro Tomic a través de la explotación de nuevas fases de minerales de la mina a rajo abierto y su procesamiento en una nueva planta concentradora.

Al respecto cabe señalar que la reclamante alegó que no se consideraron debidamente sus observaciones realizadas en la PAC; y, además, la ilegalidad del PCI realizado en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, en que la Comunidad Indígena había participado retirándose antes de que culminara.[34]

El tribunal consideró - con respecto a lo sostenido por el SEA en cuanto a que los reclamantes no se hicieron cargo de la fundamentación de por qué sus observaciones no fueron debidamente consideradas - que es una obligación de la reclamante fundamentar la reclamación que incoa, en virtud del artículo 27 de la LTA, identificando las ilegalidades del pronunciamiento del Comité de Ministros en este caso, para que la Magistratura analice si la decisión administrativa fue dictada de conformidad al marco legal que la regula. En este sentido, "la reclamación hecha en virtud del artículo 20 en relación con los artículos 29 y 30 bis de la ley 19.300, no podía tener como único objeto el agotamiento previo de la vía administrativa"[35], sino, que debía ir fundamentada para que el Tribunal que conociera de la reclamación posterior pudiera apreciar las respuestas dadas por la autoridad en los distintos momentos. En todo caso, el Tribunal consideró que la reclamante, adicionó de forma mínima, pero suficiente los motivos por los cuales concurría una falta de debida consideración de las observaciones. A su vez, sostuvo que es deber de la autoridad dar respuestas simples e inteligibles para los observantes, lo que, en este caso se cumplió parcialmente, debido al tecnicismo de diversas respuestas dadas por la autoridad ambiental, lo que justificó que la reclamante mantuviera las mismas alegaciones formuladas en sede administrativa.[36] El Tribunal, por lo tanto, desestimó el argumento de la reclamada en este aspecto. Sin embargo, consideró que las respuestas a las observaciones, si bien no fueron exhaustivas y eran muy técnicas, se podía entender que estas podían ser respondidas dentro del expediente de evaluación, por lo que dichos vicios no poseían la entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado en virtud del "principio de conservación" del acto administrativo.[37]

En cuanto a lo alegado por el SEA que sostiene que la Comunidad Indígena no podía impugnar mediante el artículo 20 - en relación a los artículos 29 de la

34 La comunidad se retiró debido a que, durante el PCI, planteó como condición indispensable que los relaves no fueran depositados en el tranque Talabre, opción que no fue considerada por el reclamado, a pesar de ser según la comunidad, totalmente plausible.

35 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando cuarto.

36 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando quinto y sexto.

37 Se refiere a lo dispuesto por el artículo 13 inc. 2 de la LBPA que señala que: "El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado."

LBGMA y 17 Nº 6 de la LTA - aspectos relativos al PCI que no observó directamente en la PAC, señala que debe entenderse que la PAC y el PCI son procedimientos distintos, a pesar de una eventual superposición de materias planteadas. Es por ello que el Tribunal consideró que debe interpretarse el sistema recursivo especial de manera ajustada a su tenor literal, correspondiéndole a las observaciones hechas en la PAC el recurso establecido en el artículo 17 Nº 6, mientras que las materias que no se observaron en la PAC (del PCI en este caso) deben ser impugnadas mediante la solicitud de invalidación conforme el art 53 LGBPA, de cuyo resultado podrá reclamarse judicialmente mediante el artículo 17 Nº 8. El Tribunal entendió, en concordancia, que "si bien el PCI es un mecanismo "ad hoc" de participación para las comunidades indígenas en el SEIA, no se ha establecido un medio de impugnación especial para el mismo, lo que constituye un vacío que, a la luz de una interpretación sistémica del régimen recursivo vigente, debe ser suplido con la acción residual tantas veces referida, consagrada en el artículo 17 Nº 8 de la LTA"[38].

Es por esto, que el Tribunal rechazó en todas sus partes la reclamación interpuesta por las Comunidades indígenas. El recurso de casación en el fondo fue interpuesto por la reclamante y el tercero "Corporación Nacional Del Cobre De Chile División Ventanas", pero la sentencia aún se encuentra pendiente.

4. Proyecto "Continuidad Operacional Cerro Colorado"[39], Sentencia Rol R-141-2017, Segundo Tribunal Ambiental

La Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca ("AIASIQ"), interpuso reclamación en virtud del artículo 17 Nº 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta Nº 1317 de 15 de noviembre de 2016, del Director Ejecutivo del SEA que ejecuta el acuerdo Nº 9/2016 del Comité de Ministros, mediante la cual se rechazó el recurso de reclamación administrativo presentado en contra de la RCA Nº 69 de 2015, de la COEVA de Tarapacá, que califica favorablemente el proyecto.

Al respecto, cabe señalar que la reclamante alegó, en primer lugar, que el PCI de la evaluación ambiental del proyecto, adolecía de vicios y que no satisfacía el estándar normativo exigido; en segundo lugar, que sus observaciones no fueron debidamente consideradas por el Comité de Ministros, al no pronunciarse de las

38 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando vigésimo sexto.

39 Proyecto cuyo objetivo es la continuación de la operación del proyecto Minera Cerro Colorado hasta el año 2023, por medio de la explotación de sus reservas de mineral sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción actualmente autorizado. Se pretende extender y profundizar el rajo; extender los botaderos de Lastre Sur, Lastre Oeste y de ripios de la Planta 2; modificar el trazado del acueducto Lagunillas-CMCC; modificar el tendido eléctrico CMCC- Mamiña; y la reubicación de infraestructura del servicio. Todo esto dentro de la comuna Pozo Almonte, de la Región de Tarapacá. Ingresa a evaluación ambiental mediante EIA.

observaciones hechas por la reclamante sobre la ilegalidad del PCI, por no ser materia de la PAC; y, en tercer lugar, que si se aceptaba que sus observaciones no eran materia de la PAC, se dejaría a la AIASIQ sin recurso procedente para reclamar de la ilegalidad del PCI.

El Tribunal consideró que, en cuanto al supuesto de que las observaciones no fueron debidamente consideradas, éstas habrían sido abordadas de manera "completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental"[40], aclarando dudas e informándose a las comunidades de los procesos de participación ciudadana y consulta indígena de los que podían ser parte. Que además, entendiendo que ambos procesos son distintos, "el criterio de 'debida consideración de las observaciones' no resulta idóneo para ser aplicado al PCI a la luz del Convenio Nº 169, el cual - como se ha señalado - contempla una finalidad distinta que implica que las comunidades tengan 'la posibilidad de influir' en la decisión que, finalmente, adoptará la autoridad".[41] De esta manera, el Tribunal consideró que el recurso idóneo era el del artículo 17 Nº 8, para reclamar de eventuales vicios del PCI, ya que se trata de un recurso con un estándar de revisión distinto y más amplio que el de "debida consideración de las observaciones". Por ende, resolvió que no era procedente el recurso interpuesto por la AIASIQ, debido a que no se pueden impugnar materias del PCI que no observaron directamente en la PAC, sino que es otra la vía para impugnar tales materias, rechazando la reclamación en todas sus partes.

El recurso de casación en el fondo interpuesto por la reclamante, y los recursos de casación en la forma y fondo interpuestos por el tercero coadyuvante (Compañía Minera Cerro Colorado) y el Director Ejecutivo del SEA tienen sus sentencias pendientes.

5. Proyecto "Central de Pasada Mediterráneo"[42], Sentencia Rol R-30-2016, Tercer Tribunal Ambiental

El Sr. José Horacio Cayún Quiroz perteneciente a la comunidad indígena Domingo Cayún Pincheo, interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental reclamación conforme al artículo 17 Nº 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta Nº

40 Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón, Luis en Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-141-2017, 8 febrero 2019, considerando quincuagésimo segundo

41 Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón, Luis en Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-141-2017, 8 febrero 2019, considerando septuagésimo segundo

42 El proyecto, que ingresa a evaluación ambiental mediante EIA, consiste en la construcción y operación de una central hidroeléctrica de pasada de 210 MW de capacidad instalada, en la Región de los Lagos (en sector "la Junta" donde confluyen los ríos Torrentoso y Manso, desembocando en lago que da origen al río Puelo). Adicionalmente, la central hidroeléctrica proyectada se conectará al Sistema Interconectado Central, mediante la construcción de una línea de transmisión de energía eléctrica, de doble circuito y tensión nominal de 220 KV.

105 de fecha 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, la que ejecutó el Acuerdo Nº16/2015 del Comité de Ministros que rechaza y acoge parcialmente las reclamaciones interpuestas contra la RCA Nº128 de 2014, dictada por la COEVA de la Región de los Lagos, que calificó ambientalmente favorable el proyecto Central de Pasada Mediterráneo del Proponente Mediterráneo S.A.

Al respecto cabe señalar que el reclamante alegó, en primer lugar, por la deficiencia del Estudio Antropológico; luego, por falta de consideración de las observaciones reclamadas ante el Comité de Ministros, al omitir pronunciamiento de fondo respecto de las infracciones normativas alegadas (la deficiencia del Estudio Antropológico); en tercer lugar, por la forma arbitraria e ilegal en que la autoridad ambiental descartó la "susceptibilidad de afectación directa", en los términos señalados en el Convenio 169 de la OIT, provocando el incumplimiento y vulneración de los derechos humanos básicos de los pueblos originarios, por la falta de un adecuado proceso de consulta; y en cuarto lugar, por ser aprobado el proyecto sin mediar consulta indígena previa -conforme al Convenio 169- a la Comunidad Domingo Cayún Panicheo, a pesar de estar emplazada en el territorio ancestral de dicha comunidad.

El Tribunal consideró, en primer lugar, la efectividad de que, la reclamación del Sr. Cayún Quiroz interpuesta ante el Comité de Ministros no fue debidamente considerada, al omitirse la existencia de "susceptibilidad de afectación directa" de su Comunidad, bajo los supuestos de hecho que justificarían un procedimiento de consulta indígena previa, debido a que la principal fuente para descartarla era el Estudio Antropológico.

Con respecto al Estudio Antropológico, que desechó la "afectación directa", el Tribunal sostuvo que el criterio muestral no fue determinado, fue poco idóneo y no fue ejecutado conforme a estándares científicos. Que, para que el acto administrativo dictado por la Comisión de Ministros sea motivado - es decir, que existan razones que lo justifiquen - no basta con la expresión de los motivos, sino que también requiere que éstos se refieran a la situación de hecho concreta en la que actúa la Administración. Los criterios de la motivación son "expresión, suficiencia y racionalidad"[43] de las consideraciones de las observaciones. En la causa se dejó establecido las falencias metodológicas del Estudio Antropológico original y su ampliación, y siendo ésta la única fuente fáctica en que se apoyó el Comité de Ministros, el Tribunal llegó a la convicción de que la incertidumbre de las conclusiones de los Estudios, no permitían probar ni a la COEVA ni al Comité

43 Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol R-30-2016, 17 noviembre 2016, considerando cuadragésimo sexto.

de Ministros la existencia o no de los supuestos del artículo 11 de la LBGMA, por lo que no se podía descartar la procedencia de un PCI. De lo anterior se siguió que la resolución reclamada fue considerada como inmotivada.

Por último, el tribunal sostuvo que el Comité de Ministros no entregó motivos suficientes del por qué desechó la reclamación del Sr. Cayún Quiroz en lo referido a su alegación metodológica y obstaculizó el derecho al acceso a la justicia del Sr. Cayún Quiroz. De esta forma, señala que se vulneran las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR), y debido proceso (art. 19 N° 3 CPR), siendo por ello un acto ilegal. En consecuencia, y teniendo en consideración que tanto la RCA como la resolución reclamada no consideraron debidamente la observación del Sr. Cayún Quiroz, el Tribunal acogió este punto. En todo caso, considerando que a la reclamación no se aparejó evidencia alternativa a la evaluación ambiental, sino sólo los Estudios de los antecedentes ponderados en ese procedimiento, no se puede concluir sobre la susceptibilidad de afectación directa y la necesidad de haber mediado consulta indígena previa. Es por ello que el tribunal se encontró impedido de pronunciarse sobre este asunto por carecer de evidencia y, estando en presencia de un vicio que afectaba de manera esencial y total a los actos administrativos cuestionados por el Sr. Cayún Quiroz, se acogió en todos sus puntos la reclamación.

La sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 100.805-2016[44], rechazó los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestos por José Cayún, el Comité de Ministros y el titular del proyecto, confirmando la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

6. Proyecto "Modernización Ampliación Planta Arauco"[45], Sentencia Rol R-31-2016, Tercer Tribunal Ambiental

En este caso, cinco comunidades indígenas domiciliadas en la comuna de Arauco, interpusieron reclamación del artículo 17 Nº 8 de la LTA en contra de la resolución exenta Nº 58 de 02 de febrero de 2016, de la COEVA de la Región del Biobío, que rechazó la invalidación solicitada por las comunidades en sede administrativa en contra de la RCA dictada por la misma Comisión, que aprobó el EIA del proyecto "Modernización Ampliación Planta Arauco", de titularidad de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. (RCA Nº37 y Nº43 de 2014). Al respecto, las reclamantes alegaron que se habían vulnerado sus garantías

44 Corte Suprema, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol 100.805-2016, 10 enero 2018.

45 El proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante EIA, considera la construcción de una nueva planta de tratamiento de efluentes (PTE) y, para esto, se contempla el desbroce, corte y/o cosecha de plantaciones desde una parte del fundo La Playa, para posteriormente proceder con los trabajos de movimiento de tierra y obras civiles de la PTE.

constitucionales debido a que, no se realizó un PCI conforme al Convenio N° 169 de la OIT, ni se dictó una resolución que lo convocara.

El tribunal consideró, en primer lugar, que existía acción, ya que "son terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental que han impugnado administrativamente la legalidad del acto ambiental y, por lo tanto, caben de manera residual pero directa, en el artículo 17 N° 8 de la LTA, que otorga competencia a los Tribunales Ambientales para conocer de las reclamaciones, que se interpongan en contra de una resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, que no niega la acción sino que la condiciona en su ejercicio al cumplimiento del plazo de interposición judicial de 30 días que indica."[46] Por lo que rechazó lo sostenido por el Tercero Coadyuvante, sobre que las reclamantes carecían de accionabilidad. Sin embargo, en conformidad a lo sostenido por la Corte Suprema, el tribunal sostiene que el plazo para interponer el recurso administrativo es de 30 días, por lo que rechazó la acción, por haber sido interpuesta en el plazo de 9 meses y 25 días. Por último, al rechazar la acción por extemporaneidad, el tribunal consideró innecesario pronunciarse acerca de esta controversia.

La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la sentencia Rol Nº 47.629-2016. Sin embargo, a diferencia del Tercer Tribunal, consideró que las comunidades indígenas no eran terceros ajenos al procedimiento, sino que eran partes activas, a pesar de no ser titulares ni haber formulado observaciones. Con respecto al plazo, no hubo pronunciamiento.

7. Proyecto "Central Hidroeléctrica Doña Alicia"[47], Sentencia Rol R-38-2016, Tercer Tribunal Ambiental

La Comunidad Indígena Benacio Huechupán, representada legalmente por la Sra. Manuela Royo Letelier interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental reclamación del artículo 17 Nº 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta Nº 0322, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, que ejecutó el Acuerdo Nº 17/2015 del Comité de Ministros, que acogió recurso de reclamación – y, de esta manera, calificó favorablemente el proyecto - interpuesto por la empresa en contra de

46 Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, Rol R 31- 2016, 1 julio 2016, considerando undécimo.

47 El proyecto, ingresado mediante EIA, consiste en construir una central hidroeléctrica de paso en el río Cautín. El objetivo del proyecto es generar energía eléctrica para el Sistema Interconectado Central. Las obras principales consisten en una bocatoma con escalera de peces y pasada de embarcaciones, canal de aducción enterrado, cámara de carga, tubería a presión, sala de máquinas en falsa caverna y obras de descarga. En el sector bocatoma se generará un embalse de 1,3 hectáreas.

la RCA Nº79 de 2015, dictada por la COEVA de la Región de la Araucanía, que calificaba desfavorablemente el proyecto "Central Hidroeléctrica Doña Alicia".

Al respecto, cabe señalar que la reclamante alegó que la resolución reclamada era contraria a derecho, debido a que no se realizó un PCI que cumpliera con los estándares del Convenio 169 OIT, ni se consideraron debidamente sus observaciones ciudadanas, las que sostenían principalmente que el estudio antropológico era deficiente y que, por consecuencia, se había delimitado el área de influencia indígena sin mayor justificación y sin considerar las reales interacciones espaciales en el territorio.

El Tribunal consideró que, en contra de lo sostenido por el SEA - sobre la falta de legitimidad activa de la reclamante - habiendo participado las comunidades en el procedimiento de evaluación ambiental, formulado observaciones y debido a que la vía administrativa había sido agotada previamente por el titular del proyecto, se entendía que, sí había legitimación activa para las comunidades, y que por consiguiente y en virtud del artículo 17 Nº 6, el Tribunal era competente. Luego, que atendido a que las comunidades eran legitimadas activas del artículo 17 Nº 6 de la LTA, no procedía la interposición de la reclamación del artículo 17 Nº 8, como sostuvo la contraparte, por cuanto ésta era de carácter general, y se prefiere en estos casos la interposición del recurso especial por sobre el general.

Por otra parte, el tribunal sostuvo que la argumentación del Comité de Ministros fue infundada e inidónea, puesto que tras haber tenido a la vista las observaciones de la Comunidad, su argumentación se basó exclusivamente en el pronunciamiento conforme emitido por la CONADI en su Oficio Nº 634/2013, que validó la inexistencia de afectación directa. En efecto, el Informe de Inspección Antropológica aportado por el Titular fue, según el tribunal, un informe metodológicamente precario y poco riguroso. Sin embargo, debido a que la reclamante tampoco acompañó documentos suficientes e idóneos para descartar o comprobar la afectación, el Tribunal no pudo pronunciarse fundadamente sobre ese punto, pero no siendo debidamente consideradas las observaciones, acogió el recurso de reclamación.

La Corte Suprema en la sentencia Rol 3.971-2017[48], rechazó los recursos de casación de forma y de fondo presentados por el titular del proyecto y el SEA.

48 Corte Suprema, Luis Araneda y otros con Director Ejecutivo del SEA, Rol 3971-2017, 28 junio 2018.

8. Proyecto "Pulpa Textil"[49], Sentencia Rol R-41-2016, Tercer Tribunal Ambiental

Cinco comunidades indígenas domiciliadas en la comuna San José de la Mariquina, Región de los Ríos, interpusieron reclamación en virtud del artículo 17 Nº 8 en contra de la Resolución Exenta Nº 062 de la COEVA de la Región de Los Ríos, la que rechazó la solicitud previa de invalidación en contra de la RCA Nº 17, dictada por la misma autoridad, la que había calificado favorablemente la DIA del Proyecto "Pulpa Textil", cuya titularidad corresponde a la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A.

Al respecto, se señala que las reclamantes alegaron en primer lugar, que el proyecto debió haber ingresado obligatoriamente al SEIA por medio de un EIA en virtud de los artículos 10 letra m) y 11 letra d) de la LBGMA, en concordancia con la letra m.4. del art. 3 del RSEIA, aunque constituyera una modificación de un proyecto ya autorizado. A su vez, sostienen que el área de influencia del proyecto determinada por el titular y la autoridad no era correcta, ya que, el proyecto principal "Pulpa Papelera" tenía la capacidad de impactar un área geográfica más extensa que aquella ocupada por sus instalaciones, por ende, la ampliación de las instalaciones significaría un impacto mayor al determinado. De esta manera, alegan que no se realizó un PCI a las comunidades afectadas. Por último, sostienen que la interposición del recurso en sede administrativa fue dentro del plazo correspondiente de 2 años como lo establece el artículo 53 de la LBPA.

El Tribunal consideró que el plazo para interponer el recurso administrativo, como se falló anteriormente en sentencias dictadas por el Tribunal y la Corte Suprema, era de 30 días para los terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental y no de 2 años como sostuvieron las reclamantes. El plazo que tenían las reclamantes se contaba desde el 10 de noviembre de 2015 y el recurso fue interpuesto el día 28 de enero de 2016, habiendo transcurrido entre las dos fechas 54 días hábiles administrativos, superando con creces el plazo de 30 días, por lo que el Tribunal rechazó el recurso y no se pronunció sobre los demás puntos por haber vencido el plazo.

El recurrente se desistió de la casación en el fondo en Rol Nº 10.229-2017.

49 El proyecto, ingresado a evaluación mediante DIA, pretende introducir cambios en las instalaciones de "Pulpa Papelera", para poder producir pulpa textil. Debido a que no se pueden producir simultáneamente, la fábrica producirá alternativamente las pulpas cuando el mercado lo demande, requiriendo en cada oportunidad cambios del proceso productivo.

9. Proyecto "Ampliación minicentral hidroeléctrica Las Flores"[50], Sentencia Rol R-78-2018, Tercer Tribunal Ambiental

Las comunidades indígenas Saturnino Leal Neiman, Ramón Raillanca Pampillo y Aurelia Manqui de Quiman, interpusieron reclamación del artículo 17 Nº 8 en contra de la Resolución Exenta N° 35 de 2018, dictada por la COEVA de la Región de los Ríos que rechazó la solicitud de invalidación de la RCA N° 60 de 2017, dictada por la misma autoridad, que calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto «Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores». Al respecto cabe señalar que los reclamantes alegaron que, el proyecto había sido fraccionado por el titular a fin de evitar la evaluación ambiental, infringiendo el artículo 11 ter de la LBGMA, por lo que el titular debía ingresar ambos proyectos (proyecto 1 y 2) por EIA;[51] y, que no se hizo la debida consulta indígena.

El Tribunal consideró que el proyecto había sido fraccionado, por lo que anuló la resolución reclamada y la Resolución Exenta Nº 60. Sin embargo, señaló que a pesar de que el proyecto había sido fraccionado, debido a que no existían antecedentes de los impactos causados por el proyecto 1, no se le podía exigir al titular ingresar al SEIA por un EIA, sino que esa era decisión exlusiva de este por lo que no era exigible una consulta indígena.[52] El Tribunal entonces, acogió la reclamación, anulando las resoluciones debiendo el titular reingresar al SEIA considerando ambos proyectos.

Se presentaron recursos de casación en la forma y en el fondo por parte de Hidroeléctrica Las Flores (tercero) y la COEVA de Los Ríos, pero la sentencia aún está pendiente.

50 El objetivo del presente proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante DIA, es incorporar una nueva turbina de similares características que la existente (2,1 MW Potencia Nominal) para aumentar la capacidad de generación de la actual Minicentral Hidroeléctrica Las Flores de 2,0 MW a 4,2 MW.

51 Según explican las reclamantes, el proyecto se dividiría en dos: el Proyecto 1 consistente en la construcción de las instalaciones necesarias para una minicentral hidroeléctrica de 2 MW y el Proyecto 2 consistente en la ampliación de la capacidad de generación del proyecto 1, al duplicarla.

52 Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos, Rol R-78-2018, 7 junio 2019, considerando cuadragésimo segundo.

III. Análisis de lo discutido en sede judicial, ante los Tribunales Ambientales

Cabe recordar que, con anterioridad a la creación de los tribunales ambientales, ya existía jurisprudencia nacional sobre el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA.[53] En efecto, la discusión jurisprudencial, vía recurso de protección, se inició con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT en Chile, en el año 2009.

Sin perjuicio que la discusión inicial en el país giró en torno a la idoneidad del SEIA para implementar el proceso de consulta indígena[54] - en que la pregunta era si es que el SEIA permitía cumplir con los estándares exigidos, esto es, consulta previa, de buena fe, mediante procedimientos adecuados, a través de instituciones representativas y con el objetivo de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento – el alcance de la discusión jurisprudencial tomó un camino muy específico. Efectivamente, lo que se sometió al conocimiento de los tribunales no fue la idoneidad del SEIA para cumplir con los estándares de la consulta, sino, por el contrario, si la evaluación ambiental se había aplicado correctamente respecto de aquellos proyectos de inversión que podían afectar a comunidades indígenas. Así, los recursos de protección interpuestos se focalizaron en exigir el sometimiento a evaluación ambiental de tales proyectos, mediante un EIA y, de esta manera, exigir estándares de consulta indígena en el proceso de participación ciudadana, respecto de las comunidades indígenas que podían verse afectadas.[55] Así, aún cuando las preguntas sobre la idoneidad del SEIA para implementar la consulta persisten,[56] los conflictos judiciales indígenas surgidos en torno al SEIA no se han referido a este tema.

53 Entre ellas encontramos casos como: "Piscicultura Palguín" (Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1705-2009), "Empresa Pesquera Los Fiordos" (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36 - 2010), "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia" (Corte de apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010), "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía" (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1794-2010), "Estación de Transferencia de Residuos Solidos Lanco-Panguipulli" (Corte Suprema, Rol 1608 – 2011), "Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama" (Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 782-2010), Sondaje Prospección Paguanta" (Corte de Apelaciones de Iquique. Rol 472-2011), "Parque Eólico Chiloé" (Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol 239-2011 "Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio" (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1097 – 2013).

54 Al respecto, ver Precht, A. y Aylwin, S., "Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA", en *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Abeledo Perrot/ Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, pp. 445-470.

55 Bermúdez, J. y Hervé, D, "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 248.

56 Las preguntas se refieren a la compatibilidad del instrumento de gestión ambiental "SEIA" con la naturaleza de la consulta indígena. "Ciertas características del instrumento ambiental pueden ser incompatibles con algunos estándares de la consulta. Por ejemplo, la ausencia en el SEIA de una etapa de evaluación de alternativas de un proyecto de inversión, incluida la alternativa de no realizar el proyecto, puede constituir un impedimento para la realización de una consulta temprana que permita a los pueblos indígenas influir sustantivamente en la decisión. Asimismo, al tener el SEIA como objetivo evaluar los impactos ambientales de un proyecto - por muy amplio que sea el concepto de medio ambiente en la legislación nacional– puede resultar un mecanismo estrecho para considerar los impactos sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas". Ibid, p. 248.

Cabe destacar que, casi al mismo tiempo que se dictó la ley que crea los tribunales ambientales, se dictó el nuevo Reglamento del SEIA[57] que regula el PCI dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos,[58] circunscribiendo la competencia de la jurisdicción ambiental a los aspectos allí establecidos.

Es en este contexto que se insertan las sentencias de los tribunales ambientales revisadas en este trabajo y que analizaremos a continuación.

1. Breve panorámica sobre las principales alegaciones reclamadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales y su consideración por las sentencias correspondientes

A partir de los casos identificados se puede concluir que las siguientes han sido las principales alegaciones presentadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales, al impugnar las correspondientes RCA: que las observaciones ciudadanas formuladas por personas y comunidades indígenas, no fueron debidamente consideradas por la autoridad correspondiente; que no se realizó el PCI conforme al Convenio 169 de la OIT, cuando era procedente; que el área de influencia de los proyectos, determinada por el titular y las autoridades, era menor al área efectivamente afectada por el proyecto; y la existencia de susceptibilidad de afectación directa.

Como se pudo apreciar en el apartado anterior – y se resume en la siguiente tabla (Nº1) - en todos los casos se reclamó la ilegalidad de la RCA por la falta del PCI dentro del proceso de evaluación o por un PCI que no cumplía con los requisitos del Convenio 169. Por otro lado, en 5 de 9 reclamaciones se alegó que no se consideraron debidamente, por parte de la autoridad, las observaciones formuladas por las comunidades en la PAC. En 2 casos se alegó la deficiencia del Estudio Antropológico que disminuía el área de influencia del proyecto y descartaba la susceptibilidad de afectación directa y en 3 casos se alegó la existencia de susceptibilidad de afectación directa que había sido descartada por la autoridad.

Por último, se debe resaltar que en tres casos se interpuso el recurso del artículo 17 Nº 8, en cinco casos se interpuso el recurso del artículo 17 Nº6 y en uno, la reclamación del artículo 17 Nº5, de la LTA.

57 Decreto Supremo Nº40 de 2012, Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, RSEIA (publicado el 12 de agosto de 2013).

58 Ver artículos 85 y 92 del RSEIA.

TABLA Nº1: Alegaciones de las comunidades en reclamaciones ante Tribunales Ambientales.

Alegatos/ Sentencias	R-16-2013	R-54-2014	R-157-2017	R-141-2017	R-30-2016	R-31-2016	R-38-2016	R-41-2016	R-78-2018
Observaciones no debidamente consideradas		X	X	X	X		X		
Ausencia o insuficiencia de PCI	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Debilidad de Estudio Antropológico					X			X	
Susceptibilidad de afectación directa		X			X			X	
Causal de reclamación	Nº5	Nº6	Nº6	Nº6	Nº6	Nº8	Nº6	Nº8	Nº8

Por su parte, los tribunales resolvieron, en seis casos rechazando las reclamaciones, por los siguientes argumentos: la falta de legitimación activa por no ser procedente el recurso del artículo 17 Nº 6 o del 17 Nº 8; por haber sido debidamente consideradas las observaciones de los reclamantes; por no probarse una susceptibilidad de afectación directa; y, en el caso del Tercer Tribunal, las solicitudes de invalidación en sede administrativa habían sido interpuestas extemporáneamente, dado que el plazo era de 30 días y no de 2 años (tesis de la invalidación impropia).

En cuanto a los fundamentos para acoger las tres reclamaciones, y dictar sentencias favorables a las comunidades indígenas, estos fueron los siguientes: insuficiencia del estudio antropológico y fraccionamiento del proyecto sometido a evaluación ambiental.

Como se puede apreciar en la siguiente tabla (Nº2), 3 de 9 sentencias rechazaron las reclamaciones por falta de legitimación activa de los reclamantes, 2 de 9 reclamaciones fueron rechazadas por haber sido interpuesta extemporáneamente la reclamación administrativa, 2 de 9 sentencias establecieron la falta de susceptibilidad de afectación directa y 1 de las sentencias sostuvo que existía la debida consideración de las observaciones formuladas por los reclamantes en el proceso de evaluación y rechazó, por lo tanto, la rclamación.

A su vez, en cuanto a las reclamaciones rol R-30-2016 y R-38-2016, ambas del Tercer Tribunal Ambiental, cabe resaltar que fueron acogidas por causa de que el Estudio Antropológico presentaba tales falencias metodológicas, que imposibilitaba descartar la susceptibilidad de la afectación directa de las comunidades. Por último, la reclamación R-78-2018 fue acogida por haber incurrido el titular en fraccionamiento de proyecto para no ingresar al SEIA.

Tabla Nº2: Argumentos sentencias de Tribunales Ambientales

Argumentos/ Sentencias	R-16-2013	R-54-2014	R-157-2017	R-141-2017	R-30-2016	R-31-2016	R-38-2016	R-41-2016	R-78-2018
Extemporaneidad de la acción						X		X	
Falta de susceptibilidad de afectación directa		X	X						
Falta de legitimación activa	X		X	X					
Existencia de debida consideración de las observaciones		X							
Falencias metodológicas Estudio Antropológico					X		X		
Fraccionamiento de proyecto									X

2. Breve análisis de los principales aspectos discutidos

A partir del análisis de las sentencias revisadas, se destacan a continuación los aspectos centrales en la discusión de los tribunales ambientales respecto a los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Como se verá, se trata fundamentalmente de aspectos formales que han impedido a los tribunales ambientales entrar a resolver el fondo del asunto controvertido. Con la única excepción de la discusión respecto a qué se entiende por "susceptibilidad de afectación directa" – que igualmente circunscribe la discusión a la procedencia del PCI y no permite entrar a discutir el reconocimiento de los estándares sustantivos de la consulta consagrados en el Convenio 169 - las sentencias de los tribunales ambientales no han profundizado en torno al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el contexto del SEIA.

Los siguientes son los tres aspectos más discutidos por las sentencias revisadas:

2.1. Plazos para interponer reclamación

Dentro de las sentencias mencionadas, las sentencias R-41-2016 y R-31-2016, ambas del Tercer Tribunal Ambiental, fueron rechazadas por extemporaneidad. Esto se debe a que como ya dijimos, el Tercer Tribunal ha optado por seguir la doctrina de la invalidación impropia propuesta por la Corte Suprema en el año 2015. Por ende, el plazo para interponer la reclamación de la resolución que se pronuncia de la invalidación administrativa según este Tribunal es de 30 días para los terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental. Se destaca que en el Segundo Tribunal no se suscita este problema, sino que simplemente, en la sentencia rol R-54-2016 se hace la distinción de que el plazo de 30 días para interponer estas reclamaciones es de días hábiles y no de días corridos como estableció el reclamado, ya que no se aplica el plazo del Código Civil sino el del artículo 88 de la LBGMA.

Si bien, dentro de este trabajo se ha podido ver que el Tercer Tribunal Ambiental se ha mantenido en su postura de adherir a la invalidación impropia, la diferencia de tesis adoptada por ambos tribunales resulta en un problema de certeza jurídica y acceso a la justicia. Mientras que el Segundo Tribunal Ambiental ha optado por seguir la tesis de la invalidación propiamente tal en los últimos años, el hecho de que dos tribunales en un mismo año puedan fallar con dos argumentos distintos un mismo asunto, resulta en una afectación o perjuicio a las comunidades indígenas que intentan interponer este recurso, debido a que nada les asegura que puedan interponer el recurso dentro de tiempo, si los tribunales

nuevamente determinan cambiar la tesis en la que fundamentan la procedencia de la reclamación. Es por esto, que este aspecto constituye una vulneración al derecho de acceso a la justicia ambiental ya que es un elemento esencial para ejercer su derecho que las comunidades puedan interponer la solicitud de invalidación administrativa dentro de 30 días o 2 años. En los casos seguidos ante el Tercer Tribunal, por ejemplo, ambos hubiesen sido procedentes de haber sido competente el Segundo Tribunal, ya que en el primer caso el recurso se interpuso dentro del plazo de 54 días y en el segundo caso, se interpuso en el plazo de 9 meses y 25 días. Es así como esta situación representa una afectación a la certeza, a la igualdad y al acceso a la justicia de las comunidades indígenas, que no sabrán en qué plazo pueden interponer la solicitud de invalidación administrativa de la RCA.

2.2. Vía idónea para reclamar

Otro de los temas relevantes a destacar es el hecho de que a pesar que los tribunales ambientales unánimemente han sostenido que la reclamación del artículo 17 Nº 8 es la vía idónea para ser interpuesta por las comunidades indígenas -que no siendo parte del procedimiento de evaluación ambiental quieren impugnar un acto de carácter ambiental que consideran ilegal- en la práctica, las comunidades han optado hasta la fecha por utilizar mayoritariamente el artículo 17 Nº 6, como se ha visto en las sentencias revisadas en el apartado anterior de este trabajo. Ya sea por desconocimiento, o porque al participar en una PAC ésta sería - a juicio de las comunidades - la vía idónea, o porque la interpretación judicial respecto a la vía correcta ha sido tardía y no necesariamente clara, lamentablemente los tribunales ambientales han rechazado 4 de 9 de estas acciones por falta de legitimación activa.

En la sentencia R-157-2017, el Segundo Tribunal sostuvo que el recurso procedente no era el del artículo 17 Nº 6 - en el que se había basado la reclamante - porque no era legitimada activa, sino que en realidad procedía el recurso del artículo 17 Nº 8. Lo mismo sostuvo en la sentencia rol R-141-2017. En la sentencia rol R-31-2016, el Tercer Tribunal sostuvo que había legitimación activa, pero la acción fue interpuesta extemporáneamente y en la sentencia R-38-2016, dijo que primaba la acción especial sobre la general, en este caso, la reclamante había interpuesto la reclamación del artículo 17 Nº 6, que fue acogida por el Tribunal.

Los tribunales ambientales reconocen el PCI como un método de consulta ad hoc que carece de un recurso especial por lo que han dicho que lo que procede es el recurso del 17 Nº 8, sin embargo, en sólo tres de los casos revisados la reclamación se ha fundado en esta disposición. Nuevamente vemos aquí un problema tanto

de certeza jurídica como de acceso a la justicia, porque el hecho de que no exista un recurso especial aplicable para un proceso ad hoc que busca amparar a comunidades vulnerables o, por otra parte, el hecho de que el recurso que los tribunales consideran idóneo presenta tantos problemas para su interposición, deja a las comunidades indígenas en una situación de indefensión para hacer valer sus derechos.

2.3. Susceptibilidad de afectación directa y PCI

Uno de los principales temas que se alegó en las reclamaciones judiciales fue la procedencia de un PCI por la existencia de susceptibilidad de afectación directa. Como se pudo ver en los casos analizados, fue la principal alegación de las comunidades para la concurrencia del PCI y, a pesar que en la mayoría de los casos el Tribunal no se llegó a pronunciar sobre este punto, por rechazar las reclamaciones por otras razones previas, en las sentencias rol R-54-2014 y R-157-2017, ambas del Segundo Tribunal Ambiental, se rechazó la susceptibilidad de afectación directa a raíz de los informes dados por el titular del proyecto y por las autoridades.

En el primer caso, el tribunal señaló "que, los criterios específicos utilizados por la autoridad para delimitar el Área de Influencia directa del proyecto - restringida a Cultane - son suficientes para descartar la noción o concepto de territorio unificado de la Cuenca de Tarapacá"[59] y, además, señaló "que, la CONADI en sus pronunciamientos emitidos oportunamente... si bien se refirió a la eventual afectación de las comunidades … y la consiguiente aplicación de la respectiva consulta, formuló sus planteamientos en términos de posibilidad y no de certeza".[60] En el segundo caso, por su parte, el Tribunal sostuvo que "materialmente existe información en el expediente de evaluación que permite descartar efectos significativos al patrimonio cultural de indígenas urbanos de Calama en cuanto a afectaciones al geoglifo de Talabre".[61] Por lo que, en ambos casos, la susceptibilidad de afectación directa fue descartada por la información entregada por las autoridades y los titulares de proyecto.

59 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, Considerando cuadragésimo octavo

60 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, Considerando cuadragésimo

61 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Considerando trigésimo quinto.

Por otro lado, tal como ya se había señalado, antes de la creación de los Tribunales Ambientales, las comunidades indígenas hacían valer sus derechos por medio de la presentación de recursos de protección, época en que "se consolidó la idea de que la susceptibilidad de afectación directa en el SEIA se identifica con los supuestos de impactos significativos reglados en el artículo 11 de la Ley Nº 19.300".[62] Esto implica que si concurre, además de la tipología de proyecto del artículo 10 de la LGBMA, las circunstancias del artículo 11 de la misma ley, será necesario que el proyecto ingrese por EIA al SEIA, caso en que será procedente un PCI. Así se pudo constatar en el caso del rechazo del recurso de protección interpuesto contra un proyecto de Piscicultura en Palguín[63] del cual Silva y Parot concluyeron que en la sentencia se determinaba la procedencia del PCI según el instrumento por el que ingresaba el proyecto.[64] Esto se ve reflejado más tarde en el artículo 85 del RSEIA, que establece que será necesario que el proyecto ingrese por EIA y realice una consulta indígena, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento.[65] Es decir, el RSEIA mantiene la idea de que la susceptibilidad de afectación directa en el SEIA se identifica con los supuestos de impactos significativos, pero los restringe a sólo algunos de dichos impactos. Lo anterior evidentemente circunscribe la aplicación del PCI dentro del SEIA y limita las posibilidades de las comunidades indígenas de intervenir en la evaluación ambiental de proyectos que, a su juicio, sean susceptibles de afectarlos directamente.

Cabe señalar que dentro de este mismo artículo del RSEIA, el artículo 85, existen dos requisitos más que han dificultado la participación de las comunidades indígenas en el SEIA, que como hemos visto, han sido motivo de reclamación ante los Tribunales Ambientales: el primero, consiste en el hecho de que "participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva"[66] y, en segundo lugar, que para que exista consulta indígena válida, ésta "deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento", sin perjuicio que "el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta".[67]

62 Guerra, Felipe, "Los tribunales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile" Revista Justicia Ambiental, FIMA, No. 9, Santiago, Chile, 2017, p. 22.

63 Corte Suprema, Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con Comisión Regional de Medio Ambiente, Rol N° 1525-2010, 17 mayo 2010.

64 Silva, C. y Parot, G., "Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio No 169 de la OIT", *Revista de Derecho Ambiental*, Año IV N° 6, Santiago, Chile, 2016, p. 97.

65 Artículos que corresponden a las letras c), d) y f) del artículo 11 de la LBGMA.

66 Artículo 85, RSEIA.

67 Artículo 85, RSEIA.

Con respecto al segundo requisito, nos encontramos con la sentencia R-157-2017, donde la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu alegó la ilegalidad del proceso, por haberse retirado del PCI antes de que éste terminara, debido a que no se había llegado a un acuerdo sobre un punto que la comunidad consideraba esencial para continuar. Sin embargo, la autoridad estimó que, al haberse realizado la consulta, ésta no se veía afectada por el retiro anticipado de las comunidades y, por tanto, no podía impugnarse la ilegalidad del acto. Así, el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre las circunstancias en que la comunidad decidió retirarse del PCI, lo que hubiese permitido entrar a revisar los estándares sustantivos de la consulta indígena en el SEIA. Por otra parte, en cuanto al primer requisito, el tribunal establece que la comunidad indígena que participe de la consulta debe ser "exclusivamente afectada", lo que se ha sostenido "supone un amplio margen de discrecionalidad administrativa, supeditándose la posibilidad de ejercicio de un derecho humano al criterio de la autoridad ambiental".[68]

Estos requisitos contemplados en el artículo 85 del RSEIA no se ajustan necesariamente a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, se señalan tres características centrales que debe contener la consulta indígena, a saber, "la buena fe, la necesidad de observar procedimientos adecuados y el objetivo de llegar al consentimiento o lograr un acuerdo".[69] En resumen, para que un PCI sea adecuado, éste debe ser previo, es decir, "durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto", de lo contrario, se vería afectado el requisito de la buena fe, puesto que la posibilidad de influir realmente en la planificación de un proyecto que ya ingresó al SEIA, sería muy difícil.[70] Esta afirmación apunta a lo que señalamos al comienzo de este apartado, esto es, la pregunta respecto a si el SEIA es un instrumento idóneo para cumplir con los estándares de la consulta indígena. En este sentido, tal como lo demuestran los números, lo más probable es que un proyecto de inversión que ingresa al SEIA sea aprobado.[71] Esto se debe, en parte, a que los proyectos se evalúan ambientalmente cuando ya se ha decidido su ejecución y su ingeniería de detalle.

Es así como es posible sostener que el SEIA, en los términos que ha sido regulado por la LBGMA y el RSEIA, no constituye un instrumento que permite influir en la decisión de realizar o no un proyecto, lo que en la práctica limita la efectividad del PCI. Un dato adicional - y que confirma lo sostenido con anterioridad - es el hecho que desde la implementación en el SEIA del Convenio 169 de la OIT en el

68 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 25

69 Silva, C. y Parot , G., ob.cit., p. 109

70 Ibid. p.111

71 Desde el año 2013 al 2018 de un total de 3.216 proyectos calificados en el SEIA, 3.037 han sido aprobados y sólo 179 han sido rechazados. Ver datos disponibles en: http://www.dipres.gob.cl/597/articles-158618_doc_pdf.pdf y http://www.dipres.gob.cl/597/articles-188395_doc_pdf.pdf

año 2009, sólo se han implementado 44 PCI[72] hasta la fecha, de las cuales 18 están aún en curso y 26 han sido finalizadas con o sin acuerdo, número excesivamente menor al de proyectos calificados y aprobados en el mismo período.

Por ende, volviendo al concepto de susceptibilidad de afectación directa podemos ver, basándonos en los números, que siendo un requisito de procedencia de la consulta indígena y por consecuencia, del ingreso del proyecto por medio de un EIA al SEIA, a juicio de las autoridades éste, por regla general, no se ha cumplido con respecto a las comunidades indígenas.

Es relevante señalar también que, en muchos casos, la carga probatoria de la susceptibilidad de afectación directa, es decir, la concurrencia de las especiales circunstancias del artículo 11 de la LBGMA, ha recaído sobre las comunidades indígenas marginadas del sistema de evaluación.[73] Esto significa un problema para aquellas comunidades que no tienen los medios o recursos para realizar un estudio de tal envergadura que valide la susceptibilidad de afectación directa en grados de certeza como el que se requirió en el caso "Sondajes Prospección Paguanta".[74]

Teniendo en cuenta que las comunidades indígenas son consideradas como agrupaciones vulnerables, resulta poco razonable poner tal carga sobre ellas, debiendo asumir éstas la responsabilidad de complementar una información deficiente presentada por el proponente de un proyecto, afectando de esta manera, tanto el acceso a la justicia como el ejercicio del derecho a un PCI.[75]

Sin embargo, se debe resaltar que la situación ha sido diferente en el caso de las sentencias R-30-2016 y R-38-2016 del Tercer Tribunal Ambiental. Estas fueron acogidas por la deficiencia de los Estudios Antropológicos y tal como sostuvo el tribunal en la segunda sentencia, "no existiendo evidencia idónea para descartar la susceptibilidad de afectación directa, no era posible referirse al tema."[76]. En el primer caso, el Comité de Ministros se excusó diciendo que "en virtud del principio de congruencia del artículo 41 LBPA, sólo pudo pronunciarse respecto de aquello que fue sometido a su conocimiento" es decir, el Estudio Antropólogico deficiente, sin embargo, a falta de argumentación por parte de las comunidades

72 SEA. "Avances en participación de las comunidades en Procesos de Consulta a Pueblos Indígenas en el SEIA". Disponible en el sitio https://www.sea.gob.cl/noticias/avances-en-participacion-de-las-comunidades-en-procesos-de-consulta-pueblos-indigenas-en-el

73 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 11

74 El tribunal rechazó el pronunciamiento de la CONADI porque consideró que formuló sus argumentos sobre la existencia de afectación a las demás comunidades indígenas -no sólo de Cultane- en términos de posibilidad y no de certeza, lo que no permitía extender el área de afectación directa a las demás comunidades.

75 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 16.

76 Tercer Tribunal Ambiental, Luis Alberto Araneda Necumán con Comité de ministros, Rol R-38-3016, 28 diciembre 2016, considerando trigésimo sexto y trigésimo séptimo.

sobre su afectación, el Tercer Tribunal respondió al Comité de Ministros que "este argumento debe ser rechazado, pues demuestra arbitrariedad, toda vez que, por una parte, el Comité de Ministros alega para sí un criterio —atenuante de responsabilidad— de realidad al no ajustarse a sus propias instrucciones (0f. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA); mientras que por otra es riguroso para exigirle la máxima precisión a los ciudadanos"[77].

Por ende, en estos casos, el Tercer Tribunal decidió acoger los recursos y no poner la carga probatoria en las comunidades, porque entendió que esto era un deber de la autoridad ambiental. Si se sigue en adelante con esta teoría, se puede concluir que al ser la autoridad quien debe probar que no existe afectación, se estaría amparando el derecho de las comunidades a acceder tanto a la consulta indígena, como a la justicia, por cuanto no deberán ser ellas quienes deban evidenciar con certeza que existe afectación.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha pretendido revisar cómo, a través de la impugnación de las RCA ante los tribunales ambientales, se han aplicado e interpretado las disposiciones relacionadas con los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Como es de conocimiento público, los tribunales ambientales fueron creados a partir del año 2013, siendo el recurso de protección el mecanismo jurisdiccional utilizado con anterioridad por las comunidades indígenas para hacer valer sus derechos en el contexto del SEIA. Hasta esa fecha, se había logrado un reconocimiento jurisdiccional del derecho a la consulta indígena a través de la evaluación ambiental de proyectos en el SEIA, por la vía de los *Estudios* de impacto ambiental.

Se podría haber esperado que luego de la creación de los Tribunales Ambientales, el recurso de protección hubiera sido considerado de *última ratio*. Es decir, el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas al interior del SEIA debiera haber sido parte del contenido de las competencias de los tribunales ambientales. Sin embargo, como hemos visto, las opciones de impugnación de las comunidades indígenas en los Tribunales Ambientales no han sido del todo favorables, por lo que, sin dudas, la interposición de recursos de protección ha seguido siendo una opción para ellas.

Por lo tanto, no cabe sino concluir que la implementación de lo que significa el amparo de los derechos indígenas dentro del SEIA, en la nueva institucionalidad ambiental, ha sido lento, discordante y aún queda mucho por avanzar para que -

77 Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol R-30-2016, 17 noviembre 2016, considerando sexagésimo octavo.

como se busca en la legislación internacional (Convenio 169 OIT)- las comunidades indígenas puedan ser protegidas de eventuales abusos de terceros en su derecho de conservación y preservación de su cultura, de sus tierras y, en este caso en específico, de su derecho de ser previamente consultado antes de la instauración de proyectos que puedan causar impactos significativos en su entorno.

Vimos que los principales problemas de la institucionalidad ambiental son, en primer lugar, que no existe un recurso administrativo y judicial acorde para un procedimiento *ad hoc* como el PCI, y que el recurso que los Tribunales Ambientales han considerado idóneo para aquellas comunidades que no participaron en la PAC, sino en un PCI, (artículo 17 Nª 8 LBGMA) presenta grandes dificultades para ser interpuesto, lo que significa una importante afectación en su derecho de acceso a la justicia.

En segundo lugar, que los estándares internacionales de protección de comunidades indígenas no se condicen con el sistema implementado en la institucionalidad ambiental, por cuanto el cumplimiento del requisito de susceptibilidad de afectación directa tiene un estándar tan alto que impide que las comunidades puedan, en el contexto del SEIA, encontrar un reconocimiento a sus derechos garantizados por el Convenio 169.

Sin embargo, no se puede negar que también han existido algunos avances, como son los casos que ha fallado el Tercer Tribunal Ambiental con respecto a las deficiencias en la determinación de la susceptibilidad de afectación directa, que permite sostener que, a pesar del gran retraso que existe en la implementación del Convenio 169 en la institucionalidad ambiental, una correcta interpretación de las normas ambientales puede brindar una mejor y más adecuada protección a las comunidades indígenas.

En definitiva, la discusión judicial actual en cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas al interior del SEIA no parece haber avanzado de manera significativa con la creación de los Tribunales Ambientales. Por el contrario, las acciones judiciales interpuestas siguen reclamando – tal como ocurría con anterioridad, por la vía del recurso de protección – acerca de la procedencia del PCI respecto de un proyecto determinado que ha sido sometido al SEIA. Es decir, en los pocos casos en que los tribunales ambientales han podido entrar al fondo del asunto reclamado, la discusión jurídica sigue consistiendo en si debe o no realizarse un PCI. Lejano parece el escenario en que exista una sentencia que aborde asuntos tales como la "buena fe" o la "representatividad de las instituciones indígenas" o incluso el contenido de los acuerdos logrados a través del PCI en el SEIA.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª Edición)*, Editorial Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 2014.

Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2011.

Bermúdez, J. y Hervé, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, pp. 237-255.

Guerra Schleef, Felipe, "Los tribunales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile" *Revista de Justicia Ambiental FIMA Nº 9*, Santiago, Chile, 2017, pp. 19-38.

Poklepovic, Iván, "Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA", *Revista de Derecho Ambiental Nº 8*, Santiago, Chile, 2017, pp. 30-51.

Precht, A. y Aylwin, S., "Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA", en *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, pp. 445-470.

SEA. "Avances en participación de las comunidades en Procesos de Consulta a Pueblos Indígenas en el SEIA", 7 febrero 2018, (Fecha de consulta: 30 junio 2019) Disponible en el sitio: https://www.sea.gob.cl/noticias/avances-en-participacion-de-las-comunidades-en-procesos-de-consulta-pueblos-indigenas-en-el

Silva, C. y Parot, G., "Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio No 169 de la OIT", *Revista de Derecho Ambiental N° 6*, Santiago, Chile, 2016, pp. 92-118.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema, Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con Comisión Regional de Medio Ambiente, 17 mayo 2010, Rol N° 1525-2010 (Apelación recurso de protección).

Corte Suprema, Comunidades Indígenas Diaguitas Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación de Atacama, Rol N° 11.299-2014, 7 octubre 2014, (Apelación recurso de Protección).

Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 22 abril 2015, Rol Nº 23.000-2014 (Casación en la forma y el fondo).

Corte Suprema, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, 12 mayo 2016, Rol Nº 11.512-2015 (Casación en la forma y en el fondo).

Corte Suprema, Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco y otros con Director Regional de Servicio de Evaluación Ambiental, 13 septiembre 2016, Rol Nº 65.349-2016 (Apelación recurso de protección).

Corte Suprema, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, 29 mayo 2017, Rol Nº 47. 629 -2016 (Casación en la forma y en el fondo).

Corte Suprema, Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 6 julio 2017, Rol Nº 45.807-2016 (Casación en el fondo).

Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 Julio 2017, Rol Nº 31176-2016 (Casación en el fondo).

Corte Suprema, Agrícola Ancalí Limitada con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 de junio 2018, Rol 44.326-2017 (apelación recurso de protección).

Segundo Tribunal Ambiental, Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 18 julio 2014, Rol R-16-2013.

Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 1 diciembre 2015, Rol R-54-2014.

Segundo Tribunal Ambiental, Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio, 21 abril 2016, Rol R-63-2015

Segundo Tribunal Ambiental, Fernando Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 17 junio 2016, Rol R-87-2015 (acción de reclamación del artículo 17 N º 8 contra RCA).

Segundo Tribunal Ambiental, Comité de Adelanto Los Molles y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso, 31 enero 2017, Rol R-67-2015 (acción de reclamación del artículo 17 N º 8 contra RCA).

Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu con Comité de Ministros, 17 agosto 2018, R-157-2017 (Solicitud de invalidación de RCA del proyecto RT Sulfuros de Codelco División Radomiro Tomic).

Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón con SEIA, 8 febrero 2019, Rol R-141-2017 (Solicitud de invalidación de la RCA que aprobó el proyecto "Continuidad operacional del Cerro Colorado").

Tercer Tribunal Ambiental, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, 21 julio 2015, Rol R-10-2015

Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, 1 julio 2016, Rol R 31- 2016

Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, 17 noviembre 2016, Rol R-30-2016.

Tercer Tribunal Ambiental, Luis Alberto Araneda Necumán con Comité de ministros, 28 diciembre 2016, Rol R-38-2016.

Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos, 7 junio 2019, Rol R-78-2018.

/ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA /

Protección de los Humedales por Vía Jurisprudencial[1]

Cristián Peña y Lillo Delaunoy
Abogado, Universidad Finis Terrae
Magister Derecho Ambiental
Universidad del Desarrollo
Miembro Abogado Segundo Tribunal Electoral
Región Metropolitana
cpenaylillod@gmail.com

I. Recurso de Protección ante la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt

La Junta de Vecinos Jardín Oriente 3, la Agrupación Cultural por los Humedales y Entornos Naturales, y la Sociedad Educacional Winkler Contreras Limitada (dueña del Colegio Da Vinci School de Puerto Montt), todos vecinos sector de Jardín Oriente, Puerto Montt, recurrieron de protección ante la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt[2], en contra de Inmobiliaria GPR Puerto Varas Limitada, (en adelante, indistintamente, "Inmobiliaria GPR"), Inmobiliaria Socovesa Sur S.A, (en adelante, indistintamente, "Inmobiliaria Socovesa") y Serviu Región De Los Lagos, (en adelante, indistintamente "Serviu"), por estimar que estos últimos han ejercido actos que amagan las garantías previstas por los numerales 1, 8 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Los recurrentes señalan en su recurso, como actos arbitrarios e ilegales, los siguientes:

a) La intervención ilegal y arbitraria, por parte de la recurrida Inmobiliaria GPR, de un cuerpo de agua que ha sido denominado por los vecinos del sector y la comunidad científica como "Humedal Llantén" y la modificación del cauce del "Estero sin Nombre".

1 Análisis de la Sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema con fecha 27 de Agosto de 2018, Rol N° 118-2018, integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Manuel Valderrama R. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Ricardo Abuauad D, cuya redacción estuvo a cargo del Ministro señor Valderrama y la prevención por sus autores.

2 Recurso de protección. Corte de Apelación de Puerto Montt, Rol de ingreso N° 1485-2017.

Explican que la inmobiliaria GPR, se encuentra desarrollando y construyendo en su predio, el proyecto inmobiliario denominado "Hacienda Los Lagos", y para los efectos de la urbanización del proyecto, la recurrida, requiere recuperar los suelos ocupados constantemente por las aguas del humedal y esteros que lo abastecen, con ese objetivo, abrió un canal de drenaje, sin la aprobación de la Dirección General de Aguas, el cual evacua, constantemente dichas aguas hacia los terrenos donde se encuentra ubicado el Colegio Da Vinci School Puerto Montt, cuyo sostener es uno de los recurrentes, Sociedad Educacional Winkler Contreras Limitada.

b) La descarga y derrame de aguas lluvias desde piscinas construidas por la recurrida Socovesa y administradas por el Serviu de la Región de Los Lagos.

Señalan que la recurrida Socovesa mantiene en terrenos de su propiedad, ubicado al costado del colegio Da Vinci School, dos piscinas de retención de aguas lluvias que son administradas por el Serviu de la Región de los Lagos, con capacidad limitada que reciben agua lluvias de los conjuntos habitacionales Jardín Oriente, Jardín Norte y Mirador de la Bahía, todos de propiedad de Socovesa, las cuales, en períodos de fuertes lluvias, sobrepasan su capacidad provocando el desborde de sus aguas hacia los terrenos colindantes, cuyos dueños son los recurrentes.

c) Inundaciones que producto de las obras de drenaje e intervención del "humedal Llánten" y el desvío de sus aguas, afectan a los inmuebles de propiedad de los recurrentes.

Señalan los recurrentes que debido a las altas precipitaciones que afecta a la zona en períodos invernales, sumado al drenaje de las aguas del Humedal Llantén, generar graves problemas de anegamiento en gran parte del sector de Jardín Oriente, y que otra parte, las aguas que provienen del humedal, constantemente alimentadas por afluentes del sector y que escurren hacia el Colegio Da Vinci, provocan peligro de desprendimiento y derrumbe de tierras, con potencial riesgo para los miembros de la comunidad estudiantil. Asimismo, indican que, las inundaciones, han provocado serios daños materiales en las estructuras de las viviendas y del colegio afectado, lo que se traduce también en pérdidas y deterioro de bienes muebles, menaje y artefactos electrodomésticos, pues las aguas ingresan al interior de las viviendas, a ello se suma la imposibilidad absoluta de los vecinos para salir de sus viviendas, también existen problemas sanitarios, debido a la saturación de las cámaras de alcantarillado, lo que provoca la filtración, en gran volumen, de aguas servidas hacia las calles y malos olores, además, la existencia de piscinas contenedoras de aguas lluvias existentes a un costado del colegio afectado, han generado desniveles e inestabilidad en el sueldo de las propiedades de vecinos y bienes nacionales de uso públicos.

Indican los recurrentes que el humedal Llantén, posee un gran valor ambiental para toda la comunidad, pues alberga una gran variedad de fauna acuática, aves y constituye el lugar de reproducción de la rana grande chilena, Calyptocephalella Gayi, especie en peligro de extinción en la zona sur según la ley y reglamento de caza. Además CONAF, ha detectado la presencia de alerce en el sector, especie que también reciben protección legal por su escases. Estas especiales características del Humedal Llantén, ha llevado a la comunidad científica a reflejar su preocupación por el proceso de urbanización e intervención directa que viene desarrollando la recurrida, pues estudios realizados en relación a la rana chilena y el humedal, entro otros por la Universidad Austral de Chile, dan cuenta de la importancia ambiental de brindar protección a este cuerpo de aguas, el cual disminuye día a día junto a su fauna como consecuencia de la industria humana.

Señalan que la intervención del humedal con obras drenaje y urbanización ha generado la inmigración de la rana grande chilena desde su medio ambiente de reproducción hasta la zona de urbanización, lugar donde muchas de ellas mueren por el tránsito de automóviles.

Finalmente, manifiestan que los hechos denunciados vulneran la garantía consagrada en el numeral 8° del artículo 19 de la Constitución, por los daños causados al Humedal Llantén, ya que el lugar es usado como vertedero de basura; el drenaje de sus aguas y las faenas constantes que se ejecutan con maquinaria pesada han puesto en peligro su fauna, la que ha debido inmigrar; generan además inundaciones, desniveles de terreno, ruidos molestos y problemas sanitarios. Agregan, asimismo, que se ha vulnerado la garantía del N° 24, pues las constantes inundaciones en períodos de altos niveles de precipitaciones, producen el ingreso de agua al interior de las viviendas, debilitando sus estructuras, humedad en el ambiente, desnivel de terrenos visible en varios sectores de Jardín Oriente y plaza de uso público, pérdida de electrodomésticos, e incluso inundaciones en el interior del establecimiento recurrente.

Piden, en definitiva, se acoja el recurso, disponiendo las siguientes medidas: a) En relación a la recurrida, inmobiliaria GPR, se le ordene abstenerse de realizar descarga de aguas lluvias en estero sin nombre, en tanto no cuente con un proyecto de modificación de causes aprobado por la DGA Región de Los Lagos; b) Se le ordene a la Recurrida, inmobiliaria GPR, abstenerse de realizar obras drenaje de las aguas del Humedal Llantén, adoptando inmediatamente medidas de mitigación a fin de procurar la protección de humedal; c) Se le ordene a la Recurrida, Inmobiliaria GPR, someter el proyecto inmobiliario "Hacienda Los Lagos", al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y; d) Respecto a los Recurridos, Inmobiliarias Socovesa y Serviu Región de Los Lagos, se solicita se les ordene adoptar inmediatamente y a

su costa, medidas de protección y mitigación que eviten el anegamiento de las piscinas de retención de aguas lluvias, debiendo resguardar el lugar de manera que se restringa el acceso al sector.

II. Sentencia de Corte de Apelaciones de Puerto Montt

La I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt con fecha 20 de diciembre de 2017, rechazó el recurso de protección interpuesto por los recurrentes, señalando que los recurridos deberán seguir participando de la mesa de trabajo organizada por la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt, destinada a coordinar a las diversas entidades involucradas, a fin de precaver situaciones como las denunciadas, así como seguir trabajando en el proyecto de ingeniería actualmente en revisión por parte del Serviu, con compromiso para su ejecución antes del invierno del 2018.

III. Apelación de la Sentencia ante la Corte Suprema

Con motivo de la apelación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la Excma. Corte Suprema, conoció del recurso de protección interpuesto por los recurrentes, el cual con fecha 27 de Agosto de 2018, revocó la sentencia apelada y decidió acoger la acción de protección deducida, disponiendo las siguientes medidas:

a) La Municipalidad de Puerto Montt, deberá revisar conforme a la normativa vigente los permisos de construcción y recepciones de obras que autorizó respecto de las demandadas, sobre la base que el sector Jardín Oriente cuenta con un humedal y por el pasa una vía fluvial que es parte de la red primaria del Sistemas de Evacuación y Drenaje de Aguas Lluvias.

b) Serviu de la Región de Los Lagos deberá planificar, estudiar y fiscalizar el correcto funcionamiento de la piscina de retención de aguas lluvias construidas en terrenos de propiedad de Socovesa Sur S.A.

c) Inmobiliaria Socovesa Sur S.A. Sur, deberá hacerse cargo de mantener el funcionamiento de la piscina de retención antes descrita.

d) Inmobiliaria GPR Puerto Varas Ltda. desplegará todas las medidas que sean necesarias para la protección del Humedal Llantén, mientras la Seremi del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos estudia y revisa la situación en que se encuentra el mismo, con el fin de adoptar las providencias del caso.

e) En el plazo de 3 años el establecimiento educacional "Da Vinci School"

de propiedad de la sociedad recurrente Winkler Contreras Ltda., deberá ser reubicado con el fin de despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias del sector Jardín Oriente de la comuna de Puerto Montt.

IV. Considerandos destacables de la sentencia de la Corte Suprema de 27 de Agosto de 2018

En lo que sigue, revisaremos los considerandos sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto de la sentencia de la Corte Suprema en estudio, los cuales resultan interesantes transcribir:

I. Sexto: "Que de acuerdo con los antecedentes del proceso se colige lo siguiente:

1. En el Loteo 10 B, Fundo La Paloma, Sector denominado Jardín Oriente de la comuna de Puerto Montt, de propiedad de la Inmobiliaria GPR, se emplaza el denominado humedal Llantén[3].

2. El Seremi del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos con fecha de 04 de febrero de 2016, solicitó al Alcalde de la comuna de Puerto Montt su intervención respecto del humedal ubicado en el Sector Jardín Oriente. Expresó que funcionarios de la DGA realizaron un levantamiento en terreno y se constató que dicho cuerpo de agua se originó después del año 2002, producto de la construcción de un camino, pero que igualmente correspondería a un tipo de ecosistema denominado humedal, en donde habitan una serie de especies y que no se encuentra protegido conforme a la Convención Rasmar.

3 Se debe tener presente lo que se indica en el considerando segundo de la sentencia en análisis, toda vez que la recurrida explica que "…para la realización del proyecto inmobiliario, solicitó a la empresa LIEM Ingeniería Geotécnica, un estudio sobre el terreno el que concluyó que no se verifica la existencia de un humedal en el Lote B, sino que se trata de una laguna artificial producto de la acumulación de aguas lluvias y que permanece estancada debido a la carencia de escurrimiento libre de las aguas. Agrega, que ratifica lo expuesto, la carta remitida por el Seremi del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos al Alcalde de Puerto Montt, de fecha 4 de febrero de 2016, donde se deja constancia que el supuesto humedal se creó después del año 2002, producto de la construcción de un camino, que es de origen antrópico, es decir, sólo se trataría de acumulación de agua debido a la obstrucción del desagüe natural del terreno por la intervención humana. Por consiguiente, señala que su actuar en calidad de propietario del predio, fue remover los cierres artificiales de los cauces de agua y permitir que éstas escurrieran de forma natural, como hacían antes de haber sido intervenidas, lo cual ha estado en conocimiento de las autoridades."

3. El Doctor José J. Núñez, del Instituto de Ciencias Marinas y Climatológicas, Facultad de Ciencias de la Universidad Austral de Chile, en informe dirigido a la Junta de Vecinos Jardín Oriente y el Grupo Salvemos el Humedal Llantén, Puerto Montt, sobre "Determinación de especímenes anfibios del Humedal Llantén", certificó que era el lugar de reproducción de la rana grande chilena juvenil, "Calyptocephalella gayi", la que se encuentra clasificada en Peligro para la VII Región, según el Libro Rojo de los Vertebrados de Chile (CONAF, 1993) y en Peligro de Extinción en la zona sur (VIII a X Región), según la Ley y Reglamento de Caza (SAG, 1998). Complementariamente ha sido catalogada como Vulnerable por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN 2014) y un recurso zoogenético y alimentario importante para el país."

II. Séptimo: "Que para resolver la controversia es necesario precisar que los recurrentes denuncian como actos arbitrarios e ilegales los siguientes: a) la intervención ilícita de la Inmobiliaria GPR del humedal Llantén, al desarrollar obras de desecación del mismo, con el consiguiente daño ecológico que aquello produce, b) el descargue y derrames de aguas lluvias desde la piscina construidas al efecto por la empresa Socovesa y c) las inundaciones que producto del desvió de las referidas aguas afecta a los inmuebles de propiedad de los actores."

III. Octavo: "Que respecto del primer acto, cabe precisar que el cuerpo de agua que los recurrentes denominan humedal Llantén no se encuentra protegido por la Convención de Ramsar sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional. Sin embargo, resulta útil recordar que aquella define a dichos sitios como "las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros", siendo la particularidad de dicha definición el que comprende los humedales creados artificialmente."

En este mismo orden de ideas, el Estado a través de una política pública de protección denominada "Estratégica Nacional de Biodiversidad 2017-2030", aprobada en el marco de la ratificación que en el año 1994, Chile hizo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), en que se comprometió a implementar acciones para la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad, se encuentra la protección de los humedales porque aquellos constituyen, entre otros, fuente de reservas de aguas, de irrigación de los cultivos y de preservación de la flora y fauna para el sustento del planeta.

Elementos que permiten colegir la importancia de dichos sistemas ecológicos

para la humanidad y su necesidad de protección. (sic)"

IV. Noveno: "Que dentro de este contexto unido al mérito de los antecedentes acompañados a los presente autos, se advierte que, como se dijo, el cuerpo de aguas denominado "Humedal de Llantén" no tiene la categoría Ramsar, pero no es menos cierto, que instituciones estatales -Conicyt aprobó un proyecto para su estudio- y la comunidad científica -Universidad Austral desarrolló un informe sobre la fauna existente en el mismo-; unido a las definiciones sobre humedal antes transcritas, permiten reconocerlo como un ecosistema constituido por la acumulación de aguas, en el que existe y se desarrolla biota acuática, fauna y flora.

De esta manera, para este caso particular, dicho cuerpo de aguas se adapta al concepto de humedal y, por consiguiente, tal como lo postulan los recurrentes emana la necesidad de su protección desde que estos sitios han sido considerados por la comunidad internacional, como pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación."

V. Décimo: "Que, en consecuencia, la recurrida Inmobiliaria GPR aun cuando sea dueña del terreno donde se emplaza el humedal, no se encuentra facultada para drenar sus aguas atendido el bien superior que ha de resguardarse, esto es, proteger el referido ecosistema.

De forma tal que la intervención que ha efectuado la recurrida sobre el mismo permite configurar la infracción a las garantías fundamentales del derecho a la integridad física y psíquica de toda persona y la de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en este caso, respecto de los habitantes del sector Oriente de la comuna de Puerto Montt, razón por la cual las autoridades medio ambientales conjuntamente con las comunales deberán velar por la protección y conservación del mismo, conforme se dirá más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente, que la empresa sostuvo ante el Departamento de Medio Ambiente de la Municipalidad, el 10 de agosto de 2017, que tenía la voluntad de llegar a un acuerdo con el municipio en relación a la conservación del humedal, es decir, no sólo reconoció su existencia sino que, además, expresó su voluntad a conservarlo."

VI. Undécimo: "Que, en segundo lugar, respecto al rebalse de la piscina de retención de aguas lluvias que inundaría los inmuebles de los recurrentes, es importante destacar que los litigantes se encuentran contestes en que aquella se encuentra situada en un inmueble de propiedad de Socovesa, que era parte de un

proyecto de evacuación de agua lluvias para los cinco condominios de viviendas construidas por la misma, que en la actualidad también recibe las aguas lluvias del condominio de la otra recurrida, sin autorización de ésta y que unido al drenaje del humedal Llantén se han producidos inundaciones en dicho sector que han afectado a las viviendas y al colegio de los recurrentes, no obstante que el modelo original contemplaba unas tuberías de rebalse para conducir las aguas hacia el cauce natural ubicado en el sector norte del sitio.

En el informe que evacua la DGA precisa que dicho régimen es parte del sistema maestro de evacuación de aguas lluvias de la comuna de Puerto Montt.

Asimismo, consta que todas las obras antes referidas fueron autorizadas por la Municipalidad de Puerto Montt y por el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos, en lo que les compete."

VII. Décimo tercero: "Que de la normativa expuesta se concluye que tanto la Municipalidad de Puerto Montt, a través de su DOM y el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos, autorizaron construcciones de manera descoordinada, fuera de las políticas públicas y que no cumplen con los requisitos legales afectando con ello los derechos fundamentales invocados por los recurrentes. En efecto, como se dijo, salvo la obra para descarga de aguas lluvias que efectuaba la Inmobiliaria GPR Puerto Varas Ltda., al estero sin nombre, -reconocida por ésta- todas las demás obras del sector -construcción de cinco condominios, piscina de rebalse y el colegio Da Vinci- cuentan con los permisos respectivos para su edificación y construcción. Sin embargo, dichas autorizaciones pasaron por alto que el referido cauce es parte del "Plan Maestro de Evacuación y Drenaje de Aguas Lluvias de la ciudad de Puerto Montt" y, por consiguiente, cualquier modificación en su entorno debía ser evaluada bajo ese perfil, cuestión que conforme a lo expuesto no aconteció."

VIII. Décimo cuarto: "Que, por el contrario, se constató la veracidad de los hechos denunciados por los recurrentes, los que por lo demás no fueron negados por los recurridos, sólo justificados con argumentos que conforme a lo expresado precedentemente son insuficientes e improcedentes para desvirtuar sus responsabilidades. En efecto se comprobó que la empresa GPR Puerto Varas drenó las aguas del humedal Llantén sin considerar su importancia medio ambiental y que el escurrimiento de aquéllas no era posible debido a la obstrucción de la vía natural de evacuación; que la misma empresa efectuó obras para la descarga de aguas lluvias del condominio de su propiedad sin contar con las autorizaciones pertinentes al intervenir indebidamente el "estero sin nombre".

Asimismo, quedó establecido que Socovesa y Serviu de la Región de Los Lagos, son responsables de la piscina de retención de aguas lluvias, que colapsa e inunda -junto con el actuar de la primera recurrida- el sector de Jardín Oriente de la comuna de Puerto Montt y que lo anterior se debe a que se autorizó la construcción del colegio Da Vinci, sobre la vía natural de escurrimiento de las aguas lluvias, obstaculizándolo e impidiendo su paso, lo cual provoca las inundaciones y daños que los actores denuncian."

IX. Décimo quinto: "Que esta Corte ya ha declarado en los autos Rol N° 18.218-17, que las autorizaciones administrativas no habilitan para perjudicar a terceros, es decir, no se puede tolerar la lesión de derechos subjetivos o intereses particulares en una medida no contenida en la normativa vigente o por el uso social o la razón, porque, en caso contrario, el desarrollo de dichas actividades justificada en tales concesiones constituiría un abuso del derecho.

El artículo 52 de la Ley N° 19.880, en este mismo sentido, impone como límite de los actos administrativos la lesión de derechos de terceros, por lo que no podría estimarse que la autorización faculta a su titular para mermarlos, tal como aconteció en la especie."

X. Décimo sexto: "Que, por consiguiente, se configuran elementos de juicio suficientes que objetivamente permiten imputar a las recurridas intervención directa en los hechos que se denuncian y que causaron los daños que por esta vía se busca reparar, por lo que en consecuencia, corresponde acoger el recurso de protección y la ejecución por aquéllas de las medidas reparativas que a continuación serán resueltas."

V. Comentarios Jurisprudenciales

La Corte Suprema, ahondando en la importancia de los humedales, señala que "constituyen, entre otros, fuentes de reserva de agua, de irrigación de los cultivos y de preservación de la flora y fauna para el sustento del planeta", conclusión que resulta coherente con lo que la comunidad internacional manifestó en la Séptima Conferencia de las partes contratantes de la Convención de Ramsar, celebrada en San José de Costa Rica en Mayo de 1999, en la cual se dijo "que los humedales a pesar de estar generalmente en parches pequeños y dispersos, ocupan aproximadamente 6% de la superficie de la tierra y contribuyen con alrededor del 25 por ciento de la productividad neta de la Tierra. Los humedales también son importantes reservas de biodiversidad, zonas de reproducción, santuarios y escalas para la fauna migratoria (Goudie, 1994). Además de su papel vital como la principal fuente de agua para las poblaciones humanas, juegan otros papeles no

menos importantes que, en conjunto, permiten mantener la integridad ecológica de la naturaleza."[4]

Las variadas condiciones climáticas y geológicas de Chile, permiten la existencia de más de 20 tipos de humedales. De acuerdo a estimaciones recientes del Ministerio del Medio Ambiente, se han catastrado que los humedales en Chile comprenden una superficie aproximada de 4,5 millones de hectáreas, lo que representa cerca del 5,9% del territorio nacional, estimación que no incorpora la totalidad de la superficie de humedales de turbera en las regiones de Los Lagos y Aysén. No obstante lo anterior, en Chile solo 13 humedales se encuentran protegidos bajo los parámetros de la Convención de Ramsar y según el Ministerio de Medio Ambiente, la suma de la superficie de dichos humedales comprende aproximadamente 361.760 hectáreas, de las cuales solo un 22% (alrededor de 80.201 hectáreas), está incluido en algunas de las categorías de áreas protegidas reconocidas en la legislación nacional, principalmente en las categorías de parque nacional y reserva nacional.[5]

En nuestro sistema jurídico, los humedales pueden encontrarse bajo algunas de las siguientes categorías de protección: a) Sitio Ramsar, b) Reserva Nacional, Parque Nacional o Monumento Natural; c) Santuario de la Naturaleza; d) Sitio Prioritario de Conservación; y f) Parques y Reservas Marinas.[6]

La incorporación de un humedal en algunas de las categorías de protección que se han señalado precedentemente, trae como consecuencia que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, en o próxima a ellos[7], requerirá la elaboración de un Estudio de Impacto

4 SCHNACK, Juan. *The Role of Ramsar in response to the global water crisis*. En: "People and Wetlands: The Vital Link" 7th Meeting of the Conference of the Contracting Parties to the Convention on Wetlands (Ramsar, Iran, 1971), San José, Costa Rica. 10 al 18 Mayo 1999. Technical Session I: Ramsar and Water Document 4, p.1. [Fecha de Consulta 22.04.2019]. Disponible en: https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/cop7-docs/NON-RESRECS%20FINAL/COP7%2016.4E.pdf

5 MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022 [En línea] [Fecha de Consulta 22.04.2019]. Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Plan_humedales_Baja_confrase_VERSION-DEFINITIVA.pdf

6 La inclusión de un humedal en alguna de las categorías de protección antes señaladas, depende siempre de la decisión política de la autoridad competente de turno que se materializa en un acto formal, según la categoría que se trate, (Comité Nacional de Humedales, Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Economía, Ministerio de Medio Ambiente o el Presidente de la República).

7 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 inciso III del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, "Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad." Además, por área de influencia debe entenderse, de acuerdo con el artículo 18 letra d) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, "El área de influencia se definirá y justificará para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potencialmente significativos sobre ellos, así como el espacio geográfico en el cual se emplazan las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad".

Ambiental. Es decir, las actividades o proyectos que se ejecuten en o próximos a humedales, deberán ingresar al SEIA: (i) Siempre, cuando se trate de proyectos de desecamiento de bofedales o vegas, turberas, cualquiera sea su superficie, o humedales que superen el tamaño indicado en el artículo correspondiente; (ii) Siempre que dicho proyecto o actividad se emplace dentro o a proximidad de un humedal protegido, entendiéndose por tales, aquellos incluidos en la Lista de Ramsar; (iii) Siempre que el humedal se encuentre bajo alguna de las categorías de protección de Reserva Nacional, Parque Nacional o Monumento Natural; y (iv) Siempre que la actividad o proyecto vaya a provocar una alteración en el volumen de agua que alimenta un humedal.

Los demás tipos de humedales que no son Sitios Ramsar, no tienen actualmente ningún tipo de protección estatal y se encuentran total y permanentemente amenazados con la presión que ejerce el sector inmobiliario e industrial, que a través del relleno, drenaje y secado de los mismos, les permiten aumentar la superficie de terrenos disponibles para sus proyectos, tal como aconteció en el caso de autos. Al urbanizar sin dejar lugar a los humedales y áreas verdes en general, se contribuye a la pérdida de biodiversidad, de flora y fauna. Otra gran amenaza de los humedales, es la basura que se deposita en ellos. Muchos humedales terminan siendo verdaderos vertederos, lo cual resulta muy perjudicial para el medio ambiente.

Dicho lo anterior, la sentencia objeto del presente análisis, reconoce al cuerpo de agua denominado "Humedal de Llantén", como un ecosistema constituido por la acumulación de aguas, en el que existe y se desarrolla biota acuática, fauna y flora, lo cual se adapta concepto legal de Humedal contenido en la Convención de Ramsar sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas (en adelante la "Convención de Ramsar")[8], que los define en su artículo 1.1, como "…las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros.". Así, el sentenciador indica que "emana la necesidad de su protección desde que estos sitios han sido considerados por la comunidad internacional, como pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación."

8 CONVENCIÓN SOBRE ZONAS HÚMEDAS DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL ESPECIALMENTE COMO HÁBITAT DE LAS AVES ACUÁTICAS. Ramsar, Irán, (02 de Febrero de 1971), promulgada por Decreto N° 771 de 1981 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como podemos observar, el sentenciador decide definir el cuerpo de agua objeto del presente conflicto jurídico, recurriendo al concepto legal de humedal contenido en la Convención de Ramsar, toda vez que ella comprende tanto a los humedales naturales, los creados artificialmente, como a los que se encuentran en predios particulares[9], reafirmando con ello una línea jurisprudencial de amplia protección hacia los humedales, que viene manifestándose desde el caso de contaminación del Humedal del Rio Cruces en Valdivia que derivó en la desaparición del luchecillo (egeria densa) y la consiguiente muerte por inanición de los cisnes de cuello negro[10]. Nuestra Corte Suprema se ha inclinado, en dar protección a este Humedal, pese a su evidente desprotección oficial, toda vez que éste reúne las condiciones que señala la definición de Humedal contenida en la Convención de Ramsar, y por ello amerita que sea objeto de restricciones específicas con respecto a otros lugares y actividades que pudieran afectarlo.

Esta línea jurisprudencial, la podemos observar en los siguientes fallos de reciente data: (i) Corte Suprema. SCM Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente. Casación Forma-Fondo. (9 de Octubre de 2018). Rol N° 42.004-2017, en la cual ordenó la clausura parcial de los pozos de extracción que producían el desecamiento de un humedal en la Región de Atacama; (ii) Corte Suprema. Jaime Valenzuela Biscardi con Capitanía de Puerto de Talcahuano. Apelación Protección (30 de Octubre de 2018). Rol N° 22.196-2018, en el cual se rechazó la apelación de un recurso de protección de una empresa que pretendía realizar actividades de sky acuático en la laguna y humedal de San Pedro de La Paz, Concepción, y; (iii) Corte Suprema. Denise Choloux Rios y Otros con Cogua Corporation S.A. Apelación Protección. (12 de Septiembre de 2018). Rol N°5171-2018, en la cual ordenó cesar los trabajos de remoción de tierras y alteración de cursos de agua en la confluencia de los Ríos Valdivia y Cruces en una zona de humedal protegido, hasta la obtención de las autorizaciones administrativas y ambientales.

Consideramos que la jurisprudencia referida anteriormente, pone de manifiesto que han sido nuestros tribunales de justicia, a través de su jurisprudencia, quienes

9 Cabe indicar que la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar aprobó en el año 1990, un sistema de clasificación de los distintos tipos de humedales, la cual no es científicamente exhaustiva, sino que solo tiene por objeto proveer un marco amplio que facilite a las partes contratantes la identificación rápida de un humedal. Este sistema clasifica a los humedales en tres categorías: (a) Marinos y costeros; (b) Continentales y (c) Artificiales. El hecho que un humedal pertenezca a alguna de las categorías mencionadas previamente no implica su reconocimiento como Sitio Ramsar, ya que para ser incluido dentro de la lista de la Convención de Ramsar, un humedal debe ser representativo, raro o único, o tener importancia internacional para conservar la diversidad biológica. Convención de Ramsar. Criterios para Sitios Ramsar. [En línea] http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/ramsarsites_criteria_sp.pdf [Fecha de Consulta: 22.04.2019].

10 Primer Juzgado Civil de Valdivia, Estado - Fisco de Chile con Forestal Celco S.A. Demanda por Daño Ambiental, 27 de julio de 2013, Rol 746-2005.

están brindado protección real y efectiva a aquellos humedales que se encuentran fuera de las categorías de protección estatal, al realizar una interpretación amplia, tanto del concepto de Humedal como del objeto de protección de la garantía constitucional contenida en el número 8 del artículo 19 de nuestra Constitución, al otorgarle resguardo a este tipo de humedales mediante la asociación de la expresión Medio Ambiente al concepto de Ecosistemas, sin someterla al alcance del concepto de medio ambiente incontaminado o requiriendo para su cautela constitucional la protección oficial previa, dada su importancia como "pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad".

Lo dicho anteriormente no significa que nuestra jurisprudencia se esté volcando hacia una visión ecologista, amplia u omnicomprensiva acerca de la extensión del medio ambiente como objeto de protección constitucional, como pudiera deducirse a priori, sino que por el contrario, constituye, por una parte, una reacción jurisprudencial crítica frente a la escaza efectivización que existe en nuestro ordenamiento interno de los compromisos internacionales que nuestro país asumió al ratificar el Convenio de la Diversidad Biológica el año 1994, del cual emana la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030, cuyos objetivos suponen el bienestar ambiental, social y económico de la sociedad[11], y por otra parte, a una línea jurisprudencial no regresiva[12] en donde se propone la idea de un medio ambiente vinculado al entorno adyacente del ser humano por considerar que los humedales son los "pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad".

Concordante con la línea jurisprudencial señalada, el fallo dispuso en favor del "Humedal El Llantén", entre otras medidas, las siguientes:

(i) Que, la Municipalidad de Puerto Montt deberá revisar conforme a la normativa vigente los permisos de construcción y recepciones de obras que autorizó respecto de las demandadas, sobre la base que el sector Jardín Oriente cuenta con un humedal, pues según lo ha declarado la Corte Suprema en la causa Rol N° 18.218-2017, "las autorizaciones administrativas no habilitan para

11 MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. *Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030.* [En línea] [Fecha de Consulta: 22.04.2019]. Disponible en:https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Estrategia_Nac_Biodiv_2017_30.pdf

12 Nos referimos al principio de no regresión o de prohibición de retroceso que dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad. Este principio actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo y progresivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. PEÑA CHACÓN, Mario, Desarrollo Jurisprudencial del Principio de No Regresión del Derecho Ambiental en Costa Rica. *Revista Judicial.* Edición Nº 117. Costa Rica. Setiembre, 2015. (149-169) [Consulta: 22 Abril 2019]. Disponible en: https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_117/pdf/9.pdf

perjudicar a terceros, es decir, no se puede tolerar la lesión de derechos subjetivos o intereses particulares en una medida no contenida en la normativa vigente o por el uso social o la razón, porque, en caso contrario, el desarrollo de dichas actividades justificada en tales concesiones constituiría un abuso del derecho". En abono de lo anterior, el sentenciador cita el artículo 52 de la Ley N° 19.880, señalando que éste impone como límite de los actos administrativos la lesión de derechos de terceros, por lo que no podría estimarse que la autorización faculta a su titular para mermarlos, tal como aconteció en la especie, inclinándose en el marco del presente recurso de protección hacia la tesis que en materia ambiental la responsabilidad extracontractual siempre sería exigible, no obstante estar en presencia de actividades autorizadas, ya que el otorgamiento de dichas autorizaciones, es sin perjuicio que el ejercicio de tales actividades puedan generar responsabilidad.[13]

(ii) Que, en el plazo de 3 años el establecimiento educacional "Da Vinci School" de propiedad de la sociedad recurrente Winkler Contreras Ltda., deberá ser reubicado con el fin de despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias del sector Jardín Oriente de la comuna de Puerto Montt, con la salvedad que dicha medida fue adoptada con la prevención que hicieran la Ministra Sra. Sandoval y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, quienes no comparten lo ordenado, en relación al traslado del colegio, en atención a que el recurrente Sociedad Educacional Winkler Contreras -Da Vinci School- se ha visto gravemente afectada por las inundaciones y anegamientos que ha sufrido el Colegio debido al rebalse de la piscina de retención de aguas lluvias de propiedad de Socovesa y del drenaje de las aguas del humedal Llantén que ha realizado la empresa Inmobiliaria GPR; que la han obligado a suspender y evacuar a los alumnos del establecimiento en varias oportunidades, estimando que la autoridad pertinente debe disponer las medidas para que se implemente un sistema de drenaje adecuado que no afecte la condición del humedal y que no favorezca el escurrimiento de las aguas en el entorno del Colegio, como asimismo, prohibir a la Inmobiliaria GPR que realice movimientos de tierra en dicho sector, sin que ello se autorice previamente por la autoridad competente. Adicionalmente, se deberán arbitrar las medidas para evitar los riesgos que se derivan de la construcción del talud.

13 BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual,* (Primera Edición). Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2010. p. 98.

Comentario Jurisprudencia. Excelentísima Corte Suprema. Rol 5888-2019 Caratulado "Francisco Chahuan Chahuan contra Empresa Nacional de Petroleos, Enap S.a"

Natalia Labbé Céspedes
Abogada, Universidad de Chile
Estudiante de Magíster Asentamientos Humanos y Medio Ambiente
Pontificia Universidad Católica de Chile
labbe.natalia@gmail.com

Pedro Palma Calorio
Geógrafo, Universidad de Chile
Magíster en Desarrollo Urbano
Pontificia Universidad Católica de Chile
Co-fundador de Observatorio CITé
ppalma@observatoriocite.cl

"Cada ser humano, presente y futuro, tiene derecho a un medio sano, seguro, saludable y sostenible".
Principios jurídicos medioambientales
para un desarrollo ecológicamente sustentable" (40).

INTRODUCCIÓN

Desde la década de los ´60, el espacio costero de la región de Valparaíso se ha visto sometido a un número importante de proyectos industriales que han urbanizado la naturaleza, incorporando los territorios a un circuito de mercantilización y transformación física-social. El área de Quintero-Puchuncaví, no se encuentra alejada de esta tendencia, por el contrario, se presenta como ejemplo y piedra angular de que la creación de territorios (in)justos, se debe a la (in)acción y/o omisiones de instituciones públicas, privadas y civiles, las cuales han construido una "espiral histórica-geográfica" de conflictos socioambientales.

El presente comentario, a través del análisis jurídico, respecto a lo acontecido durante los meses de agosto y septiembre del 2018, en el área de Quintero-Puchuncaví, pretende visibilizar el ambiente institucional generado, en relación con el contexto judicial e itinerario procesal de la sentencia del 28 de mayo de 2019.

De acuerdo con el análisis, se observa que la creación de la zona de sacrificio en la bahía de Quintero, responde principalmente a hechos institucionales concertados bajo un modelo desarrollista extractivista que, no consideró un progreso integral del territorio costero, no incorporó el enfoque de derechos humanos, y tampoco integró el modelo de desarrollo sustentable, los cuales tienden a dar soluciones más equilibradas, rompiendo de esta forma la tendencia en la que se insertan las comunidades.

El desarrollo de las economías latinoamericanas ha estado condicionado por la colonización del continente, la cual desde sus principios se ha visto sometida y dominada por los requerimientos de economías "desarrolladas"[1]. Esto ha conllevado a que los Estados y sus instituciones, a través de, leyes y reglamentos, generen ajustes socioespaciales y políticos permitiendo la exportación y sobreexplotación de los recursos naturales, muchos de ellos no renovables.

Este tipo de desarrollo implantado en Latinoamérica, reconocido como la "falacia desarrollista"[2] ha erigido, sobre todo en las interfases urbanas, rurales, naturales[3], las denominadas "zonas de sacrificio", que define a aquellos lugares que concentran una cantidad importante de industrias contaminantes afectando directa o indirectamente a las comunidades estructuralmente más pobres.

Las tensiones surgidas de las zonas de sacrificios, ciertamente constituidas como problemáticas medioambientales, desencadenan procesos dinámicos, que necesariamente deben ser atendidos como una preocupación dialéctica y no puramente analítica[4].

De esta forma, y para el presente comentario, se atenderá el análisis del conflicto a través de la sentencia de 28 de mayo a partir de la teoría de la geografía institucional, la que plantea que los Estados y sus instituciones, a través de, la

1 ESPINOZA, L. (2015). *El polo industrial Quintero-Puchuncaví ¿Hacia donde fue el desarrollo?* Revista Digital de Ciencias Sociales, Vol. II, N°3, pp. 245-269.

2 DUSSEL, E. (2009). *Política de la liberación Vol. II: Arquitectónica.* Madrid, Trotta, 544 pp.

3 MIRANDA, M; FLORES, L; REYES, S; MASHINI, D; MISLEH, D; y BETTANCOURT, P. (2015). Capítulo VI. Valorización de los vínculos urbanos, Rurales y silvestres en la generación de instrumentos de planificación territorial integrada en propuestas para Chile 2015. Centro UC Políticas Públicas.

4 HARVEY, D. (1996). *Justice, Nature and the geography of difference*. Oxford: Basil Blackwell.

acción u omisión de sus agentes, juegan un rol determinante en otorgar rigidez a los conflictos, convirtiéndolos en ejes estructurados y estructurantes del espacio socioambiental guiando el devenir de los habitantes en los territorios.

El documento se estructura en tres apartados, el primero recopila, el "espiral histórico"[5] geográfico del conflicto, mostrando antecedentes respecto a marco regulatorios territoriales del área de Quintero-Puchuncaví. El segundo acápite ahonda en el escenario descriptivo de la sentencia del 28 de mayo de 2019, y el tercer capítulo, refiere a la reflexión crítica de la sentencia bajo el enfoque de los derechos humanos y el desarrollo sustentable.

I. Conflictos socioambientales: Quintero-Puchuncaví

De acuerdo con el Mapa de conflictos socio ambientales del Instituto de Derechos Humanos[6] (de aquí en adelante INDH), en el territorio nacional existen 116 conflictos socioambientales, de los cuales 62 se encuentran activos, 30 latentes, 24 cerrados. Entre los motivos identificados se observa que en el 16% de ellos, existe un uso y/o contaminación de recursos naturales, el 39% responde a residuos, emisiones e inmisiones. Por otra parte, se reconoce que el 33% de los conflictos se emplazan en territorios indígenas y el 27% afectan a personas que se encuentran en el quintil 3 de ingreso, es decir, el ingreso per cápita familiar se encuentran entre los $168.366 y los $106.214.

Entre los derechos humanos involucrados, la misma institución, reconoce que en el 78% de los casos el conflicto se asocia a la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el 46% a disfrutar la salud, física y mental, el 42% al agua, el 31% el derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales, el 30% sobre residuos tóxicos y el 29% el derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades.

Durante el año 2017, el INDH, integró a su mapa de conflictos socioambientales, la situación del cordón industrial de Quintero-Puchuncaví, debido a las reiteradas problemáticas a las que se encuentran expuestos los territorios y las comunidades costeras de la región de Valparaíso. En este espacio geográfico se emplaza uno de los polos productivos más grandes e importantes a nivel nacional.

5 SABATINI, F; MENA; F; y VERGARA, P. (1996). El conflicto ambiental de Puchuncaví bajo democracia. *Ambiente y desarrollo*, Vol. XII, N°4, pp. 30-40.

6 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018). Mapa de Conflictos Socio Ambientales [en línea] [Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019]. Disponible en: https://mapaconflictos.indh.cl/#/

> (...) sus actividades están asociadas a dinámicas portuarias (siendo uno de los puertos que traslada la mayor parte de las exportaciones, junto a San Antonio y Valparaíso), fundición de cobre y metales asociados, la generación de energía, recepción y distribución de gases, entre otras actividades[7].

Hoy en día el caso de las comunas de Quintero y Puchuncaví[8], ha tomado fuerza, a raíz de los episodios de los días del 21, 23 de agosto, y 4 de septiembre del año 2018, cuando numerosos habitantes de las comunas se vieron afectados por náuseas, vómitos, mareos e, incluso, desvanecimientos después de inhalar gases que producían un olor nauseabundo. Como consecuencia de la exposición a tales contaminantes, un número importante de vecinos de esas localidades debió ser atendido en los centros de salud locales. Por su parte la Autoridad Sanitaria detectó la presencia en el ambiente de la bahía de compuestos tales como dióxido de azufre, metilcloroformo, nitrobenceno y tolueno, químicos altamente dañinos para la salud[9].

Sin embargo, estos lamentables episodios, distan de ser nuevos y aislados. La organización ciudadana "Mujeres en Zona de Sacrificio en resistencia" informan de, al menos nueve episodios de contaminación por inhalación de emanaciones tóxicas en los últimos 10 años (2008-2018), contabilizando 162 personas afectadas sólo en los establecimientos educacionales de la zona (142 niños, niñas y adolescentes y 20 personas adultas). Aunque, el episodio más grave y conocido, ocurrió con fecha 23 de marzo de 2011, cuando una nube tóxica de dióxido de azufre (SO2) emanada de una chimenea de la Fundición de Codelco División Ventanas, afectó a los alumnos de la escuela de La Greda, y a vecinos del sector, dejando 31 intoxicados por inhalación.

Realizando una recopilación histórica-geográfica del conflicto es posible remontarse a la década de los 60' cuando proyectos como la planta termoeléctrica de Chilgener S.A. (Aes Gener S.A.), la Fundición y Refinería de Enami Ventanas (hoy

7 ESPINOZA, 2015, p. 247.

8 Desde el punto de vista demográfico la comuna de Quintero tiene un total de 31.923 habitantes (Instituto Nacional de Estadísticas, INE, 2017), mientras que Puchuncaví llega a los 18.546 habitantes. Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN) (2015), en ambas comunas existe un 30% de población en situación de Pobreza Multidimensional, marcadas por el Quintil 3, la cual se geolocaliza próxima al polo industrial (Bahía de Quintero).

9 Considerar que la Intendencia de Valparaíso decretó el lunes 29 de julio de 2019 una nueva "emergencia ambiental" para la comuna de Quintero, luego de que se detectara un peak de 1.411 microgramos por metro cúbico de dióxido de azufre (SO2), entre las 08:00 y las 09:00 de esta mañana, lo que fue informado por el Ministerio de Medioambiente. Cooperativa. Intendencia declara emergencia ambiental en Quintero por peak de Contaminación. [fecha consulta: 22 de septiembre de 2019]. Disponible en:https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/intendencia-declara-emergencia-ambiental-en-quintero-por-peak-de/2019-07-29/110925.html)

Codelco División Ventanas), Gasmar S.A., y el puerto mecanizado de Ventanas, se instalan en la bahía de Quintero, territorio que durante el siglo XIX y principios del XX, destinaba sus suelos para el cultivo, la agricultura, sumado a la pesca artesanal, condiciones que se han visto mermadas por las externalidades dejadas por las industrias, las situaciones climáticas, entre otras[10].

A comienzos de 1968 los agricultores de la comuna de Puchuncaví interpelaron al Ministerio de Agricultura, debido a las emanaciones que generaba la fundición, afectando directamente a los cultivos agrícolas[11]. Por otro lado, se reconocen afectaciones sobre la pesca artesanal, obligando a los pescadores de Ventanas a cambiar de rubro hacia la recolección de algas, debido a la escasez de peces y mariscos[12].

El discurso desarrollista[13] generó en esta área una competencia entre los territorios. Disputa que se patentó en promover la mejor localización para la instalación del polo industrial, en beneficio de un mayor progreso para la zona. Este escenario de implementación intensiva de políticas de corte neoliberal, estrategias globales de emplazamientos, competencia interurbana, y estrategias de promoción, es reconocida como *city marketing o marketing urbano*[14].

Luego de la instalación de la primera empresa (1958), las actividades asociadas al polo industrial fueron en aumento, de esta forma, para el año 1984 y tras la modificación del Plan Regulador intercomunal de Valparaíso, el cual fijó nuevos límites urbanos para las ciudades, y demarcaciones para el establecimiento de zonas industriales, entre otras, generó el crecimiento del polo. La "nueva zona" comenzó a recibir empresas molestas, tales como Oxiquim, Gasmar, Moliendas de Cementos, ENAP, entre otras[15].

La modificación del plan regulador intercomunal terminó por ratificar la condición de sacrificio que cierne sobre estas comunas, incluyendo nuevos

10 BADAL, L. (2014). Valoración de pérdidas económicas generadas por la degradación de las tierras. Valle de Puchuncaví, Región de Valparaíso, Chile. Tesis inédita, Facultad de Ciencias Agronómicas, Universidad de Chile.

11 FOLCHI, M (2010). La gestación de la política ambiental. *Revista Digital de Ciencias Sociales*, Vol. II, N° 3, 2015. ISSN: 2362-616x. (pp. 245-269) Centro de Publicaciones. FCPyS. UNCuyo. Mendoza minera antes de la revolución ambiental de los noventa". En ALISTE, Enrique, y URQUIZA, Anahí (comps.) Medioambiente y sociedad. Conceptos, metodologías y experiencias desde las ciencias sociales y humanas. Santiago. Ril Editores, pp.177- 207.

12 SABATINI, MENA y VERGARA (1996)

13 ESPINOZA (2015)

14 ARCE, I. (2016). El empresarialismo urbano metropolitano de Santiago. Estudio de caso comparativo de la renovación urbana del Centro Histórico de Santiago y el desarrollo del megaproyecto Piedra Roja en Colina. Tesis inédita, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de Chile.

15 BUSCHMANN, J; y JACOB, D. (2013). Arqueología de una controversia: El centro industrial Ventanas. Recuperado el 22 de julio de 2015, de www.issuu.com/doblevinculo/docs/doble_vinculo_4__final1/34

proyectos industriales a una zona que presentaba serios problemas ambientales con anterioridad[16].

El 2017 el Ministerio de Medio Ambiente a través de su Programa para la Recuperación Ambiental y Social (PRAS) realizó un recuento sobre los principales hitos que han marcado al polo industrial los cuales se resumen en la tabla 1.

Tabla 1: Hitos con incidencia ambiental

FECHA	ACCION	FECHA	ACCIONES
1958	Instalación CHILECTRA.	1998	Se hace obligatoria la segunda fase de reducción de emisiones de MP y SO2 para Enami de 3.400 a 2.000 Ton/ año de MP y de 62.000 a 45.000 Ton/año de SO2. Se promulga D.S. Nº 59/98 Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Norma de Calidad Primaria para MP 10.
1964	Puesta en Marcha Fundición ENAMI Ventanas.	1999	Se hace obligatoria la segunda fase de reducción de emisiones de MP para ENAMI de 3.400 a 2.000 Ton/año. Se hace obligatorio el cumplimiento de las normas de calidad del aire dentro de la zona saturada de Ventanas y se finaliza el cronograma de reducción de emisiones propuesto por ENAMI y CHILGENER.
1965	Primer Plan Regulador Intercomunal (Decreto N° 30, de 1965, MOP), actualmente se encuentra vigente con modificaciones.	2000	Se construye Terminal de Asfaltos y Combustibles Cordex (almacena y distribuye petróleo y derivados).
1966	Puesta en marcha de Termoeléctrica Ventanas I, potencia de 120 MW. Funciona a vapor y carboncillo. Primera chimenea de termoeléctrica. Establecimiento de unidad de electrorrefinación de cátodos de cobre en refinería Ventanas y planta de metales nobles. Se construye Puerto Ventanas (CHILGENER).	2001	Se construye bodega de almacenamiento de cobre en Puerto Ventanas (contrato con ANGLOAMERICAN). Se promulga D.S N° 45/2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que modifica decreto Nº 59, de 1998, que establece la norma de calidad primaria para material particulado respirable MP 10.

16 Espinoza, 2015, p. 248.

1977	Puesta en marcha de Termoeléctrica Ventanas II. Potencia de 220 MW. Funciona a vapor y carboncillo.	1984 -	
2002	Se modifica el Plan Regulador intercomunal en relación a: los límites urbanos de la ciudad, límites para el establecimiento de zonas industriales, tipología de industrias, entre otras. Resultado: crecimiento del parque industrial.		
1981	Construcción de terminal marítimo de OXIQUIM.	2002	Se promulga D.S. Nº 113, de 2002, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Norma de Calidad Primaria de Aire para Dióxido de Azufre (SO2).
1990	ENAMI y CHILGENER reconocen sus problemas ambientales.	2006	Se instala Central Termoeléctrica Nueva Ventanas (GENER).
1991	Se promulga Decreto Supremo Nº 185/91, del Ministerio de Minería, que regula a los establecimientos y fuentes emisora de anhídrido sulfuroso, material particulado o arsénico, y obliga a las empresas a instalar red de monitoreo permanente y a presentar un plan de descontaminación antes de julio de 1992. Instalación de planta de recuperación de ácido sulfúrico (división CODELCO Ventanas). Puerto Ventanas pasa a ser Puerto Ventanas S.A. y se amplía su capacidad.	2008	Se instala Central Termoeléctrica Campiche (empresa eléctrica Campiche). Se instala Planta de lubricantes COPEC Loncura.
1992	Ministerio de Minería promulga el Decreto Supremo Nº 252, de 1992, que "Aprueba el Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Las Ventanas, aplicable a ENAMI, Fundición y Refinería Las Ventanas y la Planta Termoeléctrica CHILGENER. Adicionalmente se aprueba red de monitoreo para dar cumplimiento al D.S 185 con las estaciones de monitoreo de calidad del aire para SO2 y PM10 de Los Maitenes, La Greda, Sur, Puchuncaví y Valle Alegre. Se construye el terminal marítimo GASMAR para distribución de gas licuado.	2009	Entra en funcionamiento GNL Quintero, terminal marítimo de gasificación de gas licuado (ENAP).

1994	Se promulga D.S. N° 346/94, Ministerio de Agricultura, que "Declara zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado al área circundante al complejo industrial Ventanas, V Región".	2010	Entra en funcionamiento la termoeléctrica Nueva Ventanas (GENER).
1995	Se aprueba Plan de Acción Operacional ante Episodios Críticos por el Ministerio de Salud, según Resolución Nº 2161/95. Se hace obligatoria la segunda fase de reducción de emisiones de MP para CHILGENER, de 26.000 a 3.000 Ton/año. Se construye bodega para graneles limpios de Puerto Ventanas S.A.	2011	Se da inicio al proceso de regulación de Fundiciones de cobre (Res. N°300 MMA). Se promulga Norma de emisión de termoeléctricas (D.S N° 13 MMA). Surge conflicto ambiental por presencia de metales pesados en escuela La Greda, lo que dio origen a su relocalización. Se da inicio a la actualización del Plan de Descontaminación de Ventanas.
		2011	Se firma Acuerdo de Producción Limpia para abordar los problemas ambientales de la zona (a través de ASIVA).
		2014	MMA da a conocer resultados de cuatro estudios de riesgos y anuncia inicio del Programa para la Recuperación, en el marco de territorios vulnerables.
		2016	Actualización del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví.

Fuente: Programa para la Recuperación Ambiental y social, Ministerio de Medio Ambiente (2017), extraído de Seremi del Medio Ambiente Región de Valparaíso.

Considerando el impacto socioambiental que ha generado la actividad industrial en la Bahía, es que para el año 1993, se marca un precedente a nivel institucional, cuando se declara al territorio como zona saturada por anhídrido sulfuroso (so2) y material particulado[17]. En aquella ocasión el Complejo Industrial Ventanas instaló una red de monitoreo para medir materiales nocivos para la salud de la comunidad. Las soluciones respecto al problema ambiental:

17 Decreto Supremo N° 346/94 (03/02/1994). Declara zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado al área circundante al complejo industrial ventanas, V Región. Ministerio de Agricultura.

> (...) han sido ineficaces y no han estado exentas de polémicas, como ejemplo están las iniciativas del CRAS, que según miembros del propio consejo "no va hacia ninguna parte" y el plan Reencantante con Quintero que ha tenido acusaciones de malversación de fondos y fraude al fisco. Nº185 de 1991, del Ministerio de Minería, suscrito además por los ministerios de Salud, Agricultura y Economía, Fomento y Reconstrucción"[18]

Los continuos episodios de contaminación, la vulneración en los derechos de las comunidades costeras, y los contiguos planes que buscan mejoras, tropiezan directamente con los marcos normativos. Por una parte, se observa que las empresas han cumplido con las normas primarias de calidad, pero sin embargo, estos arreglos institucionales no son coherentes con la realidad, cuya expresión, refiere a un territorio quebrantado en términos sociales, físicos, psíquicos, ambientales, generando un daño significativo sobre la salud de las personas, como por ejemplo lo ocurrido con, "los varamientos de carbón en las costas, los casos de cáncer en ex trabajadores de la Empresa Nacional de Minería (Enami)"[19] y así suma y sigue.

Actualmente, existen más de 17 empresas que desarrollan actividades económicas relacionadas con la (i) industrial - fundición de cobre, proceso de hormigones, asfaltos, fábrica de ladrillos -; (ii) refinería de petróleo e industria química; (iii) energética - instalación y operación de centrales térmicas -; (iv) actividades portuarias; etc.; , entre las que destacan, Fundición y refinería ENAMI-CODELCO Ventanas, Complejo Termoeléctrico Ventanas - Aes Gener S.A -, Central Termoeléctrica Campiche - empresa eléctrica Campiche - , Planta de lubricantes COPEC Loncura, Terminal de gas natural licuado - GNL Quintero -, refinería Aconcagua (ENAP).

De esta forma, la cuestión ambiental ha sido y es en la actualidad un problema que no ha podido tener solución, pero la dificultad no subyace solamente en el aspecto ambiental y la contaminación producida. Otra arista importante y que va de la mano con estos casos es el actuar que tiene el Estado frente a la vulneración del derecho a vivir en un espacio libre de contaminación.

18 GODOY, R; TAPIA, F; y CARRERA, T. (2013). Bahía de Quintero: Zona de sacrificio ambiental. Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Análisis de la normativa ambiental de Derecho Interno. TERRAM, p. 24.

19 GODOY, TAPIA y CARRERA, 2013, p. 25.

En este contexto se enmarca actualmente la institucionalidad ambiental, la cual tanto causa-efecto, construye territorios (in)justos, donde se expresan los conflictos. Es así como se hace imperiosa la necesidad de analizar el contexto judicial e itinerario procesal con el fin de comentar los últimos hechos acaecidos en la bahía de Quintero, y como desde el enfoque de los derechos humanos es posible encontrar una salida a la espiral en la que se encuentran los espacios geográficos.

II. Análisis de la sentencia de 28 de mayo de 2019 pronunciada por Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema (Rol. 5888-2019)

a. Hechos de la causa

Tal como se señaló supra, los días 21, 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018, el borde costero de Quintero - Puchuncaví, y sus comunidades, se vieron afectadas por una emergencia sanitaria y ambiental, debido a una nube tóxica emanada del parque industrial. De acuerdo con los datos del Ministerio del Medio Ambiente[20] la situación anterior dejó al 12 de septiembre del mismo año;

- 792 consultas de salud asociadas a intoxicaciones por inhalación de gases.
- 14 de las cuales resultaron en hospitalizaciones.
- 5 pacientes experimentaron síntomas neurológicos - especialmente a niños, niñas, adolescentes, profesores y personas mayores - quienes fueron derivados a distintas unidades de salud de la región de Valparaíso.

b. Itinerario procesal seguido:

A raíz de los hechos descritos y dentro de los 30 días posteriores a la crisis, se interpusieron 12 recursos de protección. Entre los recurrentes se encuentran;

- el Senador Francisco Chahuán,
- la Municipalidad de Quintero,
- las víctimas,
- el INDH,
- la Defensoría de la Niñez,

20 Decreto Supremo Nº105 (30/03/2019) Aprueba Plan de Prevención y Descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Ministerio del Medio Ambiente.

- la clínica jurídica de la Universidad Diego Portales;
- y diversas ONG´s ambientales.

Las acciones constitucionales se interpusieron en contra de 12 empresas recurridas - ENAP Refinerías S.A.; Enel Generación Chile S.A.; COPEC S.A.; Epoxa S.A.; GNL Quintero S.A.; Oxiquim S.A.; de Gasmar S.A.; CODELCO Chile División Ventanas; Cementos Bío-Bío; Puerto Ventanas S.A.; Aes Gener S.A. y Asfaltos Chilenos S.A -; 14 agentes del Estado - Ministerio y SEREMI del Medio Ambiente, Ministerio y SEREMI de Salud, Superintendencia del Medio Ambiente, Dirección Regional y Nacional de la ONEMI, Ministerio del Interior, de la Intendencia de la Región Valparaíso, Servicio de Evaluación Ambiental y del Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique y las Municipalidades - Quintero y Puchuncaví -.

En primera instancia, la Ilustre Corte de Apelaciones (de aquí en adelante ICA) de Valparaíso rechazó los recursos de protección fundándose principalmente en la teoría de la "Deferencia institucional"[21] señalando que:

> "*Estamos, entonces, ante un problema particularmente complejo, en que cabe determinar responsabilidades respecto de una situación que puede tener muchas causas, todas las cuales requieren profundas investigaciones y probanzas para determinar cuáles sean ellas en concreto, cuál es el orden de importancia de cada una en el resultado final de crisis de contaminación atmosférica y quiénes son efectivamente los responsables de esos actos, todo lo cual -ya a priori- parece mucho más propio de un juicio de lato conocimiento, que de una acción de emergencia, que no contempla etapa probatoria*"[22]

A mayor abundamiento, la ICA Valparaíso señaló en relación a las omisiones invocadas por los recurrentes:

> "*(…) de manera que no podemos concluir que nada se haya hecho para investigar lo sucedido, más allá de que tampoco podemos calificar su complejidad, ni exigir determinados resultados en plazos específicos. A todo evento, si las investigaciones debieron decretarse e iniciarse con antelación a las emergencias mismas, a estas alturas solo cabe constatar que se han incoado, y por tanto no hay medida de reparación o prevención*

21 La teoría de la "deferencia institucional", busca explicar alternativamente el rechazo de los recursos o su no admisibilidad, fundándose en la existencia de procedimientos especiales.

22 Ilustre Corte de Apelaciones de Valparaíso. FRANCISCO CHAHUAN CHAHUAN CON EMPRESA NACIONAL DE PETROLEOS, ENAP S.A. Recurso de Protección (19/02/2019). Rol 7266-2018. Disponible en: www.pjud.cl. Considerando 6º.

que pueda adoptarse por esta vía. Las responsabilidades disciplinarias, administrativas, o de otro orden que pueda corresponder al Servicio, o a funcionarios específicos, son asuntos ajenos al objetivo de un recurso de protección.[23]

Frente a la resolución desfavorable de la ICA Valparaíso, solo 10 de los 12 recurrentes interpusieron recurso de apelación.

c. Las pretensiones de las partes

Las solicitudes formuladas por los recurrentes son numerosas y bastante diversas, transcribimos los principales objetivos de las acciones:

Víctima (1): solicitó el traslado de ella y sus hijos, hacia una zona cercana "no contaminada" de similares condiciones a las que vive actualmente.

El INDH: requirió entre otras medidas, 1) la realización de exámenes toxicológicos en los niños, niñas y adolescentes; adultos de la bahía Quintero para determinar cuáles son los contaminantes que están afectando a la población; 2) la realización de un monitoreo permanente en el tiempo respecto a las personas que fueron afectadas por las nubes tóxicas, y 3) la determinación en el plazo más breve posible, las responsabilidades en relación con estos graves episodios de contaminación; entre otras.

La Defensoría de la Niñez: solicitó por su parte disponer de todos los recursos necesarios para superar la emergencia y la paralización de las empresas de Quintero y Puchuncaví, mientras se obtenian los resultados de peritajes y otros procedimientos en curso, entre otras medidas.

La Clínica jurídica UDP: pidió la adopción de medidas para sistematizar y estimar los metales pesados, gases y químicos tóxicos que se encuentran en el ambiente de las localidades de Quintero y Puchuncaví, para incluirlos inmediatamente en el RETC; comenzar con los procedimientos de dictación de normas de calidad de Arsénico, Cadmio, Cobre, Cromo, Selenio, y químicos tóxicos como el Hexaclorobenceno, Dibenzofuranos Policlorados, Bifenilos Policlorados y otros contaminantes perniciosos presentes en la zona.

23 Ibíd. Considerando 10º

La Fiscalía del Medio Ambiente: solicitó la dictación de un plan de prevención y descontaminación que considere los niveles aceptables de contaminantes definidos por la Organización Mundial de la Salud (de aquí en adelante OMS), junto con la dictación de una nueva norma de SO2, COV y de suelo que esté en línea con las recomendaciones de la OMS, ambas dentro de un plazo razonable de no más de un año. Además de la creación de una oficina de recuperación de la Bahía de Quintero y Puchuncaví.

La Defensoría Ambiental: requirió que se garantice el acceso a la información, obligando con esta carga a los recurridos y la realización de un seguimiento en la salud de la población afectada a cargo de los recurridos, de por vida. Adicionalmente, solicitaron la revisión de la RCA's de las empresas que funcionan en el parque industrial.

Mientras que las defensas de los recurridos señalaron que:

Las autoridades recurridas: pidieron *"la desestimación de los recursos intentados, puesto que adoptaron rápidamente las medidas razonables y proporcionales requeridas para afrontar la situación materia de autos"*[24].

Las empresas recurridas - tanto públicas como privadas: solicitaron el rechazo de los recursos de protección deducidos en su contra en razón que *"no incurrieron en acto u omisión ilegal o arbitrario alguno, sea porque no existe antecedente que vincule su actuación con los episodios de contaminación materia de autos, sea porque no emplean ninguno de los compuestos o productos que habrían sido identificados, al menos inicialmente, como causantes de tales eventos, sea porque sus instalaciones han dejado de funcionar o porque no lo hicieron en el período en que ocurrieron los hechos de que se trata; a lo dicho agregaron que los días de los hechos en examen sus trabajadores no sufrieron síntomas como los descritos, antecedente que descartaría su participación en esos eventos y, además, adujeron que en esas fechas, y según sus propias*

24 Destacan en el considerando 5º de la sentencia de Corte Suprema: a) La declaración de "Alerta amarilla" en Quintero y Puchuncaví; b) La suspensión de las faenas de Enap; c) La formulación de cargos a esta última empresa en el procedimiento sancionatorio llevado en su contra por la Superintendencia del Medio Ambiente; d) La entrega a las autoridades locales de un equipo portátil de monitoreo de gases; e) La cotización y licitación para la compra de nuevos equipos para la realización de dicha labor; f) La supervisión directa por el Estado, a contar de septiembre del año 2018, de las redes de monitoreo de la calidad del aire en el sector; g) El inicio de una auditoría internacional que tiene por fin rediseñar la mencionada red de detección; h) Las consultas y peticiones de asesoría y ayuda a organismos y gobiernos extranjeros; i) La declaración de "Alerta sanitaria" en la zona a contar del 24 de septiembre recién pasado; j) El ingreso a la Contraloría General de la República, para el trámite de toma de razón, antes del término del año 2018, de un nuevo Plan de Descontaminación para las zonas declaradas saturadas. Dicho plan, en definitiva, fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 105, de 2018 y publicado en la edición del Diario Oficial de 30 de marzo de 2019; junto con k) El establecimiento, en un futuro indeterminado, de una normativa de emisión para dióxido de azufre más exigente, entre otras.

mediciones, sus procesos industriales se desarrollaron dentro de los parámetros normales previstos en las normas de emisión respectivas"[25].

d. El problema jurídico

La grave situación de contaminación de la bahía de Quintero, producto de la (in)acción y/u omisiones de instituciones públicas, privadas y civiles, han construido una "espiral histórica-geográfica" de conflictos socioambiental que podrían entrelazar afectaciones a los derechos a vida de las personas, su salud y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

e. Decisión del fallo

Los sentenciadores arribaron a la conclusión que existían "*antecedentes suficientes para presumir, fundadamente, que la actividad económica llevada a cabo por las distintas empresas, tanto públicas como privadas, asentadas en el llamado Complejo Industrial Ventanas sería la causante de los persistentes y graves episodios de contaminación e intoxicación que han afectado a los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví por largo tiempo, y, en lo que interesa a los recursos acumulados, de las situaciones ocurridas en agosto y septiembre del año recién pasado (...)*"[26], *pero, no obstante, "no existen, sin embargo, elementos de juicio bastantes para atribuir responsabilidad a ninguna de tales empresas en concreto, puesto que, como se dijo, hasta esta fecha no ha sido posible establecer con certeza cuál o cuáles son los compuestos que causaron tales incidentes*"[27] y por tanto, en virtud de ese razonamiento, rechazó las acciones intentadas en contra ellas.

Ahora, en relación a las omisiones atribuidas a los agentes estatales, la Excelentísima Corte Suprema dio por acreditado que éstas, amenazan y conculcan derechos garantizados en la Constitución Política de la República de que son titulares los recurrentes, en tanto, afectan su integridad física y psíquica, su salud, su vida, a la vez que conculcan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Considerando 57º), razón por la cual, revocan el fallo de la ICA Valparaíso y acogen los recursos de protección de los actores ordenando diversas acciones con el objetivo de resguardar los derechos humanos de los habitantes de los territorios.

25 Excelentísima Corte Suprema. FRANCISCO CHAHUAN CHAHUAN CON EMPRESA NACIONAL DE PETROLEOS, ENAP S.A. Recurso de Protección (28/05/2019). Rol 5888-2019. Disponible en: www.pjud.cl. Considerando Considerando 3º

26 Ibíd. Considerando 41º

27 ibíd.

Entre las medidas ordenadas, podemos establecer una clasificación en cuatro grandes grupos: a) Aquellas destinadas a la identificación y cuantificación de los elementos nocivos para la salud y el medio ambiente; b) Medidas destinadas a resguardar la salud de la población; c) Medidas destinadas a diseñar e implementar una política para enfrentar situaciones de emergencia ambientales; d) Otras medidas destinadas a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví.

a) Medidas destinadas a la identificación y cuantificación elementos nocivos para la salud y medio ambiente:

a. La autoridad sectorial, deberá determinar a la brevedad y con precisión la identidad de todos y cada uno de los elementos o compuestos dañinos para la salud y para el medio ambiente generados por las empresas asentadas en el Complejo Industrial, así como por las demás fuentes existentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, para establecer con detalles cuáles son sus características, fuentes y efectos en la salud de la población y en los distintos elementos que componen el medio ambiente, sea que se trate del aire, del agua o del suelo (considerandos 43º y 45º)[28].

b. Establecido lo anterior, las instalaciones y fuentes que los produzcan deberán reducir las emisiones de los mismos a las cifras que para cada uno de ellos establecerán las autoridades administrativas competentes, quienes a la brevedad fijarán los parámetros pertinentes, mismos que deberán comenzar a regir, a su turno, en un plazo acotado y preciso que se establecerá por la autoridad administrativa (Considerando 46º)

c. Adicionalmente la Corte Suprema, y en uso de sus facultades conservadoras, ordenó a la autoridad ambiental, iniciar a la brevedad los procedimientos pertinentes para ponderar la pertinencia y utilidad de reformar, incrementando, incluso, si fuere necesario, los niveles de exigencia aplicables a los distintos elementos, gases o compuestos producidos en el Complejo Industrial Ventanas, las normas de emisión, de calidad ambiental y demás que resulten aplicables a la situación de contaminación de la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví.

28 Esta fase deberá acometerse en el término máximo de un año, contado desde el día en que la sentencia se encuentre firme

b) Medidas destinadas a resguardar la salud de la población afectada por la contaminación existente en la Bahía de Quintero y Puchuncaví:

a. Elaborar un diagnóstico de base de las enfermedades detectadas a la población de las comunas de Quintero y de Puchuncaví, a partir del cual se pueda determinar qué patologías han sido producidas por la contaminación del aire, del suelo y del agua, diferenciándolas de otras cuyo origen no se encuentre relacionado con tales factores; asimismo, deberá implementar un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de esas patologías; también habrá de adoptar medidas de vigilancia epidemiológica en la zona de emergencia. (Considerando 48º)

b. Deberá elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de las comunas referidas, en relación a las patologías derivadas de la situación de contaminación detectada. (Considerando 48º)

c) Medidas destinadas a diseñar e implementar una política para enfrentar situaciones de emergencia ambientales

a. Deberá tomar las medidas correspondientes para que se pueda proveer a la población de una adecuada atención sanitaria, actividad en la que considerará, especialmente, aquellos antecedentes que permitan anticipar la ocurrencia de eventos de contaminación como los descritos en autos. (Considerando 48º)

b. La autoridad deberá disponer lo que fuere preciso para acometer la derivación de aquellos pacientes que, en episodios como los de la especie, requieran de tal medida de cuidado y atención de su salud. (Considerando 48º)

c. La Oficina Nacional de Emergencia, deberá proceder, a la brevedad, a elaborar un Plan de Emergencia que permita enfrentar situaciones de contaminación. Instrumento en el que deberá incorporar, además, todas las medidas de coordinación, de disposición de recursos y las demás que se estimen atinentes y útiles para "solucionar los problemas derivados" de esos eventos. (Considerando 49º)

d. Adicionalmente, el considerando 52º establece que cada vez que se constate la existencia de niveles de contaminación que afecten particularmente a niños, niñas y adolescentes, precisados por la autoridad administrativa o por los efectos que produzcan en tal población y que se expresen en una

sintomatología de su estado de salud, condición que igualmente precisará la autoridad administrativa de salud y educación, las magistraturas competentes dispondrán lo pertinente para trasladar desde la zona afectada por esa situación a todas las personas que integran el señalado conjunto hacia lugares seguros.

e. Adicionalmente, respecto al resto de la población vulnerable y particularmente aquella expuesta a la deteriorada calidad del ambiente de la zona - niños y niñas que aún no ingresan al sistema escolar; ancianos, personas enfermas y mujeres embarazadas - cada vez que se produzca un evento crítico de contaminación, la autoridad local, asesorada y apoyada, si es necesario, por los niveles provincial y regional, deberá disponer lo pertinente para sacar del sector perjudicado por tal circunstancia a toda la población vulnerable hacia lugares seguros y mientras perdure el señalado episodio. (Considerando 53º).

d) Otras medidas destinadas a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví

a. Adicionalmente la sentencia establece la obligación de los recurridos, de crear y mantener un sitio web en el que se habrán de incorporar todos los datos, antecedentes, pesquisas, resultados, informes, etc., que den cuenta de las distintas actuaciones llevadas a cabo con el objeto de dar cumplimiento a las medidas dispuestas en la presente sentencia. Con el objetivo de resguardar el acceso a la información (Considerando 55º).

b. Por su parte el Considerando 56º establece que "*si con ocasión de la ejecución de las tareas previstas en el presente fallo las autoridades recurridas detectan la concurrencia de situaciones que justifiquen la aplicación de sus atribuciones, como podría ser alguno de los supuestos previstos en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, deberán dejar constancia de ello y, enseguida, habrán de dar inicio a los cursos de acción pertinentes para hacer efectivas tales potestades, evaluación en la que habrán de tener en especial consideración los efectos sinérgicos que las distintas fuentes contaminantes puedan provocar en el medio ambiente de Quintero, Ventanas y Puchuncaví*".

c. Finalmente, y al haber tomado conocimiento la Corte Suprema de la existencia de un proceso de modificación del Plan Regulador de Valparaíso, dispone que la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Quinta Región proceda a ello a la brevedad, considerando dicha labor como una prioridad en sus políticas sectoriales (Considerando 56º).

e) Motivación jurídica de la decisión

La E. Corte Suprema arribó a la conclusión - obvia - de la falta de elementos de juicio para determinar tanto las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación de los días 21, 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018; y por ende señala que, para poder solucionar la controversia recurrirá a "elementos orientadores"[29].

Estos elementos orientadores, son los principios del derecho ambiental, las nociones de desarrollo sustentable, y la entidad de los bienes jurídicos en juego, los derechos humanos.

En relación con el primer elemento, el juzgador toma dos principios del Derecho Ambiental para fundar su decisión; el precautorio y el de prevención:

> "*(...) como resulta evidente, se ha de dar aplicación a los dos principios citados, puesto que, ante esa falta de antecedentes y de certeza, el principio precautorio dicta que se deberán adoptar todas las medidas pertinentes para identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como para establecer cuál es el origen de cada uno de ellos, a la vez que se deberá discernir, a partir de esos datos, cuáles son los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente*"[30]

En relación con el desarrollo sustentable como elemento orientador, cabe señalar que su contenido inspira las medidas que el fallo busca implementar, en razón que éstas son apropiadas para la protección del medio ambiente, y adicionalmente, el concepto permite hacer una crítica fundada a la situación actual de la bahía. En tal sentido, señala considerando 34º y 35º la Corte:

> "*(...) Que lo dicho se desprende que el desarrollo económico, como aquel representado por la creación del Complejo Industrial Ventanas, aun cuando legítimamente pretende una mejora en la calidad de vida de las personas, incluyendo a las que viven en Quintero, Ventanas y Puchuncaví, no se puede realizar olvidando ni dejando de lado la conservación y protección del medio ambiente, a la vez que tampoco puede comprometer las expectativas de las generaciones futuras. En la especie, sin embargo,*

29 Ibíd. Considerando 38º.
30 Ibíd. Considerando 41º.

los distintos procesos industriales concentrados en esas comunas han comprometido, embarazado y puesto en dificultades la conservación y protección del medio ambiente, entendiendo este último como lo define el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, como el "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", tal como lo demuestran, a modo meramente ejemplar, los recurrentes episodios de contaminación que han afectado a las citadas poblaciones, así como la declaración del entorno como zona saturada por material particulado fino respirable MP2,5 y zona latente por material particulado respirable MP10.

35°.- *Que, en otras palabras, la actividad de los agentes económicos asentados en la zona de Quintero, Ventanas y Puchuncaví no sólo se ha llevado a efecto sin implementar medidas "apropiadas de conservación y protección del medio ambiente", sino que, por el contrario, ha supuesto una importante fuente de contaminación para el entorno de esas comunas, generando episodios de intoxicación cuya última expresión está constituida por aquellos acaecidos los días 21 y 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018.*

Tal constatación representa una clara y evidente transgresión del concepto de desarrollo sustentable reconocido en nuestro Derecho interno, así como por los tratados y convenciones internacionales que rigen esta materia (...)".

Finalmente, como elemento decisivo para la revocación de la sentencia apelada, fue la naturaleza de las afectaciones, específicamente los bienes jurídicos conculcados; el derecho a la vida, integridad psíquica y física, a la salud y al medio ambiente libre de contaminación. En tal sentido, el considerando 32º:

"*(...) En ese contexto, entonces, en el que la inefectiva acción de los Órganos estatales dependientes del Poder Ejecutivo se ha extendido por largos años, desatendiendo la integridad de los habitantes de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, las omisiones de que se trata revisten tal gravedad que es posible entender que, al no obrar de manera efectiva, las autoridades recurridas han puesto en riesgo, a través de una amenaza cierta e incontestable, la salud e, incluso, la vida de las personas en favor de quienes se recurre.*

Como es evidente, además, tales transgresiones se expresan, o adquieren perfiles y rasgos concretos, a partir de la conculcación, efectiva y producida por un extenso período de tiempo, del medio ambiente en el que viven y se

desempeñan los habitantes de las comunas citadas" (Considerando 32º).

En el mismo sentido, el considerando 51º, en relación con el principio de coordinación que deberán observar las autoridades condenadas, señala que:

> "*Por ello, antes de que cada autoridad adopte las decisiones sectoriales que le correspondan en esta materia, todas aquellas llamadas a intervenir deberán analizar en conjunto las que estimen adecuadas en cada caso, con el objeto de darles la mayor eficacia posible, método de trabajo de la mayor relevancia para dar cumplimiento a las medidas dispuestas en este fallo, en cuanto tiene por fin superar una grave afectación de garantías constitucionales de relevancia, cuales son la integridad física y psíquica, la vida y la salud de los habitantes del sector de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, así como el derecho de que son titulares a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*".

III. Análisis crítico

a. Contexto jurídico del caso

El problema jurídico expuesto *supra*, se abordó por los recurrentes mediante la acción constitucional de protección incoando la afectación a los artículos 19 Nº1 (Derecho a la vida, Derecho a la integridad física y psíquica), Nº2 (Derecho a la igualdad ante la ley), Nº8 (Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), Nº9 (Derecho a la salud) a raíz de los episodios de los días 21, 23 de agosto y 4 de septiembre.

Sin embargo, cabe señalar que la contaminación en la bahía de Quintero y Puchuncaví ha sido abordada, a través de, anteriores recursos de protección (Roles 1219/2009; 900/2011; 3137/2015 ICA Valparaíso), y en la actualidad, además con una acción por daño ambiental, que se tramita ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago (ROL D-30-2016).

b. La resolución del problema jurídico

En primer lugar, cabe señalar que el régimen jurídico aplicable fue extensame abordado a lo largo de la sentencia. Dentro de la normativa que dio sustento a la decisión, encontramos norma positiva, entre ellos; instrumentos del derecho internacional ratificados por Chile, como la Convención sobre la Diversidad Biológica; la Declaración de la Comisión Permanente del Pacífico Sur de 4 de julio de 1995; la Declaración de Estocolmo (1972), Declaración de Río (1992); e instrumentos del derecho interno; la ley 19.300 sobre bases generales del Medio

Ambiente, la ley 18.575 ley de bases generales de la administración del Estado, la ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, específicamente este último, en relación a la obligación de observar el principio de coordinación en la ejecución del fallo; y sobre todo la Constitución Política de la República, artículos 19 Nº1, 8 y 9.

Sin embargo, como ya se ha observado en otras sentencias –véase caso Río Cuervo[31] –, la Corte Suprema continúa su línea en la aplicación de principios para fundar sus razonamiento en la materia.

Ahora, lo novedoso de la sentencia de 28 de mayo, es que éstos se utilizan de manera diferente a como se han venido utilizado en la jurisprudencia, que en palabras de Bermúdez estos servían como "*bálsamo aplicador de las normas positivas y permitir su aplicación justa*"[32]. En el caso en comento, la Corte, utiliza los principios precautorio y preventivo como elementos decisores tanto del fondo, como en la determinación de las medidas concretas que las autoridades deben implementar, ya que como se adelantó, arribó a la conclusión que carecía de elementos de juicio para determinar las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación.

En relación al primero, principio precautorio, la Corte lo define como una *imposición para una actuación anticipada, incluso cuando no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente*[33], y lo trae a colación con el objetivo de ordenar medidas correctivas concretas para tutelar derechos fundamentales en juego:

> "el principio precautorio dicta que se deberán adoptar todas las medidas pertinentes para identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como para establecer cuál es el origen de cada uno de ellos, a la vez que se deberá discernir, a partir de esos datos, cuáles son los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente"[34]

31 Excelentísima Corte Suprema. Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Servicio Evaluación Ambiental Región Aysén. Acción de Protección (11/05/2012). Rol 2463-2012. Disponible en: www.pjud.cl

32 BERMUDEZ, J y HERVÉ, D. La Jurisprudencia Ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas. *Anuario de Derecho Público*. Primera Edición. Santiago, Chile. Editor: Javier Couso. Universidad Diego Portales. Septiembre 2016. (237-255).

33 Op.cit. Considerando 38º

34 Ibíd. Considerando 41º

A mayor abundamiento:

> "*Lo dicho reafirma la necesidad de concretar las medidas dispuestas por esta Corte, pues la incertidumbre descrita pone de relieve con mayor fuerza, si cabe, la conveniencia y urgencia de cautelar los derechos fundamentales de quienes habitan en las comunas señaladas, en especial porque así lo exige el principio precautorio ambiental, en cuya virtud la autoridad habrá de agotar los medios y medidas que fueren precisas para identificar y caracterizar la totalidad de los elementos contaminantes presentes en el medio ambiente del sector tantas veces mencionado, debiendo llevar a cabo, enseguida, las demás acciones que los conocimientos así adquiridos sugieran*"[35]

Por otro lado, establece que el principio preventivo, supone el conocimiento científico de las consecuencias ambientales de una determinada actividad. Es decir, en palabras de la Corte, "*opera cuando el daño ambiental es previsible, de acuerdo con la evidencia con que se cuenta*"[36]

Así, ante la falta de antecedentes y de certezas, la Corte Suprema, ordena numerosas y complejas medidas, que justifica en razón de la aplicación al principio preventivo, especialmente la determinación de los efectos de los compuestos químicos de la bahía:

> "*En esa perspectiva, y considerando que el único medio por el que se podrá establecer, una vez concluidas las actuaciones descritas más arriba, y aplicando esta vez el principio preventivo, la naturaleza, entidad, efectos y riesgos que puedan comportar los productos generados en su actividad por las diversas empresas y demás fuentes existentes en el lugar, está constituido por un detallado examen, análisis y cuantificación de los mismos, se dispone que las autoridades sectoriales deberán realizar las actuaciones que fueren necesarias para determinar a la brevedad y con precisión la identidad de todos y cada uno de los elementos o compuestos dañinos para la salud y para el medio ambiente generados por las empresas asentadas en el Complejo Industrial Ventanas, así como por las demás fuentes existentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y para establecer con detalles cuáles son sus características, fuentes y efectos en la salud de la población y en los distintos elementos que componen el medio ambiente, sea que se trate del aire, del agua o del suelo*".[37]

35 Ibíd. Considerando 44º
36 Ibíd. Considerando 38º
37 Ibíd. Considerando 46º

Adicionalmente, la Corte tuvo a la vista, otros dos criterios interpretativos : a) las nociones de desarrollo sostenible y b) los derechos en juego, es decir, derechos humanos, ambos también utilizados como fundamento para suplir la falta de elementos de juicio para determinar tanto las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación descritos.

Sobre el primero, la Corte Suprema, desarrolla el estándar:

"*(.,,)que "cada ser humano, presente y futuro, tiene derecho a un medio ambiente sano, seguro, saludable y sostenible" (Principio 40) (obra citada, página 134) y que el "aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social" (Principio 41) (obra citada, página 134); desde esa perspectiva se admite que es "fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales", de modo que las "líneas para la solución de la compleja crisis ambiental, requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y, simultáneamente, para cuidar la naturaleza" (Principio 67) (obra citada, página 150) y que el "generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que corresponda" (Principio 86) (obra citada, página 160)*"[38]

A mayor abundamiento:

"*34°.- Que lo dicho se desprende que el desarrollo económico, como aquel representado por la creación del Complejo Industrial Ventanas, aun cuando legítimamente pretende una mejora en la calidad de vida de las personas, incluyendo a las que viven en Quintero, Ventanas y Puchuncaví, no se puede realizar olvidando ni dejando de lado la conservación y protección del medio ambiente, a la vez que tampoco puede comprometer las expectativas de las generaciones futuras. En la especie, sin embargo, los distintos procesos industriales concentrados en esas comunas han comprometido, embarazado y puesto en dificultades la conservación y protección del medio ambiente, entendiendo este último como lo define el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, como el*

38 Ibíd. Considerando 39º.

"derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", tal como lo demuestran, a modo meramente ejemplar, los recurrentes episodios de contaminación que han afectado a las citadas poblaciones, así como la declaración del entorno como zona saturada por material particulado fino respirable MP2,5 y zona latente por material particulado respirable MP10.

35°.- Que, en otras palabras, la actividad de los agentes económicos asentados en la zona de Quintero, Ventanas y Puchuncaví no sólo se ha llevado a efecto sin implementar medidas "apropiadas de conservación y protección del medio ambiente", sino que, por el contrario, ha supuesto una importante fuente de contaminación para el entorno de esas comunas, generando episodios de intoxicación cuya última expresión está constituida por aquellos acaecidos los días 21 y 23 de agosto y 4 de septiembre de 2018". (Destacado nuestro).

Finalmente, en relación al contenido de los derechos humanos vulnerados, podemos señalar que así, se desprende de la argumentación jurídica del fallo, que la Corte Suprema tuvo en cuenta principalmente que la institucionalidad estatal, ha contruido este territorio injusto, a través de sus omisiones y acciones, donde se ha expresado un conflicto socioambiental de gran envergadura. En tal sentido, el fallo, nuevamente hace suyo la argumentación sostenida por la Comisión Investigadora ya citada, al señalar que:

"*En efecto, la situación de contaminación que se vive en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví no constituye, en absoluto, una situación inédita o desconocida para la autoridad, quien, por el contrario, sabe de ella desde hace años, tanto en lo referido a su ocurrencia como en lo vinculado con sus características, magnitud y gravedad*".[39]

A mayor abundamiento señala la Corte Suprema (transcripción informe Comisión Investigadora):

"*(…) la población afectada por la contaminación de Puchuncaví y Quintero ha sido objeto de una discriminación ambiental al soportar cargas ambientales desproporcionadas, siendo deber del Estado y de la sociedad responsabilizarse por décadas de abandono*".[40]

39 Ibíd. Considerando 22º.
40 Ibíd.

Considerando lo anterior, cabe preguntarse ¿cuál es la diferencia sustancial, respecto a los efectos socio espaciales que se han ido generando en el territorio costero con las sentencias pasadas, presentes y/o futuras?

Más allá de los enfoques que se pueden integrar a la discusión (humanos, medioambientales, etc.) y los ajustes normativos que se promueven, el análisis presente ha demostrado que los arreglos institucionales perpetúan la espiral del conflicto en el tiempo, interfiriendo a través de sus acciones u omisiones, moldeando de esta forma el devenir de las comunidades, es decir, marcando el tiempo y espacio de un territorio injusto. Algo que ha sido reconocido recientemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, ya que recordemos que hace 8 años, en el mismo caso de contaminación en la Bahía de Quintero Puchuncaví, y que afectó particularmente a alumnos, docentes y apoderados de la escuelita de la Greda, la Corte Suprema rechazó la acción, señalando que:

> "*Quinto: Que de lo dicho puede colegirse que ante lo ocurrido el día 23 de marzo la situación está debidamente tutelada, ello con la instrucción del sumario sanitario en que se impusieron sanciones.*
>
> *Sexto: Que en cuanto a la contaminación que afecta a la zona, es claro que viene de antiguo, posiblemente desde la instalación, hace ya más de tres décadas, de la Refinería y Fundición de Ventanas, cuyo funcionamiento habría alterado los ecosistemas al ser impactados con depósitos de cobre y lluvia ácida (fojas 759). También debe considerarse que en el año 2010 la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V Región efectuó en la Escuela de La Greda un Estudio Piloto de Evaluación de Riesgo sobre las personas, en el aire, agua y suelos, que revelaron contaminación (fojas 769)*"[41]

Por otra parte, queda en evidencia que estos arreglos institucionales, son estructurados y estructuran al sistema, y lo hacen permeadas por lógicas y valores construidos históricamente.

A nuestro juicio, existe una debida correlación entre los hechos y la solución adoptada, que se tradujo en 15 medidas que el Estado deberá implementar en el plazo máximo de un año. Sin embargo, tomando en cuenta el ADN territorial del conflicto más las observaciones realizadas ¿estas medidas darán abasto para una solución integral? En este sentido el enfoque institucional permitió reconstruir

41 Excelentísima Corte Suprema. AZOCAR GUZMAN VICTOR MANUEL Y OTROS CON CODELCO CHILE-DIVISIÓN VENTANAS. Acción de Protección (24/10/2011). Rol Nº 5370-2011. Disponible en: www.pjud.cl

a nivel normativo, histórico y espacial lo que ha ocurrido y ocurre en la bahía de Quintero-Puchuncaví, demostrando que "(…) no son hechos naturales ni espontáneos" y que "(…) en una geografía justa no tienen cabida los territorios se sacrificio"[42].

c. Relevancia de la Sentencia

La sentencia de Corte Suprema para el caso Quintero - Puchuncaví, servirá de precedente para los demás conflictos socio ambientales vigentes en nuestro país, que como se señaló en la actualidad ascienden a 62, especialmente para aquellos que tienen causas difusas o desconocida, como el caso expuesto supra.

CONCLUSIONES

La incorporación de derechos humanos en los conflictos ambientales permite una mejor resolución de estos. Así pudimos apreciarlo en el caso de Quintero - Puchuncaví, donde no obstante existe una falta de elementos de juicio para determinar tanto las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación la Excelentísima Corte Suprema recurrió a elementos orientadores para poder solucionar la controversia. Uno de ellos fue sin duda la naturaleza de las afectaciones, violaciones a derechos humanos y la historia del territorio.

Tanto la recopilación histórica y la sentencia del 2018 permitió vislumbrar que los ajustes políticos-normativos tienen un correlato espacial, esto quiere decir, que las decisiones, de actuar o no actuar frente a una problemática o conflicto en particular, a través de las herramientas legales que disponen las instituciones, van moldeando el paisaje geográfico generando patrones de comportamientos[43], o un desarrollo geográfico desigual. Mientras ciertos territorios y comunidades ganan otras pierden[44].

De esta forma el acercamiento histórico-geográfico al conflicto socioambiental de Quintero-Puchuncaví, y sobre todo la indagación de la sentencia de mayo, permitió entender cómo se construye el ambiente institucional del conflicto.

Se utilizó la geografía institucional, respecto al marco judicial, ya que es una metateoría que integra diversos paradigmas geográficos, permitiendo entender

42 ROMERO, H. (Viernes 7 de septiembre, 2018). Columna de opinión. Extraído de http://www.fau.uchile.cl/noticias/146900/en-una-geografia-justa-no-tienen-cabida-los-territorios-de-sacrificio. Párrafo 1.

43 PHILO, C; y PHARR H. Institutional geographies: introductory remarks. Geoforum vol. 31, 2000, pp. 513-521.

44 SMITH, N. "La geografía del desarrollo desigual" (traducción de Esteban Mercatante y Martín Noda). En: DUNN, B. y H. RADICE (eds.) 100 years of permanent revolution: Results and prospects, 2006.

como una serie de instituciones, agencias, y organizaciones que pueden estar, o no, dispuestas físicamente en los territorios, indicen en la conformación del espacio social[45].

Este enfoque desborda la concepción neoclásica de la ciencia regional que buscaba comprender la génesis y el impacto en las co-localizaciones y co-modificaciones territoriales donde se anclan las instituciones (como ocurría en investigaciones anteriores sobre el territorio de Quintero-Puchuncaví), sino que busca comprender además los efectos en las relaciones sociales[46].

Para conceptualizar al individuo se le debe considerar en un determinado contexto social e institucional en el que desarrolla su modelo mental subjetivo. En este sentido, se destaca que la historia demuestra que las ideas, las ideologías, los mitos, los dogmas y los prejuicios, importan, y es necesario comprender cómo evolucionan[47].

Desde esta óptica, las ideologías impuestas, para los territorios de interfase como el borde costero, son marcos compartidos de modelos mentales que incluyen tanto una interpretación del entorno como una prescripción sobre cómo se debería estructurar éste. En tal sentido, las estructuras de creencias son transformadas en estructuras sociales y económicas por las instituciones, las cuales incluyen tanto reglas formales como normas de conducta informales.

Frente a lo anterior, entonces la interacción social se vuelve institucionalizada cuando los patrones de comportamiento tipificados cristalizan en modelos que son reconocidos por todos o al menos la mayoría de los miembros de la sociedad[48]. En virtud de esto, una institución es el arreglo de interacciones sociales estereotipadas en forma de reglas[49]. Algo que queda de manifiesto en el itinerario judicial.

La perspectiva geográfica institucional no está confinada a encontrar estructuras organizacionales-espaciales y necesidades formales. También investiga la cultura de una institución o su ambiente institucional, la cual incluye legitimar narrativas al igual que las narrativas informales, que permitan comprender la continuidad institucional y el cambio espacio-institucional. De esta forma, la

45 DEL CASINO, V., GRIMES, A., HANNA, S. y JONES, J. . Methodological frameworks for the geography of organizations. Geoforum vol. 31, 2000. pp. 523 -538.

46 Para ahondar sobre los efectos sociales, ambientales, de salud, en el caso de la Bahía de Quintero, revisar SABATINI, MENA, y VERGARA, 1996; BADAL, 2014, entre otros.

47 CABALLERO, G. El papel de las instituciones en la geografía humana: un enfoque desde la nueva economía institucional. *Sociedad y Territorio,* Vol. 9, N°29, 2009, pp. 1-31.

48 BERGER, P; y LUCKMANN, T. La construcción social. *Xa Realidad. Buenos Aires*, 1967.

49 MACKINNON, D. Institutionalism/Institutional Geographies en International Encyclopedia of Human Geography, 2009.

metateoría ayuda a concebir que los arreglos, sentencias, planes etc., modelan el conflicto Quintero-Puchuncaví, y que, a pesar de las intervenciones y los ajustes generados, como la integración del foco de los derechos humanos, el cual a pesar de integrar otras variables que no se habían vislumbrados en el problema ambiental, estos solo apaciguan el conflicto y lo mantienen en un estado de latencia, ingresándolo en un nuevo estado dentro de la espiral histórica-geográfica.

He aquí también el interés del comentario, el cual pudo analizar el ambiente institucional desde los judicial en un territorio sometido a la presión industrial desde la década de los 60´ y donde confluyen mecanismos de acción y omisión, se reproducen las desigualdades, pero también se confronta la espacialidad producida desde lugares de poder y aquella que los sujetos construyen en sus experiencias cotidianas[50].

50 LEFEBVRE, H. *La producción del espacio*. Editorial Capitan Swing, 2001.

Impugnación de las Resoluciones de Calificación Ambiental por parte de los Municipios

Álvaro Ignacio Núñez Gómez de Jiménez
Abogado, Universidad de Chile
al.nunez.go@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El comentario analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago y la Corte Suprema vertida respecto a la posibilidad de las municipalidades para impugnar la resolución de calificación ambiental pronunciada en un procedimiento respecto del cual se gestó actividad municipal distinta a aquella expresamente normada por la Ley N° 19.300, en particular mediante observaciones al proyecto o actividad. El comentario concluye que no existen elementos normativos suficientes para limitar la actividad desplegada por los municipios al hacer observaciones durante la evaluación ambiental, lo que ha sido respaldado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA

El 22 de abril de 2016 las Municipalidades de Zapallar y Puchuncaví presentaron una acción de reclamación ante el Tribunal Ambiental de Santiago en virtud del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600 -la llamada invalidación ambiental[1]-, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N°20.600") en contra de la Resolución Exenta N°299, de 21 de marzo de 2016 (en adelante, "Resolución Exenta N°299/2016"), del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA") que declaró inadmisibles las solicitudes de invalidación presentadas por las reclamantes en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N°1608, de 10 de diciembre de 2015, dictada por la misma autoridad, por medio de la cual se calificó ambientalmente favorable el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA") del proyecto "Plan de Expansión Chile LT 2X500 kV Cardones-Polpaico". A la reclamación en comento se le asignó el Rol R-107-2016.

1 EL MERCURIO LEGAL. Invalidación Ambiental. [en línea] [fecha de consulta: 10 de mayo de 2019] Disponible en: http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/06/14/Invalidacion-ambiental.aspx

De igual manera, el 3 de junio de 2016 el Consejero Regional de Valparaíso Sr. Manuel Millones Chirino, presentó acción de reclamación del artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600 en contra de la Resolución Exenta N°588, de 27 de abril de 2016, del Director Ejecutivo del SEA que también declaró inadmisible la solicitud de invalidación respecto de la RCA N° 1608/2015. A esta reclamación se le asignó el Rol R-114-2016.

En consideración a que ambas reclamaciones debían constituir un solo juicio fueron acumuladas a la de Rol R-107-2016, dado que ambas tienen como fundamento los mismos hechos, esto es las declaraciones de inadmisibilidad de las solicitudes de invalidación respecto de la RCA N°1608/2015.

En el caso en comento, reviste interés lo expuesto por el Director Ejecutivo del SEA al momento de declarar inadmisible las solicitudes de invalidación interpuestas por las Municipalidades por medio de la Resolución N°299/2016. Por una parte, dispuso que había una vía recursiva especial para efectos de impugnar una resolución de calificación ambiental -tesis de la vía especial de impugnación, largamente sostenida por autoridad ambiental-, de manera de que no tiene cabida una solicitud de invalidación regida por la normativa general de los procedimientos administrativos -contenida en la Ley N°19.880-, en aquellos casos en que exista un procedimiento administrativo especial regido por una normativa específica -en este caso la Ley N°19.300-.

En particular, respecto de las Municipalidades, el Director Ejecutivo del SEA observa lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, apreciando que éstas componen la actividad administrativa. En virtud de ello, concluye que los municipios no pueden ser considerados como "grupos intermedios", por lo que carecen de legitimación activa para impugnar la RCA N° 1608/2015. Sintetiza lo anterior el Director Ejecutivo del SEA bajo el principio de coordinación que rige para la Administración, dando a entender que el actuar de los municipios no puede escindirse de lo observado por la Administración Central.

Al pronunciarse sobre este punto, la sentencia de 24 de enero de 2018 del Tribunal Ambiental de Santiago (en adelante, "STAS R-107-2016") pone atención al rol que desempeñan las municipalidades en la evaluación ambiental. En primer lugar, señala que el artículo 8° de la Ley N° 19.300 ordena que se les requerirá un informe sobre la compatibilidad territorial del proyecto o actividad sometido a evaluación. En segundo lugar, el artículo 9° ter inciso 2° de la precitada Ley ordena que la Comisión de Evaluación respectiva deberá requerir a los municipios -y otras autoridades- pronunciamiento sobre el vínculo que existe entre el proyecto

o actividad y las políticas, planes y programas de desarrollo comunal. En tercer lugar, el artículo 31 de la Ley en comento ordena que la Comisión de Evaluación respectiva, o el Director Ejecutivo del SEA en caso que corresponda, remita a las Municipalidades en cuyo ámbito territorial se desarrollarán las obras o actividades una copia del extracto o de la lista de éstos, con la finalidad de dar una adecuada publicidad a éstos y garantizar la participación de la comunidad.

En base a lo anteriormente expuesto es que el Tribunal Ambiental de Santiago concluye en el considerando 14° de la STAS R-107-2016 que las Municipalidades desarrollan un papel previamente determinado durante la evaluación ambiental, ejerciendo un rol "colaborador de los organismos técnicos especializados". Consecuencia de ello es que no podrían ser interesados en el procedimiento administrativo -en los términos del artículo 21 de la Ley N° 19.880-, por lo que tampoco están legitimadas para solicitar la invalidación de un acto administrativo, dado dicho rol especialísimo.

Un razonamiento similar al anterior lo encontramos en otro pronunciamiento del Tribunal Ambiental de Santiago, sintetizado en la sentencia de 26 de abril de 2018, dictada en la causa de Rol R-148-2017 (en adelante, "STAS R-148-2017"). En éste el Tribunal resuelve la acción de reclamación de participación ciudadana (en adelante, "PAC"), contenida en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, interpuesta por la I. Municipalidad de San Felipe en contra de la Resolución Exenta N°60, de 18 de enero de 2017, del Director Ejecutivo del SEA, por medio de la cual no se admitió a trámite su recurso administrativo PAC en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N°383, de 21 de noviembre de 2016, de la Comisión de Evaluación de la Región de Valparaíso, que califica ambientalmente favorable la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DIA") del "Proyecto Fotovoltaico Encón Solar". Las razones esgrimidas para declarar la inadmisibilidad de la impugnación en sede administrativa son similares en ambos casos, esto es que los municipios, al detentar la calidad de órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación ambiental, no revisten la calidad de interesados, por lo que no pueden impugnar una resolución de calificación ambiental que califique favorablemente un proyecto.

En la STAS R-148-2017 el Tribunal reitera lo resuelto en la STAS R-107-2015, en orden a que el rol que desempeñan los municipios en la evaluación ambiental está expresamente regulado en la Ley N°19.300, de manera que les compete una participación acotada. En ambas sentencias el Tribunal cita las sentencias de la Corte Suprema dictadas en los Roles N°6590-2014 y 14263-2014, en las que se resuelve que el rol de protección del medio ambiente que desempeñan las Municipalidades en sus respectivos territorios es de competencia es residual

y general, en contraste con aquél reconocido expresamente en la Ley N°19.300; por lo que, en virtud del principio de legalidad, su participación en la evaluación ambiental se rige por lo dispuesto en este último cuerpo legal.

Una particularidad de la STAS R-148-2017 es que contiene dos prevenciones en orden a dotar de contenido la participación de las municipalidades en la evaluación ambiental. La primera, del Ministro Alejandro Ruiz, señala que los pronunciamientos municipales son incorporados durante la evaluación ambiental en los Informes de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones elaborados por la autoridad ambiental, "aun cuando éstos se refieran a materias respecto de las cuales los entes edilicios no se encuentran obligados a pronunciarse", lo que a su juicio los pondría en una situación aventajada respecto de los observantes ciudadanos, dada su capacidad de influir en la evaluación ambiental; por lo que a su juicio habría una participación relevante del gobierno local durante la evaluación ambiental. De otro lado, el Ministro Felipe Sabando refiere que el rol que cabe a los municipios en la evaluación ambiental de incardina en asegurar la participación de comunidad en la evaluación ambiental, lo que implica necesariamente el deber de los municipios de "abstenerse de observar, a fin de mantener su imparcialidad y asegurar que opiniones diversas puedan beneficiarse de la asistencia a ingresar al proceso de evaluación ambiental". Agrega el Ministro que un observante ciudadano podría incluso requerir a la municipalidad respectiva la defensa de sus intereses mediante la interposición del recurso administrativo regulado en el artículo 20 de la Ley N°19.300 -y consecuentemente la acción de reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600-, solicitud que deberá satisfacer el respectivo municipio a través de su Unidad de Asesoría Jurídica Municipal.

La STAS R-107-2016 fue objeto de recurso de casación en el fondo por la Municipalidad de Zapallar y Puchuncaví, el Consejero Regional de Valparaíso y el Comité de Defensa de los Pueblos del Elqui (en adelante, "CODEPUE") -tercero coadyuvante de las municipalidades-; siendo únicamente declarado admisible el recurso de casación interpuesto por CODEPUE, mientras que los demás fueron considerados como extemporáneos. Al resolver, la sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 2018, dictada en el Rol N°8197-2018, estimó que era improcedente pronunciarse sobre la casación interpuesta por CODEPUE dado que su situación procesal se encuentra subordinada a la de la parte principal a la que coadyuva, por lo que carecería de un interés actual para defender, al haberse declarado inadmisible el arbitrio deducido por las Municipalidades, cuyos intereses fue al que adhirió CODEPUE durante el proceso seguido ante el Segundo Tribunal Ambiental.

La sentencia se acordó con el voto de minoría del Ministro Sergio Muñoz, quien teniendo en consideración el principio de participación ciudadana que rige

la gestión ambiental, la naturaleza de orden público de los bienes protegidos -medio ambiente-, consideró que el recurso de casación no podía ser desestimado por haberse declarado extemporáneo el de la parte principal. En efecto, las Municipalidades sí habrían interpuesto un recurso de casación, demostrando su interés de proseguir en el pleito, solo que lo habrían realizado fuera de plazo. De tal forma, la sanción de inadmisibilidad no puede extenderse al tercero coadyuvante, una interpretación en contrario se alejaría del espíritu de la legislación ambiental. Estima el disidente que el anterior razonamiento se vería reforzado por los fines perseguidos por la acción de reclamación del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, en tanto constituye la única vía de impugnación con la que cuentan los terceros que no fueron parte en el procedimiento de participación ciudadana.

Por su parte, la STAS R-148-2017 fue objeto de recurso de casación de fondo interpuesto por la Municipalidad de San Felipe. Al resolver, la sentencia de 30 de mayo de 2019, dictada en el Rol N°12.802-2018, pone en relieve el hecho de estar en presencia de un humedal en el lugar de emplazamiento del proyecto aprobado por la autoridad ambiental. Aclara que el artículo 11 de la Ley N°19.300 no exige la declaración de pertenencia a la Convención de Ramsar para otorgarles protección -como si lo resolvió la autoridad ambiental en sede administrativa-. Asimismo, indica que al observar el artículo 6 inciso 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que describe el concepto de efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables, también contiene la obligación de proteger los humedales.

Sobre la materia objeto de este comentario, la Corte Suprema observa el tenor literal de los artículos 17 N°6 y 18 N°5 de la Ley N°20.600 -acción de reclamación PAC- y el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, Título III "De la pluralidad de acciones o partes", para concluir de manera inconcusa que los municipios pueden ostentar la calidad de interesados en los procedimientos ambientales. En primer lugar, respecto a las resoluciones de carácter general, la Corte Suprema se remite a la tesis sostenida en la sentencia de 30 de septiembre de 2015, dictada en el Rol N°1.119-2015, en la que se sostiene que las entidades municipales están siempre legitimadas para accionar en aquellos casos en que la decisión de la autoridad ambiental contiene disposiciones que interesen a toda la ciudadanía. En segundo lugar, están aquellos casos en que la ley contempla la participación expresa de las municipalidades, como es el caso del artículo 8° inciso 3° de la Ley N°19.300, para el pronunciamiento de compatibilidad territorial. Para todos los restantes escenarios en que se invoquen facultades ambientales residuales, será necesario acreditar los requisitos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil -intervención de tercero en el proceso-. En el caso concreto, la Corte Suprema estimó que los intereses vinculados al humedal Parrasía-

Encón otorgan a la Municipalidad de San Felipe la calidad de interesada en el procedimiento de evaluación ambiental, al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 N°3 de la Ley N°19.880, por lo estaba legitimada para interponer la acción de reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N° 20.600.

La sentencia cuenta con una prevención del Ministro Sergio Muñoz, cuyo objeto era provocar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto -anulación de la calificación ambiental favorable del proyecto "Proyecto Fotovoltaico Encón Solar"-, dictando la consecuente sentencia de reemplazo. Para estos efectos, quien previene observa que la Municipalidad de San Felipe está desarrollando acciones con el propósito de proteger el referido humedal, como la modificación al Plan Regulador Comunal. De tal manera, se señala que el Segundo Tribunal Ambiental no habría contado con antecedentes para respaldar una decisión contraria a la protección, no bastando el informe evacuado por la Dirección General de Aguas, la que no aborda aspectos específicos de los humedales. Así, se vulnera el principio precautorio de la gestión ambiental al no existir certidumbre sobre los impactos del referido humedal. Por lo anterior, es del parecer de acoger la impugnación de la Municipalidad de San Felipe, en miras a que la autoridad ambiental "tome medidas para la realización de los estudios pertinentes con el fin de evaluar la necesidad o conveniencia de resolver lo pertinente y, a lo menos, decretar medidas de mitigación respecto del humedal".

COMENTARIO

Al tenor de los razonamientos expuestos precedentemente conviene preguntarse sobre la posibilidad de que una Municipalidad impugne una resolución de calificación ambiental, para lo cual se relevarán cinco puntos que deben ser considerados en dicha determinación.

I. La especialidad del rol desempeñado por los municipios durante la evaluación ambiental:

Las competencias residuales y genéricas a las que hace mención el Tribunal Ambiental de Santiago y la Corte Suprema en las sentencias ya referidas son aquellas contenidas en los artículos 4° letra b)[2] y 5° inciso antepenúltimo[3] de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante, "LOCMUN").

2 Artículo 4º.- Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: b) La salud pública y la protección del medio ambiente;

3 Artículo 5º.- Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: [...] Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales.

Si bien amplias en su concepción, los razonamientos judiciales expresados precedentemente señalan que a los municipios sólo les cabe aquella forma de participación expresamente señalada en la Ley N°19.300.

Una excepción al criterio jurisprudencial expuesto se vislumbra en el caso de que sean los mismos municipios lo que presenten un proyecto o actividad que deba ser evaluado de conformidad a los artículos 8° y 10 de la Ley N°19.300. En este escenario el rol de los municipios no se agota en un órgano de la Administración del Estado que participa en la evaluación ambiental del proyecto, sino que actúan como proponentes proyectos, de manera que podrán hacer valer y les serán exigibles todos los derechos y deberes predicables respecto de un titular de proyecto, pudiendo incluso impetrar el recurso administrativo del artículo 20 de la Ley N°19.300, en contra de la resolución que niegue a lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a un proyecto evaluado mediante DIA o EIA. Entonces, desde ya se aprecia una forma de participación que atiende a un rol distinto al de un Órgano de la Administración del Estado en la evaluación ambiental.

II. El rol del principio de coordinación:

Otra de las razones expuestas por el criterio jurisprudencial se vincula al principio de coordinación dispuesto en el artículo 3 inciso 2° de la Ley N° 18.575, el que tiene por finalidad "alcanzar un interés público global orientado e interconectando los diferentes intereses públicos que, de forma parcial o sectorial, queden encomendados a los diferentes departamentos en el seno de un mismo ente territorial o de diferentes entes territoriales / Se pretende, en fin, un resultado armónico. Ello significará que con la coordinación no se presupone exactamente la existencia de un propósito común, sino distintos propósitos relacionados tendientes a la consecución de un interés superior".[4]

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013 indica en su considerando trigésimo sexto que la coordinación es reconocida por la Constitución como principio de la organización de los órganos de la administración del Estado y tendría dos niveles. Por una parte, opera al interior de cada órgano, como la que llevan los subsecretarios al interior de los Ministerios de manera de coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector -artículo 24 de la Ley N°18.575-. Por la otra, se lleva a cabo tanto a nivel nacional como local.[5]

4 BOUZZA, Omar. El Principio de Coordinación. En: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid, España. Editorial La Ley. 2010. p. 922-926.

5 Tribunal Constitucional. Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia, acción de inaplicabilidad respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública". Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. (31 de enero de 2013). Rol N° 2246-2012. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=45158.

Conforme al referido criterio de coordinación a las municipalidades les estaría vedado impugnar actos administrativos emanados de un procedimiento en el cual participan como colaboradores de los órganos especializados que deben resolver. Ahora, ya vimos que esto no es así en el caso en que las Municipalidades participen en calidad de proponentes de proyectos o actividades.

En contraste, una postura que releve el valor de la participación de las municipalidades durante la evaluación ambiental de proyectos deberá estructurarse en función al artículo 118 inciso 4° de la Constitución Política del Estado que indica que las municipalidades "son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna", tales son las directrices que organizan su actuar, con énfasis en lo local. La misma directiva es reiterada en el artículo 1° de la LOCMUN, en términos idénticos. Precisamente, los municipios, en tanto representante locales, -además de canalizar las demandas ciudadanas- deben coordinar con los demás actores del desarrollo los mecanismos más idóneos para su satisfacción.

Sobre lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que los municipios son órganos que se crean para satisfacer una función administrativa específica, la que se ejecuta con independencia del poder administrador central, teniendo una capacidad más o menos amplia para llevar a cabo dicho cometido.[6] Complementa dicha judicatura señalando que la referida autonomía municipal es triple, pues abarca la dimensión organizativa, institucional y normativa.[7] Así, los municipios podrán abordar asuntos locales que son propios de la gestión municipal, y en que no estará pormenorizado o detallado en la normativa nacional.[8] Analizando lo expuesto con anterioridad -en materia de potestad sancionatoria respecto de las municipalidades y tipificación de infracciones por éstas- GÓMEZ GONZÁLEZ concluye que no se debe dar una interpretación estricta al principio de legalidad al momento de contrastar aquél con el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal "por ello se debe optar por una interpretación armónica,

6 Tribunal Constitucional. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, y dispone un nuevo tratamiento para la obligación subordinada de los bancos que señala con el Banco Central de Chile. (17 de julio de 1995). Rol N° 216-1995. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=27221.

7 Tribunal Constitucional. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública. (10 de julio de 2008). Rol N° 1051-2008. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=34271.

8 Tribunal Constitucional. Energía Limarí S.A., acción de inaplicabilidad respecto de los artículos 5 c) y 12 del DFL Nº 1/2006 del Ministerio del Interior, 15, 124 y 221 del DFL Nº 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. (15 de marzo de 2012). Rol N° 1669-2010. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=39419.

partiendo de la base de que la legalidad no puede tener la misma fortaleza en todas las materias".[9] Lo mismo se puede predicar respecto de la participación de los municipios durante la evaluación ambiental mediante observaciones al proyecto, es dicha autonomía la que las habilita para representar el interés público local.[10]

Para poner en relieve lo anterior se debe poner foco en que los municipios son Corporaciones Autónomas de Derecho Público, al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han señalado que "La personificación jurídica de esos múltiples centros de decisión […] se traduce jurídicamente en la consideración de los mismos como centro de imputación de relaciones y posiciones jurídicas: los entes administrativos menores son cada uno titulares propios de esas relaciones y posiciones, son por ello personalmente justiciables […] Esa aptitud para ser titular de posiciones y relaciones jurídicas propias se traduce, por fuerza, en una mayor o menor capacidad de autodeterminación y de autogestión del ente en la esfera de sus intereses".[11] En este sentido, se entiende que en principio no existiría una relación jerárquica entre la Administración Central y los municipios, sin perjuicio de que para garantizar cierta unidad de acción -más aún en un Estado altamente centralizado como el nuestro- es necesaria una coordinación mínima. FERNÁNDEZ señala que esta relación de coordinación se manifiesta en que, por ejemplo, los municipios se encuentran representados en los consejos regionales, o en la asesoría planificadora que presta el nivel central mediante el sistema regional de planificación, e incluso asistencia financiera por medio del Fondo Común Municipal, a que se refiere el art. 14 de la Ley Nº18.695. Concluye señalando que la coordinación limita la autonomía de los municipios, pero asegura el apoyo del nivel central para el cumplimiento de los fines perseguidos a nivel local.[12]

En el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puede señalarse que este deber de coordinación pesa respecto de los municipios en aquellos casos en que actúan en casos expresamente regulados por el legislador, como vimos a propósito de los artículos 8°, 9° ter y 31 de la Ley N°19.300, pudiendo participar en todo lo demás de forma autónoma en virtud del precitado reconocimiento constitucional.

9 Tomando en consideración que el legislador cuando entrega una potestad también entrega el deber de satisfacer una determinada necesidad.

10 GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa. La potestad normativa sancionadora municipal. Análisis de la operatividad del principio de legalidad. *Revista Ius et Praxis.* 2. Talca. 2017. p 496-497.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.* (17ª edición). Navarra, España. Editorial Aranzadi.2015. p. 406.

12 FERNÁNDEZ RICHARD, José. *Derecho Municipal Chileno.* (2ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2017. p. 26.

Lo anterior también irradia la intervención de los municipios en el contexto del contencioso-administrativo. Desde temprano, con ocasión de la acción de protección, las Cortes de Apelaciones han permitido la impugnación de actos administrativos de naturaleza ambiental por parte de las autoridades municipales. BERTELSEN señala que en estos casos la legitimación activa de los alcaldes para recurrir en beneficio de los habitantes de la comuna se vincula a las funciones que el artículo 4° de la LOCMUN confiere en materia ambiental y el mandato constitucional del Estado de asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.[13] Con todo, la jurisprudencia en este sentido ha sido vacilante, toda vez que también se ha resuelto que en el evento de que el alcalde concurra en sede de protección deberá individualizarse a alguna persona natural cuyo derecho se encuentre amagado en los términos descritos en el artículo 20 del Texto Constitucional (v. gr. Sentencia de la Corte Suprema dictada en el Rol N 4.777-2011, de 6 de octubre de 2011, dictada en la causa caratulada "Municipalidad de Linares con COREMA VII Región del Maule").

III. Amplitud en el tenor literal de la Ley N°19.300

Otro elemento a considerar dice relación con la amplitud con que se reconoce por la Ley N°19.300 la posibilidad de plantear observaciones durante la evaluación ambiental. En efectos, los artículos 29 y 30 bis indican que: "Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones […]". En efecto, según se señaló precedentemente, las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de manera que se encuentran en el supuesto de hecho que las habilita para hacer observaciones ciudadanas. Lo mismo es predicable respecto del recurso de reclamación administrativa, en tanto dispone que: "Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución". En dicho sentido, si las municipalidades pueden participar en calidad de proponentes, por qué entonces no podrían hacerlo mediante observaciones ambiental durante el procedimiento de evaluación en todo aquello no regulado por la Ley N 19.300 -que se circunscribe a materias de planificación territorial, materia por lo demás reglada-.

13 BERTELSEN REPETTO, Raúl. El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, Chile. 1998. 1:(25) p. 146.

El anterior razonamiento fue el parcialmente por la Corte Suprema al atender a la casación de la STAS R-148-2017, relevando además el valor de la participación ciudadana en la evaluación ambiental. En efecto, la Corte Suprema estima suficiente para el caso la mención al numeral 3° artículo 21 de la Ley N°19.880, que refiere que serán considerados interesados en el procedimiento administrativo "aquellos cuyos intereses, individuales y colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

La construcción de la legitimación activa de la Municipalidad de San Felipe para interponer una acción judicial de falta de debida consideración a observaciones por referencia al artículo 21 de la Ley N°19.880, y no a los artículos 29 y 30 bis de la Ley N°19.300, constituye una novedad, más aún si se considera que las observaciones que realizó la Municipalidad de San Felipe fueron dadas fuera del plazo de participación ciudadana para una DIA -lo que la inhabilitaba para observar el proyecto en caso de dar aplicación estricta al artículo 30 bis de la Ley N°19.300-. En síntesis, las municipalidades están autorizadas para hacer observaciones a un proyecto o actividad sometida a evaluación ambiental -fuero de los casos de intervención reglada-, no limitadas por los plazos otorgados para ellos en los artículo 29 y 30 bis de la Ley N°19.300, estando además autorizadas para accionar en los términos del artículo 20 del mismo cuerpo legal, en el evento de estimar que sus observaciones no sean debidamente consideradas.

Lo anterior releva el valor de los municipios como corporaciones autónomas de Derecho Público, siendo titulares tanto de derechos como intereses, éstos últimos individuales o colectivos, lo que los habilita para participar en el procedimiento de evaluación ambiental y, ulteriormente, en sede judicial. El artículo 21 de la Ley N°19.880 reconoce estos dos títulos habilitantes para intervenir en el procedimiento administrativo. Como se verá más adelante, no resulta demasiado complejo para un ente edilicio acreditar la concurrencia de un interés colectivo eventualmente implicado en una decisión de relevancia ambiental.

IV. Interés exigido para impugnar:

Sobre la materia, los profesores BORDALÍ y HUNTER cuestionan la distinción que existe entre el interés exigido para accionar en contra de actos administrativos de efectos generales -artículo 17 N°1 de la Ley N°20.600- en contraste a aquél necesario para impugnar actos administrativos de efectos singulares -como es la resolución de calificación ambiental-. El análisis se centra en la sentencia de la Corte Suprema dictada en el Rol N°1.119-2015, vinculada a la impugnación del Decreto Supremo N°20, de 2 de septiembre de 2013, del Ministerio de Medio

Ambiente que "Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10" -entre las que se contaban las planteadas por las Municipalidades de Tocopilla, Puchuncaví y Huasco-, en específico por no cumplir con una debida motivación en la derogación de la norma de MP10 anual. Al resolver, la Corte Suprema señala que el acto administrativo impugnado "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".

Al respecto, los referidos autores indican que "Este interés -que no es otro que el interés en la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación- no es muy distinto al que se invoca en el recurso de protección. Es más, el carácter singular de un acto autorizatorio y de funcionamiento de un proyecto o actividad (RCA), versus el carácter general de la norma de calidad ambiental, es bastante discutible. Un proyecto o actividad puede afectar a un número importante de la población y no deja por eso de ser un acto singular. Por el contrario, una norma de calidad ambiental o de emisión puede tener un amplio campo de aplicación pero afectar realmente a pocas personas".[14] Por ello, en observancia al perjuicio sufrido y la tutela judicial efectiva, no se justificaría una exclusión de la posibilidad de impugnar un acto administrativo de efectos singulares.

V. Las directrices impuestas por la adaptación al cambio climático

La ventaja de la participación de las municipalidades en la evaluación ambiental es que ésta imprime un criterio de realidad local respecto de la cual los órganos dependientes de la Administración Central -en principio- carecen. Lo anterior no es baladí a la luz de la adaptación al Cambio Climático. Precisamente, la Medida MI6 del Plan de Acción Nacional del Cambio Climático (2017-2022) tiene por finalidad "Incorporar el cambio climático en otros instrumentos de gestión ambiental existentes y otros de gestión pública", entre los cuales se señala que Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que se ha perfilado como el instrumento preventivo de protección ambiental más utilizado a nivel nacional. En este sentido, las complejidades de la adaptación al cambio climático requieren de una reducción a escala local, a efectos de satisfacer las necesidades específicas de la población y ecosistemas individuales; pudiendo identificar de mejor manera las vulnerabilidades climáticas.

14 BORDALÍ, A. y HUNTER, I. *Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, 2017. p. 156-157.

Un ejemplo de lo anterior se aprecia en la adaptación al cambio climático basada en ecosistemas, la que corresponde a una metodología de planificación y gestión basada en el uso de la diversidad biológica y los servicios ecosistémicos para generar estrategias de acción coordinada y asistencia específica en la adaptación de personas u organizaciones frente a los efectos adversos del cambio climático. El documento "Municipios y cambio climático: la adaptación basada en ecosistemas" analiza este tipo de metodología aplicada por ciertos municipios y, citando el trabajo de Christine Wamsler "*Mainstreaming ecosystem-based adaptation: transformation toward sustainability in urban governance and planning*" indica que la incorporación de ésta a nivel municipal distingue diferentes etapas: (i) en una etapa inicial, la mayoría de los municipios adoptan medidas concretas en terreno, proyectos específicos; (ii) luego se aprecian los beneficios del uso de esta aproximación y se observan modificaciones en las estructuras organizativas de los municipios, como la generación de nuevos departamentos, presupuestos o procedimientos de toma de decisión; (iii) más adelante se observan cambios en las políticas formales, informales y en los instrumentos de planificación territorial (principalmente en ordenanzas municipales); (iv) finalmente, se observa un amplio desarrollo en la cooperación y el establecimiento de redes externas de colaboración con vecinos, universidades, empresas y otros municipios.

De tal manera, la evaluación ambiental de proyectos o actividades deberá atender a las iniciativas e información que se puedan generar a nivel local desde los municipios, de manera de no socavar esta instancia de autodeterminación por la implementación de proyectos en inobservancia a la realidad local.

CONCLUSIONES

1. La supuesta especialidad del rol desempeñado por los municipios durante la evaluación ambiental, referida esencialmente a la compatibilidad territorial de proyecto bajo la óptica de los instrumentos de planificación territorial o planes de desarrollo comunal, no basta para excluir su participación en otro tipo de roles, un ejemplo de lo anterior lo constituye aquellos casos en que los municipios se desenvuelvan en la evaluación ambiental como proponentes de proyectos u observantes de los mismos; respecto de los cuales serán titulares de los mismos derechos y obligaciones, como ocurre con los particulares.

2. El principio de coordinación no debe ser interpretado en desmedro de la autonomía constitucional reconocida a los municipios -dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna-. En este entendido, no se debe perder de vista que los municipios son órganos creados para satisfacer una

función administrativa específica, la que se ejecuta con independencia del poder administrador central, en miras a la realidad local respecto de la cual despliegan sus facultades. De esta manera, el principio de coordinación regirá únicamente para aquellos casos en que la participación de las municipalidades haya sido expresamente regulado, pudiendo participar de otras maneras durante la evaluación ambiental de manera independiente, lo que se corresponde con su naturaleza de Corporación Autónoma de Derecho Público.

3. La normativa que rige la participación mediante observaciones durante la evaluación ambiental es de tenor amplio, pudiendo cualquier persona, natural o jurídica, formular observaciones durante el tiempo en que se desarrolla ésta, por el plazo definido por el legislador en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N°19.300. De esta manera, no cabe una interpretación restrictiva que restrinja la participación de las municipalidades. Ahora bien, la reciente sentencia de casación recaída en el Rol N°12.802-2018 resuelve, por omisión, que la participación de las municipalidades mediante observaciones en materias distintas a las expresamente reguladas en la Ley N°19.300 no se limita al plazo para la participación ciudadana, pudiendo observar fuera de éste.

4. La resolución de calificación ambiental, en tanto acto administrativo de efectos singulares, tiene tanto más potencial de afectación para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que un acto administrativo de carácter general, de manera que se cumple con el requisito de habilita para impugnar judicialmente una decisión administrativa, conforme al imperativo de garantizar la tutela judicial efectiva.

5. La participación de los municipios durante la evaluación ambiental en materias distintas a las expresamente regladas es deseable desde los mecanismos de adaptación al cambio climático a través de instrumentos de gestión ambiental, toda vez que favorece la integración de elementos locales a la regulación particular del proyecto o actividad. La eficacia para la adaptación al cambio climático desde lo local ha quedado en evidencia en la aplicación de la metodología de adaptación al cambio climático mediante ecosistemas, en donde se promueven herramientas de generación de información, nuevas unidades dentro de los municipios, hasta alcanzar aspectos referidos a la planificación territorial.

Las Asociaciones de comunidades indígenas y el alcance de la discrecionalidad de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero en la Ley Lafkenche

Felipe Andrés Guerra Schleef
Abogado, Universidad Austral de Chile (UACh)
Magister en Derecho, Mención en Derecho Público, UACh
Doctorando del programa de Doctorado en Derecho, UACh
Abogado en el Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano
felipe.guerra.schleef@gmail.com

El dictamen que se examina (N° 25.295, de fecha 8 de octubre de 2018), corresponde a lo que en el ordenamiento jurídico chileno se conoce como "jurisprudencia administrativa", que resulta del ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República (CGR)[1]. Se trata de una potestad que ha sido caracterizada por la doctrina administrativa tradicional, así como por la propia CGR, como aquella donde se ha identificado su función de interpretar las disposiciones administrativas mediante informes jurídicos obligatorios para la Administración, con un sistema de precedentes obligatorios, que le otorga previsibilidad a la actuación administrativa[2]. De esta forma, los dictámenes de la

1 El fundamento legal de la facultad de dictaminar de la CGR se encuentra en el artículo 6º del Decreto Nº 2.421 de 10 de julio de 1964, que fija el texto refundido de la Ley en de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

2 En este sentido, MILLAR, Javier 2012. El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: Una revisión a la luz del estado de Derecho. En: Contraloría General de la República. *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012).* Santiago, Chile. 2012. p. 420. Tal como ha sido señalado por la CGR: "[…] la emisión de la jurisprudencia administrativa permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable […]. Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica– permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes" (dictamen N° 61.817 de 2006; en el mismo sentido, dictamen N° 35.397 de 2007). Es importante destacar que, si bien la jurisprudencia administrativa de la CGR ha jugado un rol estabilizador de la administración chilena y, en muchos casos, ha permitido integrar vacíos legales de la regulación administrativa, no ha estado exenta de críticas, debido a la tensión y riesgos que provoca en nuestro sistema jurídico constitucional y democrático. Tal como ha señalado Cordero, la manera en que la CGR ha ejercido su potestad dictaminante, más allá de transformarla en custodia del principio de legalidad y supremacía constitucional en sede administrativa, la ha posicionado como un verdadero "legislador positivo", con potestades "prácticamente ilimitadas", "[…] que colocan en entredicho un sistema democrático en que el derecho es legislado y está sujeto a escrutinio". CORDERO VEGA, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. *Anuario de Derecho Público*. Santiago, Chile. 2010. p. 187.

CGR se insertan en el discurso de las fuentes del derecho administrativo chileno[3].

En este caso, el dictamen que se analiza se emite a solicitud de la Subsecretaría del Interior y trata de aspectos relevantes de la Ley Nº 20.249 (también conocida como "Ley Lafkenche")[4]. Esta ley fue adoptada en 2008, luego de un emblemático proceso de diálogo intercultural entre autoridades del Estado de Chile y organizaciones *mapuche-lafkenche* que habían comenzado a movilizarse a comienzos de la década de 1990, en respuesta a las consecuencias negativas que generó la dictación de la Ley de Pesca y Acuicultura –regulación privatista heredada de la dictadura[5]– en sus patrones y formas de uso consuetudinarios del borde costero[6]. De esta forma, esta legislación establece por primera vez en Chile un procedimiento para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas cuyos sistemas de vida y culturas han estado estrechamente vinculados al borde costero y a la disponibilidad de los recursos marinos. Dicho reconocimiento se concreta por medio de una figura administrativa concesional denominada "Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios" (ECMPO), que tiene como objetivo "[…] resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las

3 En este sentido, CORDERO, Luis. Op. Cit. p. 180.

4 En este caso, la CGR realiza lo que la doctrina administrativa ha denominado "control jurídico objetivo y abstracto", en contraposición al "control jurídico subjetivo de tutela", teniendo el primero consecuencias claramente adjudicativas, destinadas a la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas, también admisible en el marco de su potestad de dictaminar. En este sentido, CORDERO, Luis. Op. Cit. p. 187.

5 Por regulación privatista me refiero a una que promueva el desarrollo de derechos de propiedad privada sobre un sistema de recursos de uso común. A pesar de las dificultades para explicar qué entendemos por derechos de propiedad privada sobre recursos naturales, siguiendo a Hervé, es posible señalar que esta se "[…] caracteriza porque las decisiones sobre su acceso, uso y aprovechamiento dependen del individuo (sea persona natural o jurídica)". En HERVÉ, Dominique. *Justicia ambiental y recurso naturales.* Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2015. p. 197. Sin embargo, tal como señala Ostrom, utilizando como ejemplo la constitución de derechos de propiedad privada sobre los recursos pesqueros: "Resulta difícil saber con exactitud qué quieren decir los analistas cuando se refieren a la necesidad de desarrollar derechos privados sobre ciertos recursos de uso común (RUC). Es claro que cuando se refieren a la tierra significa dividirla en parcelas separadas y asignar derechos individuales para tener, usar y transferirlas como lo deseen los propietarios individuales (sujetos a las normas generales de una jurisdicción en lo que respecta al uso y transferencia de la tierra). Respecto a los recursos no estacionarios, como el agua o las pesquerías, no es claro el significado de establecimiento de derechos privados. […] Respecto a un recurso fugitivo, pueden establecerse diversidad de derechos otorgando derechos individuales para utilizar tipos particulares de equipo, usar sistemas de recursos en un determinado tiempo y lugar o para extraer ciertas unidades de recurso (si pueden encontrarse). Pero incluso cuando los derechos particulares son unificados, cuantificados y vendibles, es muy probable que la propiedad del sistema de recursos sea común mas que individual. Una vez más, en lo referente a las pesquerías, Clark argumenta que la propiedad común es el hecho fundamental que afecta a casi cualquier régimen de administración de pesquerías" (1980, p. 117)". En OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva.* Mexico. Fondo de la Cultura. 2000. p. 41.

6 En este sentido: YÁÑEZ, Nancy. Otras legislaciones aplicables a los pueblos indígenas. En: José Aylwin (Coord.), Matías Meza-Lopehandía, y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho.* Santiago, Chile. LOM Ediciones. 2013. p. 192 y ss.; ESPINOZA ARAYA, Claudio. Ley del borde costero y cuestión étnica en Chile: Del discurso a la práctica política. *UNIVERSUM.* Talca, Chile. Universidad de Talca. 2016. 1(31); GISSI, Nicolás, et al. El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249: ¿Indigenismo o política del reconocimiento?. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. Valdivia, Chile. 2017.32. [consulta: 2.4.2019].. Disponible en: http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n32/art01.pdf.; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. La Ley Lafkenche. Análisis y perspectivas a 10 años de su entrada en vigor. Valparaíso, Chile. Biblioteca del Congreso Nacional. 2018. [consulta: 24.04.2019]. p. 5-6. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25431/1/BCN___FINAL___La_Ley_Lafkenche_10_anos_despues_2018.pdf.

comunidades vinculadas al borde costero" (artículo3).

Los aspectos regulatorios sobre los cuales la Subsecretaría del Interior requiere una interpretación de parte de la CGR son dos. El primero de ellos respecto a la admisibilidad o rechazo de solicitudes presentadas por asociaciones indígenas de hecho o no constituidas conforme a la ley N° 19.253 ("Ley Indígena"), que pretenden adjudicarse un ECMPO conforme a la Ley Lafkenche. En segundo lugar, la Subsecretaría del Interior solicita aclarar hasta dónde puede pronunciarse la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) respecto de la superficie solicitada y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Como es posible apreciar, el primer problema interpretativo que se plantea pareciera corresponder a uno de ambigüedad de la definición de "Asociación de comunidades indígenas" en la Ley Lafkenche, contenida en su art. 2 letra a), en cuanto eventual titular de una solicitud de ECMPO, para efectos de determinar la admisibilidad de dicha solicitud. En específico, utilizando las distinciones ofrecidas por Hospers, se trataría de una clase de *ambigüedad semántica*, en contraposición a la *ambigüedad sintáctica*, que puede corregirse cambiando el orden de las palabras en la definición de "Asociación de comunidades indígenas" de la Ley Lafkenche[7]. En efecto, lo que es posible colegir de la consulta efectuada a la CGR y la forma en que esta la reconstruye en su dictamen, es que sería posible atribuirle más de un significado (S) al uso de la palabra "Asociación" en la Ley Lafkenche, pudiendo referirse: solo a *Asociaciones de comunidades indígenas de hecho* (S1), a *Asociaciones indígenas constituidas conforme a la Ley Indígena* (S2), o bien a ambos tipos de asociaciones (S1 y S2).

Para resolver esta cuestión, la CGR despliega diversas operaciones interpretativas (algunas de forma simultánea), donde es posible distinguir –utilizando el aparato metodológico y conceptual de Chiassoni– entre aquellas pertenecientes al ámbito de la *interpretación metatextual* y aquellas del ámbito de la *interpretación textual*. En efecto, la CGR comienza efectuando operaciones de *interpretación metatextual*, consistente en la interpretación de los artículos o apartados pertinentes de diversos documentos normativos –de la Ley Lafkenche y su reglamento, así como de la Ley Indígena–, con el fin de identificar una *base enunciativa*, es decir, "[e]l conjunto de las disposiciones de las que obtener normas útiles para regular un caso, mediante interpretación textual"[8]. De forma simultánea, la CGR lleva a cabo, aunque no de forma manifiesta, una interpretación literal

7 HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. (2ª edición). Madrid, España. Alianza Universidad Textos. 1982. p. 108.
8 CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica.* Madrid–Barcelona, España. Marcial Pons. 2011. p. 70

de la disposición que define lo que se entiende por "Asociación de comunidades indígenas" en la Ley Lafkenche. Sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante destacar cómo, a un nivel semántico-pragmático de la interpretación, la CGR procede a determinar el *significado de conjunto* de la definición legal de "Asociación de comunidades indígenas" en la Ley Lafkenche. Dicho *significado de conjunto* depende de la definición legal de "Asociación de comunidades indígenas", pero, además, del contexto lingüístico específico de las disposiciones, constituido por el entero documento normativo al que pertenecen las disposiciones que hay que interpretar –la Ley Lafkenche–, y por el intertexto de las disposiciones, compuesto por el otro texto normativo que se articuló en el discurso de las fuentes en este caso –la Ley Indígena–.

Lo anterior le permite concluir a la CGR, en cuanto a quiénes pueden presentar (ser titulares) solicitudes ECMPO, según el art. 2° de la Ley Lafkenche, que:

> "[…] lo puede hacer solo una "comunidad indígena" o bien una "asociación de comunidades indígenas", debiendo entenderse por esta última aquella agrupación de hecho formada por comunidades indígenas, cada una de las cuales deben estar legalmente constituidas.
>
> En cambio, las "asociaciones indígenas" reguladas por la anotada ley N° 19.253, no están reconocidas como habilitadas para formular tal requerimiento […]".

Al analizar la justificación que ofrece la CGR a favor del producto de su interpretación, es posible afirmar que esta utiliza un argumento interpretativo de congruencia (coherencia) teleológica, el cual, de acuerdo a Chiassoni: "[…] prohíbe derivar de las disposiciones, como sus significados correctos *all things considered* o habida cuenta de todo, normas explícitas que sean incongruentes, desde el punto de vista de su eficiencia instrumental, respecto de un fin impuesto por una o más *normas* –formalmente o axiológicamente– *superiores* del sistema"[9]. En este

9 Ibíd. p. 121. En el modelo de Chiassoni, este tipo de argumentos interpretativos corresponde a un tipo de directivas secundarias, que regulan el uso de las directivas primarias. Más específicamente, se trata de un tipo de directiva secundaria preferencial inhibitoria. Como sostiene Chiassoni, "[e]n un código hermenéutico bien construido, las *directivas secundarias* regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar la corrección total –o habida cuenta de todo– de las interpretaciones producto obtenidas sobre la base de estas" (p. 111). Según este autor, se trata de un conjunto de elementos funcionalmente heterogéneos, entre los cuales se pueden distinguir directivas de tres tipos diversos: 1) Directivas selectivas; 2) Directivas procedimentales; y 3) Directivas preferenciales. Tal como señala Chiassoni, este último tipo de directivas secundarias establece "[…] bajo qué condiciones el resultado de las aplicaciones de una directiva primaria, o de un conjunto unitario de directivas primarias, puede, *habida cuenta de todo*, ser adscrito a una disposiciones como 'su' significado jurídicamente correcto" (p. 114). En este tipo de directivas secundarias, Chiassoni distingue entre directivas *comparativas* (positivas), por un lado, y directivas *inhibitorias* (negativas), por el otro, dependiendo de si establecen condiciones en presencia de las cuales un significado, adscribible a una disposición sobre la base de una directiva primaria cualquiera, puede o no serle atribuido, respectivamente.

caso, la CGR identifica el fin impuesto por la norma con: "[…] permitir que varias comunidades indígenas creadas en la forma que señala la Ley Indígena, puedan solicitar un ECMPO asociándose entre ellas, sin necesitar constituirse como una figura jurídica distinta para presentar la referida solicitud".

Ahora bien, el segundo problema interpretativo planteado a la CGR –relativo al alcance del pronunciamiento de la CRUBC respecto de la superficie solicitada como ECMPO y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la CONADI–, corresponde a uno de indeterminación (vaguedad) de las normas abstractas[10].

Para resolver esta cuestión, la CGR nuevamente despliega diversas operaciones interpretativas, comenzando por identificar el conjunto de las disposiciones de la Ley Lafkenche de las que obtener normas útiles (*base enunciativa*), para luego realizar una interpretación textual a un nivel semántico-pragmático, con el propósito de determinar el *significado de conjunto* de las disposiciones que regulan el alcance del pronunciamiento de la CRUBC respecto de la superficie solicitada como ECMPO y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la CONADI.

El producto de la interpretación efectuada en este caso por la CGR, consiste en que "[…] la CRUBC sí puede modificar el ECMPO solicitado, por resolución fundada, pero sólo respecto de aquel espacio requerido originalmente […] y cuyo uso consuetudinario fue acreditado". Para motivar su resultado interpretativo, que pareciera tácitamente derivarse de una interpretación literal de las disposiciones que regulan la potestad de la CRUBC para pronunciarse respecto a una solicitud de ECMPO, la CGR utiliza, en primer lugar, un argumento apagógico (o *reductio ad absurdum*)[11]. Esto se aprecia en lo sostenido por la CGR, en el sentido de que, de aceptarse la interpretación contraria, podría generarse una consecuencia aplicativa irrazonable, ya que "[…] podría ocurrir que un espacio no acreditado por la CONADI, con posterioridad se superponga con alguna solicitud que, al dejar de encontrarse suspendida, continuó con su tramitación y fue otorgada a un tercero". De esta forma, en palabras de la CGR, la CRUBC solo "[…] podrá pronunciarse respecto de esa porción acreditada y no de la otra, ya que esta última queda fuera de la solicitud, sin integrar la materia sobre la cual la CRUBC debe resolver".

10 Ibíd. p. 78. Cabe señalar que, en su modelo interpretativo, Guastini distingue, por una parte, entre la indeterminación del ordenamiento jurídico y, por otra, la indeterminación de cada norma (o vaguedad de las normas). Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 55 y ss.

11 CHIASSONI, Pierluigi. Op. cit. De acuerdo a Chiassoni, el argumento apagógico (o *reductio ad absurdum*) "[…] precluye atribuir a una disposición un significado que consista en una norma absurda –en cualquier sentido y a todos los efectos–, por ejemplo, por tener consecuencias aplicativas (manifiestamente) absurdas o irrazonables" (p. 79). En el modelo interpretativo de Chiassoni, el argumento apagógico (o como él lo denomina de "razonabilidad"), pertenece a la clase de las directivas secundarias (ver nota 9).

Para reforzar dicho resultado interpretativo, la CGR recurre nuevamente a un argumento interpretativo teleológico, para excluir derivar de las disposiciones analizadas normas explícitas que sean incongruentes, desde un punto de vista de su eficacia instrumental, con el fin perseguido por la Ley Lafkenche (congruencia teleológica[12]), toda vez que "[…] la entrega del ECMPO se justifica precisamente porque las comunidades solicitantes hicieron uso consuetudinario de esas áreas".

Finalmente, resulta relevante destacar el uso que hace en este caso la CGR del "Argumento dogmático-sistémico" o de "Conformidad dogmática", con el propósito de establecer criterios para evaluar la corrección de su interpretación-producto. Tal como señala Chiassoni, este tipo de directiva secundaria "[…] prohíbe al intérprete atribuir a una disposición un significado no compatible con las (por hipótesis) pertinentes construcciones dogmáticas en la materia, subsector o sector del derecho positivo al que la disposición hace referencia"[13]. Esto se aprecia en la siguiente justificación que entrega la CGR a su interpretación-producto:

> "[…] tampoco le compete aprobar [a la CRUBC] un espacio más grande al solicitado por la o las comunidades indígenas interesadas, atendido a que el artículo 41, inciso tercero, de la ley N° 19.880, dispone que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución que pone fin al procedimiento deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que pueda excederse de aquellas".

De esta forma, la CGR sitúa la regulación de los ECMPO dentro del sector del derecho administrativo, y utiliza el artículo 41 de la ley Nº 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos -regulación de carácter general y de aplicación supletoria para todos aquellos procedimientos administrativos especiales regulados en nuestra legislación- con el propósito de excluir una interpretación contraria a su resultado interpretativo. Se trata, como ha sido identificado por la jurisprudencia y doctrina administrativa, de la consagración positiva del principio de congruencia en materia de procedimientos administrativos.

A modo de conclusiones generales, es posible señalar, respecto al primer problema interpretativo, que la solución propuesta por la CGR avanza en la línea de validar la práctica organizativa que ya se venía dando por parte de las organizaciones indígenas al momento de efectuar solicitudes de ECMPO. Así, la CGR reconoce que, en caso de que sean varias las comunidades indígenas constituidas de acuerdo a la Ley Indígena que han hecho un uso consuetudinario de un territorio específico, estas puedan agruparse en una asociación de hecho para efectuar una solicitud

12 Ibíd.
13 Ibíd. p. 123.

de ECMPO, sin necesidad de constituir una personalidad jurídica diferente a las comunidades para estos efectos, eliminando trámites innecesarios. Sin embargo, el reconocimiento legal de la "Asociación de comunidades indígenas" sigue emanando, necesariamente, de una figura jurídica organizacional propia de la Ley Indígena: la comunidad indígena constituida a su alero.

Ahora bien, llama la atención que la CGR, al identificar la base enunciativa sobre la cual realiza su interpretación textual, no considere el Convenio Nº 169 de la OIT, tratado internacional sobre derechos humanos que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico doméstico, conforme lo señala expresamente el art. 5, inciso 2º, de la Constitución Política de la República. Se trata de un cuerpo normativo que, ya sea que lo consideramos de aplicación directa o únicamente con un valor hermenéutico, correspondía observar en este caso, con el objetivo de realizar una interpretación de las disposiciones pertinentes de la Ley Lafkenche, aprobada con anterioridad a la entrada en vigor del tratado internacional señalado en Chile. En efecto, en esta materia cabe tener presente que el Convenio Nº 169 de la OIT establece la obligación estatal de reconocer las instituciones propias de los pueblos indígenas, lo que incluye sus propias formas de organización (art. 2.2.b). En este sentido, la autoridad administrativa podría estar obligada a recibir también solicitudes de organizaciones o autoridades indígenas representativas que no estén formalizadas conforme a la Ley Indígena, como podría ser el caso de las comunidades tradicionales y territoriales (por ejemplo, los *lof* en el caso del Pueblo Mapuche-Lafkenche)[14].

Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación planteada por la CGR en relación al segundo problema, esta resulta insuficiente. Si bien es posible extraer dicha interpretación de una interpretación literal del art. 8, inc. 9º, de la Ley Lafkenche, esta aporta poca claridad. En efecto, a diferencia de lo que hace la CGR, el problema práctico y ciertamente relevante de despejar dice relación con determinar el alcance de la discrecionalidad administrativa con que cuenta la CRUBC para modificar (restringir) o rechazar un área solicitada como ECMPO, respecto de la cual se ha acreditado un uso consuetudinario. Si bien la CGR

14 Tal como señala Meza-Lopehandía, existe al menos un antecedente de rechazo de ECMPO por haber sido solicitada por una autoridad tradicional mapuche en representación de una organización sin personalidad jurídica. Sin embargo, el caso tiene varias aristas que lo hacen más complejo y obstaculizan su consideración como precedente administrativo en la materia. Se trata de la solicitud de ECMPO Rilon Kawin-Kaynel, solicitada por Eric Vargas Quinchaman, alegando su calidad de Autoridad Ancestral del pueblo Nación Mapuche Williche en representación del Ngulan Rilon Kawin. La resolución que declara la inadmisibilidad alude a que no se estaría actuando en representación de una comunidad formalmente constituida, pero también a que su calidad de autoridad ancestral mapuche williche no estaría debidamente respaldada (Resolución N° 2995/2017 de la Subsecretaria de Pesca y Acuicultura). Esta solicitud causó conmoción entre los distintos actores de la región, incluyendo al representante indígena en la CRUBC, debido a sus dimensiones, que cubrían todo el Golfo de Reloncaví. Sin embargo, actualmente está en tramitación una solicitud similar (Isla Marimelli), debidamente patrocinada por comunidades legales. En MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Op. Cit. p. 5-6.

reconoce que la Ley Lafkenche representa una programación finalista, destinada al reconocimiento y protección del uso consuetudinario indígena del borde costero, al analizar el margen de discrecionalidad que esta regulación le reconoce a la CRUBC, este organismo contralor elude esto y, por el contrario, aborda un conjunto de casos –relativo a si la CRUBC podría aprobar un espacio mayor al solicitado como ECMPO– que tiene poca o nula relevancia práctica y no otorga claridad a los actores públicos, indígenas, comunitarios y privados que participan del procedimiento administrativo.

Resolver la tensión existente entre la protección y el reconocimiento del uso consuetudinario indígena del borde costero, por un lado, y la discrecionalidad administrativa para restringir o rechazar un área solicitada como ECMPO respecto de la cual se ha acreditado el uso consuetudinario, por el otro, es probablemente uno de los problemas más complejos que presenta la Ley Lafkenche, el que ha venido siendo resuelto casuísticamente por parte de las Cortes, en sede de recurso de protección de garantías constitucionales, las que han reconocido la primacía de los fines que persigue la Ley Lafkenche (reconocimiento y protección del uso consuetudinario) y han interpretado restrictivamente la discrecionalidad que tiene la CRUBC para apartarse de dicha finalidad legalmente programada[15]. Para robustecer una solución a este problema en dicha línea, los estándares desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha debido resolver casos que han involucrado el derecho de propiedad tradicional indígena, pueden entregar importantes luces[16].

15 Hasta la fecha se han planteado dos casos donde la CRUBC, a pesar de encontrarse acreditado el uso consuetudinario de un área solicitada como ECMPO, decide rechazar o modificar las solicitudes. El primero de estos casos corresponde al recurso de protección presentado por el Lonko de la Comunidad Mapuche Huilliche Folil Trincao en contra de la CRUBC de Los Lagos, mientras que el segundo corresponde al recurso interpuesto por el Lonko y representante de la Comunidad Mapuche Huilliche Chona PU WAPI (Las Islas) de Melinka, en contra de la CRUBC de la Región de Aysén. Estos casos han llegado a conocimiento de los tribunales de justicia, por la vía del recurso de protección de garantías constitucionales, los cuales han sido resueltos por la Corte Suprema de forma favorable para las comunidades recurrentes, siendo tratado el problema como una cuestión de fundamentación del acto administrativo. En este sentido, ver las sentencias de la Corte Suprema. Acción de protección.Fecha 09 de octubre de 2012. Rol Nº 7544-2012 y Corte Suprema. Acción de protección. Fecha 09 de enero de 2018. Rol Nº 803-2018.

16 Me refiero principalmente a las siguientes sentencias de la Corte Interamericana: *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fecha 28 de noviembre de 2007; *Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fecha 12 de agosto de 2008; y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sobre Fondo y Reparaciones. Fecha 27 de junio de 2012.

/ 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.

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
Mosqueto 491, Oficina 312, Santiago / (56-2) 266 4468
www.fima.cl