





# JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

Año XV, Nº 15 • Diciembre 2023

■■ HEINRICH  
BÖLL  
STIFTUNG  
SANTIAGO  
DE CHILE



Con derecho al ambiente

**FIMA**  
ONG **25 años**

**Revista Justicia Ambiental, N.º 15**

Primera edición: diciembre de 2023

ISSN N.º. 0718-736X

© Corporación Fiscalía del Medio Ambiente (ONG FIMA)

**Representante legal:**

Ezio Costa Cordella

Mosquito N.º. 491, oficina 312, Santiago

[www.fima.cl](http://www.fima.cl)

*Los juicios vertidos por los autores en sus artículos  
no representan necesariamente la opinión de ONG FIMA.*

Impreso en Chile / Printed in Chile

Derechos reservados.

*Producción editorial*

RIL® editores

Los Leones 2258

CP 7511055 Providencia • Santiago de Chile

☎ (56) 22 22 38 100 • [ril@rileditores.com](mailto:ril@rileditores.com) • [www.rileditores.com](http://www.rileditores.com)

**Consejo Editorial:**

Rodrigo Polanco Lazo  
Diego Lillo Goffreri  
Álvaro Fuentealba Hernández  
Constanza Dougnac Correa  
Ezio Costa Cordella

**Director general:**

Ezio Costa Cordella

**Editores:**

Antonio Pulgar Martínez  
Sofía Rivera Berkhoff

**Auspicia:**

Fundación Heinrich Böll



**Fotografía de portada:**

Antonia Berrios Bloomfield  
Volcán Parinacota y Pomerape, Lago Chungará, Arica, 2022



# ÍNDICE

## *Editorial*

La transición justa en disputa .....	9
<i>Antonio Pulgar Martínez • Sofía Rivera Berkhoff</i>	

## **Homenaje a Fernando Dougnac Rodríguez**

Teoría y práctica sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: la visión holística de Fernando Dougnac .....	23
<i>Ezio Costa Cordella</i>	

La defensa por Fernando Dougnac del lago Chungará y sus bofedales dependientes. Un hito en los 40 años de la jurisprudencia constitucional ambiental chilena .....	41
<i>Verónica Delgado Schneider</i>	

Fernando Dougnac: prócer ambiental .....	75
<i>Sergio Montenegro Arriagada</i>	

Derechos de la Naturaleza .....	85
<i>Raúl F. Campusano Droguett</i>	

El desarrollo sostenible en los acuerdos de inversión suscritos por Chile.....	117
<i>Rodrigo Polanco Lazo</i>	

## **Artículos**

Incluyendo perspectivas de género en la gestión de riesgo de desastres en América Latina y el Caribe.....	161
<i>Leslie E. Terrones Cernaqué</i>	

Las etapas del reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua en los Tribunales Superiores de Justicia de Chile (2001-2023).....	195
<i>Felipe Contardo Cortés</i>	
La implementación del Derecho Real de Conservación en proyectos inmobiliarios: estudio de caso.....	241
<i>María José Kaffman Barba • Javier Conejeros Gastó • Stefano Moletto Lobos</i>	
Algunos criterios para evaluar los impactos ambientales de la salmonicultura en Chile: comentarios de la sentencia R-20-2019 Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes.....	271
<i>Diego Zuñiga Cañete</i>	
Falta de regulación de los cambios de no consideración en proyectos o actividades con resolución de calificación ambiental.....	295
<i>Constanza Pelayo Díaz</i>	

EDITORIAL

## LA TRANSICIÓN JUSTA EN DISPUTA

Just transition under discussion

### **Antonio Pulgar Martínez**

Abogado por la Universidad de Chile  
Coordinador del Área de Estudios ONG FIMA  
a.pulgar@fima.cl

### **Sofía Rivera Berkhoff**

Egresada de Derecho de la Universidad de Chile  
Investigadora del Área de Estudios ONG FIMA  
sofia.rivera@derecho.uchile.cl

La naturaleza se encuentra en constante modificación. Los sistemas sociales, al formar parte de ella, se encuentran en la necesidad de responder a estos para sostener las condiciones materiales para la vida. El cambio climático, la crisis ecológica y de biodiversidad, así como el traspaso de los nueve límites planetarios, son cambios paradigmáticos en el sistema ecológico que se ven acelerados fuertemente por la acción del ser humano (CHAKRABARTY, 2022). La fuerza geológica antrópica, o antropoceno (CRUTZEN, P. y STOERMER, E., 2000) obliga a reaccionar, ya sea adaptándose, mitigando los efectos de sus acciones, gestionando los riesgos y daños generados, o evitando generarlos; en fin, transitando a otras formas de vida.

A este proceso de respuesta al cambio por parte de una sociedad se le ha denominado transición. Desde finales del siglo pasado ha tomado gran protagonismo para señalar el proceso de transformación de la

sociedad en su reacción ante los cambios paradigmáticos y las crisis que sufre el sistema ecológico, y con ello, el sistema social (CMNUCC, 1987; MEADOWS et. al., 1972 ). A dicho tipo de transición le llamamos transición socioecológica.

Esta transición no es un proceso que dependa de la voluntad de las sociedades, es un hecho innegable que se está produciendo. La capacidad de agencia de las sociedades no corresponde a la ocurrencia o no de la transición, sino en cómo el sistema social responde a los cambios en el sistema ecológico.

Lo que sí está al alcance de la especie humana es la forma en que esta transición se aborda. En términos prácticos, debemos decidir si esta transición será o no intencionada, regulada, gobernada, para que dicha forma de gestionar la transición tenga ciertas características que pueden ser deseadas. Si el sistema social se abstiene de participar de la transición, no evitará que ella suceda, generando que ella suceda de forma inorgánica, profundizando desigualdades e injusticias ya existentes en la sociedad.

En torno a estas ideas, se ha utilizado el adjetivo de justa para reflexionar en torno a esta transición. Como veremos, podemos sostener que se ha utilizado el concepto de transición justa para referirse a dos asuntos de diversa índole: por un lado, se ha usado como concepto articular por parte de la sociedad civil para exigir a sus Estados que dicha transición sea gobernada, para que esta no profundice las injusticias existentes; por otro lado, ha sido usada por los Estados para nombrar sus políticas y normas que buscan gobernar de alguna manera la transición.

El origen del uso del concepto transición justa ha estado históricamente ligado a la industria de producción de energía. En específico, a la reconversión laboral de aquellas personas que se desempeñan en industrias de energía contaminantes que deberán cerrar o ser convertidas bajo los compromisos internacionales en materia ambiental y de cambio climático. Por la misma razón, se ha usado ampliamente por los Estados y organizaciones internacionales para referirse a planes de cierre de centrales productoras de energía a carbón, en cumplimiento con dichos

compromisos, abordando necesidades de seguridad económica a las personas que perdieran sus empleos como efecto de esto (OIT, 2015).

Este término se ha ampliado, comenzando a ser utilizado en todos aquellos procesos en que se requiere un tránsito de una matriz productiva a otra, o más ampliamente, de un sistema económico a uno que considere realmente los límites biofísicos del ambiente. Pero en dicha ampliación, se encuentra en actual disputa, de forma que la discusión en torno al concepto, busca poner al centro de la discusión que la transición no sea un mero recambio tecnológico-industrial, sino que integre realmente en sus decisiones las consecuencias socioecológicas de la transición, pero hay encuentros y desencuentros en qué consecuencias se consideran y cuáles no.

Así, por ejemplo, se ha contemplado una definición más amplia que enfatiza la importancia de que la transición no se haga a costa del bienestar de grupos vulnerables. Este concepto aún se encuentra en construcción, siendo una de las configuraciones más utilizadas la propuesta por la Alianza para la Transición Justa:

“La Transición Justa es un principio, un proceso y una práctica. El principio de la transición justa es que una economía sana y un medio ambiente limpio pueden y deben coexistir. El proceso para lograr esta visión debe ser justo y no debe costarles a los trabajadores ni a los residentes de la comunidad su salud, medio ambiente, trabajos o activos económicos” (JTA, s.f.).

Esta definición pone el énfasis en el aspecto de cambio en el sistema económico y las consecuencias que tendría ese cambio en las y los trabajadores y las comunidades locales. Por ello, si bien es un concepto amplio que permite incorporar a su contenido diversos aspectos, deja fuera de la definición misma elementos de gran importancia, como los que releva la definición de transición justa que hiciera el Ministerio de Medio Ambiente de Chile en su Contribución Determinada Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés): “proceso que, a través del diálogo social y el empoderamiento colectivo, busca la transformación de la

sociedad en una resiliente y equitativa, que pueda hacer frente a la crisis social, ecológica y climática” (MMA, 2022, p. 2).

Esta última definición pone en el centro del concepto que el proceso de tránsito debe realizarse con participación ciudadana efectiva, considerando los aspectos que serán transformados en los sistemas de vida de las personas. Así, entonces, el concepto de transición justa continúa en disputa, siendo definido de diversas formas. Esto ha llevado a que, en ocasiones, se denomine con la etiqueta de transición justa a un proceso de recambio de matrices productivas que no toma en consideración todos los impactos negativos que genera en las comunidades y el medio ambiente, derivando en la creación de un foco de conflicto socioambiental.

El gobierno de la transición por parte de las sociedades actualmente recae principalmente en los gobiernos nacionales y/o territoriales y el sector empresarial. Las primeras impulsando normas, medidas y, en general, políticas públicas que el segundo debe implementar, generando así el recambio en las matrices productivas necesario para adaptarnos o mitigar nuestro impacto en las crisis ecológica y climática. Sin embargo, esto deja fuera un tercer elemento del conflicto socioambiental: las comunidades y personas afectadas por este recambio (STAMM y ALISTE, 2014).

Es por ello que la gobernanza de la transición debe ser contextualizada y situada, para que ella pueda ser gobernada en términos de justicia. En ese sentido, es de importancia destacar que en este ámbito se genera un cuadro típico de injusticia ambiental, en tanto, el sector empresarial que debe someterse al recambio de matriz productiva se encuentra concentrado en determinados grupos de personas, que, al ser considerados por las tomadoras de decisiones, gozarán de beneficios o bien no sufrirán cargas ambientales; mientras que el sector de las comunidades y personas afectadas, al no ser consideradas en la toma de decisiones, pierden oportunidad de recibir beneficios o ver mitigadas sus cargas ambientales (BERTINAT y PROAÑO, 2021). Esto es de aún mayor relevancia cuando estudiamos este asunto desde la perspectiva del extractivismo

que aplica el norte global sobre el sur global, viéndose las comunidades que están más vulnerables al cambio climático y a las crisis, expuestas a mayores cargas ambientales al no ser consideradas en el gobierno de la transición (WAR ON WANT Y LONDON MINING NETWORK, 2019).

Es por ello que se debe adoptar un concepto de transición justa que contemple necesariamente la participación de las comunidades locales en la configuración de las medidas que se tomen para gobernar esta transición. En ese sentido, el proyecto Transición Justa en Latinoamérica propone principios para catalogar una transición como justa: (1) Planificación y descentralización, (2) Reparación y restauración, (3) Equidad, (4) Democratización, (5) Soberanía y autodeterminación, y (6) Potencial para una transformación socio-ecológica (RABI et al., 2021), poniendo énfasis así en el análisis de los procesos a través de los cuales se realicen las medidas de transición justa.

Desde el punto de vista conceptual, se ha identificado que la justicia en asuntos ambientales (o justicia ambiental) contempla cuatro dimensiones: 1) justicia distributiva en términos socioterritoriales, 2) justicia distributiva en términos generacionales, 3) justicia procedimental o participativa, 4) justicia reparativa (COSTA, 2017, pp. 97-98).

Para el aspecto que venimos comentando, es de relevancia la tercera dimensión mencionada: la dimensión procedimental. Esta se refiere específicamente a que en el proceso de toma de decisiones contemple la participación ciudadana de la comunidad, que se ve afectada o interesada respecto a una decisión pública. Así, tratándose la transición de un asunto ambiental, debe contemplar esta dimensión participativa para ser catalogada de justa.

Una de las perspectivas sobre la cuestión, pone el énfasis en la necesidad de maximizar la técnica en la toma de decisión, preponderando los análisis financieros, regulatorios, científicos, entre otros<sup>1</sup>. Pero no debe olvidarse que la participación de comunidades en la toma de

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de esto es la perspectiva que ha tomado el Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF). Véase: <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2022/08/transicion-energetica-como-y-cuando-esa-es-la-cuestion/>

decisiones no se contraponen a la toma de decisiones regulatorias técnicas. En efecto, como sostiene FISCHER (2000), las decisiones ambientales serán ineficaces si se toman de forma completamente tecnocrática, y la mejor forma de tomarlas es contemplando los conocimientos y necesidades de las comunidades locales y personas afectadas.

BERTINAT Y PROAÑO (2021) señalan, en ese sentido, que se hace necesario implementar una participación ciudadana efectiva – y no meramente formal –, con el objetivo de “transitar hacia una redistribución y desconcentración de los beneficios que genera el sector energético [y productivo] y una distribución equitativa de las cargas sociales y ambientales entre la población” (p. 7).

La pregunta siguiente es ¿cómo debe ser esa participación para ser considerada efectiva? Esta pregunta es de relevancia, ya que, por ejemplo, en materia de energía hasta el momento los procesos participativos implementados, al menos en América Latina, son limitados y son usados meramente para legitimar decisiones ya tomadas (BORTZ Y GARRIDO, 2022, p. 9).

Por lo tanto, para que la participación sea efectiva debe tener ciertas características. Así, los procesos participativos deben buscar el empoderamiento real de las comunidades, por medio de un diálogo y socialización de las decisiones, permitiendo el cuestionamiento o revisión de las ya tomadas; una participación que vaya en sentido opuesto genera “el efecto paradójico de desplazar el poder y las autonomías de la comunidad hacia nuevas relaciones de dependencia” (URQUIZA et al., 2022, p. 6).

La forma de alcanzar este empoderamiento real y vinculante a través de la participación en materias de transición socioecológica es considerando: 1) un mapeo de actores y grupos sociales involucrados que vaya más allá de la dicotomía expertos-público; 2) que se busque generar altos niveles de involucramiento que permitan construir capacidades situadas a partir de procesos de aprendizaje; 3) que el momento en que se aplique el proceso participativo sea aquél en que los actores locales tengan capacidad de influir en la toma de decisiones (BORTZ Y GARRIDO, 2022, pp. 12-13).

Ahora bien, un aspecto no se debiera dejar de considerar es cómo en las narrativas sobre transición justa se podrían estar limitando a poner énfasis en que la transición sea justa en relación con ciertos sectores de la sociedad. Sin embargo, la transición no solo se da respecto de la sociedad, sino que también respecto de la naturaleza, y en ese aspecto también se pueden generar injusticias. Esto es del todo coherente con el concepto de justicia ambiental que describimos previamente, según el cual una de las dimensiones de esta forma de justicia es la justicia reparativa, la cual no solo considera medios de reparación a las personas afectadas por cargas ambientales, sino también a los ecosistemas dañados o afectados (HERVÉ, 2015).

Así, un aspecto clave a evaluar durante los procesos de transición socioecológica gobernada, será identificar cuándo y cómo se traspasan las cargas ambientales de un territorio a otro. Un ejemplo claro de ello han sido las medidas que ha tomado el norte global, en especial Europa, para reducir su generación local de emisiones de gases de efecto invernadero, para cumplir con sus metas comprometidas en acuerdos internacionales; pero que a la vez significa transitar hacia energías verdes, por medio de industrias extractivistas en países del sur global (por ejemplo, la extracción de litio, la generación de hidrógeno verde, etc).

Esta dimensión de la transición justa fue relevada especialmente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2021 en Glasgow (COP26). En dicha cita, países del norte global adoptaron compromisos con Sudáfrica para la transferencia de recursos y capacidades con el objetivo de reducir la injusticia ambiental generada por las medidas de transición socioecológica<sup>2</sup>.

Sin embargo, esta dimensión de la justicia ambiental como justicia ecológica en el análisis de la transición socioecológica ha sido poco explorada, tanto por las políticas internacionales como por los estudios teóricos al respecto.

---

<sup>2</sup> Plan de Inversión para la Transición Energética Justa de Sudáfrica, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_22\\_6664](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_6664)

Queda claro que el concepto de transición justa está aún en disputa. Ha sido usado por diversas entidades para nombrar sus procesos de transición gobernada, pero para que realmente dichos procesos sean justos deben considerar los pilares de justicia ambiental, y no está claro si se cumplen en todos los procesos que utilizan este concepto, ya que no ha sido analizado.

En especial, será de relevancia poner atención al pilar de justicia procedimental. Esencial resulta la forma en que se toma en consideración los conocimientos y experiencias de las comunidades locales y las personas afectadas por la transición. Pero también analizar la materialización de la justicia distributiva, considerando el traspaso de cargas ambientales desde territorios más beneficiados con la transición a territorios vulnerables a las crisis climática y ecológica, y que tradicionalmente han sufrido dichas cargas. Será esa forma de contextualización la que permitirá que la transición socioecológica sea gobernada en condiciones de justicia.

Este número de la *Revista de Justicia Ambiental* se divide en dos partes. En primer lugar, se presentan una serie de artículos en homenaje a Fernando Dougnac Rodríguez, importante ambientalista chileno, fundador de ONG FIMA, que falleció a finales del año 2022. Estos artículos tratan materias diversas, pero todos buscan destacar el rol que cumplió Dougnac en la protección del medio ambiente. Su impacto en la configuración de la causa ambiental desde la defensa jurídica y la academia es tal, que los artículos analizan tanto su impacto en 1985, llevando adelante uno de los primeros casos judiciales en materia ambiental en el país, como su impacto en discusiones que aún estamos teniendo y que podrían tener consagración normativa en el futuro como, por ejemplo, la discusión respecto a derechos de la naturaleza.

En segundo lugar, la Revista presenta artículos arbitrados. En el artículo “Incluyendo perspectivas de género en la gestión de riesgo de desastres en América Latina y el Caribe”, se realiza una revisión de cómo las medidas de gestión de riesgo de desastre en nuestro continente han incluido o no perspectivas de género. Esta discusión es de gran

importancia, pues nos encontramos en un momento de nuestra era geológica en que cada vez más somos testigos de desastres siconaturales. Así, entonces, es necesario preocuparnos de cómo gestionamos y nos hacemos cargo de dichas situaciones, pero en ese hacernos cargo será importante identificar las comunidades más vulnerables a los efectos de los desastres. Ahí es donde incluir la perspectiva de género es clave para una correcta gestión.

En el segundo artículo arbitrado, se hace un análisis del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el reconocimiento del derecho humano al agua en los Tribunales Superiores de Justicia en Chile. Este tema es de especial relevancia en el contexto de discusión constitucional y de crisis hídrica que se encuentra el país. El artículo entrega así una sistematización del contenido mínimo que han reconocido las Cortes al derecho humano al agua, así como de la configuración que estas han hecho del deber del Estado correlativo a este derecho.

En su tercer artículo arbitrado, la revista propone un análisis de la efectividad que ha tenido o no la figura del Derecho Real de Conservación, como institución para la conservación de la naturaleza por parte de particulares. Permite revisar, así, los elementos de esta figura de conservación que fallan en poder cumplir con su objetivo, así como aquellos en que se cumple su finalidad correctamente. Dicho planteamiento es de especial relevancia para analizar una posible necesidad de mejora de esta institución a casi 10 años de su creación.

Luego, la revista presenta una revisión de jurisprudencia relativa a los requisitos de ingreso de los proyectos de industria salmonera al sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile. En dicha revisión se evidencia que la normativa que regula las causales de ingreso de esta industria deja fuera una serie de daños que produce en los hábitats en que se instala, dejándolos sin protección.

Por último, se presenta en la revista un artículo que busca relevar el problema que se genera cuando un proyecto ya cuenta con resolución de calificación ambiental favorable, pero sufre cambios menores o no

significativos. En ese sentido, se destaca la falta de regulación en este aspecto, que conlleva falta de certeza jurídica y posibles elusiones.

Agradecemos profundamente la participación y colaboración de todas y todos los autores, asistentes y profesionales que participaron de la elaboración de este nuevo número de la *Revista de Justicia Ambiental*, quienes nos ayudaron a difundir el conocimiento del derecho y la justicia, compartiendo conocimientos y reflexiones indispensables para nuestra historia. Queremos agradecer especialmente a quienes participaron de la sección de homenaje en este número, permitiéndonos conocer a Fernando Dougnac y su obra mucho más profundamente. Asimismo, un especial saludo a quienes conforman y han conformado los distintos equipos humanos y profesionales de la ONG FIMA.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERTINAT, Pablo y PROAÑO, Maximiliano (2021): *Democratización de la energía y transición justa en América Latina y el Caribe*. Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA).
- BORTZ, Gabriela y GARRIDO, Santiago (2022): “Reflexiones sobre procesos de participación y democratización del conocimiento como desafíos para la transición energética justa en América Latina” en *Revista energía y equidad*, N°. 4, pp. 8-17.
- CHAKRABARTY, Dipresh (2022): *Clima y Capital*. Santiago de Chile: Ediciones Mimesis. ISBN: 978-956-09145-9-0, pp.14-22
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (CMNUCC) (1987): *Our common future: Report of the World Commission on Environment and Development*. Oxford University Press.
- COSTA, Ezio (2017): “La justicia ambiental en la Evaluación de Desempeño Ambiental: Chile 2016 de la OCDE” en *Revista de Derecho Ambiental* [en línea]. Santiago: Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, no 7, pp. 94-113.
- CRUTZEN, Paul y STOERMER, Eugene (2000): “The Anthropocene”, in: *Global Change Newsletter*, N°. 41, pp. 17-18.
- FISCHER, Frank (2000): *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, London.
- HERVÉ, Dominique (2015): *Justicia ambiental y recursos naturales*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

- JUST TRANSITION ALLIANCE (s.f.): What Is Just Transition? Disponible en: <https://jtalliance.org/what-is-just-transition/> [Consulta: 30 de septiembre de 2023]
- MEADOWS, Dennis, MEADOWS, Donella, y RANDERS, Jorgen (1972): *Los límites del crecimiento: Un informe al Club de Roma sobre el dilema de la humanidad*. Fondo de Cultura Económica.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2022): *Fortalecimiento de la Contribución Determinada a Nivel Nacional*. Disponible en: <https://cambioclimatico.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2023/01/Chile-Fortalecimiento-NDC-nov22.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2015): *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*. Ginebra.
- RABÍ, Violeta, PINO, Felipe y FONTECILLA, Felipe (2021): *Transición Justa en Latinoamérica: De la Transición a la Transformación*. Proyecto Transición Justa en Latinoamérica (TJLA), Coordinado por ONG CERES, CEUS Chile, y ONG FIMA, Santiago, Chile.
- STAMM, Caroline y ALISTE, Enrique (2014): “El aporte de un enfoque territorial al estudio de los conflictos socio-ambientales” en *Revista Faro*, vol. 2, N°. 20.
- URQUIZA, Anahí et al. (2022): “Participación pública en energía: experiencias, controversias y ambigüedades de estos procesos” [Editorial] en *Revista energía y equidad*, N°. 4, pp. 4-6.
- WAR ON WANT Y LONDON MINING NETWORK (2019): *A just(ice) transition is a post-extractive transition: centering the extractive frontier in climate justice*.



Homenaje a  
Fernando  
Dougñac Rodríguez





# TEORÍA Y PRÁCTICA SOBRE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: LA VISIÓN HOLÍSTICA DE FERNANDO DOUGNAC

Theory and practice on the right to live in a pollution-free environment:  
the holistic vision of Fernando Dougnac

**Ezio Costa Cordella**

Doctor en Derecho, Universidad de Chile  
Subdirector Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile  
Director Ejecutivo ONG FIMA

*RESUMEN: El reconocimiento del derecho a un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980 dio inicio a la práctica del derecho al ambiente en Chile. Fernando DOUGNAC, abogado de renombre en el derecho del medio ambiente, se hizo de dicho inicio para construir una teoría sobre este derecho por medio de su práctica en tribunales y sus escritos dogmáticos. En este trabajo se recogen especialmente las características que el jurista le dio al derecho al medio ambiente en sus inicios, y que hoy en día se consideran contenidos mínimos e indiscutibles de él.*

*PALABRAS CLAVE: derecho a un medio ambiente libre de contaminación, derechos humanos, ius cogens, visión holística.*

*ABSTRACT: The recognition of the right to a pollution-free environment in the 1980 Constitution initiated the practice of the right to the environment in Chile. Fernando DOUGNAC, a renowned lawyer in environmental law, took advantage of this beginning to build a theory on this right through his practice in courts and his dogmatic writings. In this work, the characteristics that the jurist gave to the right to the environment in its beginnings, and that today are considered minimum and indisputable contents of it, are specially gathered.*

*KEYWORDS: holistic view, human rights, ius cogens, right to a pollution-free environment.*

## INTRODUCCIÓN

Parte de la discusión doctrinaria del derecho ambiental chileno ha estado marcada por el contenido del concepto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esta es la nomenclatura utilizada por la Constitución de 1980 para reconocer lo que años más tarde sería conocido como “el derecho al ambiente sano” en términos internacionales.

En las discusiones de la comisión designada por la dictadura para redactar dicha Constitución (en adelante, Comisión Ortúzar) se puede observar que los comisionados tuvieron a la vista los pocos reconocimientos previos a la Constitución de 1980 en esta materia, que básicamente se reducen a la Declaración de Estocolmo de 1972 y a las otras cuatro constituciones que a esa fecha habían incorporado este derecho –España, Portugal, Panamá y Cuba–.

Los pocos antecedentes existentes al respecto en el ámbito global y la escasísima discusión doctrinaria del asunto en los foros locales, hizo que este derecho no tuviera grandes interpretaciones ni usos hasta bien entrada la década de los 80. En efecto, el primer recurso de protección ganado en base a este derecho fue presentado en 1985. Dicho recurso fue patrocinado por Fernando DOUGNAC, presentado mediante un télex y tuvo como resultado la inédita protección del lago Chungará, frente a un proyecto de las autoridades militares locales que pretendían drenar ese lago.

De ahí en más, Fernando se convirtió en un usuario habitual de este mecanismo de protección para defender los derechos ambientales de las personas. A la par de ello, se dedicó a estudiar el contenido del derecho, sus formas y profundidad, dando con una interpretación que ha sido fundamental para el resguardo ambiental en Chile y que proviene tanto de su estudio de las fuentes existentes –principalmente la propia Comisión Ortúzar–, como de la observación de la realidad ambiental en los casos en que le tocó participar.

Dicha forma de ver el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que hemos denominada holística, ha sido sin dudas aquella que mayor espacio ha tenido en la discusión doctrinaria y jurisprudencial. La porfía de Dougnac en empujar esta visión con buenos argumentos fue clave para que no se cediera frente a otras interpretaciones restrictivas que han intentado reducir el ámbito de protección de la norma constitucional.

Sin haberlo podido saber en un principio, su visión sobre este derecho sería la que mejor se relaciona con las formas en que internacionalmente se ha entendido el derecho al ambiente sano, con prescindencia de las distintas redacciones que se le ha dado al artículo en cuestión en las diferentes constituciones del mundo.

El presente artículo, en homenaje a la vida y obra de Fernando Dougnac, transcurre en la lectura de su interpretación de este derecho y las formas en que ella evolucionó. Para ello, revisaremos parte de sus escritos sobre la materia, intentando abordar especialmente sus primeras ideas basadas solamente en el texto constitucional y la evolución de ellas durante el siglo XXI con la incorporación de leyes ambientales y un mayor despliegue del derecho ambiental.

Es importante tomar en cuenta que la forma en que Dougnac interpreta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se enmarca en la visión holística pero no la constituye por completo. En efecto, la interpretación del autor es de corte claramente iusnaturalista y sin perjuicio de ello se conecta intensamente con visiones que mediante otros mecanismos de razonamiento llegan a un resultado similar.

Para explorar el razonamiento del autor, nos centraremos en dos elementos. El primero será el caso del lago Chungará, emblemático en el derecho ambiental chileno y que muestra su primer acercamiento al asunto. Luego, revisaremos su obra más teórica, que se desarrolló en paralelo a la práctica del litigio ambiental y que contiene las reflexiones de Dougnac sobre el asunto.

## 1. LA PRIMERA CAUSA AMBIENTAL: LA DEFENSA DEL LAGO CHUNGARÁ

Habían transcurrido cinco años desde que se reconoció constitucionalmente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y aún no se había logrado ganar ninguna causa basada en dicho derecho, quizás ni siquiera se había presentado, aunque no puedo confirmar este registro histórico. Sin embargo, llegó el momento en que los representantes de la dictadura en Arica decidieron implementar un sistema de riego que extraería agua del lago Chungará, la transportaría a través de la laguna Catacatani y las ciénagas de Parinacota, para luego desaguar en el canal Lauca y distribuirla entre los agricultores del valle de Azapa.

Dicho sistema implicaba la extracción de 8 millones de metros cúbicos anuales de agua desde el lago Chungará, el cual se encuentra ubicado dentro del Parque Nacional Lauca. Por supuesto, esto amenazaba el equilibrio de un ecosistema particularmente frágil como el del mencionado parque nacional, situación que generó preocupación en los activistas ambientales de la época.

Según Fernando Dougnac<sup>1</sup>, Godofredo Stutzin y los demás representantes de la ONG Comité de Defensa de la Flora y Fauna (CODEFF) se acercaron a él en busca de ayuda para su causa. Estaban motivados principalmente por la relación que Dougnac tenía con los agricultores y pueblos indígenas de la zona, a quienes había brindado apoyo previo en asuntos relacionados con el agua. Inicialmente, creían que el caso podría defenderse utilizando la legislación de aguas, por lo que se sorprendieron cuando él propuso presentar un recurso basado en el artículo 19 N.º 8 de la Constitución, ya que consideraban que sería muy difícil ganar con esa estrategia. A pesar de ello, decidieron presentar el recurso, y es importante reconocer que la estrategia no solo incluyó la defensa de ese derecho, sino también la defensa del derecho de propiedad sobre los

---

<sup>1</sup> “Conversaciones sobre medio ambiente”. Entrevista de Ezio COSTA a Fernando DOUGNAC, 28 de noviembre de 2018. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=TU482krDmL0&ab\\_channel=ONGFIMA](https://www.youtube.com/watch?v=TU482krDmL0&ab_channel=ONGFIMA)



No es mucho el contenido jurídico que podemos extraer de esta presentación, pero sí del escrito en que se solicita tener presente una argumentación más profunda, presentado días después y que rola a fojas 25 y siguientes del expediente de la causa Rol 19.824-1985 de la Corte de Apelaciones de Arica. En él, Dougnac da luces de su primera interpretación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señalando que el derecho de los habitantes de la Provincia de Parinacota y del valle de Azapa a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vería vulnerado principalmente por dos razones: i) el incumplimiento de deberes por parte del Estado en la relación con la protección del Parque Nacional Lauca, y ii) la contaminación de las aguas de riego del valle de Azapa.

En lo que se refiere al primer argumento, se apoya principalmente en que la Convención de Washington expresamente prohíbe el uso comercial de los recursos ubicados dentro de Parques Nacionales. En el escrito se recuerda que

“[e]s preciso señalar que la acción depredadora del hombre ya ha causado daños irreparables al ecosistema del Parque Lauca. Para ello basta observar como la canalización del río Lauca disminuyó absteniblemente (*sic*) el nivel de las aguas del lago Parinacota y las lagunas Cotacotani, dañada en forma irreversible la fauna y la flora existente. Existe también un precedente funesto en la utilización de las aguas de la laguna de General Lagos, el que antaño constituía hábitat natural de barinas, flamencos y auquénidos, ahora esa zona pasó a denominarse ‘Pampa Blanca’ y la que antes era un santuario de la naturaleza hoy es un salar muerto y sin vida”<sup>2</sup>.

Se recuerda en el escrito que además de ser un Parque Nacional, la zona también es una Reserva de la Biósfera declarada por la UNESCO, a solicitud del propio Estado de Chile. Interesantemente y muy en línea con la necesidad de ilustrar a los jueces de la época en la conexión entre instituciones de larga data y este inicio del derecho ambiental, Dougnac se sirve de un argumento civilista para decir:

---

<sup>2</sup> Fojas 32 y 32 vuelta.

“A su vez, el artículo 1.464 número 1 del código civil establece que existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, dado que el artículo 3° del decreto supremo 531 que mandató tener como ley de la República la Convención de Washington, establece que los límites de los parques no podrán ser alterados ni enajenados parte alguna de ellas sino por la acción de la autoridad legislativa competente, es claro que al estarse solicitando a la dirección de aguas una merced de aguas sobre aguas que forman parte de un parque nacional se está pidiendo el Estado de Chile que enajene bienes comprendidos dentro del parque nacional, cosa que no puede hacer la autoridad administrativa, sino que le compete de acuerdo con la ley sólo la autoridad legislativa, es decir la junta de gobierno”<sup>3</sup>.

El segundo argumento transcurre en la lógica de que la salinidad de las aguas del lago Chungará es muy distinta de la salinidad de las aguas que se utilizan para el riego en el valle de Azapa, siendo que mezclarlas constituiría contaminar las segundas con las primeras, pues el proyecto no consideraba de forma alguna esa diferencia de calidades, ni tampoco vías técnicas para hacerse cargo de ella.

Ambos argumentos se apoyaban, entre otras cosas, en Informes del Colegio de Ingenieros de Chile, suscritos por Raúl Gillet Leiva, presidente de la Comisión de Preservación Ambiental y por Eduardo Arriagada Moreno, presidente del Colegio<sup>4</sup>. Asimismo, se acompañaron informes de la Universidad de Tarapacá sobre el espejo de agua del lago<sup>5</sup>.

Al resolver la Corte de Apelaciones de Arica, hace eco de las normas sobre parques nacionales y señala en su considerando noveno:

“[q]ue los preceptos detallados, ponen de manifiesto que ellos persiguen realizar una meta fundamental, radicada en el supremo interés de preservar las bellezas naturales de las naciones, concepto dentro del cual cabe estimar al lago Chungará, y su contorno, atendido que pertenece al llamado Parque Nacional Lauca”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Fojas 33 vuelta.

<sup>4</sup> Fojas 74-86.

<sup>5</sup> Cuaderno adjunto.

<sup>6</sup> Fojas 94 vta.

En el mismo considerando y en los siguientes, se citan las normas de la Convención de Washington y la Convención de Viena, para llegar a concluir que efectivamente no puede haber una explotación comercial dentro del Parque Nacional salvo que ella se cree por vía legislativa. Se da por acreditada la ilegalidad del proyecto y se resuelve a favor del recurso, pero sin expresar mayores conceptos sobre el derecho del artículo 19 N.º 8.

Es interesante observar cómo en este primer fallo se hace una conexión automática entre la ilegalidad y la vulneración del derecho, que es una manera de resolver recursos de protección que va a ser constante en el tiempo. Aun cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pretende ser reducido a la relación entre una persona determinada y su entorno, fluye racionalmente que el quebrantamiento de normas que están destinadas a la protección de la naturaleza por su propio valor, como es el caso de los parques nacionales, importa también una vulneración de este derecho.

Ante la apelación del Consejo de Defensa del Estado, conoció la Corte Suprema, quien en su fallo sí se refiere más profundamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Elimina los considerandos antes referidos e incorpora un concepto de medio ambiente y un concepto de afectación. El considerando 10º señala:

“Que el ‘medio ambiente’ y el ‘patrimonio ambiental’, la preservación de la naturaleza de qué habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma Naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”.

La afectación que la Corte Suprema considera existiría en el caso, es la mezcla de las aguas del lago Chungará con las de la laguna Cotacotani, pues como muestra el estudio acompañado de la Universidad de Tarapacá, la salinidad de la primera afectará a la calidad de la segunda,

perjudicando tanto a los propietarios de derechos de aprovechamiento como al medio ambiente en sí mismo. Pero también considera en su argumentación el hecho de que el propio lago Chungará se verá afectado por la pérdida de aguas y la muerte de las especies en sus riberas, el hecho de que existan normas nacionales e internacionales destinadas a proteger los parques nacionales, y les da peso a los informes del Colegio de Ingenieros.

Así, termina por concluir en su considerando décimo sexto que, tomando en cuenta esos antecedentes:

“...están demostrando la urgente necesidad de disponer la paralización, por ahora, de toda extracción de aguas del Chungará mientras forme parte del parque nacional Lauca y subsista sin limitaciones su inclusión como reserva mundial de la biosfera; la autoridad suprema, encargada del gobierno y de la administración del Estado, obviamente tendrá que considerar, a la luz de nuevos estudios, cuánto podría afectar la extracción de aguas de ese lago al medio ambiente natural existente en la zona, al sistema ecológico imperante y sopesar las transformaciones que podría sufrir en lago, el segundo más alto del mundo, que, en su estado natural, aún no muy hollado por el hombre, es un imponente y bello monumento de la naturaleza”<sup>7</sup>.

Así la Corte Suprema daba su primer veredicto en favor de la protección del medio ambiente, incorporando un concepto para describirlo, y la teoría de Dougnac sobre el contenido del derecho en cuestión se imponía. Existía una inconstitucionalidad en la toma de una decisión que generaba un desequilibrio ambiental y con ello una afectación tanto a las personas como al propio medio ambiente.

## 2. LA DISPUTA POR EL CONTENIDO Y LA VISIÓN HOLÍSTICA DE DOUGNAC

El brillante uso que hizo Dougnac del recurso de protección en materia ambiental tiene como correlato el desarrollo de una visión académica del asunto, que fue siendo desarrollada por él en paralelo a la práctica

---

<sup>7</sup> Fojas 122-122vta.

del derecho. Así, es posible encontrar entre sus aportes en esta particular área, al menos los siguientes artículos:

- i. “Reflexiones sobre la Acción de Protección y su Sentencia”, *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 28 N°.3, pp. 615-630 (2001) Sección Estudios;
- ii. “La garantía del N.º 8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano”, *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile, 1ed. (2003). LOM Ediciones;
- iii. “El ‘Jus Cogens’ como uno de los Fundamentos del Derecho Ambiental”, *II Jornadas de Derecho Ambiental: Prevención y Solución de Conflictos Ambientales*, Universidad de Chile (2004). Lexis Nexis;
- iv. “Reflexiones sobre algunos principios y valores que regulan el medio ambiente en Chile”, *Revista de Justicia Ambiental*, N°.1, pp. 101-129 (2009);
- v. “El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público: en relación con los principios que informan el derecho ambiental en Chile”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.3, pp. 115-140 (2011);
- vi. “El resguardo jurisprudencial del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: comentario y análisis de algunos fallos recientes”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.4, pp. 257-292 (2012), y;
- vii. “El deber-obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.6, pp. 95-113 (2014).

En esta sección se realiza una lectura de ellos para extraer los elementos que Dougnac consideraba claves para entender el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y su desarrollo. Dichos elementos son: i) La conexión entre el derecho al ambiente y el derecho a la vida; ii) el reconocimiento del derecho al ambiente como un derecho humano; iii) el derecho al ambiente es parte del *ius cogens*, y; iv)

el concepto de contaminación por sí mismo no es determinante para la interpretación de la norma.

En adición a los conceptos que se revisarán, es del caso decir que esta manera de interpretar el derecho entra en pugna con interpretaciones más formalistas que hacen una revisión palabra por palabra para determinar el contenido de la norma. Dougnac, al igual que todos los intérpretes de la visión holística, considera que, vivir en un ambiente libre de contaminación, es un concepto en sí mismo y de ahí parte su análisis.

## 2.1. El derecho al ambiente y el derecho a la vida

El primer elemento en la interpretación del autor es, sin dudas, la conexión que existe entre este derecho y el derecho a la vida, cuestión que para Dougnac tenía una posición central en la interpretación de la norma. Incluso señalaba que el artículo 19 N.º 8 era una versión ambiental del derecho a la vida, la integridad física y psíquica (DOUGNAC, 2003, p. 254).

Probablemente, por su formación en la Universidad Católica, confiaba mucho en el uso de las actas constitucionales como fundamento para la interpretación constitucional, cuestión que es posible de ver en sus escritos judiciales y académicos. Además, hacía mención explícita a la interpretación iusnaturalista de las normas que sería coincidente con la de los comisionados que escribieron esas normas (DOUGNAC, 2003, p. 243).

Una cita que solía utilizar en sus escritos hace referencia a la sesión número dieciocho de la Comisión Ortúzar, de fecha 22 de noviembre de 1973 y particularmente a lo señalado por el señor Sergio DIEZ: “Asimismo para la protección del derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente” (DOUGNAC, 2003, p. 255) y a como la posterior conversación entre los comisionados, dio como resultado la incorporación del derecho del artículo 19 N.º 8.

El reconocimiento de esta relación entre los derechos significaba, para DOUGNAC, que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

contaminación no puede jamás ser suspendido ni restringido, a diferencia de otros derechos como la propiedad o algunas libertades (2003, p. 255). Esta preferencia sobre otros derechos viene explicada por DOUGNAC en clave religiosa –él era un practicante del catolicismo–:

“La racionalidad del hombre no le otorga más preeminencia sobre las demás criaturas que las que su deber de cuidarlas y protegerlas. Si no lo hace, el castigo no viene sólo de un ser superior, creador de todo, sino que es inmediato. El pecado contra la naturaleza trae consigo el inminente castigo: la menor calidad de vida del hombre y su extinción. No debe olvidarse nunca que sin su medioambiente el hombre no puede existir, de tal suerte que pensar que él puede ser manipulado irresponsable e impunemente, la mayor de las veces por razones económicas dudosas, no sólo es un hecho socialmente delictual en su sentido lato, sino que produce en las víctimas inocentes (hombres y demás criaturas) las más graves consecuencias, pues pone en serio peligro lo más fundamental que ellas tienen: su propia existencia” (DOUGNAC, 2003, p. 260).

Pero uno de los elementos esenciales en la conexión entre estos dos derechos, en las reflexiones de Dougnac, es el hecho de que, para él, el artículo 19 N.º 8 no protege solamente la existencia de la vida, sino que su desarrollo en un entorno adecuado. Ese desarrollo es lo que generalmente describía como “una vida propiamente humana”, cuestión que se determina jurídicamente bajo la teoría de la esencia de los derechos y materialmente por la capacidad de tener un medio ambiente que permita una calidad de vida apropiada (DOUGNAC, 2012, pp. 257-292).

Este elemento es de crucial importancia, puesto que es aquel que permitiría observar una situación concreta y determinar si en ella hay o no una vulneración del derecho en cuestión. Vale decir, para Dougnac el derecho se encontraba vulnerado cuando, a propósito de un acto u omisión, se desmejoraba la posibilidad del medio ambiente de albergar un adecuado desarrollo de la vida de una persona.

Luego, el adecuado desarrollo de la vida se conecta con la noción de dignidad y, de manera implícita, con un concepto cualitativo sobre la calidad de vida. Lo exigible, entonces, para considerar que el derecho

está siendo respetado sería que el medio ambiente se mantenga en un estado tal que permita el desarrollo de una vida de calidad, siendo dicha calidad contextual a la causa concreta y la situación basal, pero siempre superior a una mera expectativa de supervivencia.

## 2.2. El derecho al ambiente es un derecho humano

A pesar de que a estas alturas no haya dudas sobre la calidad de derecho humano que tiene el derecho a vivir en ambiente sano o libre de contaminación, esta sí fue una discusión que tuvo un espacio relevante en décadas pasadas, habiendo sido para Dougnac uno de los campos de disputa en los que enmarcó su trabajo. Señala en este sentido que:

“Salta a la vista que el derecho que desarrolla el No 8 del artículo 19 de la Constitución, al igual que los otros enumerados en ese artículo, tienen no sólo un origen constitucional, sino que se afincan en la moderna teoría de los derechos humanos, de aceptación universal. Por esta razón, sobrepasan el ordenamiento meramente local que se refleja en la Constitución, o más bien en la norma fundamental, y se sobreponen jurídicamente a ella, llegando a través de la aceptación de la existencia de normas de *Jus Cogens*, a ser valores universales aplicables coercitivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales a los cuales ellos están directamente subordinados” (DOUGNAC, 2012, p. 260).

Dougnac daba cuenta de que en las actas de la Comisión Ortúzar era posible leer una discusión sobre la naturaleza del artículo 19 N.º 8, siendo que existieron posiciones que preferían no incluir el derecho al ambiente, sino una mención genérica sobre la obligación del Estado en la materia. Finalmente, habría primado la visión que lo consideraba un derecho fundamental.

El reconocimiento del derecho al ambiente como un derecho humano tiene como consecuencia, el necesario respeto a sus características como tal, incluyendo aspectos como la inalienabilidad y la irrenunciabilidad, lo que hace más potente la protección de este derecho.

En paralelo, criticaba amargamente algunos fallos de las Cortes a fines de la década de los 2000 y principios de la década del 2010.

Consideraba que la posición timorata de las Cortes en esa época modificaba la importancia del derecho “pasando, en la práctica, de una garantía constitucional a ser un asunto más bien del Derecho Administrativo” (DOUGNAC, 2011, pp. 115-140).

En la visión de DOUGNAC, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no podía, de modo alguno, ser disminuido en potencia y alcance por la ley, tanto por una cuestión de jerarquía normativa, como por el hecho de ser un derecho humano autónomo y universal.

### 2.3. El derecho al ambiente es parte del *ius cogens*

Para DOUGNAC, era evidente la conexión entre el derecho al ambiente en el orden nacional y su reconocimiento internacional. Incluso creía que la gran mayoría de las características del derecho al ambiente en Chile eran derivadas del derecho internacional público (DOUGNAC, 2009, p. 129). Caracterizaba al derecho al ambiente en Chile como un derecho que:

“1º) constituye un derecho de las personas exigible *erga omnes* y, a la vez, es una garantía constitucional, lo que se traduce en la obligación del Estado de protegerla; 2º) es un derecho humano reconocido por el Estado, límite, en consecuencia, de la soberanía nacional (inciso 2º del artículo 5º de la Constitución); 3º) es una norma de orden público interno que permite restringir a su favor otras garantías constitucionales (inciso 2º del N.º 8 del artículo 19 de la Constitución), constituyendo un verdadero gravamen ambiental de dichos derechos; 4º) forma parte de las normas estructurante de la sociedad, fundamento del Estado; y 5º) es, además, una norma de orden público internacional (pertenece al *ius cogens* internacional), obligatoria e inderogable, por haber sido reconocida como un valor esencial para la mantención del orden público internacional” (DOUGNAC, 2009, p. 129).

Su visión sobre el *ius cogens* era particular, especialmente en tanto relacionaba la idea de orden público con la de *ius cogens*. Probablemente, esto aparecía en sus artículos como una manera de remarcar la existencia de un núcleo esencial, no solo de las normas individualmente observadas, sino que del ordenamiento jurídico como sistema. Vale decir, que es posible observar en la obra de DOUGNAC un convencimiento sobre la

existencia de ciertas bases normativas relativamente inmutables que le dan sentido al derecho en general, y al derecho ambiental en especial, tanto a nivel interno como internacional. Señalaba en este sentido que:

“Debemos tener presente que la garantía o derecho a un medio ambiente sano se ha insertado firmemente dentro de las disposiciones fundamentales que rigen las naciones, tanto en el orden interno como en el internacional, y que al pasar ella al derecho internacional público y asociarse a los derechos humanos se ha transformado en un principio de *jus cogens*” (DOUGNAC, 2009, p. 102).

DOUGNAC consideraba que existe un *ius cogens* interno y uno internacional, y que los derechos humanos, entre ellos el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, son parte integrante de ambos. Señalaba en ese sentido que:

“Los derechos humanos constituyen preceptos fundamentales del *jus cogens*, ya sea interno o internacional. Por *jus cogens* interno entendemos los valores esenciales sobre los cuales está estructurada la Nación, y por ende, el Estado. Sus normas podrían incluirse dentro del concepto que tradicionalmente se ha denominado ‘orden público’ aun cuando es de alcance más amplio” (DOUGNAC, 2009, p. 104).

La inclusión del derecho al ambiente en el orden público o *ius cogens* interno tenía especial importancia para él, en el sentido de fortalecer la idea de que el derecho en cuestión se sobrepone a cualquier otra categoría jurídica, como la ley. Adicionalmente, porque esa incorporación supondría una inderogabilidad de las normas (DOUGNAC, 2009, pp. 108-109).

Por su parte, la consideración del derecho al ambiente como *ius cogens* internacional, tiene como consecuencia que este derecho no pueda ser derogado por los Estados y, por lo tanto, que en cualquier caso deba ser respetado a los sujetos que habitan en cualquiera de los Estados, independientemente del reconocimiento específico en el ordenamiento interno (DOUGNAC, 2009, p. 125).

## 2.4. La contaminación como concepto de interpretación

A medida que la discusión sobre el concepto de un medio ambiente libre de contaminación para efectos constitucionales, algunas voces intentaron reducir el campo de acción del derecho fundamental, señalando que solo existiría un ambiente contaminado cuando se produjera contaminación en los términos en que el artículo 2 letra m) de la Ley 19.300 lo expresa. Vale decir, cuando hay una sustancia en el ambiente que se encuentra en concentraciones por sobre una norma<sup>8</sup>.

Dicha interpretación fue discutida con fuerza por el autor, en el entendido de que una norma legal no puede reducir el ámbito de aplicación de un derecho humano. Para ello, DOUGNAC reconocía, a propósito de la lectura de las actas de la Comisión Ortúzar, que la Constitución no pretendía eliminar toda contaminación, sino que consideraba la existencia de umbrales aceptables de ella. Sin embargo, dichos umbrales, para DOUGNAC, no podrían ser contrarios a la esencia del derecho del artículo 19 N.º 8, tomando en consideración el artículo 19 N.º 26 de la misma Constitución.

Adicionalmente, y considerando que dicha interpretación contiene bastantes problemas internos y claramente no da cuenta de la extensión del derecho en cuestión, DOUGNAC contestaba principalmente con un argumento de la propia Constitución. Primero, dando cuenta de que la discusión de la Comisión Ortúzar no referenciaba dejar al legislador la definición de contaminación. Segundo, dando cuenta de que el derecho del 19 N.º 8 es parte del derecho a la vida y no puede ser coartado legislativamente. Y, en tercer lugar, expresando que, en base a la igualdad ante la ley, no pueden existir normas o permisos que hagan posible contaminar al nivel de dañar la vida de otras personas (DOUGNAC, 2011, p. 101).

La visión del autor, como se ha explicado también antes, es que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación envuelve un concepto en sí mismo y que es respecto de ese concepto, que a su

---

<sup>8</sup> Una revisión de esta discusión es posible de profundizar en AGUILAR (2016).

vez se conecta con una vida de calidad, desde donde debe observarse la existencia de resguardo.

## REFLEXIONES FINALES

Fernando Dougnac abrió una senda en la justicia ambiental en Chile. Construyó un modo de litigar y pensar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que fuera responsivo tanto de los valores que inspiraron la incorporación de ese derecho, como de las realidades materiales en que su aplicación era necesaria.

Para la construcción de esa senda, tuvo que despejar una serie de incógnitas y, entre ellas, la indeterminación de un derecho que, si bien era nuevo, también era consistente con otras garantías constitucionales. En ese andar, Dougnac fue dotando de forma al derecho antes que nadie, tanto para efectos prácticos como académicos. Con ello abrió una manera de entender el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que, si bien puede haber sido debatida en sus inicios, ha terminado por convertirse en aquella que es más responsiva del avance del derecho ambiental.

Así las cosas, si observamos como la Organización de Naciones Unidas ha acordado la incorporación del derecho al ambiente sano, limpio y sostenible, podremos notar que buena parte de las ideas de DOUGNAC se encuentran allí recogidas<sup>9</sup>, dando cuenta de la claridad que tuvo para observar las formas en que el medio ambiente debía ser protegido.

---

<sup>9</sup> En efecto, la res. A/76/L.75 de 26 de julio de 2022, expresa que las Naciones Unidas: “1. Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano; 2. Observa que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente; 3. Afirma que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional; 4. Exhorta a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos”.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo (2016): “Las deficiencias de la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Estudios constitucionales*, vol. 14, N°.2, pp. 365-416. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002016000200012&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200012&lng=es&nrm=iso)>.
- DOUGNAC, Fernando (2001): “Reflexiones sobre la Acción de Protección y su Sentencia”, en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 28 N°3, pp. 615-630.
- (2003): “La garantía del N.º 8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano”, en *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Universidad de Chile*, primera edición. (Santiago: LOM Ediciones).
- (2004): “El ‘Jus Cogens’ como uno de los Fundamentos del Derecho Ambiental”, en *II Jornadas de Derecho Ambiental: Prevención y Solución de Conflictos Ambientales*. (Santiago: Lexis Nexis).
- (2009). “Reflexiones sobre algunos principios y valores que regulan el medio ambiente en Chile”, en *Revista de Justicia Ambiental* N°.1, pp. 101-129.
- (2011): “El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público: en relación con los principios que informan el derecho ambiental en Chile”, en *Revista de Justicia Ambiental* N°.3, pp. 115-140.
- (2012): “El resguardo jurisprudencial del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: comentario y análisis de algunos fallos recientes”, en *Revista de Justicia Ambiental* N°.4, pp. 257-292.
- (2014): “El deber-obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas”, en *Revista de Justicia Ambiental* N°.6, pp. 95-113.

## LA DEFENSA POR FERNANDO DOUGNAC DEL LAGO CHUNGARÁ Y SUS BOFEDALES DEPENDIENTES. UN HITO EN LOS 40 AÑOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL CHILENA

The defense by Fernando Dougnac of the Chungará Lake and its dependent wetlands. A milestone in the 40 years of Chilean environmental constitutional case law

**Verónica Delgado Schneider**

Abogada. Doctora en Derecho, Università Tor Vergata  
Profesora de Derecho Ambiental y Aguas, Universidad de Concepción  
Directora del Programa de Derecho, Ambiente y Cambio Climático  
de la Universidad de Concepción

*RESUMEN: En este trabajo de homenaje exponemos críticamente el célebre caso del lago Chungará (1985), describiendo el aporte de Fernando Dougnac al desarrollo jurídico ambiental chileno. Destacamos esta decisión judicial como aquel que mejor representa los vaivenes de la jurisprudencia chilena en torno a la interpretación de nuestras normas ambientales constitucionales, al punto de afirmar que el triunfo que tuvo Fernando Dougnac en 1985, no lo habría tenido en épocas posteriores, dada las restrictivas interpretaciones que fueron adoptando los tribunales chilenos. Lo destacable y paradójico es que este fallo es un caso importante de lo que hoy se podría invocar también como derechos de la naturaleza, específicamente del lago Chungará o su protección ecológica. Para entender su contexto, resulta pertinente resumir las normas ambientales de la Constitución de 1980. Luego, presentamos un resumen del caso Chungará, identificando finalmente, sus aciertos más importantes y nuestra jurisprudencia pasada y reciente.*

*PALABRAS CLAVE: caso lago Chungará, Corte Suprema, evolución jurisprudencial, Fernando Dougnac, interpretación ecosistémica, jurisprudencia chilena, protección ecológica.*

*ABSTRACT: In this tribute-work we critically expose the famous Lake Chungará case (1985), describing the contribution of Fernando Dougnac to the*

*Chilean environmental legal development. We highlight this ruling, as the one that best represents the ups and downs of Chilean case law regarding the interpretation of our constitutional environmental regulations, until the point of asserting that the victory that Dougnac had in 1985, he would not have had in later times, given the restrictive interpretations that the Chilean courts were adopting. What is remarkable –and also paradoxical– is that this ruling is an important case of what today could also be invoked as nature’s rights, specifically for Lake Chungará or its “ecological” protection. To understand its context, it is pertinent to summarize the environmental regulations of the 1980’s Constitution. Then, we present a summary of the Lake Chungará case, and finally identify its most important successes and our past and recent Jurisprudence.*

*KEYWORDS: case law evolution, Chilean case law, Chilean Supreme Court, ecological protection, ecosystemic legal interpretation, Fernando Dougnac, Chungará Lake case.*

## INTRODUCCIÓN

Si hay algo que caracterizó a Fernando Dougnac fue la búsqueda permanente de mejoras al derecho chileno, especialmente del derecho ambiental, sin perjuicio de sus innumerables aportes al derecho de aguas. Y esta búsqueda la ejercía desde una óptica doblemente interesante: por una parte, como un avezado abogado litigante, conocedor de los problemas prácticos que se originaban por la interpretación de las normas ambientales de la Constitución de 1980, y luego con la Ley N.º 19.300 y, por la otra, como un gran estudioso de los estándares internacionales relacionados a la protección ambiental.

En su vida lideró varios casos emblemáticos y en cada uno de ellos se pueden identificar novedosas y anticipadas interpretaciones del derecho vigente, puntillosas críticas y, por cierto, alusiones al derecho internacional que debía respetarse. Hoy dedicaré estas líneas en su honor, al caso del lago Chungará, donde espero describir el aporte de Fernando Dougnac. Como profesora de derecho ambiental, este fallo constituye –a mi juicio– el que mejor representa los vaivenes de la jurisprudencia chilena en torno a la interpretación de nuestras normas ambientales constitucionales; al punto de afirmar que el triunfo que tuvo Fernando

Dougnac, en el año 1985, no lo habría tenido en épocas posteriores, dadas las restrictivas interpretaciones que se fueron adoptando en los Tribunales. Y posiblemente habría triunfado en el último tiempo, pues especialmente la Corte Suprema ha recuperado gran parte de la visión acertada que en ese fallo se tuvo y que, seguramente, se inspiró en la lucidez de lo alegado por nuestro homenajeado. Lo paradójico es que este fallo es un caso importante de lo que hoy también se podría invocar como derechos de la naturaleza, específicamente del lago Chungará o su protección ecológica, categoría y enfoque que integró la propuesta rechazada de Nueva Constitución para Chile, en el pasado plebiscito del 4 de septiembre de 2022.

De manera previa, resulta pertinente resumir las normas ambientales de la Constitución de 1980. Luego, presentaré un resumen del caso Chungará, identificando finalmente, sus aciertos más importantes y nuestra jurisprudencia pasada y reciente.

## **1. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EL AMBIENTE: UNA VISIÓN QUE DESCONOCE LA NATURALEZA COLECTIVA DE LAS CUESTIONES AMBIENTALES<sup>1</sup>**

A continuación, presentaré las principales normas ambientales de la Constitución de 1980, considerando como tales el tradicional análisis del derecho, deberes y acción de protección, así como las limitaciones o restricciones a derechos o libertades que se pueden imponer por razones ambientales, en el orden constitucional. No abordaré otras temáticas ambientales como el régimen de propiedad de los recursos naturales, la descentralización, el valor de los tratados internacionales, los derechos de los pueblos indígenas, impuestos, entre otras materias, por no ser el objeto central del trabajo.

### **1.1. Derecho, deberes y acción**

El artículo 19 N.º 8 inciso primero de la Constitución consagra un derecho fundamental ambiental de todas las personas, con deberes de

---

<sup>1</sup> Exposición más pormenorizada en DELGADO Y HERVÉ (2021), pp. 173-180.

protección estatal: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

Para la defensa de este derecho, existe una acción constitucional, el recurso de protección, que se ejerce para exigir que se respete y así se ordene el restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, su ejercicio tiene varias limitaciones, si se le compara con otras garantías como la propiedad o la libertad de empresa, destacando que solo se pueda ejercer contra actos u omisiones ilegales, y no cuando ellos son solo arbitrarios, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución. Esto constituye un serio problema, pues se trata de un sector con pocas normas y bastantes facultades discrecionales. Hace referencia solo al afectado, sin utilizar la fórmula de protección general del recurso basado en amenaza, privación o perturbación, lo que dio lugar a que se pusiera en duda por algunos si procedía ante amenazas. Esto representaba la interpretación más restrictiva posible de una norma ambiental, que de por sí pertenece a una disciplina donde el principio preventivo es su pilar fundamental.

Es importante advertir, además, que la reforma del año 2005 incluyó, al menos para la acción de protección ambiental, la posibilidad de recurrir contra omisiones, pues en el texto original solo se consideraron las acciones, justamente para evitar que se emplazara a un Estado que de la temática ambiental poco sabía a la época. Y ello ha sido positivo, especialmente en aquellos casos en que el Estado no ha realizado lo que debía y no se ha coordinado para ello entre las varias autoridades competentes, como en el vertimiento de salmones en Chiloé<sup>2</sup> y las intoxicaciones en Quintero y Puchuncaví<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema, causa Rol N.º 34.594-2017, caratulada “Julio Cárdenas en representación de Sindicato de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, Buzos mariscadores, ayudantes y ramos similares de Bahía Cualín contra SERNAPESCA y otros”, de fecha 22 de mayo de 2018. Véase el comentario de jurisprudencia a esta sentencia en moraga, delgado y farías (2018).

<sup>3</sup> Corte Suprema, causa Rol N.º 5888-2019, caratulada “Francisco Chahuán contra

Por otra parte, en relación con los deberes, es evidente que la fórmula constitucional es igualmente incompleta: el deber de protección alcanza solo al Estado y no a todas las personas, naturales y jurídicas, como si no debiéramos todos tributar al desarrollo sostenible. Además, el deber se limita solo a la preservación de la naturaleza, sin incluir otros elementos del ambiente, como el sociocultural. Tampoco se imprime claramente su fundamento o finalidad –la referencia del por qué o para qué, respectivamente–, cuestión que le darían mayor amplitud, como de desafío colectivo o común a enfrentar, así como la fuerza necesaria para imponerse como derecho o deber reconocido a nivel constitucional, ante la oposición a otros derechos individuales, como se verá.

## 1.2. Restricciones a otros derechos y limitaciones al derecho de propiedad por razones ambientales

La cláusula que permite resolver la tensión entre otros derechos fundamentales y el derecho al medio ambiente se encuentra en el artículo 19 N.º 8, inciso segundo: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Se trata de los derechos a adquirir toda clase de bienes, la libertad de empresa y el derecho de propiedad. La tensión aludida también se aborda al establecer un límite interno al contenido de la propiedad privada, esto es, la función social de la propiedad, incluyendo expresamente la conservación del patrimonio ambiental. El artículo 19 N.º 24, inciso segundo dice:

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

---

Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A.”, de fecha 28 de mayo de 2019.

Pero estas limitaciones comprenden un límite importante al legislador, ya que no podrán “afectar estos derechos en su esencia” (art. 19 N.º 26). Y si se revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de otros tribunales sobre la cuestión, los casos ambientales de la función social son pocos y los criterios nada claros<sup>4</sup>.

## 2. ¿QUÉ SE PROTEGIÓ EN EL CASO CHUNGARÁ?

### 2.1. El lago Chungará y el Parque Nacional Lauca

El lago Chungará forma parte del Parque Nacional del Lauca, junto con las lagunas del Cotacotani y las ciénagas del Parinacota. Además, el lago Chungará mismo fue declarado por la UNESCO en 1981, a petición de Chile, reserva mundial de la biosfera (ROMÁN, 2014), por contener o sostener especies únicas, algunas en peligro de extinción, y también por la característica de gran belleza que presenta este conjunto de lagos y volcanes. Sus aguas son extremadamente salinas, dando sustento a una rica biodiversidad y la vida de varias lagunas y bofedales (UNESCO, 2020).

### 2.2. Las partes

Fernando Dougnac presentó, por *fax*, un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Arica, contra el director de Riego de la Primera Región y otras autoridades, en representación de Humberto Palza Corvacho, agricultor y regante de un predio ubicado en la región de Putre, aguas arriba del valle de Azapa, y que forma parte de la Cooperativa Juan Noé, y otros vecinos, quienes extraían para el regadío aguas de pozos que se surten de filtraciones del subsuelo provenientes del conjunto lacustre de la zona<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Sobre los casos presentados ante el Tribunal Constitucional, véase el análisis de GUZMÁN (2012, pp. 72-76). Por su parte, para conocer de los análisis sobre las problemáticas asociadas al derecho de propiedad y sus limitaciones, estimo imprescindible revisar los trabajos de GUILOFF (2016, 2018a, 2018b); GUILOFF y MOYA (2020); GUILOFF y SALGADO (2020).

<sup>5</sup> Corte Suprema, causa Rol N°19.824, caratulada “Palza Corvacho, Humberto con director

Se solicitó no continuar con el trasvase, mediante bombeo, de aguas desde el lago Chungará hasta el valle de Azapa, para vaciarlas en las lagunas del Cotacotani, distantes unos 4 kilómetros de aquel. El bombeo proyectado por la autoridad contempló como objeto, primero, aumentar la capacidad de riego en el valle de Azapa y, segundo, la generación de energía hidroeléctrica en la central Chapiquiña, situada aguas abajo. Tal como señala el considerando octavo de la sentencia, las aguas de estas lagunas se vacían a unos 30 metros más bajo en las ciénagas del Parinacota, fuente a su vez del río Lauca y del canal de ese nombre que conduce sus aguas hasta la Central Hidroeléctrica de Chapiquiña, derramándolas después en una quebrada del San José, el río del valle de Azapa.

Para estos propósitos, como resumen de hecho el considerando séptimo, se había ya dispuesto de una reserva de agua a favor del fisco y una petición ante la Dirección General de Aguas para una concesión de derechos de aprovechamiento con el carácter de consuntivos, permanentes y continuos para extraer del Chungará 8 millones de metros cúbicos anuales. Y se instaló una estación de bombeo en un punto de la ribera del lago Chungará con el propósito de extraerle este “apreciable caudal de agua anualmente”. De hecho, la extracción de aguas ya se había empezado a ejecutar.

### 2.3. Garantías en las cuales se funda el recurso

Pese a que la extracción de aguas ya se había empezado a ejecutar, la acción se fundó en la amenaza a dos derechos: al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contenido en el numeral 8 del artículo 19, y al derecho de propiedad de los regantes de la zona, liderados por Palza Corvacho, según lo dispuesto en el numeral 24 del mismo artículo 19.

---

de Riego de la Primera Región y otros”, de fecha 19 de diciembre de 1985. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXII (1985), N°. 3, Sec. V, pp. 261-274, considerando segundo.

## 2.4. Se acoge el recurso de protección

Se alegó que existían dos amenazas y la Corte Suprema finalmente así mismo lo declaró: la primera, que la conducción de las aguas del lago Chungará a las del río San José, produciría un deterioro en la calidad de las aguas, debido al aumento de la salinidad, que disminuiría la capacidad agrícola de las tierras de los agricultores de la zona, amenazando dominio, uso y goce de sus derechos de agua y tierras por la contaminación de sus aguas subterráneas provenientes de filtraciones de las lagunas del Cotacotani y de las ciénagas del Parinacota, convirtiéndolas en no aptas para todo riego agrícola<sup>6</sup> ni para bebida<sup>7</sup>, debido a la mezcla con aguas extraídas del lago Chungará, de mayor salinidad. Y la segunda, que es la que más interesa a este análisis, que existiría la amenaza de alterar el equilibrio ecológico del lago<sup>8</sup>.

De esta manera, y confirmando la sentencia de primera instancia que había suspendido temporalmente la extracción de aguas del Chungará, la Corte Suprema resuelve en 1985<sup>9</sup> que la suspensión, “subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley”<sup>10</sup>. Es decir, y como se verá con detención, la voluntad política internacional de Chile pesó en la decisión.

De esta resolución y de los fundamentos del fallo que ahora revisaré, resulta evidente que el tribunal protegió al lago y sus ecosistemas, por la

---

<sup>6</sup> Acreditado con un estudio de la Universidad de Tarapacá, relativo a la composición química del agua de ese lago y su comparación con las del Cotacotani y ciénaga del Parinacota.

<sup>7</sup> Considerando quinto.

<sup>8</sup> Corte Suprema, “Palza Corvacho, Humberto con director de Riego de la Primera Región y otros”, 19 de diciembre de 1985, redactada por el ministro Sr. Osvaldo Erbetta Vaccaro pronunciada por los ministros Sres. Luis Maldonado B., Octavio Ramírez M., Osvaldo Erbetta Y., Hernán Cereceda B., y Enrique Zurita C.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ídem, parte resolutive.

importancia *per se* que tienen, más allá del tema de la protección de los regantes de la zona, constituyendo así una de las primeras decisiones ecológicas y con enfoque ecosistémico de nuestro máximo Tribunal. De hecho, así argumenta:

“un postulado de la Ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la Declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas”, en que “todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza”, pues “hasta ese momento todo desarrollo se hacía a costa de destruirla, y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno” (considerando 12).

### 3. LOS ACIERTOS DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia de la Corte Suprema, en este caso, es uno de los fallos más importantes del derecho constitucional ambiental chileno. Generalmente se destaca de manera positiva que dio un amplio concepto de las expresiones utilizadas por la Constitución (medio ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza), pero por otra parte también se critica pues simplemente las asimiló (VALENZUELA, 1990). En este trabajo, me quiero detener, más bien, en la visión ecológica y ecosistémica de la sentencia y otras cuestiones relevantes.

#### 3.1. La visión ecológica y ecosistémica prima por sobre la antropocéntrica

En efecto, cuando la Corte Suprema acoge el recurso de protección, si bien asimiló las expresiones constitucionales medio ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza, las dotó de un contenido amplio y ecológico, más que antropocéntrico. Señaló textualmente:

“El ‘medio ambiente’, el ‘patrimonio ambiental’, la ‘preservación de la naturaleza’ de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a

la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida” (considerando 10).

Entrega una de las más aplaudidas definiciones jurisprudenciales de medio ambiente, que fue repetida una y otra vez en posteriores fallos<sup>11</sup>, aunque luego decayó en su uso, una vez que la Ley N.°19.300 estableció nuevas definiciones para todos los efectos legales. En esta definición contemplada en la sentencia, la Corte junto con mencionar varios de los elementos que conforman la naturaleza, como atmósfera, tierra, aguas, flora y fauna, señala que ella tiene sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven, y si se sufre contaminación o una alteración perjudicial, se afectará la vida en general y no solo la humana.

Por otro lado, si bien la Corte reconoce que hay un conflicto entre la protección de este equilibrio natural y “los beneficios que traería consigo el aumento del caudal de riego para numerosos propietarios agrícolas del valle de Azapa y por el aumento del potencial eléctrico de la Central Chapiquiña” resulta “primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente que se promueve en el recurso de protección...” (considerando 7). Es decir, frente a un conflicto entre privados, y entre privados y el ambiente, se resolvió a favor del equilibrio del ecosistema existente, que dependía justamente del volumen de las aguas del lago.

Se explica en la sentencia que, si bien la extracción de 8 millones de metros cúbicos al año respetaría cierta cota mínima respecto del nivel del mar, se acreditó que ocasionaría un descenso de las aguas del lago en 5 metros, de una profundidad máxima de solo de 32 metros:

“dejando así en seco una playa de 400 hectáreas (el 20% de las 2 mil hectáreas que tiene el lago) hoy bajo aguas poco profundas que permiten el desarrollo de plantas acuáticas y crustáceos que sirven de alimento a valiosas especies de aves cuyo hábitat es el lago, algunas únicas en el mundo, y que al disminuir su espejo de agua en un 20% disminuirá la

<sup>11</sup> Para un completo análisis sobre el particular, ver VALENZUELA (1990).

evaporación natural cuya humedad permite el crecimiento y desarrollo de bofedales de los que se alimentan especies valiosísimas de la fauna típica del altiplano... Todo esto afectará el medio ambiente regido por el sistema lacustre natural existente en esa zona” (considerando octavo)<sup>12</sup>.

Se agrega, en el considerando undécimo, que

“el lago Chungará experimentará inexorablemente un descenso de su nivel que afectará su estabilidad hidrológica como también su equilibrio ecológico [...]; muchas de las aves acuáticas se verán obligadas a emigrar; la superficie se reducirá enormemente, dejando al descubierto gran parte de la actual plataforma lacustre (...) cuya flora morirá y será arrastrada por las lluvias hasta el resto del lago”.

El fallo, por cierto, también se refiere al perjuicio que puede existir para la población en el considerando undécimo, pero resulta “primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente”. En efecto, se reconoce que “las aguas del Chungará no son aptas para el riego ni la bebida y que al mezclarlas con las del Cotacotani desmejorarán y contaminarán las aguas de riego del terreno del señor Palza y sus vecinos”. E inclusive se afirma en el mismo considerando, que:

“la disminución del espejo de las aguas del Chungará, que es de 19 kilómetros cuadrados, y el retiro de sus aguas de la ribera ocasionarán la muerte de la flora y fauna acuáticas que se desarrollan bajo aguas de poca profundidad, todo lo cual entrará en descomposición, infectando y contaminando el restante de aguas de ese lago al ser arrastradas por las lluvias (principalmente fojas 1 de ese Estudio), lo que “comprometerá seriamente un sistema altiplánico regulado en forma natural y podría provocar consecuencias negativas en, la agricultura del valle de Azapa, como asimismo en las aguas para consumo humano de la ciudad de Arica”.

---

<sup>12</sup> Señaló el considerando decimosegundo de la sentencia que “[r]ecordemos también que el director de Riego ha aceptado que la extracción de aguas reducirá el espejo actual del lago en un 20% y que rebajará su profundidad en 5 metros, quedando en seco unas 400 hectáreas (el 20% de las 2.000 hectáreas que tiene el Chungará)”.

### 3.2. Las hipótesis abarcan casos en que no necesariamente existe contaminación

De los párrafos anotados es evidente que, para la Corte Suprema, la garantía constitucional del artículo 19 N.º 8 abarca no solo hipótesis de contaminación en sentido estricto. De hecho, el considerando décimo, donde se contiene la definición de medio ambiente, termina señalando: “El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”. Es decir, la protección alcanza –y lo destaco– aquellos casos de deterioro de un ecosistema más allá de la existencia o no de contaminación, como exige expresamente la norma constitucional.

### 3.3. La responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de los Convenios Internacionales que suscribe

Además, en este fallo, se da una correcta aplicación de instrumentos jurídicos internacionales, especialmente aquellos que regulan a los parques nacionales y las reservas de la biósfera, cuestión que durante muchos años han sido y siguen siendo denunciadas por incumplidas en varias zonas del país. En función de ello, se acudió a una concepción moderna de la responsabilidad del Estado de Chile ante sus compromisos internacionales y se aludió expresamente a lo que llamaré el beneficio o disfrute ambiental del pueblo chileno y las generaciones que vendrán. Así, en primer lugar, la propia sentencia razona que:

“se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta Convención y por tanto la ley chilena hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos entre los que se encuentran los Parques Nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los Parques Nacionales no podrán explotarse con fines comerciales”.

Asimismo, explica en su considerando décimo tercero que:

“En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar no tiene por fin primordial una explotación comercial pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56 (...) se produciría una destrucción en cadena de algas y aves acuáticas y disminuirían los bofedales que lo circundan, en que se sustenta la fauna tan especial de esa zona”.

Por último, el razonamiento de la sentencia recuerda que el lago Chungará forma parte del Parque Nacional del Lauca, junto con las lagunas del Cotacotani, y las ciénagas del Parinacota, por lo que todo ese sistema está protegido por la ley. Asimismo, el propio lago Chungará fue declarado por la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, a petición de Chile, por contener o sostener especies únicas, algunas en peligro de extinción, y también por su característica de gran belleza que presenta este conjunto de lagos y volcanes. Termina sosteniendo que este bombeo hecho a un lago situado en un Parque Nacional y declarado Reserva de la Biosfera vulnera diversos acuerdos y convenciones internacionales y la legislación nacional.

En segundo lugar, el considerando décimo cuarto señala:

“se dispuso hacer cumplir como ley de la República la Convención aprobada sobre Protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural, suscrita en UNESCO en noviembre de 1972, considerándose como patrimonio mundial: los monumentos de la naturaleza, las formaciones geológicas y las zonas que sirvan de hábitat de especies de animales y vegetales amenazadas que tengan valor universal y los lugares que desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de las bellezas naturales, sean interesantes, declarándose que incumbe a los Estados indicar y delimitar esos puntos o zonas, patrimonio que debe conservarse, protegerse y transmitirse a las generaciones futuras, tomando las medidas jurídicas, científicas y técnicas para la defensa del patrimonio natural de valor universal, terrenos o zonas que serán inscritos en la

Lista que confeccionará el Comité sobre el Patrimonio Mundial, con el consentimiento del Estado interesado (...) Pues bien, a petición de Chile, se declaró al lago Chungará como reserva de la biosfera”.

En el considerando décimo sexto, se alude a la responsabilidad de Chile frente a los Tratados que suscribe:

“Que todo lo anterior –la existencia de los Convenios Internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y la flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un Parque Nacional y en el listado de la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional, y, por otro lado, la existencia de nuestra propia legislación que contiene incluso preceptos constitucionales que ordenan al Estado el deber de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza– y los estudios y antecedentes agregados a la causa, estaban y están demostrando la urgente necesidad de disponer la paralización, por ahora, de toda extracción de aguas del Chungará mientras forme parte del Parque Nacional Lauca y subsista sin limitaciones su inclusión como reserva mundial de la biosfera; la autoridad suprema, encargada del gobierno y de la administración del Estado, obviamente tendrá que considerar, a la luz de nuevos estudios, cuánto podría afectar la extracción de aguas de ese lago al medio ambiente natural existente en la zona, al sistema ecológico imperante y sopesar las transformaciones que podría sufrir el lago, el segundo más alto del mundo, que, en su estado natural, aún no muy hollado por el hombre, es un imponente y bello monumento de la naturaleza”.

#### 3.4. La responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de su normativa interna

Por otra parte, en cuanto a la materialización de los compromisos internacionales voluntariamente asumidos por el Estado, se señala respecto a la regulación nacional en su considerando décimo quinto, que:

“Que la Ley 18.362 de 1984, instituyó el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado y entre sus finalidades de protección

señala en su artículo 1º a) mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad de ecología natural del país o lugares con comunidades animales o vegetales, paisajes o formaciones geológicas naturales, a fin de posibilitar la educación e investigaciones y de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, las migraciones animales, los patrones de flujo genético y la regulación del medio ambiente; b) mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestre y racionalizar su utilización; [...] d) mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales; y e) preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural (...) Esta ley acepta, entre sus clasificaciones, la existencia de Parques Naturales y declara incluidos en éstos, los que ya habían merecido anteriormente esa designación. Definiendo los Parques Nacionales consigna que están constituidos por áreas generalmente extensas, donde existan diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Los objetivos de esta categoría de manejo –de los Parques Nacionales– son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación”.

### 3.5. La evidencia científica y los cambios culturales exigen ir adaptando las decisiones de las políticas públicas

La sentencia, en su considerando décimo séptimo, se centra, además, en que, si bien pueden existir políticas a largo plazo, ellas deben ser siempre contrastadas con la evidencia científica y, por ende, pueden cambiar si el resultado de su aplicación deviene en consecuencias ambientales negativas:

“Que es verdad que en virtud de disposiciones gubernamentales –de diversos decretos supremos– y desde antaño, se ha estado impulsando un Plan destinado a extraer aguas del Chungará para lo cual se ha reservado parte de sus aguas y se ha terminado por instalar en una de sus orillas una estación de extracción de aguas mediante bombas impulsadas eléctricamente, aparte de otras obras más que contempla

dicho Plan y en que los Ministerios del Ramo se han propuesto realizar una extracción de 8 millones de metros cúbicos al año con la finalidad de mejorar el riego agrícola del valle de Azapa en algunas hectáreas y aumentar el potencial eléctrico en algunos kilowatts hora, con las probables consecuencias adversas que se han señalado para el medio ambiente y el sistema ecológico imperante, pero es lo cierto que actualmente se dispone de nuevos antecedentes y de estudios más completos y se comprende mejor la necesidad de proteger la naturaleza y el medio ambiente así como las bellezas escénicas naturales, reservando ciertas secciones del territorio con fines de estudio y recreación, en una época en que las naciones han acordado ‘hacer las paces con la naturaleza’ y respetar sus santuarios o monumentos naturales y sus bellezas escénicas y en que la nueva Constitución Política ha dispuesto como deber del Estado preservar la naturaleza y el medio ambiente, libre de contaminaciones, otorgando a los particulares el recurso de protección respecto de algunos de los derechos y garantías que instituye... Con estos nuevos antecedentes y la posibilidad insinuada de que existirían otras fuentes de aguas de que echar mano para los propósitos de la administración, se deberá resolver jurídica y definitivamente el diferendo surgido entre ciertas autoridades y los recurrentes y demás habitantes de la región, sin perjuicio de acciones judiciales que pudieran impetrarse”.

### 3.6. El plazo para recurrir y la tesis de agravio permanente

En la época de este caso, el plazo del recurso de protección ambiental era de 15 días hábiles contados desde la acción ilegal y arbitraria. De manera esperable, la parte recurrida alegó que el recurso era extemporáneo, sin perjuicio de ello la sentencia declaró que:

“Si las actuaciones del recurrido no constituyen un hecho aislado sino una sucesión ininterrumpida de actos que el recurrente tacha de ilegales y que le agravian, de suerte que esos actos se han renovado día por día y configuran un estado indivisible que perdura hasta el mismo momento en que el Tribunal conoce del recurso de protección, es evidente que éste se encuentra interpuesto dentro del plazo fijado al efecto por el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre su tramitación”.

Este es seguramente el primero, o uno de los primeros fallos, en que se acogió la llamada tesis del agravio permanente en materia ambiental, destacado por el profesor Rafael Valenzuela, junto al caso de los olores derivados de las fábricas de harina de pescado, donde entre otros argumentos se invocó el art. 937 del Código Civil, que tiene su par en aguas en el Código de Aguas, donde Andrés BELLO impone que “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompen el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (2010).

### 3.7. Síntesis de la decisión

Finalmente, y ya en la parte resolutive de la sentencia, la Corte Suprema mantiene la suspensión de la extracción de las aguas del lago que la Corte de Apelaciones de Arica había decretado, agregando, en su considerando 18, que dicha suspensión:

“subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley”.

Además, del fallo se desprende que:

“Es deber del Estado –según el ordenamiento constitucional– velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza, y evitar, en consecuencia, que por su propia acción o la de sus organismos que lo componen, se efectúen obras o actividades que contaminen aguas o alteren el equilibrio ecológico, tanto más en aquellos lugares que el propio Estado ha declarado como Parque Nacional y se ha dado un régimen jurídico que lo proteja”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte Suprema, “Palza Corvacho, Humberto con director de Riego de la Primera Región y otros”, 19 de diciembre de 1985. Rol N°19.824. Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXII (1985), N.º 3, Sec. V, p. 261.

#### **4. DESPUÉS DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N.º 19.300 Y LA JURISPRUDENCIA ANTROPOCÉNTRICA QUE A SU ALERO SE FORJÓ, ¿FERNANDO DOUGNAC GANARÍA NUEVAMENTE ESTE CASO?**

La respuesta a esta pregunta dependerá de la época que revisemos. Realmente la jurisprudencia ha cambiado en estos 40 años y hubo muchos periodos en que varios de los aciertos de la Corte Suprema de la época se perdieron, principalmente tras la dictación de la Ley N.º 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, que creó la institucionalidad ambiental, con definiciones, principios e instrumentos de gestión ambiental con una potente base antropocéntrica, así como con otras reformas, por ejemplo, al auto acordado del máximo Tribunal en torno al plazo del recurso, como se verá.

##### **4.1. Las hipótesis cubren casos de contaminación asociada a la salud de las personas, salvo casos puntuales de molestias a la calidad de vida**

La jurisprudencia a partir del año 1994, con la entrada en vigencia de la Ley N.º 19.300, básicamente se ha restringido a limitadas hipótesis donde ha estado en juego la vida y salud de las personas, rechazando la protección cuando no hay superación de una norma que determine legalmente que sí existe contaminación. Para ello ha aplicado rigurosamente la definición, para todos los efectos legales de contaminación, que exige siempre superar una norma que fije los límites permitidos o prohibidos de contaminantes<sup>14</sup>. Como es sabido, dichas normas, deno-

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, en sentencia recaída en el caso “Novatec”, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol N.º.806-2009, y caratulada “Loreto Flores Tapia con Empresa Kitzo Sociedad Ltda.”, se falló en el considerando décimo quinto que: “aunque los ruidos molestos de las faenas de construcción desplegadas por la recurrida hayan sobrepasado los límites máximos permitidos no constituye una conducta ilegal, toda vez que a dicha actividad no resulta aplicable el DS N.º. 146 de 1998”. O, como en la sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol 202-2009 caratulada “Marcela Gumersinda Olate Palma contra Empresa Constructora JCE S.A.”, el considerando quinto de la sentencia señaló : “tampoco se ha indicado con precisión (...) si, lo que la recurrente califica de “polución”, vulnera alguna normativa existente al respecto y de qué manera, sobre todo considerando que tratándose de contaminación, cualquiera que esta sea, ella se mide bajo ciertos parámetros, de suerte tal que cuando se excede ciertos rangos fijados

minadas normas primarias de calidad, básicamente resguardan la salud de las personas, y aún hay muy pocas normas secundarias de calidad ambiental, que resguardarían el bienestar, por ejemplo, de ríos, lagos o cuencas determinadas.

Sin embargo, desde hace un tiempo ha habido casos en que se ha tutelado más bien la calidad de vida, bien jurídico considerado en la definición de medio ambiente libre de contaminación de la misma Ley N.º 19.300 y que siempre debió ser usado antes que la de contaminación. Así, por ejemplo, se han acogido recursos por malos olores, y ello aun cuando no existe norma en Chile<sup>15</sup>.

#### 4.2. Prima la visión antropocéntrica, salvo casos puntuales relevantes recientes

Ya se ha subrayado que, pese al tenor literal del artículo 19 N.º 8, que asegura el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como hipótesis concreta, en el caso del lago Chungará fue evidente que el tribunal incluía casos de no contaminación, pero sí del deterioro del ecosistema *per se*.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior se ha limitado por décadas, básicamente a la protección del ser humano y se ha negado, en casos en los que se trataba de proteger a otras especies de fauna y flora, como animales silvestres, árboles etc. Se rechazó, por ejemplo, la acción para detener la muerte de lobos de mar por la autoridad por afectar las redes de pescadores. La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia que señalaba en el considerando décimo que: “No obstante, lo analizado en los fundamentos anteriores, es del caso señalar que el recurso de protección [...] está dirigido a proteger las garantías constitucionales

---

por la autoridad, generalmente coincidentes con niveles que resultan peligrosos para la salud humana, se estaría en presencia de un grado de contaminación que podría ser catalogado de ilegal”.

<sup>15</sup> Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol 404-2007 “Fernando Dougnac Rodríguez en representación de grupo de mujeres domiciliadas en Calama contra Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.”. Véanse los fallos posteriores en el trabajo de GALDÁMEZ (2018).

de las personas y no alcanza su ámbito de protección a otros seres vivos, lo que no hace posible impetrar, a través de esta vía, una cautela sobre estos mamíferos marinos”.

Vale la pena destacar que el fallo fue acordado, con el voto en contra del ministro Sr. Jordán quien señaló:

“En el asunto específico a que se refiere el recurso, la medida que pretende adoptar la Subsecretaría de Pesca, constituye, por su índole, una amenaza que implica arbitrariedad, pues compromete un medio ambiente libre de contaminación, con respecto a lo cual obviamente se debe tutelar la preservación de la naturaleza que constituye un todo, una unidad que involucra la creación misma con todos los seres, elementos y materias que la integran y que convergen al equilibrio ecológico, a la mantención del patrimonio ambiental, tanto más cuanto que los lobos marinos representan una especie protegida”<sup>16</sup>.

Excepcionalmente, se han acogido recursos en el sentido más amplio, con hábiles expresiones. Por ejemplo, se acogió un recurso de protección ante la poda mutilatoria de los árboles de una avenida de Valdivia, pero gracias a que fue calificado –por la Corte y no por el recurrente– como un caso de contaminación visual para las personas habitantes de la ciudad<sup>17</sup>.

Ahora bien, en casos excepcionales pero muy relevantes, aunque solo en los últimos años, la jurisprudencia ha ampliado la protección a la hipótesis que comprenden atentados evidentes a la integridad de los ecosistemas, con un claro sentido ecológico, aunque siempre se reconducen las soluciones a una visión antropocéntrica. Específicamente, se ha tratado de numerosos casos de graves afectaciones a humedales y, en todos estos casos, la respuesta ha sido a favor de una amplia protección, dictaminando que no solo el Estado tiene el deber de proteger a estos ecosistemas sino también los particulares, aun cuando los humedales

<sup>16</sup> Corte Suprema, causa Rol 259-1999, caratulado “Sociedad de amigos de los animales con Subsecretaría de Pesca”, de fecha 25 de febrero de 1999.

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, causa rol Rol 609-2007, caratulado “Luis Felipe Fernández Larraguibel con I. Municipalidad de Valdivia”, de fecha 21 de diciembre de 2007, considerandos 26° y 29°. Para todo, véase nuestro análisis en DELGADO (2012).

estén en sus propios predios, aunque sean artificiales, aunque ya se cuente con permisos para realizar esas actividades o proyectos, pues existe siempre la obligación de evitar su deterioro y, si el daño se causa, de reparar este daño con acciones que restablezcan el estado del humedal a su situación anterior al daño, y sin limitarlo a restitución en dinero ni en compensaciones (DELGADO y FIGUEROA, 2019). En todos estos fallos, por fin, se escucha la voz de los humedales. Ellos se ubican en el centro de la protección, con independencia de si está afectado el derecho de propiedad que pueda tener un particular sobre la tierra o el agua, como es la lectura tradicional que se hace de estos problemas. Por fin, entonces, se escucha la voz de los ecosistemas naturales reclamando no ser devastados a cambio de los beneficios que proporcionan. En adelante, realizaré una revisión de estos fallos, concentrándome en recursos de protección<sup>18</sup>.

Así, el 27 de agosto de 2018, la Corte Suprema declara que el humedal el Llantén en Puerto Montt es un humedal y que, aunque sea artificial y no goce de protección oficial, debe ser protegido. Para lo anterior, ordena reubicar en tres años un colegio construido sobre él, para despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias, así como implementar una serie de medidas, tanto por los privados como por la Municipalidad, la Secretaría Ministerial Regional de Medio Ambiente y el Servicio de Vivienda y Urbanización, organismos a quien la Corte critica por no actuar coordinadamente. Incluso ordena revisar los permisos ya otorgados para construir sobre el humedal y los pendientes<sup>19</sup>.

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

---

<sup>18</sup> Una revisión más profunda puede ser revisada en nuestro trabajo DELGADO (2021).

<sup>19</sup> Corte Suprema, “Sociedad Educacional Winkler Contreras Ltda. contra Servicio de Vivienda y Urbanización Región de los Lagos y otros”, Protección (27/08/2018). Rol N.º. 118-2018. Véase también algunos comentarios a esta sentencia como MORAGA, DELGADO y FARIAS (2018); TISNÉ (2019).

autorizaciones administrativas y ambientales que correspondan. En este caso, la Corte razona que el derecho minero a catar y cavar no basta para autorizar una actividad de extracción de áridos, sin considerar el riesgo para el ecosistema o el curso de las aguas en que se desarrollan<sup>20</sup>.

En octubre del mismo 2018, la Corte Suprema confirmó la sentencia que rechazó el recurso de protección interpuesto por una empresa que proponía desarrollar una cancha de esquí acuático en laguna grande de San Pedro de la Paz en la Región del Biobío, en plena área urbana, contra la Gobernación Marítima, que negó la autorización. El fundamento fue la contaminación que la actividad puede causar en ese cuerpo de agua que, además de rico en biodiversidad, aunque no protegido todavía, debe mantener el agua limpia para proveer de agua a la comunidad, en caso de emergencias y otras condicionantes que se oyeron fuerte desde el mundo académico<sup>21</sup>.

Y en un caso muy relacionado, en junio de 2021, la Corte Suprema ha reiterado que la sostenibilidad en torno a los humedales implica respetar su integridad y, en el fondo, priorizar en los variados servicios que presta, aquellos que tributan al interés general de la comuna y no a una actividad particular<sup>22</sup>. Se aleja –en forma más decidida– a la visión antropocéntrica y se acerca cada vez más a proteger a los ecosistemas por su valor en sí mismos. En efecto, el máximo Tribunal resuelve que es legal la Ordenanza Municipal que establece una prohibición de uso de embarcaciones o vehículos motorizados que indica en la laguna Avendaño, “a fin de proteger el ecosistema de ese cuerpo hídrico, su flora y fauna, y, eventualmente, para la salud de personas y animales, considerando la ocurrencia de fenómenos tales como la eutrofización, y, en definitiva, su

---

<sup>20</sup> Corte Suprema, causa Rol 5171-2018, caratulado “Denise Choloux Ríos y otros con Gogua Corporation S.A.”, 12 de septiembre de 2018.

<sup>21</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N°. 6412-2018, caratulado “Jaime Valenzuela Biscardi contra Capitania de Puerto de Talcahuano”, 28 de agosto de 2018, y la respectiva sentencia de Corte Suprema, CAUSA Rol N°. 22.196-2018, de 30 de octubre de 2018.

<sup>22</sup> Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021.

integridad medio ambiental, así como la sustentabilidad económica del mismo, considerando su importancia para la comunidad local”<sup>23</sup>.

#### 4.3. La evidencia científica y los cambios culturales exigen ir adaptando las decisiones de las políticas públicas

Paulatinamente en Chile hemos visto cómo la sociedad se ha impregnado de una conciencia ambiental, aunque ello no implica necesariamente el éxito de las acciones encaminadas a ello. Creo que los tribunales, especialmente la Corte Suprema, han sido de los actores que más rápido han comprendido la necesidad urgente de protección ambiental, especialmente a la luz de lo vulnerables que somos ante el cambio climático.

A pesar de las pocas herramientas, son varios los fallos relevantes. Solo destacaré el recién analizado de la laguna Avendaño. Si bien la Corte Suprema se refiere a que “la dictación de esta ordenanza cumple con resguardar derechos fundamentales de las personas”, lo hace estableciendo una protección ambiental reforzada de la laguna, y reconoce que “los tiempos son otros” (considerando 22). A nuestro juicio, en la sentencia se refleja claramente la evolución que se intenta rescatar: que las lagunas o humedales son bienes comunes valiosos en sí mismos y especialmente para las generaciones presentes y futuras. Señala textualmente, refiriéndose a la Municipalidad:

“De igual forma, insta un cambio de paradigma en cuanto a la utilización del patrimonio público comunal en orden al desarrollo sostenible o sustentable del mismo, al reducir la producción de nocivos contaminantes en el ecosistema acuático, compatibilizándolo con el desarrollo económico y turístico del lugar mediante una autorización excepcional de carácter transitorio, y al permitir la circulación de toda otra clase vehículos de menor impacto ecológico, todo lo cual armoniza perfectamente con la legislación imperante”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021), considerando séptimo a noveno.

<sup>24</sup> Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021), considerando noveno.

#### 4.4. ¿La (ir)responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de los Convenciones Internacionales que suscribe y su normativa interna?

A diferencia del caso del lago Chungará, donde se exigió a Chile el respeto a convenciones vigentes en el país, especialmente la Convención de Washington, que data del año 1940 y que fue ratificada por nuestro país el año 1967, lo que impone no dar un uso comercial a los recursos naturales de los Parque Nacionales ni cambiar sus límites sino mediante una ley, en los años posteriores hubo un retroceso importante en la interpretación de la aplicación de esta Convención. De hecho, fueron aprobados ambientalmente muchos proyectos, entre ellos el gigante proyecto HidroAysén en la Patagonia, vulnerando así el texto expreso de la Convención y se intentó cambiar límites de parques nacionales por meros decretos supremos de la Presidencia.

Se argumentaba que la Convención no era autoejecutable y que la Ley N.º 19.300, de hecho, permitía proyectos extractivos en los parques nacionales al incluirlos en el listado de proyectos que debían someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en el artículo 10 letra p). Solo a partir del caso –que personalmente llamo– “Estado contra Estado” entre Corporación Nacional Forestal y Dirección General de Aguas, la Corte Suprema falló a favor de la primera, al disponer que ella podría oponerse al otorgamiento de derechos de aguas por la Dirección General de Aguas en un parque nacional, por prohibirlo la Convención<sup>25</sup>, y que el art. 10 letra p) era claro en señalar que debían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todos los proyectos a ejecutarse en áreas bajo protección oficial, si ello fuese permitido por la ley. Y, en este caso, la ley, es decir, la Convención, lo prohibía.

En cuanto a las reservas de la biósfera en Chile, en la práctica, hoy no significan un grado de protección relevante. De hecho, existen graves denuncias y sanciones por los daños causados por la salmonicultura en el Parque Nacional y Reserva de la Biosfera Alberto de Agostini. Y en

---

<sup>25</sup> Corte Suprema, causa Rol N.º.7430-2010, “CONAF contra director regional de Aguas, Región de Los Lagos”, 27 de junio de 2010.

especial por una empresa –Nova Austral– que recibía bonificaciones estatales. Lejos estamos de aquel fallo del lago Chungará en que se exigía coherencia y responsabilidad del país, cuando declaraba un área como protegida y él mismo solicitaba dicha protección a nivel internacional. Cabe destacar que respecto del propio lago Chungará, el año 2010 se anunció por el gobierno la idea de destinar hasta un 15% de la Reserva de la Biósfera Parque Lauca para la minería, algo respecto de lo cual Fernando Dougnac se opuso fuertemente<sup>26</sup>.

Y en cuanto a la responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de su normativa interna, cabe destacar que, solo recientemente, se aprobó la nueva Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas<sup>27</sup>, dando así cumplimiento a un largo anhelo en el país. En esta nueva ley para la naturaleza, se respeta la Convención de Washington, pues se impone, en primer lugar, que, en los Parques Nacionales, las Reservas de Región Virgen y Monumentos Naturales la prohibición de dar un uso comercial a los elementos de la naturaleza y, en segundo lugar, se respeta que los límites de ambas áreas no pueden ser modificados o desafectados por decreto supremo, sino que por ley. Además, respecto a las reservas de la biósfera, se impone que el nuevo Servicio promueva el uso sustentable de los recursos naturales y la utilización de instrumentos de conservación de la biodiversidad, para conservar la biodiversidad y mejorar el bienestar social y económico de las comunidades que en ellas habitan. El servicio debe elaborar un Plan de Gestión, con comités de gestión, integrados por los actores claves del territorio, para que colaboren con la elaboración y el monitoreo del cumplimiento del plan de gestión. Finalmente, es importante señalar que, existiendo muchas actividades en estas áreas protegidas, que ahora quedan claramente prohibidas, en las normas transitorias, se reconoce

<sup>26</sup> LA TERCERA (2010). “Abogado que frenó extracción de agua en Chungará dice que proyecto en Parque Lauca es ilegal”, 2 de julio de 2010. <https://www.latercera.com/noticia/abogado-que-freno-extraccion-de-agua-en-chungara-dice-que-proyecto-en-parque-lauca-es-ilegal/>

<sup>27</sup> Proyecto de Ley Boletín 9404-2012, que se encuentra aprobado por el Congreso Nacional, y que a la fecha de finalización de este trabajo se encuentra pendiente de ser promulgada y publicada por el presidente de la República.

que estas concesiones, permisos o resoluciones de calificación ambiental continuarán vigentes.

En relación específica al otorgamiento y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, es destacable que, el año 1992, la Ley N.º 19.145 modificó el artículo 63 del Código de Aguas. Esta modificación prohibió mayores extracciones de las ya autorizadas y nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa, en las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, exigiendo a la Dirección General de Aguas previamente identificar y delimitar dichas zonas. Estas normas de protección se han ampliado considerablemente en la reforma al Código del Aguas de abril de 2022, extendiendo estas prohibiciones hasta la Región de Coquimbo. Además, se impone que, en el otorgamiento y ejercicio de todo derecho de aprovechamiento de aguas, es de interés público respetar el derecho humano al agua, la preservación ecosistémica, la disponibilidad hídrica y la sustentabilidad de los acuíferos.

#### 4.5. El plazo para recurrir y la tesis de agravio permanente

La tesis del agravio permanente, introducido en los párrafos anteriores, también ha tenido sus vaivenes en el tiempo. Me parece que el momento más negativo fue a raíz de la modificación del auto acordado que regula el recurso de protección, al establecer la exigencia de interponer la acción dentro del plazo de 30 días corridos, desde el acto o la omisión, o desde que se haya tenido conocimiento y así conste en juicio, según la naturaleza de los hechos. Con ello, se quiso expresamente terminar con la tesis del agravio permanente, para dar certeza a los recurridos y no dejar a la elección arbitraria del accionante cuándo interponer la acción.

Eso es evidente en el fallo que resolvió protección contra el proyecto Bocamina en Coronel, donde se acoge extemporaneidad por estimar que la recurrente había asistido a una reunión previa, donde conoció el proyecto y eso constaba en el expediente mediante fotografías y acta

de asistencia<sup>28</sup>. Como ya he sostenido, claramente la interpretación que se dio a dicha frase, fue una *contra actione*, que se opone al principio *pro actione* que debe imperar en materia ambiental, para facilitar el acceso a la justicia ambiental, promovido desde el año 1992 en la Declaración de Río en su Principio 10. Dicho principio además ha sido reconocido tanto por la doctrina como por otros fallos de la Corte Suprema, y hoy reconocido expresamente en el Acuerdo de Escazú, vigente en Chile.

En ese caso, en su considerando quinto, la Corte de Apelaciones de Concepción argumentó que, con el cambio en el auto acordado:

“en la actualidad no es dable sostener, como anteriormente se hizo, que respecto de los actos u omisiones que se han denominado ‘permanentes’, el plazo para la interposición del recurso subsista del modo señalado en el razonamiento que antecede, pues en dicho caso el plazo para formularlo, en razón de la naturaleza de ellos, se cuenta, evidentemente, desde que el afectado haya tenido noticia o conocimiento de los mismos. Entenderlo de otro modo significaría que la modificación indicada carecería de todo sentido y significación, lo que no es aceptable. Tan cierto es lo que se expone, que la modificación agregó, como se ha visto, que lo que se señala, debería hacerse ‘constar en autos’, exigencia sobre la cual se ha resuelto, incluso, que es un requisito de procesabilidad. El Máximo Tribunal ha dicho, reiteradamente, que el término para recurrir de protección está precisamente determinado en el Auto Acordado y tiene carácter objetivo, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes, como se ha pretendido en la especie, la época en la cual pueda comenzar a computarse para su interposición”<sup>29</sup>.

Sin embargo, y afortunadamente, al poco andar varias Cortes y la misma Corte Suprema volvería a la tesis del agravio permanente, con

---

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N°.134-2009, caratulada “Maria Orfelía Sanhueza Riffó contra ENDESA S.A”, 18 de mayo de 2009.

<sup>29</sup> Para mayor profundidad de esta discusión, revisar DELGADO (2022).

distintas fórmulas<sup>30</sup>. Y, es más, recientemente se aplicó en un caso de daño ambiental por el Tribunal Ambiental de Valdivia<sup>31</sup>.

## PALABRAS FINALES

Hace ya casi 40 años, Fernando Dougnac impregnó a sus acciones de protección y sus escritos y alegatos una fuerte visión ecológica y ecosistémica para proteger el lago Chungará y sus ecosistemas asociados. Lo hizo mediante el uso de las normas básicas que la Constitución de 1980 consideraba, al garantizar a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Su visión estaba inspirada en los avances del derecho ambiental a nivel internacional, que seguía animosamente y que enseñaba en los trabajos que publicaba sobre estas temáticas. A la luz de esas inspiraciones, intentó obtener lo mejor de las normas de la Constitución de 1980 y, sin duda, lo logró en el caso del lago Chungará y sus ecosistemas asociados. Toda extracción de agua se suspendió mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca y mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, pues es deber del Estado cumplir sus deberes internacionales y sus propias normas internas, en las que la propia Constitución lo obliga a preservar la naturaleza.

En los años venideros, y paradójicamente después de la dictación de la Ley N.º 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, la jurisprudencia fue tomando posturas mucho más estrictas que desfavorecieron la protección ecológica del entorno. Se acentuó la visión antropocéntrica,

---

<sup>30</sup> Véanse los siguientes casos: Corte Suprema, causa Rol N.º.3119-2012, caratulada “Presidente de la Junta de Vecinos Los Pioneros y otros contra Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio Essbio S.A”, 11 de julio de 2012; Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol 2258-2012, caratulada “Solar Araya, Susana contra Comité de Vivienda Villa Trancura”, 7 de febrero de 2012; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol 1670-2012, caratulada “Grupo de acción ecológica Chinchimén contra Inmobiliaria Laderas Lado Mar S.A. y otros”, 23 de enero de 2013.

<sup>31</sup> Véase en DELGADO (2020), p. 288 .

exigiendo la existencia de una persona afectada en su salud o propiedad; no siempre se acogió la acción de protección en la fase de amenaza, desconociendo el principio rector de nuestra disciplina y, especialmente, se exigió siempre que exista contaminación, no abarcando otras hipótesis de degradación a elementos del medio ambiente.

Además, las normas de la Constitución, especialmente aquellas para imponer limitaciones, obligaciones o restricciones a la libertad de empresa o derecho de propiedad, fueron siendo doblegadas frente al modelo neoliberal que la Constitución impuso. Lo anterior derivó en que las interpretaciones proambiente no siguieran avanzando como se había logrado en los primeros años en que se ejerció el recurso de protección. A más de 40 años, esta lectura y el modelo que le subyace, ya no son admisibles, considerando la urgencia con la que hay que proteger el ambiente y a las personas.

De hecho, como ya he señalado (DELGADO Y HERVÉ, 2021, p. 174), la ausencia de reconocimiento de la naturaleza colectiva y ecológica de los intereses en juego trae otras consecuencias prácticas que se deben evitar. Por ejemplo, considerar solo el interés individual, por sobre el público y colectivo, impide hacer valer y lograr una efectiva protección del ambiente, pues solo las personas que se han visto directamente afectadas en su esfera individual podrían reclamar de él (HERVÉ Y LÓPEZ, 2020, p. 206).

Se reconoce, eso sí, un esfuerzo en ampliar la legitimación vía la tesis del entorno adyacente de BERMÚDEZ en algunos casos (2014, pp. 64-65; 134-136). Pero en innumerables ocasiones la Corte Suprema ha rechazado recursos de protección en materias ambientales, por determinar que los actores carecían de esta legitimación activa<sup>32</sup>. Es más, se ha dado el

---

<sup>32</sup> En materia ambiental, véase, por ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, causa Rol N°.8213-2011 “Gutiérrez Gálvez y otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá”, 18 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.3141-2012, caratulada “Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile contra Comisión de Evaluación VIII Región del Biobío”, 15 de junio de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.4755-2012, caratulada “Municipalidad de Arauco contra Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, 26 de octubre de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.3146-2013, caratulada “María Francisca van Rysselberghe en representación de Áridos Bio Bio S.A. con Municipalidad de Concepción”, 8 de agosto

tiempo de recordarnos, en forma expresa, que en materia ambiental la acción de protección no es popular cuando, por ejemplo, parlamentarios, alcaldes o dirigentes locales actúan en defensa de la población en general<sup>33</sup>. Esa popularidad que tanto ensalzaba el profesor Dougnac, respecto a las acciones del Código Civil. Coincidimos con él, por cierto, en que esta alternativa permitiría garantizar un mayor acceso a la justicia ambiental y a una tutela jurisdiccional efectiva, como he sugerido desde hace años (DELGADO, 2005).

Afortunadamente, en los últimos años, la Corte Suprema ha avanzado en la protección ecológica del medio ambiente. Y si bien sigue siempre

---

de 2013; Corte Suprema, causa Rol N°.3294-2013, caratulado “Carmona Soto, Lautaro con Servicio de Evaluación Ambiental Tercera Región de Atacama”, 31 de julio de 2013; Corte Suprema, causa Rol N°.7677-2013, caratulado “Rendón Escobar, Luis Mariano y otros contra Gabriel Ruiz Tagle, Subsecretario de Deportes”, 7 de enero de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.14937-2013, caratulado “Bustos Carmona, Orfelina del Carmen, Pérez Peña, María Soledad y White Bahamóndez, Christopher contra Áridos Santa Gloria S.A.”, 31 de enero de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.6590-2014, caratulado “Paulina Núñez Urrutia y Emile Ugarte Sironvalle contra Comisión Regional del Medio Ambiente”, 4 de agosto de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.10759-2014, caratulado “Hilda Villafaena Leyton y otros con Jorge de la Rivera Sandoval”, 4 de junio de 2014; Corte Suprema, Rol N°.14.263-2014, caratulado “I. Municipalidad de la Unión con Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y otros”, 12 de noviembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.21.973-2014, caratulado “Alcaldesa de la I. Municipalidad de La Unión con Servicio de Evaluación Ambiental y otros”, 3 de noviembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.26829-2014, caratulado “Zotti Cordero, Giovanni con GENCO S.A.”, 29 de diciembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.24932-2017, caratulado “Vladimir José Santander Soto y otros con Alcalde I. Municipalidad de Graneros y otros”, 3 de enero de 2018; Corte Suprema, causa Rol N°.12729-2018, caratulado “Varela con Hutt”, 18 de julio de 2018.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, causa Rol N°.4777-2011, caratulado “Municipalidad de Linares con COREMA VII Región del Maule”, 6 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.8213-2011, caratulado “Gutiérrez Gálvez y otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá”, 18 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.2463-2012, caratulado “Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Evaluación Ambiental Región de Aysén”, 11 de mayo de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.4755-2012, caratulado “Municipalidad de Arauco contra Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, 26 de octubre de 2012; o, más recientemente, en Corte Suprema, causa Rol N°. 5888-2019, caratulado “Francisco Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A.”, 28 de mayo de 2019. Véase también: Corte Suprema, causa Rol N°.45.059-2017, caratulado “Matías Ramírez Pascal contra Constructora FV S.A. y otro”, 14 de marzo de 2018.

agregando un argumento antropocéntrico, vinculando los elementos del medio ambiente y sus ecosistemas con los servicios que estos prestan la población, es evidente que lo que ha hecho en concreto, es proteger los ecosistemas por su valor intrínseco. Se comienza a recuperar así, la visión ecológica y adelantada de Fernando DOUGNAC, un gran abogado ambiental que marcó los inicios de esta disciplina, y cuyo legado seguirá sirviendo de inspiración para muchos.

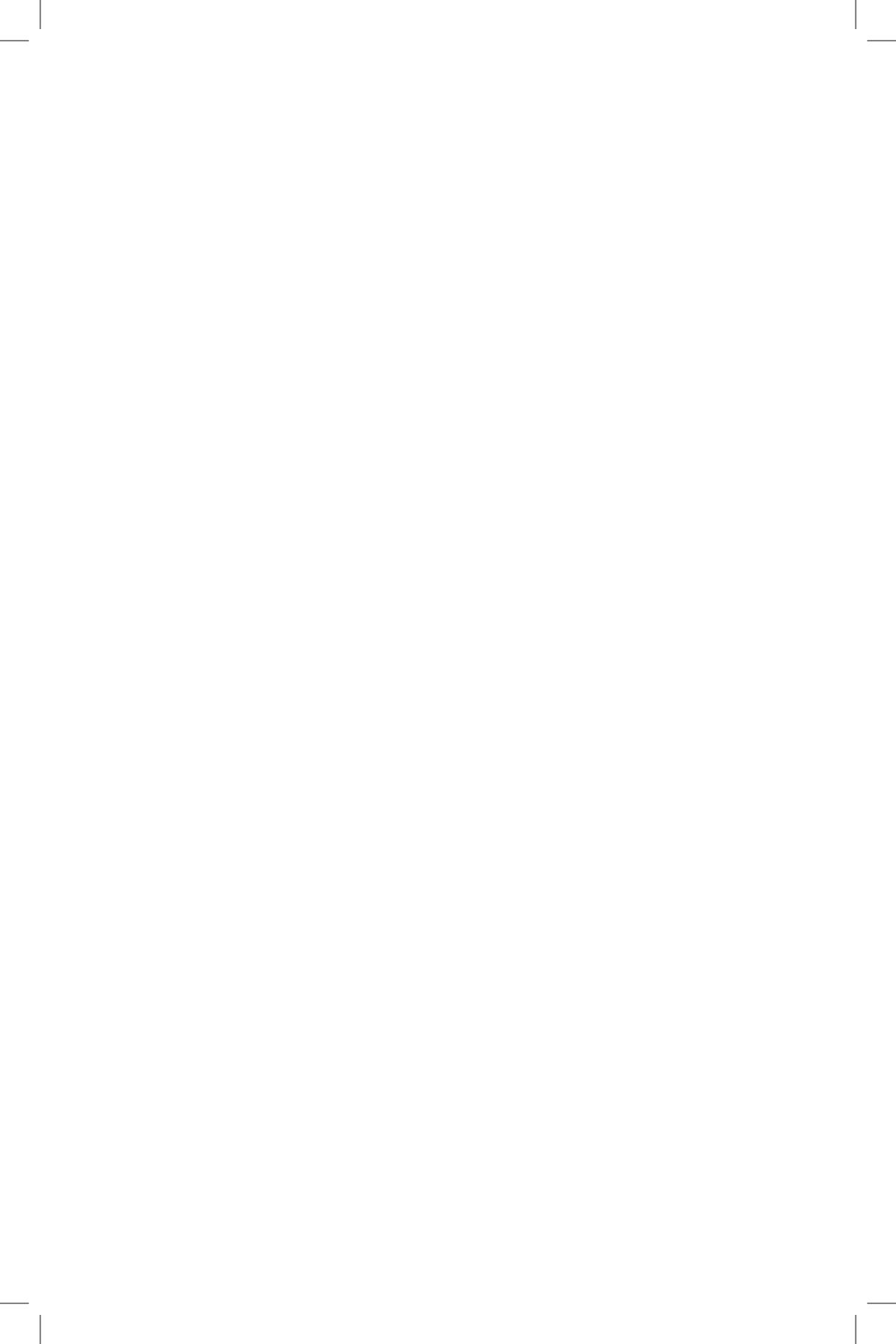
## BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, segunda edición. (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- DELGADO, Verónica (2005): “La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo”, en MARTINIC, M. y TAPIA, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II (pp. 907-937). (Santiago: Lexis Nexis).
- (2012): “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, N°.1, pp. 47-76.
- (2020): “Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile”, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* N° 38, pp. 279-310.
- (2021): “La Ley de humedales Urbanos en Chile: El tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración)”, en LOVERA, D. (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021* (pp. 545-570). (Santiago: Universidad Diego Portales).
- (2022): “Tendencias jurisprudenciales para una mayor protección de los humedales, sean o no urbanos”, en *Litigación Ambiental y Climática*, II N°.5, pp. 1-14.
- DELGADO, Verónica y FIGUEROA, Ricardo (2 de enero de 2019): “Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales”, en *El Mostrador*. Disponible en línea: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/01/02/fallos-judiciales-escuchan-por-primera-vez-la-voz-de-los-humedales/>
- DELGADO, Verónica y HERVÉ, Dominique (2021): “Nueva Constitución y Medio Ambiente”, en CONTRERAS, V., SILVA, V., CASLA, K., CISTERNA, P., DELGADO, V. y SEPÚLVEDA, M. (eds.), *Derechos Sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional*, tomo III (pp. 173-180). (Global Initia-

- tive for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción).
- GALDÁMEZ, Liliana (2018): “Recurso de protección y medio ambiente en la Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema”, en GALDÁMEZ, L. (coord.), *Una perspectiva constitucional del medio ambiente* (pp. 167-191). (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- GUILOFF, Matías (2016): “Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y curtidos Bas”, En COUSO, J. (ed.), *Anuario de Derecho Público 2016* (pp. 152-167). (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).
- (2018a): “La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada”, en *Estudios Constitucionales*, vol.16, N°.2, pp. 271-306.
- (2018b): “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, en *Revista Ius Et Praxis*, vol. 24, N°.2, pp. 621-648.
- GUILOFF, Matías y MOYA, Francisca (2020): “El derecho a vivir en un medio ambiente sano”, en CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 702-723). (Valencia: Tirant Lo Blanch).
- GUILOFF, Matías y SALGADO, Constanza (2020): “El derecho de propiedad privada y la tutela de los bienes públicos”, en LORCA, R., MARSHALL, P., SELAMÉ, N. y GUILOFF, M. (eds.), *La Hoja en Blanco* (pp. 263-278). (Santiago: Editorial La Pollera).
- GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho Ambiental Chileno*. (Santiago: Planeta sostenible).
- HERVÉ, Dominique y LÓPEZ, Gianni (2020): “El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución”, en LORCA, R., MARSHALL, P., SELAMÉ, N. y GUILOFF, M. (eds.), *La Hoja en Blanco* (pp. 199-214). (Santiago: Editorial La Pollera).
- LA TERCERA (2 de julio de 2010): “Abogado que frenó extracción de agua en Chungará dice que proyecto en Parque Lauca es ilegal”. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/abogado-que-freno-extraccion-de-agua-en-chungara-dice-que-proyecto-en-parque-lauca-es-ilegal/>
- MORAGA, Pilar, DELGADO, Verónica y FARIAS, Laura (2018): “Jurisprudencia al día. Iberoamérica. Chile. Principio de prevención y precaución. Vertidos. Medio Marino”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*. Disponible en línea: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-principio-de-prevencion-y-precaucion-vertidos-medio-marino/> (consultada: 12 enero 2022).
- (2018): “Jurisprudencia al día. Iberoamérica. Chile. Humedales Artificiales”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*. Disponible en línea: <https://www.actualidad->

juridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-humedales-artificiales/ (consultada: 12 enero 2022).

- ROMÁN, Beatriz (2014): “Reserva de la Biosfera Lauca: turismo como herramienta de desarrollo económico y conservación del patrimonio aymara”, en MOREIRA-MUÑOZ y BORSODORF (eds.), *Reservas de la Biosfera de Chile: Laboratorios para la Sustentabilidad*, serie Geolibros 17 (pp. 66-80).
- TISNÉ, Jorge (2019): “Categorización de los conflictos vecinales y la improcedencia de invocar autorizaciones administrativas y la observancia de leyes y reglamentos como justificación suficiente para vulnerar derechos de terceros. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2018, Rol N°.18.218-2017”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N°.1, pp. 287-300.
- UNESCO (2020): *Lauca Biosphere Reserve, Chile*. Disponible en: <https://en.unesco.org/biosphere/lac/lauca>
- VALENZUELA, Rafael (2010): *El derecho ambiental. Presente y pasado*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).



# FERNANDO DOUGNAC: PRÓCER AMBIENTAL

Fernando Dougnac: environmental procer

**Sergio Montenegro Arriagada**

Abogado  
Profesor Asociado de Derecho Ambiental  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Cuando se me invitó a escribir sobre mi estimado y recordado colega y amigo Fernando Dougnac, mi primera impresión fue de un gran impacto por tratarse de una figura emblemática en nuestro medio por la defensa ambiental desde hace muchos años y, luego, por el cómo calificarlo. Muchas opciones de trato y distinción pasaron por mi mente. Hasta que escogí: prócer ambiental. Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2021), se define “prócer” como “una persona eminente, elevada, de alta calidad o dignidad”.

En la historia de Chile se identifica a varios próceres de la Independencia, como el conjunto de civiles y militares que lucharon por ello contra España. Entre los más destacados se puede mencionar Bernardo O’Higgins, José de San Martín, los hermanos Carrera, Manuel Blanco Encalada, Lord Cochrane, Manuel Rodríguez, entre otros.

Y ello calza perfectamente con la prestancia, liderazgo, firmeza en sus convicciones ambientales de parte de Fernando Dougnac. Un líder y adelantado en su tiempo. Un *outsider*, como se conocen ahora.

Al respecto, no puedo dejar de recordar cuando conocí a Fernando en algunas reuniones, seminarios o conferencias en materia ambiental, a fines de la década de los 60 o inicios de los 70, cuando esta temática era exótica y conflictiva. Asimismo, los organizadores, miembros de conocidas entidades empresariales, nos invitaban a sabiendas de que seríamos los convidados de piedra –en lenguaje común– o para dar

señales de pluralismo, contar con la asistencia de los loquitos verdes, como nos apelaban, o dejar constancia que se invitaba a un “morenito de Harvard” –no usaré la expresión más conocida para no ser calificado de segregacionista<sup>1</sup>–.

Sus intervenciones, profundas, bien argumentadas, polémicas, casi siempre tenía como legítimo contradictor, al estimado y recordado colega Jaime Dinamarca. Fueron años difíciles, instalar en la preocupación ciudadana y de las autoridades la temática ambiental, y más aún, la existencia del Derecho Ambiental.

Con ocasión de la vigencia de la Constitución de 1980, con la importante inclusión entre las garantías constitucionales la referente al medio ambiente, acompañado de una acción –recurso– de protección ambiental, la defensa ambiental cobró inusitado auge. A lo largo del país se presentaban frecuentes actos –u omisiones, como requisito agregado años después por medio de una reforma constitucional–, ilegales y arbitrarios –esto último suprimido por reforma posterior–, en perjuicio del medio ambiente, que requerían patrocinio de abogados expertos en esta materia.

Ahí estuvo Fernando, asumiendo la defensa ambiental, en beneficio de las personas y los recursos naturales, demandando a servicios públicos o a empresas, privadas o del Estado, causantes de los daños alegados. Así, encontramos antecedentes de las primeras acciones de esta naturaleza, como el caso laguna Chungará<sup>2</sup>, que se considera emblemático por constituir una acción netamente preventiva y por desafiar no solo a la Dirección General de Aguas, sino al propio superior, el Ministerio de

---

<sup>1</sup> Junto con Fernando Dougnac, justo es reconocer que formaron parte de esta ofensiva ambiental, en esa época, otras/os defensores ambientales tales como Rafael Valenzuela, Godofredo Stutzin, Rafael Asenjo, Sara Larrain, Enrique Gallardo, Manuel Baquedano, Pedro Fernández y Sergio Prauss. Años más tarde, se incorporaron otros colegas, pero aquellos fueron los adelantados.

<sup>2</sup> Este caso es doblemente meritorio para Fernando Dougnac por cuanto el ministro de Obras Públicas entonces era un general de Ejército activo, el Sr. Bruno Siebert, impulsor y defensor extremo del proyecto de extracción de agua de la laguna Chungará.

Obras Públicas<sup>3</sup>. Luego vendrían los casos “Contaminación por Plomo en Arica”, contra la empresa PROMEL y Servicio de Salud de Arica<sup>4</sup>; “Tranque El Mauro”, contra minera Pelambres; “Reposición de la norma sobre MP-10”, contra el Servicio de Evaluación Ambiental; y “Central Alto Maipo”, contra AES-Gener, como las más connotadas.

También puedo recordar sus claros planteamientos y sugerencias durante las pocas sesiones que tuvimos en una Comisión constituida por la exdirectora de Comisión Nacional de Medio Ambiente, Sra. Adriana Hoffmann, para modificar la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente.

Pero también fue destacable la intervención de Fernando Dougnac como experto consultor en apoyo a los recursos de protección en otros

---

<sup>3</sup> A este exministro tuve la ocasión de conocerlo, ya que en esa época se había conformado un gran movimiento de rechazo a este proyecto (solo comparable a la oposición ciudadana a HidroAysén) y entre las entidades que se opusieron estuvo la ex-Comisión Nacional de Ecología (CONADE), constituida en 1975, bajo la dependencia del Ministerio de Tierras, y con su coordinador, el Dr. Juan Grau. Participé en ella en representación de CONICYT, y entre una de las batallas ambientales estuvo la oposición a la extracción de aguas del lago Chungará, para lo cual se gestionó una audiencia con el Gral. Bruno Siebert, la que se cumplió en un marco muy tenso (con presencia de dos soldados armados) y en un tono muy desagradable y prepotente. Como información complementaria, puedo señalar que esta CONADE fue bastante eficaz en su desempeño ya que sin Ley de Bases del Medio Ambiente ni Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fue determinante su oposición a los proyectos de la Costanera Norte –que en su diseño original presentado a Comisión Nacional de Medio Ambiente consideraba su trazado en superficie, por Av. los Conquistadores y Bellavista, hasta la Vega Central–, y al proyecto de construcción del estadio de la Universidad Católica –en un terreno al inicio de Av. Los Conquistadores y Santa María, iniciativa que alcanzó a la colocación de primera piedra, con asistencia del rector de la UC de la época, el almt. Swett–.

<sup>4</sup> La defensa a cargo de Fernando Dougnac fue determinante para lograr un fallo final de la Excma. Corte Suprema que reconoció el derecho a indemnización por daño moral en beneficio de gran parte de los afectados por la contaminación y sancionar al Estado, en este caso al Servicio de Salud Regional, por falta de servicio.

polémicos proyectos como los fueron “Proyecto de explotación forestal Cascada”<sup>5</sup> y “Río Cóndor /Trillium”<sup>6</sup>.

En el ámbito del pensamiento y reflexión del Derecho Ambiental, no puedo dejar de mencionar los destacados aportes de Fernando Dougnac, para las Primeras Jornadas de Derecho Ambiental, coorganizadas entre la ex-CONAMA y el Centro de Derecho Ambiental, en Santiago, entre el 28 y 29 de noviembre de 2001. En ella expuso su ponencia titulada “La garantía del N°.8, del Artículo 19, de la Constitución, como Derecho Humano” (2003, pp. 240-262), en donde planteó que, del análisis de su texto, la historia fidedigna de su establecimiento y la concepción ius-naturalista que inspiraba a la mayoría de sus redactores, esta garantía posee el carácter indiscutible de derecho humano.

Más adelante, con ocasión de las Segundas Jornadas de Derecho Ambiental, coorganizadas por el Centro de Derecho Ambiental, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y la ONG FIMA, en Santiago, entre el 1 al 3 de diciembre de 2004, Fernando DOUGNAC, presentó su ponencia “El ‘Jus Cogens’ como uno de los fundamentos del Derecho Ambiental” (2004, pp. 347-398). En ella, enfatiza que existen ciertos principios universalmente aceptados que proclaman la

---

<sup>5</sup> Este proyecto muy mal concebido, que constaba de una fase de corta masiva forestal y otra industrial, presentándose a evaluación ambiental solo esta, y con graves infracciones a la normativa ambiental, significó para el Estado de Chile una primera denuncia, por tal motivo, ante la instancia creada por el “Tratado Ambiental Chile-Canadá” (1992). Desgraciadamente, por la complejidad para constituir y tramitar estas causas según la normativa del Tratado, significó su paralización y posterior archivo. Sin embargo, el citado proyecto fue retirado de tramitación en Chile por la empresa interesada.

<sup>6</sup> El proyecto Trillium consistía en una corta masiva de lenga magallánica en el extremo de Tierra del Fuego, con un plan de reforestación imposible de cumplir dadas las condiciones muy adversas de clima en esa región. Contó con apoyos irrestrictos del Intendente y la Gobernadora de la zona, fundados en simples razones de generación de empleo. Tan pronto se conocieron los impactos negativos ambientales del proyecto, se generó una amplia plataforma de oposición regional y nacional. La vía judicial también se ejecutó y tras rechazo de recurso de protección ambiental ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, se recurrió ante la Corte Suprema la que lo acogió, reconociendo por primera vez la legitimación activa remota –diputados recurrentes domiciliados en Valparaíso– y que el interés ambiental es colectivo y, por lo tanto, puede ser reclamado por cualquier persona.

protección nacional e internacional del medio ambiente y que se han incorporado a diversas normativas internas de los Estados como también a varias convenciones internacionales.

Finalmente, en las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, organizadas por el Centro de Derecho Ambiental, en Santiago, entre el 25 al 27 de octubre de 2006, nuevamente se contó con la intervención de Fernando DOUGNAC, con una ponencia titulada “La modificación del inciso 2° del artículo 20 de la Constitución, desde una perspectiva de interpretación axiológica” (2006, pp. 59-76). En dicha presentación, luego de revisar la reforma constitucional encaminada, entre otras materias, a incorporar en el inciso 2° del artículo 20 la omisión como conducta rectora para hacer procedente la acción de protección ambiental, y eliminar la arbitrariedad como requisito copulativo para misma acción, plantea que para justificar la omisión debe entenderse que se procuró ampliar el rango de conductas reprobables ambientales, y para eliminar la arbitrariedad no solo debe entenderse como una facilitación para accionar, ya que normalmente se entorpecía su aplicación, y por último se trata de una exigencia de escasa vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

También una publicación de las Actas de las III Jornadas de Derecho de Aguas (2000), organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, recibió el aporte de Fernando DOUGNAC con el artículo sobre “El aprovechamiento ambiental del recurso agua en relación con los Planes de Manejo que establece el Art.42, de la Ley 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente”. En este artículo Fernando DOUGNAC plantea que hasta la dictación de la Ley N.º 19.300, el agua fue tratada por nuestra legislación solo como un recurso productivo más, sea de la agricultura o minería. A partir de 1994 se establece que, además de dichas funciones, tiene otra de vital importancia ambiental.

Pero Fernando Dougnac no solo se destacó como gran ambientalista en el ámbito nacional, con sus destacadas intervenciones en tribunales, sino también le cupo una determinante participación en el plano internacional.

Ello tuvo lugar con ocasión de la denuncia que patrocinó ante la Comisión para la Cooperación Ambiental Chile-Canadá, en el marco de las disposiciones del Tratado de Libre Comercio y del Tratado Ambiental entre ambos países –3 julio de 1997–, mecanismo que posibilitaba que se denunciara al país que hubiera infringido su “propia legislación ambiental” según el artículo 14 del tratado. Esta denuncia la presentó en representación de cinco organizaciones nacionales: Alianza por los Bosques de Chile, CODEFF, RENACE, Instituto de Ecología Política (IEP) y Sociedades Sustentables. La denuncia se fundó en que el Gobierno de Chile, a través de su autoridad ambiental, la Comisión Nacional de Medio Ambiente, según aprobación de la entidad regional, había autorizado la ejecución del proyecto “Cascada-Chile”, con grave infracción a las normativas vigentes, dando lugar a la causal que permitía su denuncia.

El proyecto fue presentado por las empresas Boise Cascade y la nacional Maderas Cóndor S.A., y pretendía la construcción y operación de una planta astilladora de madera y elaboradora de paneles estructurales, que se levantaría en bahía Ilque, cercana a Puerto Montt<sup>7</sup>. La materia prima provendría de bosques ubicados en la Octava Región.

En su presentación, Fernando Dougnac enfatizó en que el estudio de impacto ambiental presentado por las autoras del proyecto estaba errado al considerar solo el impacto generado por la planta industrial, sin considerar los efectos negativos por la tala de bosque nativo en su lugar de extracción. La Comisión Regional se hizo partícipe del argumento de los empresarios al aprobar el estudio solo comprensivo del efecto de la planta industrial. Ello, según Fernando, violaba gravemente no solo la Ley de Bases del Medio Ambiente, sino otra importante legislación nacional e internacional aplicable. En efecto, sostenía, que la legislación nacional que el Estado de Chile debía cumplir, para este tipo de

---

<sup>7</sup> Este proyecto generó otro grave impacto ambiental en esta localidad. Los autores de esta iniciativa, sin esperar el resultado final de esta reclamación iniciaron trabajos de remoción y excavación en una extensa superficie en esta bahía, ignorando o sabiendo de que era un lugar de extraordinario valor arqueológico y antropológico por la existencia de conchales de 1.000 años de antigüedad aproximadamente. Por este hecho el Consejo de Defensa del Estado presentó contra las empresas una demanda por daño ambiental.

proyectos no distingue entre operación industrial y la faena de corta de bosques, debiendo comprender el respectivo estudio todos los impactos ambientales generados por los proyectos.

A raíz de estas connotadas intervenciones de Fernando Dougnac, en especial en el ámbito nacional, fue que se le configuró una fama de antiempresarios<sup>8</sup>, y conocido como el rey de los recursos de protección. Lo primero, el propio aludido lo desmiente ya que él es un abogado que “lucha por la justicia medioambiental, independientemente de quien sea su oponente, de derecha o izquierda”<sup>9</sup>.

Que tuviera cierta animosidad contra la derecha no se condice con su pasado, ya que, según su información curricular, tanto en su formación como estudiante secundario en el Colegio San Ignacio, como en su formación en la Universidad Católica, donde estudió Derecho, formó parte de agrupaciones políticas conservadoras.

Según su hijo mayor, en 1981, un reportaje en TV denunciaba que dos reos estaban gravemente enfermos y próximos a morir. No entendía por qué no los enviaban a un hospital y en forma urgente presentó un recurso de protección que permitió salvarles la vida. Los exámenes médicos determinaron que estos dos reos habían sido envenenados con una toxina botulínica<sup>10</sup>.

También debe recordarse que Fernando DOUGNAC asesoró, a fines de la década de 1980, a algunas comunidades aimaras en defensa de sus derechos de aguas. Ello le valió una gran cercanía no sólo con esas etnias, sino con otras de esa región y lo determinó a postular como senador en las

---

<sup>8</sup> Calificativo atribuido a la derrota judicial sufrida por el grupo económico de la familia Luksic por el caso tranque de relaves El Mauro, de la minera Los Pelambres, que por el accionar de Fernando DOUGNAC se debió pagar una indemnización de US\$ 23 millones. También tuvo destacada participación en los recursos contra el proyecto Hidro Aysén, vinculado a otro de los grupos económicos del país, la familia Matte.

<sup>9</sup> EL MOSTRADOR, 4 de febrero de 2009. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/autor/emiliobenavides/>.

<sup>10</sup> Esta misma toxina fue suministrada al exagente de la DINA, Eugenio Berrios, y al diplomático español Carmelo soria, según se acreditó en los respectivos procesos judiciales años más tarde.

elecciones de 1989, representando al recientemente creado Partido de la Tierra y de la Identidad, de su iniciativa, sin que lograra su elección<sup>11</sup>.

Pero Fernando no solo tuvo amplia participación en estrados judiciales, en la defensa medioambiental, sino también tuvo iniciativa para crear una entidad que promoviera y colaborara en la definición de una política ambiental chilena, como, asimismo, en la defensa del medio ambiente. Así nace, en junio de 1998, la ONG Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), que contó con el apoyo de un grupo de destacados abogados ambientalistas: Marcelo Castillo, Miguel Fredes, Francisco Ferrada, Rodrigo Polanco y José Ignacio Pinochet<sup>12</sup>.

En sus años de vida, ONG FIMA ha trabajado en defensa del medio ambiente nacional y asesorando, judicialmente, a personas y comunidades afectadas por acciones de empresas o instituciones públicas.

En todo caso, en reconocimiento de su extensa trayectoria en defensa del medio ambiente, fue galardonado, tardíamente, con el Premio Nacional de Medio Ambiente, en el año 2002.

Pero no solo en materia ambiental se destacó Fernando con el éxito que se le reconoce y que hemos reseñado en los párrafos anteriores. Según tengo conocimiento, hacia fines de la década de 1970, se embarcó en una audaz experiencia, comprando un campo para dedicarlo a producción de leche, que lo llevó a un desastre financiero.

Su relación con la naturaleza fue muy temprana. En esos mismos años tenía como afición subir a los primeros contrafuertes cordilleranos frente a Santiago, religiosamente cada dos años, efectuando extensas caminatas –hoy día la práctica de *trekking*–, acompañado de un grupo de amigos, entre ellos, Ernesto Fontaine, Sergio de la Cuadra, el Dr. Juan Carlos Johow, el antropólogo Horacio Larraín y Gregorio Donoso.

---

<sup>11</sup> Obtuvo un 1,6 % de los votos a nivel regional. Según sus cercanos algunas de sus propuestas de reconocimiento de las minorías étnicas, planteadas en su campaña, fueron recogidas en el texto de la Ley Indígena promulgada durante el gobierno del expresidente Patricio Aylwin.

<sup>12</sup> Exseremi de Medio Ambiente, en el primer gobierno del expresidente Sebastián Piñera y precandidato a senador de RN por la Séptima Región.

También se destacó por su ferviente devoción a la Virgen María y participó, muy joven, en misiones en el mundo rural. Todas estas últimas referencias contribuyen a revelar, lo que hoy día se denomina como el “lado B” de ciertos personajes de la vida nacional.

Espero que contribuyan a perfilar a Fernando Dougnac como un gran personaje de la defensa jurídica ambiental en Chile, sino que también como un hombre común y corriente según las notas de su personalidad que he revelado.



# DERECHOS DE LA NATURALEZA<sup>1</sup>

Rights of Nature

**Raúl F. Campusano Droguett**

Abogado de la Universidad de Chile  
Master en Derecho de la Universidad de Leiden  
Master of Arts en Estudios de la Paz Internacional de la Universidad de Notre Dame  
Profesor titular de la Universidad del Desarrollo  
Director Académico del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD  
rcampusano@udd.cl

*RESUMEN: Estos apuntes, en el contexto de un homenaje al gran abogado y persona Fernando DOUGNAC, tienen por finalidad levantar algunas consideraciones alrededor de la idea y propuesta de derechos de la naturaleza. Las dos ideas centrales para la reflexión y el debate son las siguientes: En primer término, ¿tiene o debiera tener personalidad jurídica la naturaleza? En segundo orden de ideas, ¿cómo se resuelve el problema de la representación?, ¿quién habla en nombre de la naturaleza?, ¿quién puede determinar lo que la naturaleza quiere? El texto desarrolla el aporte de Godofredo STUTZIN en esta materia y concluye con algunas problematizaciones tanto desde la teoría como desde la práctica.*

---

<sup>1</sup> NOTA: debido a los tiempos de publicación de este artículo fue necesario hacer algunas modificaciones relacionadas con los procesos de Nueva Constitución de los años 2022 y 2023. De la misma forma, en el intertanto publiqué en enero 2023 en la *Revista Actualidad Jurídica* un artículo titulado “Derechos de la Naturaleza: Antecedentes, expresiones y desafíos”. En ese artículo abordé y presenté varios de los temas y reflexiones que son parte también de este texto y en particular hacia el final del mismo. Como el objetivo y naturaleza de la actual publicación es un homenaje a Fernando DOUGNAC, he procedido a hacer los cambios necesarios para hacerme cargo de los eventos sucedidos en 2022 y 2023 y mantenido algunas de las ideas del artículo de enero 2023. Finalmente, procedo señalar que el tema de derechos de la naturaleza es una materia del *syllabus* del curso Bases del Derecho Ambiental que imparto desde hace años en el Programa de Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Finalmente, debido a la naturaleza no académica de este texto homenaje a la memoria de Fernando DOUGNAC, me he tomado algunas libertades y licencias en el estilo.

*PALABRAS CLAVE: derechos, naturaleza, personalidad jurídica, representación, Stutzin.*

*ABSTRACT: These notes, in the context of a book in homage to the great lawyer and person Fernando Dougnac, are intended to raise some considerations around the idea and proposal of rights of nature. The two central ideas for reflection and debate are the following: First of all, does nature have or should it have a legal personality? In the second order of ideas, how is the problem of representation resolved? Who speaks on behalf of nature? Who can determine what nature wants? The text develops the contribution of Godofredo STUTZIN in this matter and concludes with some problematizations from both theory and practice.*

*KEYWORDS: Nature, legal personality, representation, rights, Stutzin.*

*La naturaleza ama ocultarse.*

HERÁCLITO

## INTRODUCCIÓN

En esta edición de homenaje a mi querido amigo Fernando DOUGNAC, compartiré algunas reflexiones y preguntas sobre derechos de la naturaleza. Por supuesto, no tengo respuestas finales. Sí tengo interés, curiosidad, atracción, escepticismo y, sobre todo, preguntas. Espero que estas páginas puedan motivar a otros a seguir y profundizar en estas materias.

Conocí a Fernando Dougnac en los años 80, en el contexto en que el caso del lago Chungará se convirtió en un emblema de la acción jurídica ambiental. Ya en los 90, la creación de la Fiscalía del Medio Ambiente, ONG FIMA, vuelve a poner a Fernando a la cabeza de la innovación y la acción ambiental, desde la perspectiva de la sociedad civil a través del uso de la litigación ambiental en causas de interés público. El impacto que estos dos eventos han causado en la formación de abogados activistas ambientales, que usan la acción judicial para levantar sus causas, es enorme e inspirador. En un sentido muy concreto, Fernando nos enseñó que se podía pasar del testimonio a la victoria. Allí reside una de las

causas por las que su nombre quedó inscrito para siempre en la historia de la promoción y protección ambiental en Chile.

Fernando creó una gran organización. FIMA tuvo el acierto de entender que la litigación en causas de interés público ambiental era una forma especializada, propia de abogados, de hacer sociedad civil. Sus directores ejecutivos, los miembros del Directorio, y todas las personas que han trabajado y colaborado con la organización, han dejado una marca indeleble en la historia y la *praxis* de la acción ambiental en Chile. Vaya para todos ellos mi admiración y afecto.

En estas páginas levantaré algunas reflexiones sobre el tema de derechos de la naturaleza y para ello seguiré el trabajo, ideas y propuestas de algunos académicos muy queridos para mí: Marcel WISSENBURG, Mihnea TANASESCU y Mary Evelyn TUCKER. Por supuesto, en un texto de esta naturaleza, solo busco levantar algunas problematizaciones que motiven la reflexión, el debate y, ojalá, el entusiasmo para abordar investigaciones en la materia. Y existe una consistencia en que, en el contexto de expresar mi homenaje a Fernando Dougnac, subrayando la importancia que su trayectoria ha tenido y tiene en mí, que escriba aquí recordando a otras personas que también han sido y son muy importantes para mí.

Conocí a Marcel WISSENBURG el año 1994 en la ciudad de Sintra, Portugal. Habíamos sido invitados por la *Friedrich Naumman Stiftung* a un encuentro de varios días para reflexionar sobre sobre procesos de democratización y libertad. Marcel es un filósofo neerlandés<sup>2</sup> que ha dedicado su vida a pensar la sociedad desde la perspectiva de la libertad. Una de sus líneas de investigación es políticas públicas, ecología y medio ambiente. Así, ha explorado los temas de derechos animales y derechos de la naturaleza. La aproximación de Marcel es desde el liberalismo

---

<sup>2</sup> Marcel WISSENBURG se habría molestado mucho si lo hubiera llamado “holandés”. En los años 90 del siglo pasado viví varios años en Países Bajos, estudiando en la Universidad de Leiden, en la Provincia de Holanda del Sur. Junto con la Provincia de Holanda del Norte, en la que está la ciudad de Ámsterdam, conforman Holanda. El país tiene otras diez provincias que se encuentran fuera de “Holanda”. De allí que el nombre del país sea *Nederland* y que en español se traduzca como Países Bajos.

político. A lo largo de los años, nos hemos encontrado y trabajado con Marcel, tanto en Países Bajos como en Chile y otros países.

Conocí a Mihnea TANASESCU en el año 2017 en la ciudad de Nijmegen. Junto a un grupo de alumnos del Programa de Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo, nos encontrábamos participando en actividades académicas en la Universidad de Leiden, la Universidad de Utrecht y la Universidad Radboud Nijmegen. A lo largo de las conferencias y conversaciones con TANASESCU pudimos conocer sus líneas de investigación y su especial interés por explorar el tema de los derechos de la naturaleza o la naturaleza como sujeto de derecho. Parte importante del presente texto se encuentra basado, en forma directa e indirecta, en las ideas de TANASESCU y en particular su libro, de 2022, *Understanding the Rights of Nature*. Mihnea es profesor de la Vrij Universiteit Brussel.

Conocí a Mary Evelyn TUCKER intentando profundizar mis conocimientos sobre Thomas BERRY –a quien llegué, a su vez, hace muchos años, a propósito de la obra de TEILHARD DE CHARDIN<sup>3</sup>–. He sido estudian-

---

<sup>3</sup> Pierre TEILHARD DE CHARDIN es un actor importante del siglo XX y que hizo grandes trabajos en disciplinas tan distintas y diversas como paleontología, filosofía, y teología. Obtuvo la Medalla Militar y la Legión de Honor por parte del Estado francés. Vive largas estadias de trabajo paleontológico en China y también trabaja en países como India, Birmania, Indonesia, y Sudáfrica. Enseña en Europa y luego en Estados Unidos. Publica libros con ideas originales y novedosas, destacando *El Fenómeno Humano*. Pienso que hay algo de figura trágica, en el sentido griego clásico, en DE CHARDIN. A lo largo de su vida siempre estuvo buscando respuestas a sus interrogantes. Se esforzó siempre en conciliar la fe cristiana con el método científico y la ciencia en general. Así, intentó conciliar fe y ciencia, y fracasó ante ambas entidades. La Iglesia católica nunca aceptó sus ideas llegando a prohibirle enseñar y publicar. La comunidad científica nunca consideró sus aportes teóricos como algo más que pseudociencia. Sin embargo, el legado de TEILHARD DE CHARDIN se mantiene hasta nuestros días y ha logrado encontrar espacios en los que se sigue estudiando y reflexionando. La razón de ello es que las propuestas del paleontólogo jesuita pueden servir para una reflexión holística que, manteniendo riguroso apego al método científico, observa que la búsqueda de sentido requiere algo más. Aquello que hoy no entendemos, el misterio, puede que no sea solo un terreno de la superstición y el pensamiento mágico. Tal vez el misterio nos hace ver que aún queda mucho camino por avanzar y que las cosas pueden tener relaciones y explicaciones que aún no entendemos. En esta perspectiva, su propuesta de Noosfera –idea tomada del geólogo ucraniano-ruso Vladimir VERNADSKI– puede hacernos avanzar en una más profunda comprensión

te de TUCKER en tres de los cursos que ha dictado en la Universidad de Yale sobre la obra de BERRY. Además, he estudiado sus textos y, en abril 2022, Mary Evelyn TUCKER dictó la Conferencia de Inauguración del Año Académico de la décimo tercera versión del Programa de Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. El tema de su conferencia fue, precisamente, la obra de Thomas BERRY.

El tema de los derechos de la naturaleza puede abordarse desde diversas disciplinas. Así, hay una línea de desarrollo desde la filosofía, la ética, la espiritualidad y la política. Cada una de estas disciplinas tiene un camino propio de desarrollo de la idea de naturaleza como sujeto de derecho o de naturaleza como detentadora de derechos. Se trata de materias muy diversas entre sí, que en algunas ocasiones se fortalecen recíprocamente, aunque en otras actúan de manera independiente, y aún hay casos en los que se pueden identificar contradicciones o situaciones de difícil interpretación. Una característica que parece reunir las diferentes aproximaciones es la convicción de que la naturaleza entendida como sujeto de derecho o detentadora de derechos, es una idea que, en la medida que se vaya construyendo y aceptando, provocará un avance en la protección y promoción del medio ambiente. Esta idea llevada a su extremo lleva a pensar que podría ser la fórmula para salvar al planeta de la catástrofe ambiental global. Si no fuera así, en su versión moderada o maximalista, no se entendería el esfuerzo, salvo que se tratara simplemente de un ejercicio académico.

En el caso del derecho, la materia adquiere características y delimitaciones bien marcadas por la disciplina y, en general, puede abordarse desde la perspectiva de la personalidad jurídica y desde la perspectiva de la representación. La primera materia nos lleva a preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de la naturaleza y la segunda a identificar quién puede, legal y legítimamente, hablar por la naturaleza, representándola.

---

de la conexión entre los seres vivos hacia una especie de conciencia común. Tal vez en la línea de lo que mucho tiempo después propusieron Lynn MARGULIS y James LOVELOCK y, por cierto, su muy polémico concepto del Punto Omega. De la vida y obra de TEILHARD DE CHARDIN han surgido continuadores tan interesantes como Thomas BERRY. Y hoy personas como Mary Evelyn TUCKER y Cormac CULLINAN continúan esta reflexión.

En este texto, reflexionaré sobre derechos de la naturaleza desde la perspectiva jurídica, sin perjuicio que necesariamente habrá momentos en que deberé acercarme a otras disciplinas. Y desde ya, una observación central: todo indica que el espacio más poderoso y de más efectos en la realidad, respecto de los derechos de la naturaleza, no es el jurídico, sino que el político, esto es aquel espacio en que se convence a mayorías de una idea y ésta se recoge en políticas públicas.

¿Por qué podría ser interesante reflexionar sobre la idea de derechos de la naturaleza? De inmediato pueden aparecer dos grandes líneas de respuesta, una de ellas desde la filosofía y la otra desde la política y el derecho. Desde la filosofía se puede explorar la ontología de la naturaleza, esto es la naturaleza de la naturaleza. Ese es un ejercicio teórico válido en sí mismo. Es la búsqueda, la exploración por respuestas que caracteriza nuestra historia y nuestro *ethos*. Desde la perspectiva del derecho, la respuesta es más cercana al pragmatismo y el utilitarismo: el objetivo final es proteger la naturaleza, proteger los ecosistemas, los seres vivos, el medio ambiente.

Si se acepta lo anterior, cabe entonces levantar la siguiente pregunta: darle derechos a la naturaleza, esto es, establecerlos en cuerpos normativos, ¿es una buena estrategia para proteger y promover el medio ambiente? Esa es la pregunta que debiera interesarnos si nos movemos en el terreno de la política y el derecho. Hacia el final del texto intentaré dar un esbozo de respuesta a esta pregunta<sup>4</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, es posible adelantar lo siguiente: el uruguayo Eduardo GUDYNAS (2009; 2019) y el chileno Ezio COSTA (2021) han publicado importantes textos a favor de este otorgamiento de derechos. Por su parte, el abogado ambientalista chileno Marcelo CASTILLO (2022) ha publicado su rechazo a esta idea<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Recientemente, he abordado el tema en el siguiente texto: CAMPUSANO (2023).

<sup>5</sup> Parte de las ideas de su rechazo a la idea es posible de observar en la siguiente cita de CASTILLO (2022): “es un error jurídico de proporciones y una vanidad innecesaria, pues la naturaleza no es titular de derechos, ni puede ejercerlos frente al Estado o los tribunales, tratándose solo de una declaración retórica, jurídicamente infundada. La Naturaleza es un objeto de protección, pero no un sujeto titular de derechos”.

¿Tiene la naturaleza derechos? ¿debería tenerlos?, ¿qué significa que la naturaleza tenga derechos?, ¿cómo podemos saber lo que la naturaleza quiere?, ¿quién habla por la naturaleza?, ¿quién representa a la naturaleza?, ¿es este un tema filosófico, espiritual, religioso, político, ético, social o jurídico?, ¿todas o varias de las anteriores? El tema de los derechos de la naturaleza es objeto de diversas reflexiones y discusiones en distintas partes del mundo, incluido Chile (CAMPUSANO, 2023, p. 14).

La propuesta de Nueva Constitución dada a conocer durante el mes de julio del 2022, y rechazada por la ciudadanía, incorporaba la idea de derechos de la naturaleza. La propuesta de Nueva Constitución entregada por la Comisión Experta en 2023, y que está siendo analizada en este periodo (julio 2023) por el Consejo Constitucional, no contiene la idea de derechos de la naturaleza.

Decía el texto borrador de Nueva Constitución rechazado por la ciudadanía:

“La naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos” (artículo 127).

“La Naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la Naturaleza” (artículo 103).

Como he señalado, el nuevo texto de Constitución, elaborado por la Comisión Experta, y en proceso de análisis por el Consejo Constitucional tiene una aproximación diferente al tema, lo que queda bien reflejado en el tenor de dos artículos especialmente relevantes:

“La protección del medio ambiente, la sostenibilidad y el desarrollo están orientados al pleno ejercicio de los derechos de las personas, así como al cuidado de la naturaleza y su biodiversidad, considerando a las actuales y futuras generaciones” (artículo 187).

“Las personas, las comunidades y el Estado deben proteger el medio ambiente. Este deber comprende la conservación, preservación, restauración y regeneración de las funciones y equilibrios de la natura-

leza y su biodiversidad, según corresponda, de conformidad a la ley” (artículo 188).

Hay una clara y decidida opción de protección del medio ambiente y la naturaleza, pero desde una aproximación antropocéntrica. No hay derechos de la naturaleza. Es interesante observar que una enmienda ingresada por el oficialismo y que no consiguió ser aprobada, proponía que se estableciera el deber del Estado de dar especial protección a los animales<sup>6</sup>.

## 1. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA NATURALEZA

En las escuelas de derecho de todo el mundo, y en particular en aquellas de países cuyos ordenamientos jurídicos son tributarios de la familia y tradición románica, la personalidad jurídica es monopolio de la persona humana. Solo los individuos de la especie humana son sujetos de derecho y, por tanto, gozan de todos los atributos de la personalidad y tiene todos los deberes propios de la misma. Una aparente excepción son las personas jurídicas, pero es un tema pacífico en doctrina que la situación de estas organizaciones deriva de una necesidad y conveniencia relacionada con el funcionamiento y la responsabilidad<sup>7</sup>. Y todos entienden que se trata de una ficción jurídica, esto es, las sociedades en verdad no se observan como personas, sino que simplemente se les da un tratamiento equivalente por razones pragmáticas de conveniencia. Y, aun así, se trata de una personalidad jurídica restringida y acotada a los fines que se buscan con esta ficción. Por ejemplo, las personas naturales pueden casarse, las personas jurídicas, no.

Entonces surge la pregunta inicial sobre cuáles serían las razones por las cuales debiera otorgarse personalidad jurídica a la naturaleza y

---

<sup>6</sup> La propuesta fue rechazada con 6 votos en contra, 6 abstenciones y 12 votos a favor.

<sup>7</sup> Sobre esta materia hay nutrida literatura, partiendo por el texto clásico de KOESSLER de mediados del siglo XX y con aportes desde entonces y desde diversas tradiciones jurídicas. Para iniciarse en el tema, sugiero ver IWAI (1999); KOESSLER (1949); QUINTANA ADRIANO (2015); VAN KRIEKEN (2006); WATSON (2018).

aquí es posible observar dos corrientes de pensamiento: una vinculada a cosmovisiones determinadas y, la otra, motivada por consideraciones pragmáticas. Podemos llamar ideas ecoteológicas a las primeras. Se trata de una visión ideológica con una justificante ética, no muy lejana de la teoría ilustrada de los derechos humanos. En efecto, para la mirada europea de la ilustración, los derechos humanos son inherentes a la persona humana, existen con independencia del Estado, a quien solo le cabe reconocerlos. Los derechos humanos no son creados por el ser humano, sino que forman parte de la esencia inmutable de las personas. De la misma forma que en esta mirada europea ilustrada, los derechos de la naturaleza son inherentes a ella misma y al ser humano solo le cabe reconocerlos.

Por supuesto, esta mirada ecoteológica presenta dificultades teóricas y prácticas, tal como también las presenta en el mundo contemporáneo, la teoría ilustrada de los derechos humanos. En este caso, se debió recurrir a justificantes metafísicas de diversos orígenes. Algunos lo encontraron en las religiones del Libro y así se construyó una teoría basada en que el ser humano era creación divina de Dios y lo animaba un alma inmortal. En esta mirada, los derechos humanos son reflejo de esta naturaleza divina del ser humano como hijo de Dios. Algunas variantes de lo anterior se encuentran en diversos ejercicios escolásticos de conclusiones derivadas de razonamientos lógico-silogísticos. Otras variantes intentan encontrar estas señales y justificantes en la naturaleza. En su conjunto, se conocen como aproximaciones naturalistas a la justificación ontológica de los derechos humanos y se oponen a las aproximaciones positivistas que ven en el Estado al constructor de los derechos que las personas pueden gozar. En lo que se refiere a la naturaleza, las aproximaciones ecoteológicas proponen entenderla como un ser en sí mismo. Por supuesto, hay numerosas variantes de esta idea, desde la interpretación, no compartida por su creador, de la hipótesis Gaia, a ciertas espiritualidades que valoran y veneran la naturaleza desde el animismo.

Para las concepciones ecoteológicas, con variantes, la Naturaleza es, en verdad, un ser en sí mismo, una madre de todo lo que existe, que cuida y mantiene. Por tanto, es de toda lógica que sea considerada como un sujeto de derechos, esto es, que goce de personalidad jurídica.

Las variantes pragmáticas se encuentran representadas por aquellos que se aproximan al tema desde la idea de la representación. En esta mirada, no hay una concepción metafísica, sino que, más bien, la búsqueda de resolver un problema procesal. La propuesta de Christopher STONE ejemplifica muy bien, y en forma temprana, esta aproximación.

Por supuesto, una pregunta relevante es sobre si el otorgamiento de derechos a la naturaleza se traduce en un buen mecanismo de protección ambiental. Mihnea TANASESCU piensa que la práctica no ha llegado a demostrar este efecto y en su libro *Understanding the Rights of Nature*, desarrolla varios casos de estudio para fundar su opinión. La Universidad de Yale publica un índice de *performance* ambiental de los países del mundo que cuenta con un muy buen ganado prestigio. En el índice de *performance* ambiental del año 2020, Ecuador, cuya Constitución reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho, obtuvo la posición número 56. Si esto lo comparamos con el caso de Dinamarca, que obtuvo la posición más alta del *ranking*, se puede observar que su Constitución nada dice sobre derechos de la naturaleza. Más aún, la constitución de Dinamarca nada dice sobre el medio ambiente. Otro elemento a considerar es la estabilidad constitucional. En su historia, Dinamarca ha tenido 5 Constituciones. Ecuador ha tenido 20.

¿A qué conclusiones nos puede llevar una comparación de Constituciones? No parece haber una correlación directa entre la forma en que se regula lo ambiental en la Constitución y la *performance* de ese país. Claramente, la inclusión de la naturaleza como sujeto de derecho no ha llevado a Ecuador a lograr una alta *performance* de protección y promoción ambiental. Por cierto, se requiere un análisis más profundo y exhaustivo para levantar interpretaciones y conclusiones asertivas. Sin embargo, pareciera ser que la *performance* ambiental requiere más que el reconocimiento a nivel constitucional. Podría entenderse que es

un requerimiento necesario, pero no suficiente y que se requieren más elementos para apuntar a su efectividad. Por ejemplo, leyes ambientales adecuadas. A esto se debe agregar buenas políticas públicas ambientales y buenos sistemas de fiscalización; una cultura ciudadana ambiental, que integre también la idea de deberes ambientales; así como la existencia de una ética ambiental, una bioética compartida por los ciudadanos del país. Los países que muestran alto grado de *performance* ambiental y pocas o ninguna norma ambiental constitucional tienden a coincidir en que han incorporado en sus ordenamientos jurídicos los principales tratados internacionales ambientales, como la Convención de Cambio Climático, la Convención de Biodiversidad, entre otros<sup>8</sup>.

## 2. LA REPRESENTACIÓN DE LA NATURALEZA

La naturaleza no se expresa de la manera que se expresa un ser humano. Puede haber una multiplicidad de formas de interpretar lo que la naturaleza quiere, cuál es su voluntad, que desea que los seres humanos hagan y no hagan. Esto nos lleva al problema de la representación. Todos pueden hablar en nombre de la naturaleza, interpretarla, y señalar cuál es su voluntad y qué debemos hacer. Para ello, se puede hacer uso de creencias, cosmovisiones, intuiciones, interpretaciones de textos y de la naturaleza misma, entre otras alternativas. Por supuesto, esto abre la posibilidad de interpretaciones, mensajes y mandatos diferentes, contradictorios e incluso encontrados. En la medida que se mantengan en el espacio de las creencias, todo ello es parte de la libertad propia de las sociedades libres y abiertas y de la libre expresión que las caracteriza. Cada cual atenderá estas propuestas de la manera que mejor estime. Sin embargo, otra cosa es si esta interpretación de la voluntad de la naturaleza tiene vocación normativa ya que, en ese caso, quien represente a la naturaleza tendrá una voz única y autorizada para ello. En general,

---

<sup>8</sup> Puede hacerse un análisis exhaustivo de esta materia analizando el *Environmental Performance Index*, elaborado y publicado periódicamente por la Universidad de Yale. Es posible argumentar que este es el índice más conocido y prestigioso respecto a la *performance* ambientales de los países del mundo. Disponible en: <https://epi.yale.edu>

el tema de la representación de la naturaleza termina entregándose al Estado. Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador se encarga al Estado hacer respetar y proteger los derechos de la naturaleza. Y es precisamente esta derivación al Estado, que termina dándole más poder lo que problematiza la situación<sup>9</sup>.

Desde una perspectiva filosófica, puede terminar siendo difícil aceptar que el Estado sea el vocero de la naturaleza. ¿Por qué habría de serlo? ¿Qué elementos tiene el Estado para conocer la verdadera y profunda voluntad de la naturaleza? Más precisamente, ¿qué hace al Estado un intérprete más autorizado que otros posibles candidatos? Aquí hay espacio para largas discusiones. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho, la pregunta se transforma y reduce al tema de la representación: es el Estado el único sujeto –por cierto, otra ficción jurídica–, que podría detentar la representación de la naturaleza y, a través del aparato público, hacer cumplir y respetar tales derechos y voluntad.

Por supuesto, en este punto, filósofos liberales como WISENBERG y TANASESCU levantan todas sus luces de alarma: al final del día lo que realmente está sucediendo es que, a través de supuestos derechos de la naturaleza, se está entregando mayores atribuciones al Estado. Si bien es cierto, existen propuestas de otorgar esta representación a entes diferentes del Estado como, por ejemplo, a la sociedad civil, comunidades locales, comunidades indígenas, organizaciones independientes, entre otros, el Estado sigue siendo el candidato natural y preferido para asumir esta representación.

Pero, ¿cómo comienza esta idea de la representación? Para dilucidar esta historia debemos referirnos al abogado norteamericano Christopher STONE. En el caso judicial conocido como “Sierra Club v. Morton”, la conocida organización de la sociedad civil Sierra Club había iniciado acciones judiciales para desafiar la decisión administrativa del U.S. Forest Service

---

<sup>9</sup> TANASESCU señala: “the rights of nature are one of the latest expansions of state power into indigenous worlds, one that is much better in many ways than other alternatives, but one that does nothing to fundamentally challenge the power of the state (the one, in the final analysis, responsible for upholding rights)” (2022), p. 68 .

que había entregado permisos a Walt Disney Enterprises Inc. para realizar un desarrollo inmobiliario en un área silvestre de California llamado Mineral King Valley. El punto que Sierra Club levantaba era que la construcción de moteles, restaurantes y áreas de entretenimiento afectaría el balance ecológico y el valor estético de la zona (TANASESCU, 2022, p. 20).

Frente a este alegato de Sierra Club, la Corte del Noveno Circuito decidió que Sierra Club no tenía interés directo en la causa como para interponer una acción judicial. Dicho en otras palabras, no tenía la capacidad de ocurrir en juicio representando a Mineral King Valley o, lo que es lo mismo, representando a la naturaleza. La Corte Suprema confirmó la decisión del Noveno Circuito. El argumento de STONE no era que habían iniciado la demanda para proteger su interés estético propio, sino que les interesaba proteger la integridad del lugar mismo (TANASESCU, 2022, p. 21). La Corte no estuvo de acuerdo con este razonamiento ya que exigía, de acuerdo con la práctica común, que la demandante demostrara que se encontraba directamente impactada con las construcciones que reclamaba (CAMPUSANO, 2023, p. 20).

Aquí se levanta la interesante tesis de STONE. Observa que organizaciones de la sociedad civil dirigidas a la protección del ambiente se encuentran sometidas a una gran presión para demostrar interés directo, llegando a argumentaciones hiperbólicas como ser afectadas desde la perspectiva del valor paisajístico de un lugar, en circunstancias que sería mucho más sencillo reconocer la capacidad de ocurrir en juicio a la entidad natural afectada. La autorización para iniciar y llevar adelante una acción judicial conlleva necesariamente el otorgamiento de personalidad jurídica a tal entidad. Aquí se encuentra el núcleo del tema. STONE lo llevó a la reflexión teórica en un excelente artículo académico llamado “Should Trees have Standing? Toward legal Rights for Natural Objects”, publicado el año 1972. Esta idea la fue refinando y precisando en el tiempo hasta que le dio forma el año 2010, 38 años después, con la publicación de su libro *Should Trees have Standing? Law, Morality and the Environment* (CAMPUSANO, 2023, p. 20).

Como he señalado en textos anteriores (CAMPUSANO, 2018), el tema de la representación es abordado desde una perspectiva distinta a la que usa STONE por el abogado chileno Godofredo STUTZIN. Allí donde hay una aproximación pragmática y procesal en el caso de STONE, para STUTZIN es un tema ético, que parte de una cosmovisión que podemos considerarla como ecoteológica:

“Como toda persona jurídica, la naturaleza requiere de representantes que hagan valer sus derechos en la práctica, complementando la capacidad de goce con la de ejercicio. Es obvio que estos ‘procuradores de la naturaleza’ deben identificarse con los intereses de su representada. Corresponderá la representación, en primer término, a las entidades cuya finalidad sea precisamente la protección de la naturaleza, ya sea en forma general o en relación con ciertas materias o aspectos. Además, podrán actuar en nombre de la naturaleza y en su defensa todas las personas jurídicas y naturales que posean la necesaria idoneidad y cuyos intereses coincidan en la materia *sub lite*” (STUTZIN, 1984, p. 107).

STUTZIN levanta una alternativa al Estado como representante de la naturaleza y la entrega a la sociedad civil. En efecto, propone la creación de representantes de la naturaleza y los visualiza en diversas categorías y situaciones, destacando la idea de defensores públicos de la naturaleza y la ampliación de las labores de un *ombudsman* a defender y representar a la naturaleza:

“Crear organismos públicos autónomos, a niveles tanto mundial como nacional y local, que tengan a su cargo la representación de la naturaleza con amplias facultades y con plena independencia *de iure* y *de facto*, sin perjuicio de la intervención, ya sea complementaria o subsidiaria, de los representantes antes mencionados. A estos ‘Defensores Públicos de la Naturaleza’ o ‘Consejos de Defensa de la Naturaleza’, como podrían llamarse entre nosotros, les corresponderá también ejercer las funciones de un *ombudsman* que recoja y haga valer debidamente las inquietudes ecológicas de la comunidad” (STUTZIN, 1984, p. 107).

Por lo mismo, considera inadecuados e insuficientes los métodos existentes hoy ya que el sistema está diseñado pensando en el ser humano solamente: “En cuanto a las autoridades a las cuales incumbe

esta protección, sus términos de referencia son esencialmente los del ambiente humano y de los intereses de la colectividad humana, no los de la naturaleza misma” (STUTZIN, 1984, p. 107).

El proyecto de Nueva Constitución de 2022, y rechazado por la ciudadanía, entregaba la representación de la naturaleza a un órgano público creado especialmente para estos efectos:

“1. Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominada Defensoría de la Naturaleza, tendrá por finalidad la promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales ambientales ratificados por Chile, frente los actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de entidades privadas.

2. La Defensoría de la Naturaleza tendrá defensorías regionales, que funcionarán en forma desconcentrada, en conformidad a lo que establezca su ley. La ley determinará las atribuciones, organización, funcionamiento y procedimientos de la Defensoría de la Naturaleza” (artículo 148)<sup>10</sup>.

Esta idea de crear un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es una de las alternativas para intentar resolver el problema de la representación. Sin embargo, Constituciones como la de Ecuador entregan el tema al Estado para hacerse cargo así del tema de legitimidad de representación. Hablar por la naturaleza y representarla

<sup>10</sup> La propuesta de texto constitucional continúa detallando este órgano público:

Artículo 149. La Defensoría de la Naturaleza tendrá las siguientes atribuciones: fiscalizar a los órganos del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos ambientales y derechos de la Naturaleza; formular recomendaciones en las materias de su competencia; tramitar y hacer seguimiento de los reclamos sobre vulneraciones de derechos ambientales y derivar en su caso; deducir acciones constitucionales y legales, cuando se vulneren derechos ambientales y de la naturaleza, y las demás que le encomiende la Constitución y la Ley.

Artículo 150. La Dirección de la Defensoría de la Naturaleza estará a cargo de una defensora o defensor de la Naturaleza, quien será designado por la mayoría de las y los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones, en sesión conjunta, a partir de una terna elaborada por las organizaciones ambientales de la sociedad civil, en la forma que determine la ley.

requeriría los más altos estándares de representación y legitimidad democrática. Tal vez la naturaleza tenga muchas voces y no solo una.

### 3. EL APOORTE DE GODOFREDO STUTZIN

Godofredo STUTZIN fue un pionero, un adelantado a su época. Su reflexión es contemporánea a la de Christopher STONE en Estados Unidos (CAMPUSANO, 2023, p. 22). Sin embargo, como se ha dicho, sus aproximaciones son axiológicamente diversas. Godofredo Stutzin construye desde una reflexión y una convicción ética: “Frente al enfoque económico del mundo natural como de una simple acumulación de recursos explotables, ha surgido la visión ecológica de la naturaleza como de una entidad universal infinitamente compleja e interrelacionada en todos sus aspectos, firmemente estructurada y organizada, esencialmente dinámica y en constante desarrollo” (STUTZIN, 1984, p. 102).

Y aquí es donde surgen aquellos aspectos más radicales de la ya radical mirada de STUTZIN: “es preciso que reconozca que la naturaleza posee intereses propios que son independientes de los intereses humanos y muchas veces contrapuestos a éstos en la perspectiva temporal” (STUTZIN, 1984, p. 102). Esto es, como primer paso, observar y entender la diferencia de intereses. Somos parte de la naturaleza, somos la naturaleza y, sin embargo, también somos algo que se comporta como si estuviera fuera de la naturaleza, como si no fuera parte de ella. Es una contradicción, una tensión y un misterio. Hay algo muy profundo y tal vez muy oscuro e insondable en esta idea. Alguien podría caminar por ese sendero, generando algo de luz. Pero STUTZIN no lo hace, probablemente porque piensa que no hay tiempo para ello; hay un imperativo que presiona y exige, y es ese el camino que decide seguir y que sigue (CAMPUSANO, 2018, p. 99).

“La evolución de la naturaleza se realiza de conformidad con dos principios fundamentales: diversidad y equilibrio” (STUTZIN, 1984, p. 103). Y nos interpela con su crítica a la acción de la sociedad contemporánea frente a la naturaleza: “Pues bien, son precisamente estos pilares de la organización de la naturaleza los que son atacados violentamente por

el hombre: por un lado, se elimina la diversidad, reemplazándola por la uniformidad; por el otro, se rompen los equilibrios, produciéndose desequilibrios cada vez mayores” (STUTZIN, 1984, p. 103). Es aquí donde STUTZIN comienza a caminar una senda propia que ya no es la de los filósofos ni la de los científicos. Es la senda especializada del jurista, del abogado, de aquel que piensa desde y hacia el derecho como sistema de acuerdo para la coexistencia en la sociedad. Su propuesta es extender el concepto e invitar a la mesa a un nuevo actor: la naturaleza como persona jurídica (CAMPUSANO, 2018, p. 99).

Para comenzar su argumentación, STUTZIN recuerda la existencia de personas jurídicas, que sirven a un fin aun cuando no tienen existencia real: “El caso de la naturaleza es diferente: no solamente tiene existencia ‘natural’ y reúne condiciones inigualables de organización, estabilidad, vitalidad y autonomía, sino que además cumple la función de mantener en nuestro planeta la esfera de la vida de la cual depende nuestra propia existencia” (STUTZIN, 1984, p. 104).

Así, hay precedentes y razones para considerar la viabilidad y conveniencia de este reconocimiento a la naturaleza. Por cierto, STUTZIN está consciente que aquí se encuentra en territorio nuevo que tensa la comprensión tradicional del derecho y que lleva a generar numerosas preguntas que requieren respuestas, al menos parciales y provisorias: “Obviamente, la naturaleza es una persona jurídica muy especial, *sui generis*, que rebasa los límites tradicionales del Derecho” (STUTZIN, 1984, p. 105). Y desde ya nos adelanta que se trata de una persona jurídica de derecho público. A continuación, se decide a abordar el tema del patrimonio de la naturaleza (CAMPUSANO, 2018, p. 99).

STUTZIN observa que “al igual que todas las fundaciones, la naturaleza consiste esencialmente en un patrimonio afecto a un fin. Este ‘patrimonio de afectación’ de la naturaleza comprende la totalidad de los elementos del mundo natural, animados e inanimados” (STUTZIN, 1984, p. 105). En este punto se percata de una situación compleja que puede generar una fuerte tensión entre aquellos que lo acompañan en su ruta: ¿cuál sería la relación entre los derechos de la naturaleza y los derechos

de los seres vivos que son parte de la naturaleza? ¿Se trata de lo mismo o puede haber diferencias, conflictos, tensiones e incluso oposiciones radicales entre unos y otros? (CAMPUSANO, 2018, 100).

STUTZIN observa y declara:

“La existencia de derechos propios de los seres vivos, diferentes de los derechos de la naturaleza. Estos derechos particulares corresponden a intereses que no coinciden con los de la naturaleza en general. Es el caso de los animales que, como seres sensibles, tienen el derecho de que no se les haga víctimas de sufrimientos físicos o psíquicos, aunque las acciones u omisiones humanas que causen estos sufrimientos no puedan considerarse como dañinas desde el punto de vista ecológico” (1984, p. 106).

El científico político neerlandés Marcel WISSENBURG ha advertido sobre esta diferencia, tensión y eventual conflicto entre derechos animales y entre derechos animales, así como entre derechos ecosistémicos y de la naturaleza (WISSENBURG, 2016, pp. 15-30).

Posiblemente una de las propuestas más conocidas hoy en Latinoamérica sobre derechos de la naturaleza es la del analista uruguayo Eduardo GUDYNAS. En su libro *Derechos de la naturaleza* desarrolla una aproximación ética y biocéntrica al tema. El libro termina con la siguiente afirmación:

“la ética biocéntrica promueve políticas y gestiones ambientales que se pluralizan en varios frentes, defiende que la vida, los seres vivos y la Naturaleza, tienen valores en sí mismos que están más allá de la utilidad humana. No pretende que las plantas o animales hablen, se presenten en juzgados o formen partidos políticos. Reclama, en cambio, que seamos nosotros, los humanos, quienes comencemos a escuchar, a entender y a aprender de los seres vivos y sus ambientes” (GUDYNAS, 2019, p. 241).

Es curioso que en su libro no considere a STUTZIN en su bibliografía. Es difícil pensar que no lo considere relevante en este tema y en haber sido el pionero regional. También es curiosa su ironía sobre la naturaleza presentándose en un juzgado, considerando que sí cita Christopher

STONE por lo que es razonable pensar que conoce su propuesta. Y también es curiosa su ironía sobre partidos políticos ya que sí los hay que representan animales, como el Partij van de Dieren de Países Bajos y otro en Suiza. Y sobre empezar a escuchar y aprender de la naturaleza, bueno, difícilmente podría pensarse que esta es una idea original.

Una segunda situación compleja que STUTZIN vislumbra es la relación entre derechos patrimoniales de la naturaleza y de los seres humanos (CAMPUSANO, 2018, p. 100), queda representada en la siguiente cita: “Los derechos de la naturaleza sobre su patrimonio coexisten con los derechos que personas humanas tienen sobre los bienes de ese patrimonio. Hay que distinguir, en consecuencia, el dominio ecológico del dominio civil” (STUTZIN, 1984, p. 106). Por lo mismo, este derecho “no es absoluto, sino que se encuentra condicionado por la ‘función natural’ que éstos desempeñan como parte del patrimonio de la naturaleza. Esta situación es comparable, en cierto modo, a la limitación del mismo derecho de propiedad que se desprende de su ‘función social’” (STUTZIN, 1984, p. 107).

En forma independiente a STUTZIN, pero axiológicamente relacionada, la obra de Thomas BERRY se encuadra en la corriente ecoteológica de derechos de la naturaleza. BERRY se interesa en lo que llama la gran narrativa del universo. Sus inspiraciones iniciales se encuentran en la obra de TEILHARD DE CHARDIN<sup>11</sup>. Thomas BERRY propone que el Universo es una nueva revelación, cuya historia debemos conocer. Los humanos, señala, formamos una Comunidad Sagrada, junto con el resto del universo. Desde niños debemos empezar a acercarnos a la historia del universo. En este contexto, la revisión de la obra de TEILHARD DE CHARDIN es clave para movernos hacia esa unión entre el conocimiento científico y a la vez, profundamente espiritual. BERRY propone que es tiempo de transitar de la era cenozoica a la era ecozoica, donde se restituya la continuidad entre

<sup>11</sup> Jesuita francés (1881-1955). Filósofo, paleontólogo y geólogo. Es autor del concepto “Punto Omega”. Desarrolló el concepto de Noosfera, como conjunto de seres vivos dotados de inteligencia. Fue perseguido y censurado por la Iglesia católica. Sus trabajos en paleontología siguen vigentes. Sus ideas evolucionistas no son consistentes con la ciencia actual, pero pueden considerarse desde una perspectiva metafórica. Viajero incansable, investigador lleno de preguntas, maestro de muchos.

lo humano y lo no humano. Agrega que debemos aprender la cosmología de las religiones y culturas de todo el mundo. Así, debemos abrirnos al conocimiento de los pueblos indígenas, y hay que despertar del autismo y empezar a observar y escuchar a la vida.

Otra idea clave de BERRY es la del nuevo relato. Todo es un tema de relato. BERRY postula que estamos en problemas hoy porque no tenemos un buen relato. Estamos viviendo un periodo entre relatos. El viejo relato ya no nos sirve, ya no responde nuestras preguntas ni nos ayuda a avanzar. Por cierto que el viejo relato nos sirvió mucho, le dio propósito a nuestras vidas y energizó nuestra acción. Pero ya no. Necesitamos un nuevo relato. BERRY presenta al universo como relato: el relato del universo es la quinta esencia de la realidad. Percibimos el relato. Lo ponemos en nuestro lenguaje, los pájaros la ponen en el suyo, y los árboles en el de ellos. Podemos leer el relato del universo en los árboles. Todo nos cuenta el relato del universo. Los vientos cuentan el relato, literalmente, no solo imaginativamente. El relato tiene su sello en todas partes y esa es la razón por la que es tan importante conocer el relato. Si no conoces el relato, de cierta forma no te conoces a ti mismo, no conoces nada. La vieja historia y la nueva historia.

Algunas de las propuestas más interesantes de BERRY están en las que se presentan a continuación: tal vez, ocasionalmente, participamos del sueño original de la Tierra. Tal vez, hay tiempos en que este diseño primordial se vuelve visible, como en un palimpsesto, cuando removemos las imposiciones impuestas con posterioridad. El sueño de la Tierra, ¿a dónde más podemos acudir a encontrar la guía que necesitamos para la tarea que tenemos por delante? Estamos entrando en un nuevo periodo y el desafío es enorme. No es solo adaptarnos a una disminución en el uso de combustibles fósiles o algunas modificaciones en nuestros sistemas sociales, económicos o educativos. Nuestro desafío es crear un nuevo lenguaje, incluso una nueva comprensión sobre lo que significa ser humano. Es trascender no solo nuestras limitaciones nacionales, sino que nuestra soledad como especie. Es entrar en la comunidad más grande de las especies vivas.

El abogado sudafricano Cormac CULLINAN construye su propuesta de derechos de la naturaleza fuertemente influenciado por la obra de BERRY, lo que reconoce y celebra públicamente en su libro *Wild Law*. Por su parte, Mary Evelyn TUCKER, profesora de la Universidad de Yale y también discípula de Thomas BERRY, ha desarrollado su obra rescatando, promoviendo y profundizando las ideas de BERRY. Su principal aporte puede ser haber logrado traer al siglo XXI estas reflexiones gestadas en el siglo XX.

#### 4. ALGUNAS PROBLEMATIZACIONES

James LOVELOCK postuló en su hipótesis Gaia que el planeta es un organismo autorregulado. Esta idea fue adquiriendo un vuelo autónomo en el imaginario colectivo que llevó a darle connotaciones que el autor nunca quiso ni comparte<sup>12</sup>. Esto nos lleva a hacer la prevención que las

<sup>12</sup> La hipótesis GAIA propone que los organismos vivos interactúan con su entorno inorgánico en la Tierra de manera de constituir un sistema complejo, sinérgico y autorregulado, que colabora con la mantención y perpetuación de las condiciones que hacen posible la vida en el planeta. Esta propuesta fue formulada en la década de 1970 por el químico James LOVELOCK y la microbióloga y teórica evolutiva Lynn MARGULIS. El nombre Gaia hace referencia a la diosa griega madre ancestral de todas las formas de vida. Es Gea, la Tierra. Sin embargo, puede ser errado atribuir a los autores connotaciones especiales a este nombre, ya que fue el escritor y vecino de LOVELOCK, William GOLDING, quien sugirió que esta idea se llamara hipótesis Gaia.

La hipótesis se relaciona con la forma en que la biósfera y la evolución de los organismos afecta la estabilidad de la temperatura global, la salinidad del agua del mar, los niveles de oxígeno en la atmósfera, la mantención de una hidrósfera de agua líquida y otras variables ambientales relacionadas con las condiciones de vida en el planeta.

La hipótesis ha sido objeto de variados criticismos y ha ido refinándose para hacerse cargo de algunas de las críticas más importantes como su compatibilidad con la teoría de la evolución. Aun así, se mantiene un debate hasta hoy. Los organismos evolucionan en conjunto con sus sistemas ecológicos en una forma de recíproca influencia. Hay expresiones diversas de la hipótesis, más o menos cercanas a la ciencia tradicional. Una expresión radical postula que los cambios en la biósfera suceden debido a la acción coordinada de organismos vivos. En una aproximación más radical aún, se postula que todas las formas de vida deben ser consideradas como parte de un ser vivo planetario singular llamado Gaia. Desde esta aproximación, la corteza terrestre, los océanos, y la atmósfera serían el resultado de las intervenciones de Gaia por medio de la diversidad coevolutiva de los organismos vivos.

La hipótesis ha servido de base para influir en diversos movimientos y escuelas de

ideas académicas a veces son traspasadas a la cultura popular adquiriendo formas inéditas y autónomas de la concepción original (TANASESCU, 2022, p. 38).

Es posible que la idea de derechos de la naturaleza tenga más relación con doctrinas europeas que con cosmovisiones indígenas. Esta es la intuición de TANASESCU que la sitúa en la tradición liberal europea de expansión permanente de derechos (TANASESCU, 2022, p. 40)<sup>13</sup>. En la posición contraria se encuentra Ezio COSTA, que señala que “el reconocimiento de derechos de la naturaleza, cuestión que además se encuentra

---

pensamiento relacionadas con medio ambiente y la ecología, por ejemplo, con la Ecología Profunda o Deep Ecology. Al mismo tiempo, ha sido duramente criticada por parte importante de la comunidad científica, destacando Richard DAWKINS y Stephen JAY GOULD. En particular, se critica la idea que exista un propósito, un objetivo al que aproximarse. LOVELOCK ha rechazado que esa idea de propósito sea parte de la hipótesis. Parte mayoritaria de la comunidad científica rechaza la hipótesis en un amplio arco conceptual que va desde aquellos que la consideran simplemente errada, sin sustento experimental, a aquellos que prefieren entenderla como una metáfora o como ideas preliminares que podrían ayudar a una reflexión posterior. Se dice que su existencia ha logrado inquietar y despertar la reflexión.

El año 2009 se propuso una idea contraria y se le llamó Medea hipótesis, la que postula que la vida tiene impactos altamente perjudiciales para las condiciones del planeta y su permanencia. MARGULIS propuso la teoría de la endosimbiosis que postula que, en la evolución, la cooperación es una fuerza tan potente y real como la competencia. Un concepto central de la hipótesis Gaia es la de homeostasis, esto es, autorregulación. La vida en su conjunto interactúa con su entorno de manera que lo regula. Así, la evolución no es una serie de adaptaciones frente a eventos inanimados, sino que un sistema de retroalimentaciones e intercambios. MARGULIS dijo que el ser humano no era un individuo, sino que era una comunidad. Y los descubrimientos de la micro biótica humana están redefiniendo lo que significa ser humano y cómo este se relaciona con el resto de la vida. El libro de Ed YONG, *Yo Contengo Multitudes*, es el texto para iniciarse en la materia. Entonces, pareciera ser que no estamos solos dentro de nuestro cuerpo y tampoco somos entidades separadas de la biósfera. No es lo mismo un planeta que contiene vida a un planeta que está vivo. Las ideas expresadas en esta nota al pie de página han sido extraídas de sitios en internet como también de mis apuntes de clases.

<sup>13</sup> Al respecto, el autor refiere que: “It has become commonplace to present the rights of nature as either directly emanating from, or else closely approximating, indigenous philosophical and legal traditions. There is nothing within the various histories that I have so far surveyed that would warrant this claim. Why, then, is it so often made? There are, as I see it, three possible explanations: ignorance of indigenous philosophies, an unreflexive colonial inheritance, and enthusiastic belief in the power of rights discourse”.

muy alineada con el pensamiento de los pueblos originarios de Chile” (COSTA, 2021, p. 125).

Es posible que la primera expresión de recogimiento normativo de derechos de la naturaleza se encuentre en una ordenanza municipal del año 2006, de *Tamaqua Borough*, Pennsylvania. En ella, se le otorgan derechos a la naturaleza, entendida esta como el área de la comuna (TANASESCU, 2022, p. 48).

Una expresión significativamente más importante de otorgamiento de derechos a la naturaleza lo constituye la Constitución de Ecuador de 2008. Es opinión generalizada que el gatillante de esta Constitución fue la voluntad de reivindicar un *ethos* histórico y cultural indígena vernáculo, distanciándose de la tradición europea, propia de la mayoría de las constituciones de Latinoamérica y sus tradiciones jurídicas (CAMPUSANO, 2023, p. 28).

Es en este contexto que se entiende e interpreta la conceptualización de la naturaleza como sujeto de derechos, del artículo 10 del antiguo proyecto constitucional de 2022, que señala: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Esta idea es desarrollada en el artículo 7: “La naturaleza o *Pacha Mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. También el artículo 72: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados” (CAMPUSANO, 2023, p. 28).

TANASESCU tiene una impresión diferente sobre las influencias teóricas del origen de estas normas y levanta la idea que estos conceptos pueden haber sido motivados por el trabajo y las propuestas de personas y organizaciones ajenas a lo indígena, incluso ajenas a Ecuador, y más bien parte del trabajo de organizaciones típicamente occidentales como la *Community Environmental Legal Defense Fund* (CELFD) y otras

(TANASESCU, 2022, p. 53)<sup>14</sup>. El punto es académicamente importante, ya que puede servir para clarificar las bases ideológicas de la idea de derechos de la naturaleza<sup>15</sup>.

Bolivia no tiene normas sobre derechos de la naturaleza en su Constitución, aunque su base se sustenta en ideas similares a la de Ecuador (CAMPUSANO, 2023, p. 31). Lo que sí tiene es una ley del año 2010 que consagra derechos de la naturaleza. La ley habla de la Madre Naturaleza, y con ello levanta de manera automática el tema de género, lo que puede tener problematizaciones (TANASESCU, 2022, p. 60). También una conexión entre pensamiento indígena y la figura de la Madre Naturaleza. Esto abre una reflexión sobre la idea de Pachamama como expresión local de Madre Naturaleza. Aquí se presenta una tensión entre lo local y lo universal. Nuevamente, TANASESCU se pregunta sobre el sentido y alcance de esta figura o entidad y sus características. ¿Se tratará de una madre que provee, por ejemplo? ¿No la acercaría eso a la idea de recursos naturales que proveen a la humanidad de sus necesidades? (TANASESCU, 2022, p. 65)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Señala TANASESCU que un rol fundamental habría sido jugado por dicha organización: “This organization, together with Fundación Pachamama (whose co-founder, Bill Twist, introduced Acosta to CELDF), played a very important role in drafting the constitutional articles dealing with rights of nature. Farith Simon (2019) went as far as claiming that CELDF themselves drafted the constitutional provisions”.

<sup>15</sup> Para profundizar en este tema, ver: TANASESCU (2013), pp. 846-861.

<sup>16</sup> A mayor abundamiento, la cita plantea que: “Nature in this sense is not caring, but rather powerful enough to be indifferent. Human matters are none of its concern, which is precisely why it has to be appeased, because of its tremendous power and the arbitrariness with which it wields it.... This is why some may think of nature as revengeful, which at least has the benefit of recognizing natural violence and avoiding motherly abstractions. Revenge itself may not be, in the final analysis, a better way of conceiving the enveloping world, largely because indifference manages to account for more of its facets. It is hard to believe that the whole species would be wiped out because of nature taking revenge, particularly because the image of the revengeful goddess seems to be accompanied by an idealization of animal life: the goddess takes revenge on humans for having fallen from animal grace. Perhaps it is because of the successful erasure of cultural memory that moderns have started entertaining the idea that nature can be imagined as Mother Earth”.

Tal vez el dato duro relevante, más allá de las reflexiones teóricas, es que tanto Bolivia como Ecuador han expandido sus industrias extractivas desde que cuentan con una ley y una Constitución, respectivamente, que reconocen y consagran derechos de la naturaleza (TANASESCU, 2022, p. 66). Y tal vez también sea interesante recordar nuevamente que Ecuador ha cambiado su Constitución 20 veces.

Una variante de los derechos de la naturaleza son la consagración de derechos a un elemento de la naturaleza, como, por ejemplo, un río, un parque o una montaña. Un primer caso es el parque de Nueva Zelanda al que se le otorgó personalidad jurídica. Un segundo caso similar, también de Nueva Zelanda, es el del río Whanganui al que se le otorgó personalidad jurídica (CAMPUSANO, 2023, p. 32). Ambos casos deben entenderse como histórica y culturalmente ligados al Tratado de Waitangi de 1840 (CAMPUSANO, 2023, p. 32). Otro caso es el del río Atrato en Colombia y dos ríos en India, Ganges y Yamuna. Todos ellos son ejemplos de decisiones nacionales que consagran personalidad jurídica a elementos acotados de la naturaleza (CAMPUSANO, 2023, p. 32).

También hay intentos de llevar estas propuestas a nivel internacional, por ejemplo, la propuesta de “Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra” que fue presentada ante Naciones Unidas para su consideración. Esta idea saca el tema del ordenamiento jurídico de un Estado y busca llevarlo al plano global: una voz planetaria de la naturaleza, ¿será eso una buena idea? En los párrafos finales intento levantar un inicio de respuesta.

## 5. “LA NATURALEZA AMA OCULTARSE”

Como se ha señalado, existe un espacio significativo entre la filosofía y la especulación teórica, por una parte, y el derecho, por la otra. El tema de la identidad y voluntad de la naturaleza ha concitado el interés y la curiosidad de la humanidad desde hace milenios. Y las ideas, hallazgos y conclusiones han ido variando en el tiempo.

Para el texto del Génesis, la naturaleza es algo que está frente al ser humano, separada del ser humano. Dios ha creado la naturaleza y todo lo que contiene, con la finalidad de que sirva a los intereses del ser humano. La creación del ser humano es diferente en oportunidad y en calidad al resto de lo que existe:

“1:26 Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves de los cielos, en las bestias, en toda la tierra, y en todo animal que se arrastra sobre la tierra.

1:27 Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó.

1:28 Y los bendijo Dios, y les dijo: Fructificad y multiplicaos; llenad la tierra, y sojuzgadla, y señoread en los peces del mar, en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra.

1:29 Y dijo Dios: He aquí que os he dado toda planta que da semilla, que está sobre toda la tierra, y todo árbol en que hay fruto y que da semilla; os serán para comer.

1:30 Y a toda bestia de la tierra, y a todas las aves de los cielos, y a todo lo que se arrastra sobre la tierra, en que hay vida, toda planta verde les será para comer. Y fue así” (LIBRO GÉNESIS 1, 26-30).

De la misma forma, a lo largo de la historia también ha habido quienes sugieren que la naturaleza es algo que está allí, frente a los seres humanos, con la finalidad de ser conquistada, dominada, utilizada. Es la aproximación utilitarista y pragmática de la naturaleza, aquella que ve materias primas y recursos naturales. Por cierto que, desde esa mirada, se ha levantado una épica que construye un relato que va mostrando cómo los seres humanos han ido logrando, a lo largo de la historia, liberarse de lo fatal de la naturaleza y dominarla. ESQUILO expresa esta idea en forma magistral en su obra *Prometeo Encadenado*:

“Deciros quiero  
 Cómo al hombre ignorante he conducido  
 A prudencia y razón. Ojos tenían,  
 Pero sin ver; oyendo, no escuchaban;  
 A las sombras, de un sueño semejantes,

Siempre al acaso obraban. Ni en el suelo  
 Con ladrillo o con piedra construían  
 Sus fábricas; moraban so la tierra,  
 Escondidos en antros tenebrosos,  
 Cual ágiles hormigas. Del invierno,  
 Primavera florida, o del estío  
 Frugífero, las señas no alcanzaban.

Todo les era igual. Mas yo enseñeles  
 A distinguir el amanecer y el ocaso  
 De las estrellas; inventé los números,  
 Arte divina; les mostré las letras,  
 Y la memoria, madre de las musas,  
 Su mente iluminó. Sujeté al yugo  
 Las bestias, que el trabajo de los hombres  
 Mucho aliviaron; antepuse al carro  
 Freníferos corceles, de pomposo  
 Ornamento arreados. Lancé al ponto  
 Las velívolas naves con remeros.  
 ¡Yo, que inventé las artes para el hombre,  
 No encuentro hoy arte alguna que me salve!”

También es posible entender a la naturaleza como a una madre protectora, esto es, una proveedora de bienestar, de recursos. Existe para apoyarnos y, por tanto, deber de los humanos es utilizarla.

Por otra parte, está aquella mirada de no intervención, de separar al ser humano de determinados territorios naturales. Ciertamente, esta aproximación es aquella que ha promovido y posibilitado la idea de áreas protegidas y conservación de la naturaleza. Esta es la aproximación de la Convención sobre Biodiversidad de 1992. Sin embargo, también se acerca a ideas que hicieron posible los cotos de caza y otras aproximaciones profundamente anti humanistas.

¿Puede una radicalización de la idea de protección de la naturaleza, desde un paradigma ecocéntrico, devenir en anti-humanismo?, ¿puede el amor por la naturaleza generar, en algunas de sus expresiones, rechazo, antipatía, distancia y oposición respecto de lo humano, de lo que los

humanos han levantado, de su propio *ethos*?<sup>17</sup>, ¿qué quiere la naturaleza?, ¿quién puede saberlo?

Quién habla por la naturaleza es la pregunta que necesariamente debe enfrentarse al final de toda reflexión sobre sus derechos. ¿Quién puede representarla?, ¿quién puede expresar lo que quiere y lo que necesita? Obsérvese que la pregunta no es lo que debe hacerse a su respecto (CAMPUSANO, 2023). Esta pregunta es importante, sin duda, y tal vez sea la que en definitiva deba hacerse. Sin embargo, la pregunta que surge de la necesidad de representación de la naturaleza es precisamente la de identificar y decidir su representante, su vocería (CAMPUSANO, 2023, p. 33).

No sabemos qué quiere la naturaleza, no conocemos su voluntad. Tal vez ni siquiera hemos llegado a comprenderla, a entender su *ethos*, ¿cómo podríamos entonces, pretender representarla, hablar en su nombre? Hay *hubris* en ese empeño (CAMPUSANO, 2023, p. 33). Se parece a tantas historias en que aparecían hombres que nos decían que representaban a dios, que hablaban en su nombre y que conocían su voluntad. La naturaleza es misterio, es el velo de Isis, es la frase de HERÁCLITO: la naturaleza ama ocultarse (CAMPUSANO, 2023, p. 33). Lo dijo GOETHE también: “Misteriosa en pleno día, la naturaleza no se deja quitar el velo, y lo que ella no muestra a tu espíritu no lo puedes forzar tú con palancas y tornillos”<sup>18</sup>.

Tal vez sea la naturaleza quien habla a través de la diosa de Sais, asimilada a Isis por Plutarco, según explica Pierre HADOT, “soy lo que ha sido, lo que es y lo que será. Ningún mortal ha levantado mi velo” (HADOT, 2004, p. 398).

---

<sup>17</sup> La literatura de ficción tiene algunos ejemplos para explorar esta idea. Por ejemplo *El perfume de Adam* de Jean Christophe RUFIN y *State of Fear* de Michael CRICHTON. E incluso se podría encontrar algo de esto, en su propia variante original en el clásico libro de Edward ABBY *The Monkey Wrench Gang*.

<sup>18</sup> Esta frase corresponde a la obra literaria *Fausto*, de Johann Wolfgang von GOETHE, publicada por primera vez en el año 1808.

Por supuesto, esta idea de lo que la naturaleza pueda querer, sus representantes, su personalidad jurídica y, en general, todos los temas relacionados con sus posibles derechos son materias discutidas y discutibles. No parece haber una verdad definitiva a su respecto y estas líneas son una invitación a reflexionar y a debatir (CAMPUSANO, 2023, p. 33). Tal como le gustaba tanto a Fernando.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERRY, Thomas (1988): *The Dream of the Earth*. (San Francisco: Sierra Club Books).
- (1999): *The Great Work: Our Way Into the Future*. (New York: Harmony/Bell Tower).
- BERRY, Thomas y SWIMME, Brian (1992): *The Universe Story: From the Primordial Flaring Forth to the Ecozoic Era. A Celebration of the Unfolding of the Cosmos*. (San Francisco: Harper).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl (2014): “El Buen Vivir y los Derechos de la Naturaleza en las Nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador”, en *Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago: Legal Publishing).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl (2018): “Godofredo Stutzin y el Imperativo Ecológico de nuestro tiempo”, en *Revista de Justicia Ambiental* N°.10, pp. 91-103.
- (2023): “Derechos de la Naturaleza: Antecedentes, Expresiones y Desafíos”, en *Revista Actualidad Jurídica* 47, pp. 13-39.
- CASTILLO, Marcelo (2022): *Rechazo. Crítica al proyecto de nueva Constitución chilena*. (Santiago: J. C. Sáez Editor).
- COSTA, Ezio (2021): *Por una Constitución Ecológica. Replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*. (Santiago: Catalonia).
- CULLINAN, Cormac (2011): *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*, segunda edición. (New Hampshire: Chelsea Green Publishing).
- GARRETT, Brandon L. (2014): “The Constitutional Standing of Corporations”, en *University of Pennsylvania Law Review* N°.163, pp. 95-164.
- GUDYNAS, Eduardo (2009): “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, en *Revista de Estudios Sociales* N°.32, pp. 34-47.
- (2019): *Derechos de la Naturaleza. Ética Biocéntrica y Políticas Ambientales*. (Santiago: OLCA).
- HADOT, Pierre (2004): *El Velo de Isis. Ensayo sobre la historia de la idea de naturaleza*. (Ediciones Alpha Decay).

- IWAI, Katsuhito (1999): “Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, N°.4, pp. 583-632.
- KOESSLER, Maximilian (1949): “The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation”, en *Louisiana Law Review*, vol. 9, N°.4, pp. 435-449.
- LOVELOCK, James (2009): *The Vanishing Face of GAIA. A final warning*. (Londres: Penguin Books).
- LYNN, White (1967): “The Historical Roots of our Ecological Crisis”, en *Science*, vol. 155, N°. 3767.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia (2015): “Natural Persons, Juridical Persons and Legal Personhood”, en *Mexican Law Review*, vol. 8, N°. 1, pp. 101-118.
- STUTZIN, Godofredo (1976): “Should we recognize nature’s claim to legal rights? An essay”, en *Environmental Policy and Law*, vol. 2, N°. 3, p. 129.
- (1984): “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”, en *Revista Ambiente y Desarrollo*, vol. 1, N°. 1, pp. 97-114.
- (1986): “La doble personalidad del Derecho Ambiental”, en *La Ley*. (Buenos Aires: Fundación ARN).
- TANASESCU, Mihnea (2013): “The rights of nature in Ecuador: the making of an idea”, en *International Journal of Environmental Studies*, vol. 70, N°. 6, pp. 846-861.
- (2015): *Environment, Political Representation and the Challenge of Rights. Speaking for Nature*. (Palgrave Macmillan).
- (2016): “Environment, Political Representation, and the Challenge of Rights”, en *Local, National, and International Rights of Nature* (pp. 107-128). (Routledge).
- (2020): “Rights of Nature, Legal Personality, and Indigenous Philosophies”, en *Transnational Environmental Law*, vol. 9, N°. 3, pp. 429-453.
- (2022): *Understanding the Rights of Nature: A Critical Introduction*. (Bielefeld: New Ecology).
- TUCKER, Mary Evelyn (ed.) (2006): *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as Sacred Community. Essays by Thomas Berry*. (Berkeley: Counterpoint Press).
- TUCKER, Mary Evelyn y GRIM, John (2014): *Thomas Berry: Selected Writings on the Earth Community*. (Maryknoll, NY: Orbis Books).
- TUCKER, Mary Evelyn, GRIM, John y ANGYAL, Andrew (2019): *Thomas Berry: A Biography*. (Columbia University Press).
- TUCKER, Mary Evelyn, MICKEY, Sam y GRIM, John (2020): *Living Earth Community: Multiple Ways of Being and Knowing*. (Cambridge: Open Book Publishers).
- VAN KRIEKEN, Robert (2006): *The ethics of corporate legal personality*. (Routledge).
- WATSON, Susan (2018): “The Corporate Legal Person”, en *Journal of Corporate Law Studies*.

- WISSENBURG, Marcel (1993): “The idea of nature and the nature of distributive justice”, en DOBSON, Andrew y LUCARDIE, Paul (eds.), *The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory*. (Londres: Routledge).
- (2007): “Ecologie en Hedendaags Humanisme”, en *Tijdschrift voor Humanistiek* N°. 8, pp. 2-7.
- (2012): “Politiek, Leefomgeving en Natuur”, en TERPSTRA, Marten (ed.), *One-nigheid en gemeenschap* (pp. 307-412). (Amsterdam: Boom).
- (2016): “The Anthropocene, Megalomania, and the Body Ecology”, en PATTERBERG, Philipp y ZEL, Fariborz (eds.), *Environmental Governance in the Anthropocene: Institutions and Legitimacy in a Complex World* (pp. 15-30). (London: Routledge).
- (2019): “The Concept of Nature in Libertarianism”, en *Ethics, Policy & Environment*, vol. 22, N°. 3, pp. 287-302.



# EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR CHILE

Sustainable development in Chile's investment agreements

**Rodrigo Polanco**

Investigador y académico del Instituto de Comercio Mundial, Universidad de Berna, Suiza  
Asesor legal, Instituto Suizo de Derecho Comparado

*RESUMEN: En este artículo se describen las disposiciones sobre desarrollo sostenible que se encuentran en general en los acuerdos internacionales de inversión, así como las que se refieren explícitamente a normas medioambientales y laborales. A su vez, examina en detalle los acuerdos internacionales de inversión chilenos y sus disposiciones sobre desarrollo sostenible, tanto en acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones como parte de tratados de libre comercio, y los compara con la inclusión de estas disposiciones en los acuerdos internacionales de inversión a nivel mundial. Teniendo en cuenta que Chile es uno de los países líderes en la negociación de acuerdos comerciales y que, al mismo tiempo, ha asumido un fuerte compromiso público para promover el desarrollo sostenible, en la conclusión proponemos algunas recomendaciones para futuras negociaciones o renegociaciones de acuerdos internacionales de inversión chilenos con el fin de incluir más disposiciones sobre desarrollo sostenible.*

*PALABRAS CLAVE: desarrollo sostenible, normas laborales, normas medioambientales, tratados de inversión, tratados de libre comercio.*

*ABSTRACT: This article describes the sustainable development provisions found in general in international investment agreements, as well as those that explicitly refer to environmental and labor standards. In turn, it examines in detail Chilean international investment agreements and their sustainable development provisions, both in bilateral investment promotion and protection agreements and as part of free trade agreements and compares them with the inclusion of these provisions in international investment agreements worldwide. Considering that Chile is one of the leading countries in the negotiation of trade agreements and, at the same*

*time, has made a strong public commitment to promote sustainable development, in the conclusion, we propose some recommendations for future negotiations or renegotiations of Chilean international investment agreements to include more provisions on sustainable development.*

*KEYWORDS: environmental standards, free trade agreements, investment treaties, labor standards, sustainable development.*

## INTRODUCCIÓN

El 5 de diciembre de 1996 se firmó el primer Tratado de Libre Comercio suscrito por Chile, entre nuestro país y Canadá. En paralelo, las partes también suscribieron un Acuerdo de Cooperación Ambiental el 6 de febrero de 1997<sup>1</sup>, junto a un Acuerdo de Cooperación laboral. Todos estos instrumentos entraron en vigor el 5 de julio de 1997.

Entre otras disposiciones, el artículo 14 del Acuerdo de Cooperación Ambiental permite a cualquier persona u organización no gubernamental (ONG) que asevere que uno de los Estados parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, presentar peticiones ante cualquiera de los Secretariados Nacionales establecidos en el acuerdo. Luego de una revisión de requisitos formales, dicha petición se envía a un Comité Conjunto Revisor de Peticiones para su resolución. Este comité, compuesto por dos miembros, uno de cada Parte, es una instancia independiente responsable de evaluar las peticiones de ciudadanos y determinar si acaso ellas cumplen los requisitos para pedir una respuesta de una de los Estados parte, o recomendar la elaboración de un expediente de hecho.

La primera petición presentada sobre la base de estas normas (Petición A14-2000-01) fue interpuesta por el abogado y presidente de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Fernando Dougnac Rodríguez, a fines del año 2000, en representación de cinco ONG chilenas<sup>2</sup>, argu-

<sup>1</sup> Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile – Canadá (ACACC) (1997). Disponible en: <https://acuerdochilecanada.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/Texto-Acuerdo-de-Cooperacion-Ambiental.pdf>.

<sup>2</sup> Alianza por los Bosques de Chile, el Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora

mentando que las autoridades ambientales chilenas habían fallado en fiscalizar efectivamente su legislación ambiental al autorizar el Proyecto maderero Cascada-Chile sin un estudio de impacto ambiental apropiado<sup>3</sup>. Si bien el Gobierno de Chile respondió a esa presentación en enero de 2011, negando todos los cargos formulados en dicha petición<sup>4</sup>, en febrero de ese mismo año la empresa canadiense que impulsaba dicho proyecto (Boise Cascade) anunció su cancelación irreversible, supuestamente debido a la sobreoferta en el mercado de tablonos Oriented Strand Board (OSB), lo que hacía inviable el proyecto desde el punto de vista financiero. Al mismo tiempo, la empresa acusó al Gobierno de no haber tenido una posición clara ante las “incesantes demandas de un pequeño grupo de organizaciones no gubernamentales”<sup>5</sup>.

Este ejemplo es solo una muestra de la directa relación que hoy existe entre la regulación de la inversión extranjera y la protección del medio ambiente. Vínculo que a nivel internacional se ha materializado principalmente en el concepto de desarrollo sostenible, entendido como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1987).

Existe un importante déficit de inversión para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015). Según la UNCTAD, para alcanzar estos objetivos en 2030, se

---

(CODEFF), la Red Nacional de Acción Ecológica (RENACE), el Instituto de Ecología Política (IEP) y Sociedades Sustentables.

<sup>3</sup> Resumen de la Petición Presentada ante la Comisión Para la Cooperación Ambiental Chile - Canadá, bajo los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile - Canadá N°. A14-2000-01. Disponible en: <https://acuerdochilecanada.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/12/Resumen-A14-2000-01-2.pdf>

<sup>4</sup> Resumen de la Respuesta del Gobierno de Chile al Comité Conjunto Revisor de Peticiones bajo los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá sobre la Petición A14-2000-01. Disponible en: <https://acuerdochilecanada.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/12/Resumen-A14-2000-01-1-2.pdf>

<sup>5</sup> EMOL, 22 de febrero de 2001, “Ecologistas celebran cancelación de proyecto Cascada Chile”. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2001/02/22/46952/ecologistas-celebran-cancelacion-de-proyecto-cascada-chile.html>

necesita una inversión anual total de entre 3,3 y 4,5 billones de dólares en los sectores pertinentes de los países en desarrollo (UNCTAD, 2014b, p. 140). Algunos estiman un déficit de financiación anual de unos 2,5 billones de dólares entre la financiación actual y lo que se necesita para alcanzar los ODS en esos países (DOUMBIA Y LAURIDSEN 2019, p. 1-2).

La inversión extranjera directa puede desempeñar un papel esencial en la creación y el fortalecimiento de la capacidad productiva y el crecimiento de las exportaciones, incluidos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como la transferencia de tecnología y competencias, la generación de empleo, el aumento de los salarios y la erradicación de la pobreza (UNITED NATIONS COMMITTEE FOR DEVELOPMENT POLICY (CDP) 2016, p. 9, 14). Dada la importante brecha de inversión para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, sería muy deseable que los flujos de inversión extranjera directa aumentaran considerablemente en áreas clave para alcanzarlos, en particular hacia los países en desarrollo, los países menos adelantados y los países en desarrollo sin litoral.

Sin embargo, la necesidad de la inversión extranjera directa no significa que exista un consenso sobre la promoción, la facilitación o la protección de la inversión extranjera, ni que los instrumentos internacionales sean adecuados para ese fin. En lugar de un acuerdo multilateral de inversión, hoy contamos con una red de más de tres mil acuerdos internacionales de inversión, entre los que se encuentran los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones y otros tratados con disposiciones sobre inversión, principalmente tratados de libre comercio con capítulos de inversión.

En los últimos años, estos tratados han sido muy cuestionados en lo que respecta a la protección que ofrecen a los inversores extranjeros, principalmente a través del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados<sup>6</sup>. Las pruebas sobre si los flujos agregados de inversión extranjera directa han aumentado gracias a los acuerdos internacionales de inversión siguen sin ser concluyentes. Mientras que

---

<sup>6</sup> Véanse, entre otros, los siguientes documentos WAIBEL et al. (2010); UNCTAD (2015b); UNCTAD (2021).

algunos no encuentran una relación clara o limitada entre las protecciones de los tratados y la inversión, otras investigaciones se han centrado en las condiciones en las que los tratados pueden influir positivamente en los flujos de inversión (BONNITCHA, POULSEN Y WAIBEL, 2017; POHL, 2018; UNCTAD, 2014a; BELLAK, 2015). Las disputas sobre inversiones que afectan a cuestiones de relacionadas con el desarrollo sostenible parecen ir en aumento. Por ejemplo, en los últimos años, las disputas han aumentado a medida que algunos Estados se involucran en la transición energética, incluyendo la eliminación gradual de las centrales nucleares y de carbón, la revocación o el cambio de los regímenes de incentivos para las energías renovables, y la prohibición de proyectos de petróleo, gas natural y gas de lutita o *shale gas* (GARIN RESPAUT, 2020).

En ese contexto, algunas voces han reclamado una reforma y una alineación de los acuerdos internacionales de inversión con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (JOHNSON, SACHS Y LOBEL, 2020; MUCHHALA, 2018), para incluir en estos acuerdos compromisos más sostenibles y equilibrados (BERNASCONI et al., 2012), o considerar la inclusión de compromisos de derechos laborales y de protección del medio ambiente (VANDUZER, 2016). Algunas instituciones, como el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo, han desarrollado modelos (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT et al. 2005) o directrices (COTULA, 2016; UNCTAD, 2015a) en este sentido.

Para algunos, el objeto y la finalidad de los tratados de inversión han cambiado de la protección de las inversiones para la prosperidad económica, a la protección de las inversiones para el desarrollo sostenible (ORTINO, 2017, pp. 75-83). Algunos modelos de acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones, como el modelo de acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones de Estados Unidos de 2012 y el modelo de acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones de Holanda de 2018, incluyen ahora disposiciones sobre desarrollo sostenible (CHI, 2018, p. 15). En los últimos años, la mayoría de los acuerdos

internacionales de inversión hacen referencia al desarrollo sostenible, el medio ambiente, el trabajo, la responsabilidad social de las empresas o los derechos humanos en el preámbulo o en las disposiciones sustantivas. Sin embargo, la inclusión de este tipo de lenguaje sigue siendo poco frecuente si tenemos en cuenta el conjunto de acuerdos internacionales de inversión (ORTINO, 2017, p. 81).

Chile es uno de los actores más importantes en la elaboración de tratados de inversión a nivel latinoamericano. Según la UNCTAD, es el país con más acuerdos internacionales de inversión celebrados en la región (UNCTAD, 2021a). Chile ha concluido 46 acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones<sup>7</sup> y 36 tratados con disposiciones sobre inversión, y aproximadamente dos tercios de estos acuerdos se han celebrado con economías en desarrollo o en transición<sup>8</sup>. 63 de estos acuerdos están actualmente en vigor. Por lo tanto, es importante saber cuál es la posición de Chile en cuanto a la inclusión de disposiciones de desarrollo sostenible en sus acuerdos de inversión.

Este artículo está estructurado de la siguiente manera. Tras esta introducción, describimos con más detalle las disposiciones sobre desarrollo sostenible que se encuentran en los acuerdos internacionales de inversión en general, así como las relativas al medio ambiente y al trabajo. En la subsección correspondiente, examinamos en detalle los acuerdos internacionales de inversión chilenos y sus disposiciones sobre desarrollo sostenible. En las conclusiones, proponemos algunas recomendaciones para futuras negociaciones o renegociaciones de estos acuerdos.

---

<sup>7</sup> Con todo, los países con más acuerdos de promoción y protección de inversiones en Latinoamérica son Cuba (59) y Argentina (54).

<sup>8</sup> Para ello seguimos la clasificación en WORLD ECONOMIC SITUATION AND PROSPECTS (2023).

## 1. DISPOSICIONES SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

Algunos trabajos anteriores ya han mapeado las disposiciones sobre desarrollo sostenible en acuerdos internacionales de inversión. En 2014, basándose en una muestra que comprendía el 70% de todos los acuerdos internacionales de inversión, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) estimó que solo el 12% contenía una referencia relacionada con el desarrollo sostenible (GORDON, POHL y BOUCHARD, 2014). Un informe realizado para la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (UNESCAP) analizó y comparó los ODS incorporados en una muestra seleccionada de 20 acuerdos internacionales de inversión modelo y 340 acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones de 18 países menos adelantados y países en desarrollo sin litoral de Asia y el Pacífico (CHI, 2018). El mapeo de UNCTAD de 2.575 acuerdos internacionales de inversión incluye disposiciones sobre salud y medio ambiente, normas laborales y responsabilidad social corporativa, entre otros temas (UNCTAD, 2021b).

El desarrollo sostenible es un concepto amplio, evolutivo y polifacético (BARRAL 2012). Si nos limitamos a considerar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, tendríamos que examinar 17 objetivos diferentes y 169 metas (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015). Por ello, en esta sección, adoptaremos un concepto más restrictivo de desarrollo sostenible, centrado en las disposiciones que se refieren en general a ese tema o específicamente a la protección del medio ambiente y los derechos laborales.

Para identificar las disposiciones sobre desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión existentes, hemos utilizado principalmente la Base de Datos Electrónica de Tratados de Inversión (EDIT) que actualmente incluye el texto de 3.604 acuerdos internacionales de inversión, siendo 3.143 acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones y 461 tratados con disposiciones sobre inversión<sup>9</sup>. Hemos

---

<sup>9</sup> La Base de Datos Electrónica de Tratados de Inversión (EDIT) es una base de datos

mapeado tanto las disposiciones que se refieren en general al desarrollo sostenible como las que incluyen algunas palabras clave y expresiones directamente relacionadas con esa noción en los tres temas específicos mencionados anteriormente.

## 1.1. Disposiciones generales de desarrollo sostenible (DDS)

### 1.1.1. *Acuerdos internacionales de inversión a nivel global*

Hemos identificado al menos 327 acuerdos internacionales de inversión con disposiciones sobre desarrollo sostenible, celebrados a partir de 1992. La gran mayoría de ellos son tratados con disposiciones sobre inversión con capítulos o disposiciones sobre inversión –180 acuerdos– y solo 90 acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones. La proporción de disposiciones sobre desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión ha aumentado con el tiempo. Por ejemplo, mientras que solo el 1% de los acuerdos internacionales de inversión celebrados en el año 2000 contienen referencias al desarrollo sostenible, diez años más tarde, esa proporción aumentó hasta el 23%. En 2020, alrededor de dos tercios de los acuerdos celebrados ese año incluían disposiciones de este tipo. La mayoría de estos acuerdos –268 acuerdos internacionales de inversión– incluyen estas referencias en el preámbulo, 210 Tratados con Disposiciones sobre Inversión y 58 acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones.

En lo que respecta a los tratados con disposiciones sobre inversión, el acuerdo más antiguo que incluye menciones al desarrollo sostenible en el preámbulo, es el preámbulo del Acuerdo por el que se establece el Espacio Económico Europeo de 1992<sup>10</sup>. En el caso de los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones, la mención explícita

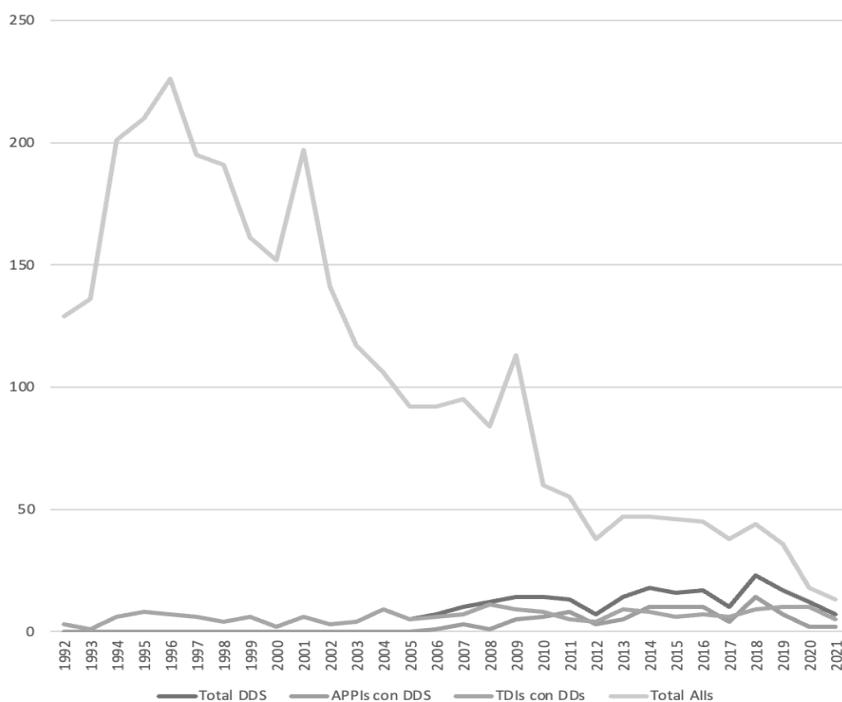
---

exhaustiva, de texto completo y legible por máquina de AII del World Trade Institute de la Universidad de Berna, <https://edit.wti.org/>. Véase ALSCHNER, ELSIG Y POLANCO (2021).

<sup>10</sup> ACUERDO EEE (1992), Preámbulo: “DETERMINADOS a preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente y a garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales sobre la base, en particular, del principio de desarrollo sostenible, así como del principio de precaución y prevención”.

del desarrollo sostenible como uno de los objetivos del tratado apareció por primera vez en el preámbulo del acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones entre Canadá y Perú de 2006<sup>11</sup>. Como ya se ha mencionado, el año anterior, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible había publicado sus acuerdos modelo sobre inversión para el desarrollo sostenible.

Figura 1. Disposiciones de desarrollo sostenible en acuerdos internacionales de inversión



Fuente: elaborado por el autor, sobre la base de la información disponible en Base de Datos Electrónica de Tratados de Inversión (EDIT).

<sup>11</sup> Acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones Canadá – Perú (2006), Preámbulo: “RECONOCIENDO que la promoción y la protección de las inversiones de los inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte serán conducentes a la estimulación de la actividad comercial mutuamente beneficiosa, al desarrollo de la cooperación económica entre ellas y a la promoción del desarrollo sostenible”.

Sin embargo, con el tiempo han surgido otros subtipos de disposiciones sobre desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión. Uno de ellos es la confirmación general de los compromisos de desarrollo sostenible en el derecho internacional. Encontramos al menos 32 acuerdos internacionales de inversión que incluyen este tipo de disposiciones. Varios de ellos se refieren a obligaciones medioambientales o laborales específicas que se desarrollarán más adelante en este artículo, como la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, el Desarrollo (CNUMAD) de 1992, y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, entre otros<sup>12</sup>.

Otro subtipo de disposiciones sobre desarrollo sostenible son los compromisos de cooperación. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Maastricht en 1992 –y rebautizado desde entonces como Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o TCE–, fue el primero en incluir una mención al “desarrollo económico y social sostenible de los países en desarrollo, y más particularmente de los más desfavorecidos” como una de las actividades de cooperación que la Comunidad deberá fomentar<sup>13</sup>.

Encontramos otras normas que pueden dar lugar a nuevos subtipos de disposiciones sobre desarrollo sostenible en acuerdos más recientes. Por ejemplo, el acuerdo comercial entre la Unión Europea (UE) y el Reino Unido para cerrar su proceso de Brexit considera la consulta a grupos de la sociedad civil para debatir la aplicación del Acuerdo:

“1. Cada Parte consultará sobre las cuestiones cubiertas por el presente Acuerdo y por cualquier acuerdo complementario a su grupo o

<sup>12</sup> Véanse, por ejemplo, los Acuerdos de la UE con México (2001), Corea (2010), Colombia-Ecuador-Perú (2013), Canadá (2016), Singapur (2018) y Vietnam (2019); el TLC entre Canadá y Corea (2014); el TLC entre China y Corea (2015); el TLC entre Brasil y Chile (2018); y en el Reino Unido los Acuerdos con Nueva Zelanda (2022), Australia (2021), la UE (2020), Moldavia (2020), Japón (2020), Ucrania (2020), Georgia (2019) y Corea (2019), entre otros.

<sup>13</sup> Artículo 130u Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

grupos consultivos nacionales, de nueva creación o ya existentes, integrados por una representación de organizaciones independientes de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones empresariales y patronales, así como los sindicatos, que trabajen en asuntos económicos, de desarrollo sostenible, sociales, de derechos humanos, medioambientales y de otro tipo. Cada Parte podrá convocar a su grupo o grupos consultivos nacionales en diferentes configuraciones para debatir la aplicación de diferentes disposiciones del presente Acuerdo o de cualquier acuerdo complementario”<sup>14</sup>.

El nuevo acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones entre Colombia y España (2021), incluye una norma general de no discriminación en estas materias: “Ninguna Parte Contratante podrá aplicar su legislación medioambiental, laboral o de derechos humanos de forma que constituya una restricción encubierta a la Inversión o una discriminación injustificable entre las Partes Contratantes”<sup>15</sup>.

### *1.1.2. Acuerdos internacionales de inversión chilenos*

Hemos identificado solo 28 acuerdos internacionales de inversión de los que Chile es parte, de un total de 82 acuerdos internacionales de inversión suscritos, que incluyen disposiciones sobre desarrollo sostenible. Solo uno de ellos es equivalente a un acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones: el acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones con Brasil (2015). Los restantes 27 son tratados con disposiciones sobre inversión, en su mayoría tratados de libre comercio con capítulos de inversión<sup>16</sup>. Curiosamente, de este último grupo, 11 son acuerdos celebrados con países latinoamericanos de manera bilateral o en el marco de acuerdos comerciales preferentes como la Alianza del Pacífico –con Colombia, México y Perú–, o el Acuerdo de Asociación

<sup>14</sup> Acuerdo de Comercio y Cooperación UE-Reino Unido (2020), Art. 7.

<sup>15</sup> Acuerdo de promoción y protección de inversiones Colombia - España (2021), Art. 16.3

<sup>16</sup> Hemos incluido en este grupo el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) Provisional y el Acuerdo Marco Avanzado (AMA) que Chile ha acordado con la Unión Europea a fines del 2022, pese a que a la fecha aún no han sido suscritos. Dado que el Acuerdo de Libre Comercio provisional expirará cuando entre en vigor el Acuerdo Marco Avanzado, ambos textos han sido considerados como un mismo tratado.

Transpacífico (TPP) y su sucesor, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico o también conocido como TPP-11, considerando que estos dos últimos acuerdos también tienen como partes México y Perú<sup>17</sup>.

En 24 de estos 28 acuerdos, las referencias al desarrollo sostenible se encuentran en el preámbulo, sin mayor referencia a compromisos de desarrollo sostenible, en esta parte del tratado<sup>18</sup>. Por ejemplo, el Acuerdo Comercial Chile-Paraguay declara en su preámbulo, como uno de los objetivos del acuerdo:

“PROMOVER la protección y conservación del medioambiente y la contribución del comercio al desarrollo sostenible; así como la cooperación mutua en asuntos ambientales relacionados con el comercio”.

Con todo, referencias de detalle a compromisos específicos en materia ambiental y laboral se encuentran frecuentemente en los capítulos dedicados a estos temas.

## 1.2. Disposiciones de protección medioambiental

### 1.2.1. Acuerdos internacionales de inversión a nivel global

Hemos identificado al menos 420 acuerdos internacionales de inversión con disposiciones de protección medioambiental celebrados a partir de 1991. La mayoría de ellos son acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones –224 acuerdos–, y el resto son tratados con disposiciones sobre inversión con capítulos o disposiciones sobre

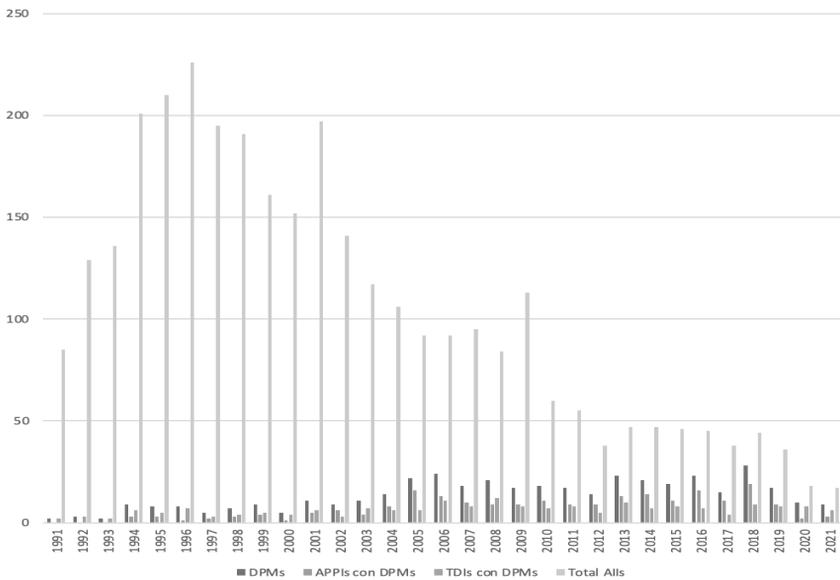
<sup>17</sup> El Senado aprobó el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico el 11 de octubre de 2022 y el Gobierno depositó su instrumento de ratificación notificando la conclusión de los procedimientos legales internos el 22 de diciembre de 2022. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico entró formalmente en vigor respecto a Chile el 21 de febrero de 2023, en virtud del Decreto Supremo N°. 318 de 2022. Como el tratado incorpora gran parte del texto del TPP, las referencias a artículos específicos se hacen respecto de ese tratado.

<sup>18</sup> Véanse los Tratados de Libre Comercio con Paraguay (2021), Brasil (2018), Argentina (2017), Uruguay (2016), el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (PAAP) (2014) y el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) con Ecuador (2020).

inversión –196 acuerdos–. La proporción de Disposiciones de protección medioambiental en acuerdos internacionales de inversión ha aumentado con el tiempo. Por ejemplo, mientras que solo el 2% de los acuerdos internacionales de inversión celebrados en 1991 contienen referencias a la protección del medio ambiente, diez años después, esa proporción aumentó al 6%, y luego al 31% en 2011. En 2020, alrededor del 56% de los acuerdos celebrados ese año incluían disposiciones de este tipo.

La mayoría de estos acuerdos –256 acuerdos internacionales de inversión– incluyen referencias medioambientales generales en el preámbulo, 135 acuerdos internacionales de inversión y 122 tratados con disposiciones sobre inversión<sup>19</sup>.

Figura 2. Disposiciones de protección medioambiental en acuerdos internacionales de inversión



Fuente: elaborado por el autor, sobre la base de la información disponible en Base de Datos Electrónica de Tratados de Inversión (EDIT).

<sup>19</sup> Solo dos acuerdos incluyen menciones en el texto del preámbulo a una preocupación medioambiental específica: la biodiversidad. Se trata del Acuerdo de Asociación entre la UE y Centroamérica (2012) y el Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y la Comunidad Andina (2003).

Hay cinco subtipos importantes de disposiciones de protección medioambiental en los acuerdos internacionales de inversión. El primero son las obligaciones de no derogación (CHI, 2018, pp. 17-22) o cláusulas de equilibrio (ASTERITI, 2012), que esencialmente exigen a los Estados contratantes que no rebajen o relajen sus leyes o normas medioambientales para promover la inversión extranjera y evitar así una carrera hacia el fondo *–race to the bottom–* en la protección del medio ambiente. Encontramos al menos 128 acuerdos con este tipo de disposiciones.

El primer ejemplo de estas disposiciones se encuentra en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1992:

“Artículo 1114. Medidas medioambientales (...)

2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole”.

Los acuerdos posteriores que incluyen este tipo de disposiciones han mantenido una redacción bastante similar a la mencionada disposición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con la pequeña variación de que en algunos casos no incluye un proceso de consulta si uno de los Estados contratantes considera que el otro Estado ha dado ese impulso<sup>20</sup>. En algunos casos, esta disposición forma parte del preámbulo del acuerdo<sup>21</sup>. Otra variante de este subtipo de disposición añade que

---

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Israel y Corea (2021), los acuerdos de promoción y protección de inversiones entre Georgia y Japón (2021), artículo 20; entre Japón y Marruecos (2020), artículo 19; Argentina - Japón (2018), artículo 22; Japón - Jordania (2018), artículo 19; Lituania - Turquía (2018), artículo; y entre Canadá y Moldavia (2018), artículo 15, entre otros.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Asociación Económica Camerún - Reino Unido (2021).

“[l]as Partes se esforzarán por no derogar, renunciar o flexibilizar las medidas como estímulo para la expansión, retención o disposición en su territorio de una inversión de un inversor de la otra Parte”<sup>22</sup>.

El segundo subtipo de disposiciones de protección medioambiental son las cláusulas de excepción diseñadas para eximir al Estado de sus obligaciones en los acuerdos internacionales de inversión (ASTERITI, 2012) o de la responsabilidad del Estado por adoptar medidas medioambientales que de otro modo serían incompatibles con sus obligaciones en los acuerdos internacionales de inversión. Estas disposiciones se inspiran parcialmente en el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)<sup>23</sup>, y consideran excepciones “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales”, equivalente al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, art. XX (b); o “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables”, equivalente al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Art. XX (g). Encontramos al menos 390 acuerdos internacionales de inversión con estas excepciones, la gran mayoría haciendo referencia directa a las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio bajo la fórmula *mutatis mutandis*<sup>24</sup>, aunque algunas transcriben gran parte de su contenido, sin contener una expresa referencia a dichas normas<sup>25</sup>.

El primer ejemplo de acuerdos internacionales de inversión que incluye este tipo de disposiciones es el Acuerdo Comercial entre Australia y Papúa Nueva Guinea (1976)<sup>26</sup>. El primer acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones propiamente dicho que incluye excepciones similares es el acuerdo bilateral de promoción y protección de inversio-

---

<sup>22</sup> Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (2018), artículo 12(2).

<sup>23</sup> Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, 30 de octubre de 1947. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf)

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio Australia - Reino Unido (2021), artículo 31.1.1.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio Israel - Corea (2021), artículo 21.1.3.

<sup>26</sup> Acuerdo comercial entre Australia y Papúa Nueva Guinea (1976), artículo 8.

nes entre China y Singapur (1985), pero con una redacción ligeramente diferente:

“Las disposiciones del presente Acuerdo no limitarán en modo alguno el derecho de cualquiera de las Partes Contratantes a aplicar prohibiciones o restricciones de cualquier tipo o a tomar cualquier otra medida dirigida a la protección de sus intereses esenciales de seguridad, o a la protección de la salud pública o a la prevención de enfermedades y plagas en animales o plantas”<sup>27</sup>.

El tercer subtipo de Disposiciones de protección medioambiental confirma los compromisos medioambientales en virtud del derecho internacional o nacional (CHI, 2018, pp. 17-22). Cuando los acuerdos internacionales de inversión incluyen este subtipo de disposiciones, suelen referirse a obligaciones o principios internacionales. En cuanto a las primeras, aunque algunas referencias se hacen solo en el preámbulo<sup>28</sup>, unos 32 acuerdos internacionales de inversión –la gran mayoría de ellos celebrados por la Unión Europea– hacen referencias explícitas al derecho internacional. Entre ellos se encuentran la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Agenda 21 sobre Medio Ambiente y Desarrollo del mismo año, y el Plan de Aplicación de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002<sup>29</sup>. Unos 11 acuerdos internacionales de inversión mencionan los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>30</sup>. Aproximadamente 5 acuerdos reconocen la importancia

---

<sup>27</sup> Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre China y Singapur (1985), artículo 11.

<sup>28</sup> Véase Acuerdo de Cooperación Económica México - CE (2012), Preámbulo; Acuerdo de Asociación Económica UE - SADC (2016), Preámbulo.

<sup>29</sup> Véase Albania - ALC de la Asociación Europea de Libre Comercio (2009), artículo 31; Tratado de Libre Comercio UE - Corea (2010), artículo 131; Tratado de Libre Comercio Colombia - Ecuador - UE - Perú (2013), artículo 267, entre otros.

<sup>30</sup> Véanse, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio Nueva Zelanda – Reino Unido (2022), artículo 22.3; el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la UE (2012), artículo 1; Estados de África Oriental y Meridional - Acuerdo de Asociación Económica con la UE (2009), artículo 2; Ley Suplementaria de Inversiones de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) (2008), artículo 16.

de la mitigación del cambio climático y a la adaptación al mismo<sup>31</sup>, incluyendo en algunos casos referencias explícitas al Acuerdo de París<sup>32</sup>.

Cuando se hacen referencias a las leyes nacionales, suelen referirse al derecho del Estado contratante a definir su nivel de protección medioambiental. Cuando se encuentran en los Tratados de Libre Comercio, los acuerdos tienden a seguir el artículo 1.114 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte:

“1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Algunos acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones también incluyen disposiciones similares. Por ejemplo, el acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones entre Lituania y Turquía (2018) reconoce:

“el derecho de cada Parte Contratante a establecer su propio nivel de protección ambiental y sus propias políticas y prioridades de desarrollo sostenible, y a adoptar o modificar sus leyes y reglamentos ambientales, cada Parte Contratante se asegurará de que sus leyes y reglamentos proporcionen niveles adecuados de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando esas leyes y reglamentos”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Asociación entre la UE y la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (2021), artículos 1 y 7, entre otros.

<sup>32</sup> Véase Tratado de Libre Comercio Nueva Zelanda – Reino Unido (2022), artículo 22.6; Tratado de Libre Comercio Australia – Reino Unido (2021), artículo 22.5; Tratado de Libre Comercio Chile – Paraguay (2021), artículo 12.15; y el Acuerdo Global de Inversión UE-China, artículos 1 y 6.

<sup>33</sup> Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Lituania y Turquía (2018), artículo 17(2). Se incluye una redacción similar en el Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Eslovaquia y Emiratos Árabes Unidos (2016), artículo 12(2); y en el Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Irán y Eslovaquia (2016), artículo 10(2).

En varios acuerdos, este principio se amplía como parte del derecho a regular de un país, para adoptar y aplicar sus leyes y reglamentos que regulan la actividad económica en interés público. Encontramos al menos 97 acuerdos internacionales de inversión con este tipo de disposiciones, la mayoría de ellos tratados de libre comercio –76 acuerdos–<sup>34</sup>.

El cuarto subtipo de disposiciones de protección medioambiental aclara la noción de expropiación indirecta. Al menos 90 acuerdos internacionales de inversión estipulan que las acciones reguladoras no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación, salvo en “raras circunstancias”<sup>35</sup>. Sin embargo, pocos de estos acuerdos aclaran qué se entiende por tales circunstancias. Por ejemplo, cuando una medida o una serie de medidas son extremadamente severas o desproporcionadas a la luz de su propósito<sup>36</sup>.

Los compromisos de cooperación medioambiental son un quinto subtipo de disposiciones de protección medioambiental. Aunque, como se ha mencionado anteriormente, las cláusulas de cooperación son habituales cuando se refieren al desarrollo sostenible en general, las actividades específicas de cooperación son menos comunes en los acuerdos internacionales de inversión. Encontramos al menos 28 acuerdos internacionales de inversión con disposiciones de este tipo, normalmente en

---

<sup>34</sup> Véanse, por ejemplo, el Acuerdo de promoción y protección de inversiones Colombia – España (2021), artículo 14; Acuerdo de protección de inversiones entre la UE y Vietnam (2019), artículo 2.2; Tratado de Libre Comercio entre Brasil y Chile (2018), artículo 172; Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (2018), artículo 11, entre otros.

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio Australia - Reino Unido (2021), Anexo 13 B; Acuerdo de promoción y protección de inversiones Georgia - Japón (2021), artículo 11(4); Tratado de Libre Comercio China - Mauricio (2019), Cap. 8, Anexo B; Acuerdo sobre Comercio de Servicios e Inversión Armenia - Singapur (2019), Anexo 3-A; Acuerdo de promoción y protección de inversiones Myanmar - Singapur (2019), Anexo II.

<sup>36</sup> Acuerdo de promoción y protección de inversiones Japón - Marruecos (2020), Anexo; Acuerdo de promoción y protección de inversiones Corea del Sur - Uzbekistán (2019), Anexo I; Chile - Hong Kong SAR *Investment Agreement* (2016), Anexo I.

los tratados de libre comercio con capítulos de inversión<sup>37</sup>. Uno de los pocos acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones que incluye este tipo de disposiciones es el recientemente anunciado Acuerdo Global de Inversión UE-China<sup>38</sup>.

### *1.2.2. Acuerdos internacionales de inversión chilenos*

Hemos identificado 31 acuerdos internacionales de inversión de los que Chile es parte, que incluyen disposiciones de protección del medio ambiente. Estas referencias se encuentran principalmente en el preámbulo de los tratados de libre comercio con capítulos de inversión –23 acuerdos–<sup>39</sup>. Sin embargo, solo 28 de estos acuerdos internacionales de inversión incluyen disposiciones de protección medioambiental en el texto principal del acuerdo. Solo tres de ellos son acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones: el Acuerdo entre Chile y Uruguay (2010), que ha sido reemplazado por el capítulo de inversiones del tratado de libre comercio suscrito entre las mismas partes el 2016; el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) entre la Brasil y Chile (2015), que también fue reemplazado por el capítulo de inversiones del tratado de libre comercio suscrito entre las mismas partes el 2018; y el Acuerdo de Inversiones entre Chile y Hong Kong (2016). Dentro de los tratados de libre comercio, en la mayoría de los casos se trata de acuerdos bilaterales –como el recientemente acordado con la Unión Europea–, salvo los acuerdos comerciales preferentes con la Alianza del Pacífico, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) y

---

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación Económica Global India - Emiratos Árabes Unidos (2021), artículo 14.5.

<sup>38</sup> Acuerdo Global de Inversión (AGI) UE - China, artículo 3: “Diálogo y cooperación sobre cuestiones laborales relacionadas con la inversión. Las Partes acuerdan dialogar y cooperar, según proceda, en cuestiones laborales relacionadas con la inversión que sean de interés mutuo y que surjan en el marco de la presente Sección, de manera complementaria a los esfuerzos realizados en el marco de los mecanismos bilaterales y multilaterales existentes”.

<sup>39</sup> Solo cinco acuerdos de promoción y protección de inversiones suizos incluyen cláusulas de protección ambiental en el preámbulo. Se trata de los acuerdos con Georgia (2014), Kosovo (2011), Trinidad y Tobago (2010), Egipto (2010) y Serbia y Montenegro (2005).

su sucesor, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP o TPP-11).

De todos estos acuerdos internacionales de inversión, el que tiene más detalladas disposiciones en lo que respecta a la participación ciudadana en materia ambiental es el ya mencionado Acuerdo de Cooperación Ambiental del tratado de libre comercio con Canadá. Entre otros, el Acuerdo de Cooperación Ambiental reafirma el derecho de cada país a establecer su propio nivel de protección ambiental, políticas y prioridades, promueve la transparencia y la participación pública, incluyendo acciones disponibles a los particulares, a nivel administrativo, cuasi judicial y judicial.

Ciudadanos y organizaciones no gubernamentales pueden realizar peticiones, si estiman que los gobiernos no han aplicado efectivamente su legislación ambiental, las que son evaluadas por un comité independiente y eventualmente puede derivar en la preparación de un “expediente de hechos”<sup>40</sup>. Los gobiernos tienen acceso a un mecanismo de consultas y solución de controversias, para tratar casos en los cuales se crea que existe una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental en cualquiera de las Partes<sup>41</sup>. El mismo acuerdo creó una Comisión para la Cooperación Ambiental entre ambos países, cuyos organismos fueron encargados de monitorear su cumplimiento.

Lamentablemente los acuerdos comerciales posteriores a este tratado no tuvieron este nivel de detalle ni de compromisos en esta materia. Por ejemplo, si bien el tratado de libre comercio con Estados Unidos (2003) también incluye un acuerdo de cooperación ambiental y la creación de una comisión conjunta, este se limita principalmente a actividades de cooperación conjuntas e intercambio de información y no

---

<sup>40</sup> Acuerdo de Cooperación Ambiental del Tratado de Libre Comercio, artículo 15.

<sup>41</sup> Acuerdo de Cooperación Ambiental del Tratado de Libre Comercio (1997), artículos 22 a 36.

incluye el mecanismo de petición que puede culminar en un expediente de hechos<sup>42</sup>.

Con respecto a las categorías de disposiciones de protección medioambiental descritas precedentemente, 16 acuerdos internacionales de inversión chilenos incluyen obligaciones de no derogación o cláusulas de equilibrio, estableciendo que las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad, o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar u ofrecer renunciar dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio<sup>43</sup>. Los tratados de libre comercio chilenos con Argentina, Canadá, México y Corea, agregan que si una parte estima que la otra parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole<sup>44</sup>. En el Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile, las Partes reafirman la importancia de que los inversores lleven a cabo un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y tener en cuenta los riesgos e impactos medioambientales y sociales de sus inversiones<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile - Estados Unidos (ACACE) (2003).

<sup>43</sup> Tratados de Libre Comercio entre: Chile - Japón (2007), artículo 87; Chile - Turquía (2009), artículo 37.8; Chile - Malasia (2010), artículo 9.5.2; Chile - Hong Kong (2012), artículo 142.5; Chile - Tailandia (2013), artículo 11.5.2; Chile - Uruguay (2016), artículo 12.3.5; Chile - Indonesia (2017), artículo 9.5.2; Brasil - Chile (2018), artículo 8.17.2. y artículo 17.3; TLC Chile - Paraguay (2021), artículo 12.4.6. También se consideran: Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014), artículo 10.31.2; Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones Brasil - Chile (2015), artículo 17.2; Acuerdo de Inversión Chile - Hong Kong (2016), artículo 15.2; Acuerdo de Complementación Económica Chile - Ecuador (2020), artículo 17.3.5.

<sup>44</sup> Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile, artículo G-14.2; Tratado de Libre Comercio Chile - México, artículo 9-15.2; Tratado de Libre Comercio Chile - Corea, artículo 10.18.2; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 8.14; Acuerdo de Libre Comercio Provisional Chile-UE (2022), artículo 26.2.4-6.

<sup>45</sup> Acuerdo Marco Avanzado Chile-UE (2022), artículo 10.23.

Por su parte, cláusulas de excepción con expresa referencia o siguiendo el modelo del Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, se encuentran presentes en algunos acuerdos internacionales de inversión suscritos por Chile<sup>46</sup>. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), el Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, luego de su modificación el año 2017, el Acuerdo de Inversión Chile-Hong Kong (2016), y el Tratado de Libre Comercio con Argentina (2017), incluyen las medidas necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no, dentro de las excepciones a la prohibición de adoptar requisitos de desempeño.

Ello, en la medida que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales<sup>47</sup>. Una disposición similar se encuentra en el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico estableciendo además que las partes pueden exigir que una inversión utilice una tecnología para cumplir los requisitos de salud, seguridad o medio ambiente<sup>48</sup>. Algunos acuerdos contienen una referencia equivalente al Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en el Artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)<sup>49</sup>, el que también considera las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, dentro de sus excepciones generales<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Corea, artículo 20.1.1; Acuerdo de Libre Comercio Provisional Chile-UE (2022), artículo 32.1.

<sup>47</sup> Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile, artículo G-06; Acuerdo de Asociación Transpacífico, artículo 9.10.3; Acuerdo de Inversión Chile - Hong Kong (2016), artículo 18.1; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 8.19.

<sup>48</sup> Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014), artículos 10.8.1.f) y 10.8.5.

<sup>49</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Japón (2007), artículo 192.2; Tratado de Libre Comercio Chile - Hong Kong (2012), artículo 181.2.

<sup>50</sup> Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Art. XIV b). Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf).

A su vez, 13 acuerdos internacionales de inversión chilenos incluyen disposiciones de protección medioambiental confirmando los compromisos medioambientales en virtud del derecho internacional. Sin embargo, algunos solo incluyen menciones en el preámbulo a dichos compromisos<sup>51</sup> o hacen una mención genérica en el texto del acuerdo los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente<sup>52</sup>. Los tratados de libre comercio chilenos con Canadá y México establecen que en caso de incompatibilidad entre esos tratados y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, o el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, estas obligaciones prevalecerán siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del tratado de libre comercio<sup>53</sup>. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) incluye una disposición general reafirmando los compromisos de las partes en acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, detallando algunos en particular como el Protocolo de Montreal, el Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación por los Buques (MARPOL), el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces y Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Por ejemplo, el preámbulo del Acuerdo de Asociación CE - Chile (2002) se refiere a la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social celebrada en Copenhague (1995).

<sup>52</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos, artículo 19.9; Tratado de Libre Comercio Chile - Hong Kong (2012), artículo 142.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículo 12.4; Tratado de Libre Comercio Chile - Indonesia (2017), artículo 9.5.4.

<sup>53</sup> Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile, artículo A-04; Tratado de Libre Comercio Chile - México, artículo 1-06.

<sup>54</sup> Acuerdo de Asociación Transpacífico (2016), artículos 13.10, 20.4, 20.5, 20.6, 20.16 y 20.17.

Los tratados de libre comercio con Argentina y Brasil además de reiterar los compromisos asumidos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente recuerda la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Agenda 21 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y la Cumbre de la Tierra sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo (2002), Río+20. El tratado con Argentina agrega la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) (1992) y sus instrumentos jurídicos conexos, incluido el Acuerdo de París (2016)<sup>55</sup>. El Acuerdo de Complementación Económica con Ecuador y el tratado de libre comercio con Paraguay reafirman los respectivos compromisos asumidos solo respecto de estos últimos acuerdos y el Protocolo de Kioto (1997)<sup>56</sup>. El acuerdo de libre comercio con la UE se refiere expresamente a las Declaraciones de Río y Johannesburgo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (1992)<sup>57</sup>.

En lo que respecta al derecho nacional 13 acuerdos internacionales de inversión chilenos, en términos muy similares a lo establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, establecen que nada de lo dispuesto en el tratado se interpretará como impedimento para que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental<sup>58</sup>. Otros acuerdos reconocen expresamente el derecho de cada

<sup>55</sup> Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 13.1 y 13.3; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículos 17.1 y 17.4.

<sup>56</sup> Acuerdo de Complementación Económica Chile - Ecuador (2020), artículo 17.17; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículos 12.5 y 12.15.

<sup>57</sup> Acuerdo Marco Avanzado Chile-UE (2022), artículos 261, 26.10 y 26.13.

<sup>58</sup> Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile - Canadá, artículo 3; Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile, artículo G-14.1; Tratado de Libre Comercio Chile - México, artículo 9-15.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Corea, artículo 10.18.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos, artículo 10.12; Tratado de Libre Comercio Chile - Perú (2006),

Estado contratante de definir su nivel de protección medioambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, su legislación ambiental, agregando que cada parte garantizará que sus leyes establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por perfeccionar dichas leyes<sup>59</sup>. En algunos casos se reconoce expresamente el derecho a regular para alcanzar objetivos legítimos de política pública, como la protección de la salud y el medio ambiente<sup>60</sup>, o la lucha contra el cambio climático<sup>61</sup>.

Con relación al cuarto subtipo de disposiciones de protección medioambiental, 10 acuerdos internacionales de inversión chilenos clarifican que la noción de “expropiación indirecta”, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública y el medioambiente<sup>62</sup>. Tratados más recientes, como el Acuerdo de Inversión Chile - Hong Kong (2016), y el Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile (luego de su modificación el año 2017), ejempli-

---

artículo 1.113; Tratado de Libre Comercio Chile - Colombia (2006), artículo 913; Acuerdo de promoción y protección de inversiones Chile-Uruguay (2010), artículo 14; Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014), artículo 10.31.1; Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones Brasil - Chile (2015), artículo 17.1; Acuerdo de Asociación Transpacífico (2016), artículo 9.16; Acuerdo de Inversión Chile - Hong Kong (2016), artículo 15.1; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 8.17.1.

<sup>59</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos, artículo 19.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículo 12.3.1-2; Acuerdo de Complementación Económica Chile - Ecuador (2020), artículo 17.3.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 12.4.2.

<sup>60</sup> Tratado de Libre Comercio Canadá - Chile, artículo G-01.3; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 8.4 y 13.2; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 17.2.

<sup>61</sup> Acuerdo de Libre Comercio Chile-UE (2022) y Acuerdo Marco Avanzado Chile-UE (2022), Art. 10.2.

<sup>62</sup> TLC Chile - Estados Unidos, Art. 19.1; TLC Australia - Chile, Anexo 10-B; APPI Chile Uruguay (2010), Anexo A; Acuerdo Suplementario de Inversión Chile - China (2012), Anexo A; Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014) Anexo 10.11-1; TPP (2016), Anexo 9-B; TLC Argentina - Chile (2017), Art. 8.8; Acuerdo Marco Avanzado Chile-UE (2022), Annex on Expropriation.

fican como circunstancia excepcional cuando una medida o una serie de medidas son tan estrictas, teniendo en cuenta su objetivo, que no pueda razonablemente percibirse que se adoptaron y aplicaron de buena fe<sup>63</sup>.

Finalmente, 17 de estos acuerdos, incluyen compromisos generales de cooperación en materia ambiental<sup>64</sup>. Ciertos acuerdos establecen un foco específico en determinadas áreas. El acuerdo con la Comunidad Europea establece algunos temas de especial interés para fomentar la conservación y la mejora del medio ambiente, la prevención de la contaminación y degradación de los recursos naturales y ecosistemas, y el uso racional de estos en favor de un desarrollo sostenible<sup>65</sup>.

Los tratados de libre comercio con Malasia, Turquía y Uruguay establecen diversas áreas de colaboración como: a) el cambio climático; b) la biodiversidad y la conservación de los recursos naturales; c) la gestión de los productos químicos peligrosos; d) la calidad del aire; e) la gestión del agua; f) la gestión de los residuos; g) la conservación ecológica marina y costera y el control de la contaminación; h) la evaluación estratégica del impacto ambiental; i) la mejoramiento de la conciencia ambiental o de la educación ambiental<sup>66</sup>. El Tratado de Libre Comercio con Malasia agrega dentro de estas áreas de cooperación las prácticas

---

<sup>63</sup> Acuerdo de Inversión Chile - Hong Kong (2016), Anexo I; TLC Canadá - Chile, Anexo 10-D.

<sup>64</sup> Acuerdo de Complementación Económica Bolivia - Chile (1993), Art. 19 g); Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile - Canadá; ACACE (2003); TLC Chile - Turquía (2009), Art. 37.3; TLC Chile - Malasia (2010), Art. 9.5.2; TLC Chile - Hong Kong (2012), Art. 143; TLC Chile - Tailandia (2013), Art. 11.3; TPP (2016), Art. 20.12; TLC Chile - Uruguay (2016), Art. 12.11; TLC Brasil - Chile (2018), Art. 17.8; Acuerdo de Complementación Económica Chile - Ecuador (2020), Art. 17.4; Acuerdo de Libre Comercio Chile-UE (2022), Art. 26.7.

<sup>65</sup> Se trata de: a) la relación entre pobreza y medio ambiente; b) el impacto medioambiental de las actividades económicas; c) los problemas medioambientales y la gestión del uso de suelos; d) los proyectos destinados a reforzar las estructuras y políticas medioambientales de Chile; e) el intercambio de información, tecnologías y experiencia, incluidas las relativas a normas y modelos medioambientales, la formación y la educación; f) las iniciativas de educación y formación medioambiental destinadas a fortalecer la participación ciudadana; y g) la asistencia técnica y los programas regionales conjuntos de investigación. Acuerdo de Asociación CE - Chile (2002), Art. 28.

<sup>66</sup> TLC Chile - Turquía (2009), Art. 37.8; TLC Chile - Malasia (2010), Art. 9.5.4; TLC Chile - Tailandia (2013), Art. 11.5.5.

mineras y la rehabilitación de las minas. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio con Tailandia agrega la cooperación en materia de tecnología verde. El Tratado de Libre Comercio con Uruguay agrega los objetivos de desarrollo sostenible, el acceso a la información, la participación y la justicia en materia de medio ambiente, así como la energía renovable y eficiencia energética (aunque este último acuerdo no incluye la gestión de residuos)<sup>67</sup>.

## 2. DISPOSICIONES DE PROTECCIÓN LABORAL (DPL)

### 2.1. Acuerdos internacionales de inversión a nivel global

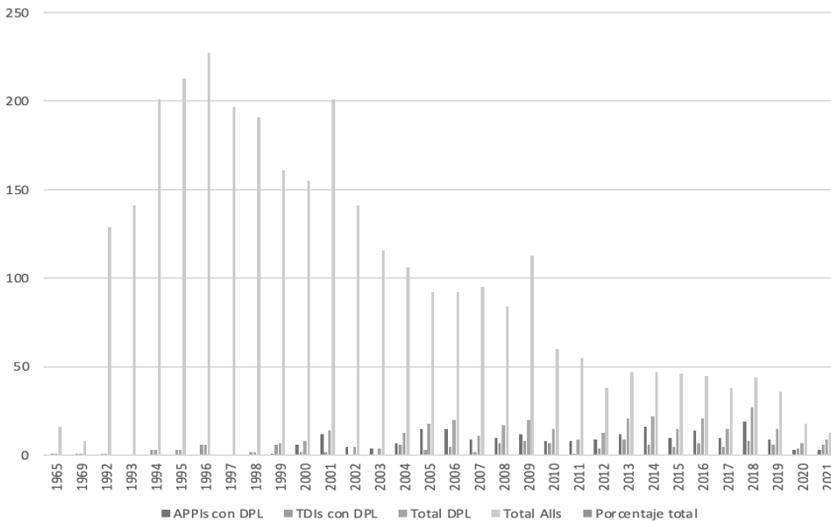
Existen al menos 343 acuerdos internacionales de inversión con disposiciones de protección laboral (DPL) celebrados principalmente a partir de 1999<sup>68</sup>. La mayoría de estos acuerdos son acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones –217 acuerdos–, y el resto son tratados de libre comercio con capítulos o disposiciones sobre inversiones –126 acuerdos–, pero históricamente los tratados con disposiciones sobre inversión empezaron a incluir disposiciones laborales antes que los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones. Ya en 1965, el Convenio Común sobre Inversiones en los Estados de la Unión Aduanera y Económica del África Central (CEMAC) estableció que los extranjeros debían beneficiarse de la legislación laboral y de bienestar social en las mismas condiciones que los nacionales de los Estados de la Unión. En los años 90, tratados como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992) y el Tratado de Libre Comercio Canadá-Chile (1996) incluyeron un acuerdo paralelo sobre cooperación laboral.

---

<sup>67</sup> Aunque el TLC con Indonesia (2017) no tiene propiamente un capítulo de inversiones, su texto incluye una lista similar de actividades de cooperación, agregando la lucha contra la pesca ilegal, no regulada y no declarada; los productos sostenibles; la promoción de la gestión forestal sostenible y el comercio de productos forestales obtenidos legalmente; y la promoción de prácticas de agricultura sostenible. TLC Chile - Indonesia (2017), Art. 9.5.5.

<sup>68</sup> Dentro de los acuerdos con disposiciones de protección laboral, no se incluyen disposiciones de movilidad laboral –derecho de ingreso, visa, permisos de trabajo–, dado que su énfasis no es la protección laboral, sino que la circulación de los trabajadores.

Figura 3. Disposiciones de protección laboral en los acuerdos internacionales de inversión



Fuente: elaborado por el autor, sobre la base de la información disponible en Base de Datos Electrónica de Tratados de Inversión (EDIT).

La proporción de disposiciones de protección laboral en los acuerdos internacionales de inversión también ha aumentado con el tiempo, aunque menos que las disposiciones sobre desarrollo sostenible y medio ambiente, y no de forma lineal. En el año 2000 encontramos ocho acuerdos internacionales de inversión con disposiciones de protección laboral, que representaban el 5% de los acuerdos internacionales de inversión celebrados en ese periodo.

Diez años después, había 15 acuerdos internacionales de inversión con este tipo de disposiciones, lo que representaba el 25% de los acuerdos internacionales de inversión de ese año. La proporción aumentó de forma importante solo en los últimos cinco años, siendo 2018 el año con más disposiciones de protección laboral: 27, que representan el 61% de los acuerdos internacionales de inversión celebrados ese año.

La mayoría de estos acuerdos –251 acuerdos internacionales de inversión– incluyen referencias laborales generales en el preámbulo, 137

acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones y 93 tratados con disposiciones sobre inversión<sup>69</sup>.

Hay otros cuatro subtipos importantes de disposiciones de protección laboral en los acuerdos internacionales de inversión<sup>70</sup>. El primero son las disposiciones de no derogación que exigen a los Estados contratantes que no renuncien a sus leyes laborales ni las deroguen para favorecer el establecimiento, la adquisición, la expansión o la permanencia de una inversión o de un inversor en su territorio. Encontramos al menos 131 acuerdos internacionales de inversión que incluyen este tipo de cláusulas, a menudo junto con el correspondiente compromiso de no rebajar las normas medioambientales, en términos similares a los del Tratado de Libre Comercio de América del Norte<sup>71</sup>.

El segundo subtipo son las disposiciones que hacen referencia a las normas internacionales de derechos laborales, como las que hemos descrito anteriormente en relación con las disposiciones de protección medioambiental, pero sin incorporar necesariamente esas normas como parte vinculante de los acuerdos internacionales de inversión. Por ejemplo, encontramos 57 acuerdos internacionales de inversión que hacen referencia explícita a las normas de la Organización Internacional del Trabajo, como la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Solo dos acuerdos incluyen menciones en el texto del preámbulo a una preocupación medioambiental específica: la biodiversidad. Centroamérica - Acuerdo de Asociación con la UE (2012); Comunidad Andina - Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación con la CE (2003).

<sup>70</sup> Aquí seguimos en gran medida la tipología descrita en CHI (2018), p. 22.

<sup>71</sup> Por ejemplo, el Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre Hungría y Kirguistán (2020) establece que “7. La Parte Contratante no fomentará la inversión rebajando la legislación nacional en materia de medio ambiente, trabajo o salud y seguridad en el trabajo, ni relajando las normas laborales básicas. Cuando una Parte Contratante considere que la otra Parte Contratante ha ofrecido tal estímulo, podrá solicitar consultas con la otra Parte Contratante y ambas Partes Contratantes se consultarán con el fin de evitar tal estímulo”.

<sup>72</sup> Estos incluyen: a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u

El primer acuerdo internacional de inversión en el que encontramos este tipo de disposiciones es el Acuerdo de Cotonú (2000)<sup>73</sup>. Uno de los acuerdos más recientes donde se encuentran estas normas es en el Acuerdo que lo reemplazará, recientemente acordado entre la Unión Europea y los miembros de la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, el que contiene referencias la OIT en materia de trabajo decente y de menores<sup>74</sup>. Los tratados de libre comercio del Reino Unido con Australia (2021) y Nueva Zelanda (2022), además explícitamente apoyan al Llamamiento a la Acción para Acabar con el Trabajo Forzoso, la Esclavitud Moderna y la Trata de Seres Humanos, lanzado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 19 de septiembre de 2017, su compromiso con el avance de los Principios que deben guiar la acción de los gobiernos para combatir la trata de seres humanos en las cadenas mundiales de suministro y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Ambos acuerdos subrayan la importancia de la ratificación del Protocolo de 2014 al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, de la Organización Internacional del Trabajo, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014<sup>75</sup>.

Un tercer subtipo son las cláusulas de excepción, que eximen a los Estados contratantes de su responsabilidad de adoptar medidas en materia de derechos laborales que, de otro modo, serían incompatibles con sus obligaciones en materia de acuerdos internacionales de inversión, normalmente como parte de las excepciones generales. Una de

---

obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

<sup>73</sup> Acuerdo de Cotonú (2000), artículo 50: “1 Las Partes reafirman su compromiso con las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, tal como se definen en los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en particular con la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso, la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la no discriminación en el empleo”.

<sup>74</sup> Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico (2021), artículos 33 y 35.

<sup>75</sup> Tratado de Libre Comercio Australia - Reino Unido con Australia (2021), artículos 21.1, 21.3, 21.5 y 21.7; Tratado de Libre Comercio Australia - Nueva Zelanda (2022), artículos 23.1, 23.3 y 23.7.

las disposiciones más comunes a este respecto son las que contemplan excepciones relacionadas con los productos laborales de las prisiones, en términos similares al artículo XX (e) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Estas cláusulas son más comunes en los tratados de libre comercio con capítulos de inversión y rara vez se encuentran en los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones. Encontramos al menos 30 acuerdos internacionales de inversión con este tipo de disposiciones de protección laboral<sup>76</sup>.

El cuarto subtipo de disposiciones de protección laboral son las disposiciones que confirman o reconocen que los Estados contratantes tienen obligaciones primarias de proteger los derechos laborales, pero, al mismo tiempo, tienen el derecho a elegir su propio nivel de protección laboral. Un ejemplo típico de estas disposiciones es que cada una de las partes contratantes no dejará de aplicar eficazmente su legislación laboral, mediante una acción o inacción sostenida o recurrente, de manera que afecte al comercio entre las partes. Encontramos este tipo de disposiciones en al menos 16 acuerdos internacionales de inversión<sup>77</sup>, siendo el más antiguo el tratado de libre comercio entre Jordania y Estados Unidos (2000).

La cooperación en materia laboral es un quinto subtipo de disposiciones de protección laboral. Como se ha mencionado anteriormente, las disposiciones de cooperación suelen encontrarse cuando se refieren al desarrollo sostenible en general, y las cláusulas específicas de

---

<sup>76</sup> Por ejemplo, el artículo 153 del Acuerdo Transpacífico estipula que “1. Con sujeción al requisito de que la medida no se aplique de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes cuando prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional entre las Partes, nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte, incluidas sus entidades contratantes, adopte o mantenga una medida (...) d) relativa al bien o servicio de una persona con discapacidad, de instituciones filantrópicas o sin fines de lucro, o de trabajo penitenciario”.

<sup>77</sup> Acuerdo Transpacífico (2016), artículo 19.5.1; Tratado de Libre Comercio Australia - Perú (2018), artículo 18.4.1, Acuerdo Global de Inversión UE -China, artículo 2.1; Tratado de Libre Comercio Australia - Reino Unido (2021), artículo 21.6.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.5.1; Tratado de Libre Comercio Reino Unido - Nueva Zelanda (2022), artículo 23.6.4.

cooperación laboral son menos comunes en los acuerdos internacionales de inversión. De nuevo, uno de los pocos acuerdos internacionales de inversión que incluye este tipo de disposiciones es el recientemente anunciado Acuerdo Global de Inversión de Unión Europea-China<sup>78</sup>.

## 2.2. Acuerdos internacionales de inversión chilenos

Hemos identificado 23 acuerdos internacionales de inversión de los que Chile es parte, que incluyen disposiciones de protección laboral. Estas referencias se encuentran fundamentalmente en el preámbulo de los tratados de libre comercio con capítulos de inversión. Por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación Laboral (ACLCC) del Tratado de Libre Comercio Chile - Canadá (1996) menciona como parte de su preámbulo el impulso a la inversión con la debida atención a la importancia de las leyes y los principios del trabajo<sup>79</sup>.

Sin embargo, solo 15 acuerdos internacionales de inversión chilenos incluyen disposiciones de protección laboral en el texto principal del Acuerdo. En algunos de ellos se considera como uno de los objetivos del acuerdo, el promover el desarrollo de políticas y prácticas laborales que mejoren las condiciones de trabajo, de empleo y los niveles de vida, en el territorio de cada una de las Partes<sup>80</sup>. En otros, la protección laboral es uno de los aspectos que se busca fomentar al referirse a la responsabilidad social corporativa<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Acuerdo Global de Inversión UE - China, artículo 3: "Diálogo y cooperación sobre cuestiones laborales relacionadas con la inversión. Las Partes acuerdan dialogar y cooperar, según proceda, en cuestiones laborales relacionadas con la inversión que sean de interés mutuo y que surjan en el marco de la presente Sección, de manera complementaria a los esfuerzos realizados en el marco de los mecanismos bilaterales y multilaterales existentes".

<sup>79</sup> Acuerdo de Cooperación Laboral entre El Gobierno de Canadá y El Gobierno de la República de Chile, [http://www.sice.oas.org/trade/chican\\_s/Labor.asp](http://www.sice.oas.org/trade/chican_s/Labor.asp)

<sup>80</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Colombia (2006), artículo 1.2.1(i)

<sup>81</sup> Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico, artículo 10.30.2; Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones Brasil - Chile, artículo 15.2 (e).

Existen 11 de estos acuerdos que consideran las disposiciones de protección laboral de no derogación, comprometiéndose a no debilitar o reducir el nivel de protección laboral previsto en sus leyes, reglamentos o normas, ni a renunciar a ellos o a derogarlos de otro modo, con la única intención de fomentar la inversión de otra Parte<sup>82</sup>, o por la vía de abstenerse de fiscalizar su legislación laboral<sup>83</sup>.

Otros 10 de estos tratados incluyen disposiciones de protección laboral que reconocen el derecho de cada Parte de establecer sus propias normas laborales internas. Consecuentemente, consideran adoptar o modificar su legislación laboral, procurando garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos internacionalmente reconocidos en la materia, y procurará perfeccionar dichas normas en tal sentido<sup>84</sup>. Algunos de estos prevén que las leyes y reglamentos laborales prevean altos estándares en esta materia<sup>85</sup>. Otros agregan que una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte la inversión entre las Partes<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos (2003), artículo 18.2.2; Tratado de Libre Comercio Chile – Colombia (2006), artículo 17.2.2; Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación Laboral (MECL) Chile - Hong Kong (2014), artículo 2.5; Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones Brasil - Chile, artículo 17.2; Acuerdo Transpacífico (2016), artículo 19.4; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 8.17.2 y 16.5.

<sup>83</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículo 11.5; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 12.5; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.6; Acuerdo de Libre Comercio Provisional Chile-UE (2022), artículo 26.2.4-6.

<sup>84</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos (2003), artículo 18.1.2; Tratado de Libre Comercio Chile - Colombia (2006), artículo 17.1.2. y 17.2.1; Entendimiento sobre cooperación laboral Chile - Hong Kong (2014), artículo 2.2; Acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones Brasil - Chile, artículo 17.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículo 11.3 y 11.4; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 12.4; Acuerdo Global de Asociación Económica (AGAE) Chile - Indonesia (2017), artículo 9.6.3; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículos 8.17.1 y 16.4; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.4.

<sup>85</sup> Acuerdo de Cooperación Laboral del Tratado de Libre Comercio Chile - Canadá, artículos 2 y 3.

<sup>86</sup> Acuerdo Transpacífico, artículo 19.5; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016),

Encontramos disposiciones de protección laboral que hacen referencia a las normas internacionales de derechos laborales en 11 acuerdos internacionales de inversión suscritos por Chile, los que principalmente recuerdan sus obligaciones derivadas de su pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo y de la Declaración de la propia organización de 1998<sup>87</sup>. Si bien el Acuerdo de Cooperación Laboral con Canadá no es tan detallado como el acuerdo existente en materia ambiental con el mismo país, dado que no existe la posibilidad de formular peticiones ciudadanas ni obligaciones de no derogación, el acuerdo compromete a Canadá y a Chile a alcanzar objetivos, que incluyen la mejora de las condiciones de trabajo y de los niveles de vida, y la promoción de principios laborales de la Organización Internacional del Trabajo para proteger los derechos de los trabajadores<sup>88</sup>. Para lograr estos objetivos, el Acuerdo de Cooperación Laboral crea instituciones y mecanismos para las actividades de cooperación, las consultas intergubernamentales, así como para las evaluaciones independientes y la resolución de conflictos relacionados con las obligaciones de hacer cumplir la legislación laboral nacional.

Además de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos reitera el cumplimiento del Convenio 182 de Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición y la Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)<sup>89</sup>. A su vez, el tratado de libre comercio con Argentina reafirma los compromisos asumidos en

---

artículo 11.6; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 12.6; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 16.6; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.5.

<sup>87</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos (2003), artículo 18.1.1; Tratado de Libre Comercio Chile - Colombia (2006), artículo 17.1.1; Entendimiento sobre Cooperación Laboral Chile - Hong Kong (2014), artículo 2.1; Acuerdo Transpacífico, artículos 19.1, 19.2 y 19.3; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículos 11.1, 11.3 y 11.4; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículos 12.1 y 12.3; Acuerdo Global de Asociación Económica Chile - Indonesia (2017), artículo 9.6; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículos 16.1 y 16.3.

<sup>88</sup> Acuerdo de Cooperación Laboral del Tratado de Libre Comercio Chile - Canadá, artículo 44 y Anexo 1.

<sup>89</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos (2003), artículo 18.5.

virtud de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944, los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas de 1990, y la implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011<sup>90</sup>. El Tratado de Libre Comercio con Brasil también promueve la implementación de estos principios<sup>91</sup>. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio con Paraguay y el Acuerdo de Libre Comercio Provisional con la Unión Europea reafirman los compromisos laborales asumidos en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en particular en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, de 1998, como aquellos referidos al trabajo decente, contenidos en la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008<sup>92</sup>.

Finalmente, 15 acuerdos internacionales de inversión chilenos incluyen disposiciones de protección laboral referidos a actividades de cooperación<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 12.3.

<sup>91</sup> Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 16.3.

<sup>92</sup> Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.2; Acuerdo de Libre Comercio Provisional Chile -UE (2022), artículo 26.16.

<sup>93</sup> Acuerdo de Cooperación Laboral del Tratado de Libre Comercio Chile - Canadá; Acuerdo de Asociación CE - Chile (2002), artículo 44.4; Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos (2003), artículo 18.2.5; Tratado de Libre Comercio Chile - Colombia (2006), artículo 17.3; Entendimiento sobre cooperación laboral y Tratado de Libre Comercio Chile - Hong Kong (2014), artículo 19.5; Tratado de Libre Comercio Australia - Chile (2008), artículo 18.2.7; Tratado de Libre Comercio Chile - Tailandia (2013), artículos 11.3 y 11.6; Acuerdo Transpacífico, artículo 19.10; Tratado de Libre Comercio Chile - Uruguay (2016), artículo 11.9; Tratado de Libre Comercio Argentina - Chile (2017), artículo 12.9; Acuerdo Global de Asociación Económica Chile - Indonesia (2017), artículo 9.6; Tratado de Libre Comercio Brasil - Chile (2018), artículo 16.9; Tratado de Libre Comercio Chile - Paraguay (2021), artículo 11.11; Acuerdo de Libre Comercio Provisional Chile-UE (2022), artículo 26.7.

## CONCLUSIÓN

En este artículo hemos identificado un número creciente de disposiciones sobre desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión, incluidas las que se refieren al desarrollo sostenible en términos generales y las específicas, como las disposiciones medioambientales y laborales. Entre ellas, el tipo de disposiciones sobre desarrollo sostenible más frecuente en los acuerdos internacionales de inversión modernos son las disposiciones medioambientales. Esta tendencia es especialmente notable en la última década. Sin embargo, también hay que señalar que el número de acuerdos de inversión celebrados en el mismo periodo se ha reducido considerablemente en comparación con los años anteriores.

Chile es uno de los países latinoamericanos líderes en la negociación y celebración de acuerdos de inversión y de tratados de libre comercio con capítulos de inversión. Al mismo tiempo, ha asumido un fuerte compromiso público para promover el desarrollo sostenible y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los proyectos de nueva Constitución han establecido una política de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza<sup>94</sup>. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha publicado recientemente un informe para impulsar el mercado de inversión de impacto en Chile, con el objeto de desarrollar, y al mismo tiempo visualizar las oportunidades y desafíos que tiene para impactar el logro de la Agenda 2030 y sus objetivos<sup>95</sup>.

Sin embargo, son pocos los acuerdos internacionales de inversión de Chile que incluyen disposiciones sobre desarrollo sostenible. Cuando lo hacen, forman parte principalmente del preámbulo de estos tratados y no son obligaciones directamente vinculantes. Solo el 29% de los

---

<sup>94</sup> Véase Propuesta Constitucional, julio 2022, Art. 184. Disponible en: [https://www.agal.cl/sites/default/files/2022-07/Texto\\_Definitivo\\_CPR\\_2022.pdf](https://www.agal.cl/sites/default/files/2022-07/Texto_Definitivo_CPR_2022.pdf). Y la Propuesta de Texto de Nueva Constitución, abril 2023, Art. 189. Disponible en: [https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto\\_aprobado\\_en-general\\_12.04.23.pdf](https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto_aprobado_en-general_12.04.23.pdf)

<sup>95</sup> PNUD. Disponible en: <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/presscenter/articles/Noticias/pnud-lanza-informe-sobre-inversion-de-impacto-en-chile-.html>

acuerdos internacionales de inversión chilenos incluyen disposiciones generales sobre desarrollo sostenible. El 30% de estos acuerdos tienen compromisos medioambientales explícitos, y el 15% incluyen compromisos laborales claros. Aunque esta cifra está en consonancia con la media mundial de estas disposiciones en los acuerdos internacionales de inversión, considerando un 8% de disposiciones sobre desarrollo sostenible, 12% de disposiciones de protección medioambiental y 10% de disposiciones de protección laboral, es mucho más el trabajo que se puede hacer.

Esto no significa que en los últimos años Chile no haya realizado mejoras. Después de un auspicioso debut con el Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados Unidos, compromisos específicos sobre desarrollo sostenible en acuerdos internacionales de inversión chilenos se hicieron escasos, hasta la negociación del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) y la firma en los últimos años de los tratados de libre comercio con Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y recientemente la Unión Europea.

En este artículo hemos ofrecido una visión limitada de las disposiciones sobre desarrollo sostenible en los acuerdos internacionales de inversión. Pero Chile también podría considerar otros tipos de disposiciones en futuras negociaciones o renegociaciones de acuerdos de inversión. Por ejemplo, en los últimos años hemos visto la inclusión de disposiciones de género en los acuerdos internacionales de inversión, en consonancia con el Objetivo 5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que consiste en lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres<sup>96</sup>. Chile ha sido un pionero en esta materia.

---

<sup>96</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Chile (modificado en 2017), artículo Nbis-01: “4. Las Partes reconocen que el comercio internacional y la inversión son motores del crecimiento económico, y que la mejora del acceso de las mujeres a las oportunidades y la eliminación de las barreras en sus países aumenta su participación en las economías nacionales e internacionales, y contribuye al desarrollo económico sostenible”. Disposiciones similares se encuentran en los tratados de libre comercio con Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y en el Acuerdo de Complementación Económica con Ecuador.

Independientemente de la cantidad de disposiciones sobre desarrollo sostenible que se encuentren en los acuerdos internacionales de inversión, lo más importante probablemente sea centrarse en su calidad. Se ha sugerido que, en lugar de comparar el lenguaje jurídico meramente indicativo que los acuerdos de inversiones normalmente utilizan para referirse a las disciplinas que no forman parte del derecho económico internacional (DEI) o la falta de referencia a esos temas en antiguos acuerdos internacionales de inversión, parece deseable compararlo con el lenguaje más operativo que dichos tratados ya emplean al tratarse de disciplinas tradicionales del derecho económico internacional (ATANASOVA 2021).

Por último, para evitar que estas disposiciones se conviertan en una mera decoración, Chile debería centrarse también en su aplicación efectiva. También se podría hacer un esfuerzo para renegociar los acuerdos internacionales de inversión de vieja generación que no incluyan disposiciones sobre desarrollo sostenible, aunque dicha modificación no dependa únicamente de Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALSCHNER, W., ELSIG, M. y POLANCO, R. (2021): “Introducing the Electronic Database of Investment Treaties (EDIT): The Genesis of a New Database and Its Use”, en *World Trade Review*, vol. 20, N°. 1, pp. 73-94. DOI 10.1017/S147474562000035X
- ASTERITI, A. (2012): “Waiting for the Environmentalists: Environmental Language in Investment Treaties”, en Hoffman y Tams (eds.), *International Investment Law and Its Others*. (pp. 117-155). (Baden-Baden: Nomos).
- ATANASOVA, D. (2021): “Non-economic disciplines still take the back seat: The tale of conflict clauses in investment treaties”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, N°.1, pp. 155-180. DOI 10.1017/S0922156520000631
- BARRAL, V. (2012): “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm”, en *European Journal of International Law*, vol. 23, N°.2, pp. 377-400.
- BELLAK, C. (2015): “Economic Impact of Investment Agreements”, en *Department of Economics Working Paper Series. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna*. N°. 200. [Consulta: 25 julio 2023]. Disponible en: <https://research.wu.ac.at/ws/portalfiles/portal/17859144/wp200.pdf>

- BERNASCONI, N., COSBEY, A., JOHNSON, L. y VIS-DUMBAR, D. (2012): *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and answers*. International Institute for Sustainable Development. [Consulta: 25 julio 2023]. Disponible en: [https://www.iisd.org/system/files/publications/investment\\_treaties\\_why\\_they\\_matter\\_sd.pdf](https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf)
- BONNITCHA, J., POULSEN, L.N.S. y WAIBEL, M. (2017): *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. (Oxford University Press). ISBN 978-0-19-252983-1.
- CHI, M. (2018): *Sustainable development provisions in investment treaties*. (UNESCAP – ARTNet). [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.unescap.org/sites/default/files/Sustainable%20Development%20Provisions%20in%20Investment%20Treaties.pdf>.
- COTULA, L. (2016): *Foreign Investment, Law and Sustainable Development: A Handbook on Agriculture and Extractive Industries*. (Londres: IIED). ISBN 978-1-78431-299-2.
- DOUMBIA, D. y LAURIDSEN, M. (2019): “Closing the SDG Financing Gap—Trends and Data”, en *EMCompass - International Finance Corporation* N°. 73, p. 8.
- GARIN RESPAUT, M. (2020): “Environmental Issues in ISDS”, en *Jus Mundi* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-environmental-issues-in-isds>.
- GORDON, K., POHL, J. y BOUCHARD, M. (2014) : *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey* [en línea]. OECD Working Papers on International Investment. (París: OECD) [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/content/workingpaper/5jz0xvngx1zlt-en>
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, MANN, H.L., VON MOLTKE, K., PETERSON, L.E. y COSBEY, A. (2005): *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <http://www.iisd.org>
- JOHNSON, L., SACHS, L. y LOBEL, N. (2020): “Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals”, en *Columbia Journal of Transnational Law* vol. 58. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3452070>
- MUCHHALA, B. (2018): *International Investment Agreements and Industrialization: Realizing the Right to Development and the Sustainable Development Goals*. (Geneva: Human Rights Council Working Group on the Right to Development Nineteenth session). A/HRC/WG.2/19/CRP.5.
- ORTINO, F. (2017): “Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing International Law and Practice”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, N°. 1, pp. 71-92.
- POHL, J. (2018): *Societal benefits and costs of International Investment Agreements*. OECD Working Papers on International Investment [en línea]. [Consulta: 25

- de julio de 2023]. DOI 10.1787/e5f85c3d-en. Disponible en: [http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en)
- UNCITRAL (2021): *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)
- UNCTAD (2014a): *The impact of international investment agreements on foreign direct investment: An Overview of empirical studies 1998–2014*. IIA Issues Note [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications>
- (2014b): *World Investment Report 2014. Investing in SDGs: An Action Plan*. (United Nations).
- (2015a): *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)* [en línea]. (Ginebra). [Consulta: 25 julio 2023]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications>
- (2015b): *Reforming International Investment Governance*. (Nueva York: Naciones Unidas). ISBN 978-92-1-112891-8.
- (2021a): *International Investment Agreements Navigator*. Investment Policy Hub [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- (2021b): *Mapping of IIA Content*. Investment Policy Hub [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>
- UNITED NATIONS (2023): *World Economic Situation and Prospects 2023* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://desapublications.un.org/publications/world-economic-situation-and-prospects-2023>
- UNITED NATIONS COMMITTEE FOR DEVELOPMENT POLICY (CDP) (2016): “Report on the eighteenth session (14-18 March 2016)”, en *Economic and Social Council Official Records, 2016. Supplement No. 13 E/2016/33* [en línea]. (Nueva York: Naciones Unidas). [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/dpad/publication/2016-report-to-the-economic-and-social-council/>
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (1987): *Report of the World Commission on Environment and Development: “Our Common Future”* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/139811>
- (21 de octubre de 2015): *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. A/RES/70/1* [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2023]. Disponible en: <https://sdgs.un.org/2030agenda>
- VANDUZER, J.A. (2016): *Sustainable Development Provisions in International Trade Treaties: What Lessons for International Investment Agreements?* [en línea]. (Oxford University Press). [Consulta: 25 de julio de 2023]. ISBN 978-0-19-180172-3. Dis-

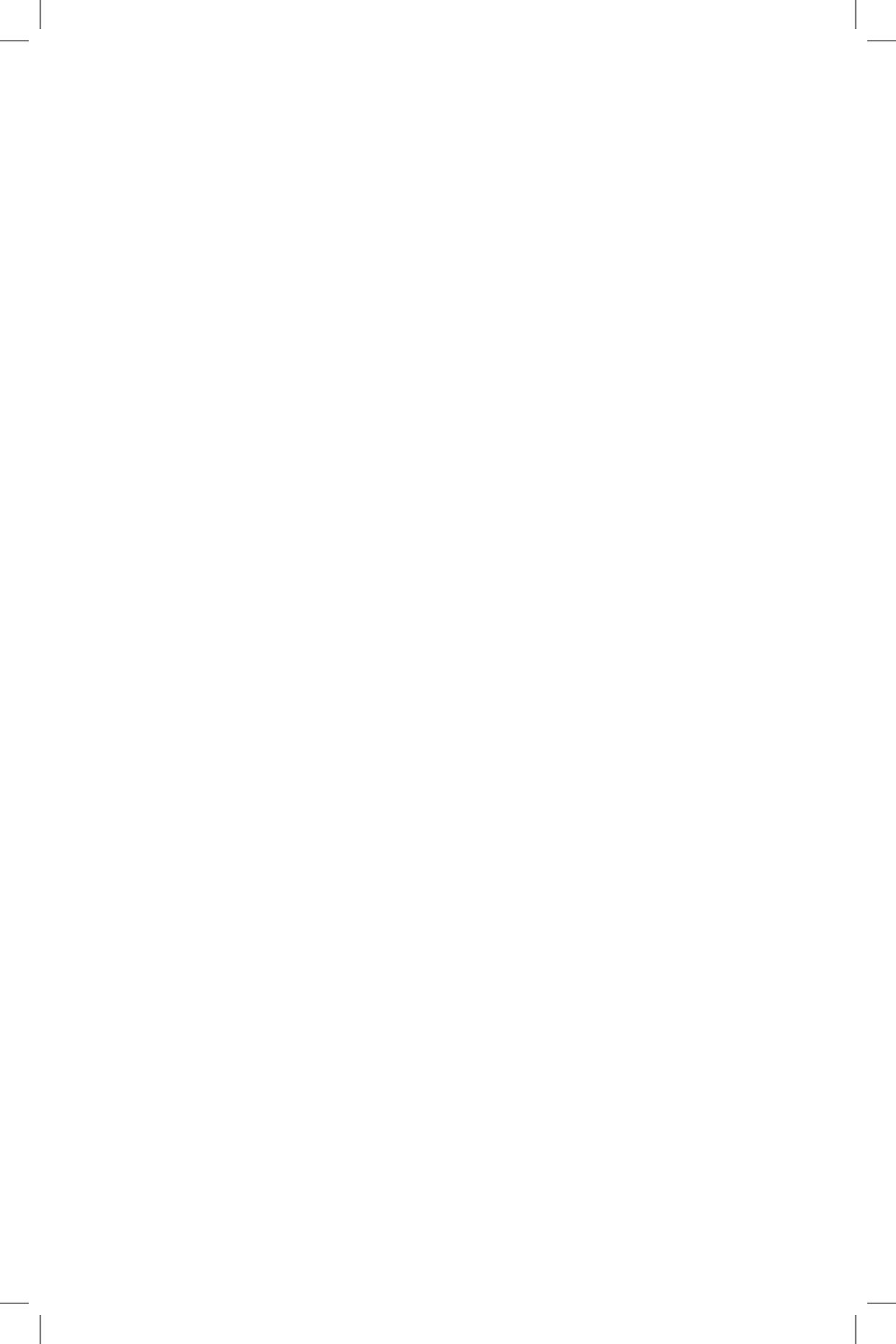
ponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198738428.001.0001/acprof-9780198738428-chapter-8>

WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K.-H. y BALCHIN, C. (2010): *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. (Austin: Wolters Kluwer Law & Business). ISBN 978-90-411-3202-4.



Artículos





# INCLUYENDO PERSPECTIVAS DE GÉNERO EN LA GESTIÓN DE RIESGO DE DESASTRES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Gendering disaster risk management in Latin America and the Caribbean

## **Leslie E. Terrones Cernaqué**

Abogada por la Universidad Esan (Perú)

LLM en Derecho Ambiental por Vermont Law School (EEUU)

Miembro del Comisión Mundial de

Derecho Ambiental de la UICN (WCEL)

Miembro del Red Mundial para el Estudio de los  
Derechos Humanos y el Medio Ambiente (GNHRE)

lessaterr@gmail.com

*RESUMEN: En los últimos años, muchos estudios y reportes publicados alrededor del mundo han hecho evidente que los efectos de los desastres a menudo reflejan y refuerzan las desigualdades de género que existían previo a su ocurrencia, lo cual tiene un efecto diferenciado en la manera en cómo las personas los afrontan y en los efectos que se desencadenan de manera posterior. Este fenómeno se debe, en gran parte, a que las condiciones que determinan el nivel de impacto de los desastres están influidas por la dinámica y los roles de género de la sociedad.*

*En América Latina y el Caribe, una región con niveles de desigualdad de género superiores a otras regiones, predomina una cultura machista que afecta no solo la forma en que los hombres y mujeres lidian con situaciones cotidianas, sino que influye en los niveles de preparación de la población frente a un desastre, la manera como esta lidia con él y las pérdidas sociales y económicas que este conlleva. Por ello, es importante que, al momento de adoptar estrategias y políticas relacionadas a la gestión del riesgo de desastres, los países de la región incorporen enfoques basados en análisis de género, con el objetivo de cerrar la brecha y proporcionar soluciones que beneficien a todos sus ciudadanos por igual.*

*A fin de contribuir en la incorporación de esta perspectiva de género, este artículo busca revisar el papel que han jugado los estereotipos de género en la gestión del riesgo de desastres, analizar el esfuerzo de incorporación de esta perspectiva en diversos marcos internacionales y regionales de gestión de riesgo de desastres, y finalmente presentar algunas recomendacio-*

*nes sobre cómo los países de América Latina y el Caribe pueden incorporar una perspectiva de género en sus diferentes políticas, planes y programas.*

*PALABRAS CLAVE: desastres, género, políticas públicas.*

*ABSTRACT: In recent years, many studies and reports published around the world have made it evident that the effects of disasters often reflect and reinforce gender inequalities that existed prior to their occurrence, which has a differentiated effect on the way people cope with them and on the effects that are triggered afterwards. This phenomenon is largely attributed to the fact that the conditions that determine the level of impact of disasters are influenced by the dynamics and gender roles imposed by society.*

*In Latin America and the Caribbean, a region with higher levels of gender inequality than others, there is a prevailing macho culture that affects not only the way in which men and women deal with everyday situations but can also influence the levels of preparedness of the population for a disaster, the way in which they deal with it and the social and economic losses it entails. It is therefore important that, when adopting strategies and policies related to disaster risk management, the countries of the region incorporate approaches based on gender analysis in order to close the gap and provide solutions that benefit all their citizens equally.*

*This article seeks to contribute to the incorporation of this gender perspective by reviewing the role that gender stereotypes have played in disaster risk management, analyzing the effort various international and regional disaster risk management frameworks have made to incorporate this perspective, and by presenting some recommendations on how the countries of Latin America and the Caribbean can incorporate a gender perspective in their different policies, plans and programs.*

*KEYWORDS: disaster risk, gender, public policies.*

## INTRODUCCIÓN

*Cuando sucedió el desastre, (...) los hombres eran los que salían a buscar techo, a buscar comida, a intentar recuperar sus cosas, y eran las mujeres las que se quedaban al cuidado (...) de los hijos, de los abuelos, de todo el entorno familiar, incluso los suegros o entre ellas mismas se turnaban entre sus conocidos para poder cuidarlos y hacerse cargo de la preparación de los alimentos y del aseo.*

(CUBA y ÁLVAREZ, 2020, p. 82)

Las palabras antes citadas provienen de una mujer afectada por el fenómeno del Niño Costero, que azotó parte de la costa peruana en 2017 e ilustra el común denominador que rige la cultura en territorio latinoamericano: las mujeres<sup>1</sup> comúnmente siendo relegadas a las tareas domésticas y los hombres asumiendo roles más fuertes y varoniles como las cabezas de la familia (ONU, 2021). El machismo ha sido, durante siglos, la construcción social reinante en América Latina y el Caribe y ha cementado los roles estereotípicos que cada género tiene en la sociedad, reforzando, a su vez, las desigualdades entre hombres y mujeres. Estas desigualdades han sido alertadas, inclusive, por la Organización de las Naciones Unidas (2021), la cual, en su último Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, reportó que la región obtuvo una calificación baja en términos de igualdad de género en comparación con otras regiones del mundo. Ello se suma a lo señalado el Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia de esta misma institución, el cual ya había mencionado que los países ubicados en este territorio tienen la mayor desigualdad, discriminación y violencia relacionada con el género del planeta (UNICEF, 2021).

---

<sup>1</sup> Si bien este artículo no pretende discutir la definición de mujer, es preciso mencionar que, conforme a la posición adoptada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este concepto incluye, además de las personas del sexo femenino, a aquellas de género diverso, transgénero e intersexuales. Pese a que la voluntad de esta investigación no es negar la existencia de estos grupos de personas, es importante señalar, de antemano, que la misma está predominantemente enfocada a aquellas identificadas como mujeres cisgénero.

El machismo y las construcciones sociales sobre los roles de género relacionadas a él, no solo se han visto internalizadas en la vida familiar de los ciudadanos, sino que han repercutido también en otros aspectos de la vida cotidiana. Así, se van creando condiciones desiguales en perjuicio de las mujeres en el ámbito del trabajo y la educación (CEPAL, 2022), el acceso a los recursos naturales, alimentos y agua y a instituciones financieras, vivienda y su involucramiento en la toma de decisiones (CEPAL, 2023), entre otros. Estos factores posicionan a las mujeres en condiciones especialmente vulnerables que pueden afectar la forma en que ellas afrontan diferentes tipos de riesgos, como aquellos de carácter ambiental o sanitario o ante la ocurrencia de un desastre. En este último caso, en particular el nivel de vulnerabilidad de las mujeres, influye en el grado de preparación ante el desastre, en cómo se afronta y en la capacidad de recuperación ante futuros eventos.

En América Latina y el Caribe, asumir que el riesgo de desastres no tiene repercusiones diferenciadas en relación con el género de las personas representa una amenaza para el bienestar de toda la población. Lo anterior, debido a que ciertos segmentos podrían verse gravemente más afectados que otros si las políticas no reconocen las desigualdades que existen en la actualidad. Una mejor comprensión de las dinámicas diferenciadas de género en la gestión del riesgo de desastres podría permitir un mejor diseño de políticas, planes y programas, beneficiando, en última instancia, a toda la ciudadanía en general (ERMAN et al., 2021, p. 12). Abordar el problema a través de los lentes del enfoque de género también podría servir como un punto de partida inicial para empezar a reconstruir la forma en que esos países ven los roles de las personas de diferentes géneros en la sociedad y, en última instancia, influir en la forma en que avanzan hacia la igualdad de género.

La introducción de una perspectiva de género en el contexto de riesgo de desastres no es algo nuevo en Latinoamérica. En las últimas décadas, y sobre todo desde la aprobación del Marco de Acción de Hyogo en 2005 y luego del Marco de Sendai en 2015, diversos países han venido reconociendo la importancia de incluir el enfoque de género en sus políticas

nacionales y trabajando en la incorporación del enfoque de género en sus planes de gestión de riesgos de desastres. Sin embargo, si bien abordar el riesgo de desastres desde una perspectiva de género es innegablemente positivo, no todos los gobiernos han reconocido dicho enfoque en sus políticas internas y, en algunos casos, no resulta claro cómo se implementarán las posibles soluciones planteadas en sus políticas y planes en la vida real.

Considerando esta situación, este artículo pretende plantear soluciones para seguir avanzando en la incorporación de la perspectiva de género en las políticas, planes y programas de gestión de riesgos de desastres. La presente investigación está estructurada de la siguiente manera: la primera parte se centrará en la relación entre la reducción del riesgo de desastres y el género, evaluando los factores que impulsan las desigualdades de género y su vínculo con los impactos y consecuencias heterogéneas de los desastres en función del género. El segundo segmento analizará cómo diferentes organizaciones y entidades internacionales han venido abordando el riesgo de desastres con enfoque de género y presentará una revisión de las políticas de reducción de riesgos en algunos países de América Latina y el Caribe. Finalmente, la tercera sección explicará la importancia de incluir una perspectiva de género en la gestión del riesgo de desastres y presentará algunas estrategias para su integración en las políticas públicas de la región. El documento concluirá destacando la importancia de incluir una perspectiva de género más representativa, igualitaria e inclusiva en las políticas de gestión de riesgo de desastres.

## **1. IMPACTOS DIFERENCIALES DE LOS DESASTRES EN FUNCIÓN DEL GÉNERO**

El riesgo de desastres puede ser definido como la posibilidad de que un evento determinado produzca muertes, lesiones, daños y pérdidas en una sociedad o comunidad en un periodo específico de tiempo (UNISDR, 2009, p. 30). El mismo está compuesto por cuatro principales elementos: un suceso o fenómeno potencialmente dañino –amenaza–, el grado de susceptibilidad de los elementos expuestos –vulnerabilidad–, las

condiciones geográficas en las que se asienta una comunidad –exposición– y la capacidad de respuesta (ONU, 2016, p. 15). Así, a mayores niveles de amenaza, vulnerabilidad y exposición y menor capacidad de respuesta para afrontar el desastre, mayor probabilidad que la población resulte lesionada, padezca problemas de salud y se produzcan pérdidas materiales o económicas o incluso muertes durante y después de un determinado suceso (UNISDR, 2009, p. 14).

Pese a que cada uno de estos elementos influye de manera diferente, es indudable que el factor dominante suele ser la vulnerabilidad (LAVELL, 1999, p. 9), la cual define la propensión de la sociedad –o de un subconjunto de ella– a sufrir daños o pérdidas debido a sus propias características particulares –físicas, sociales, económicas y medioambientales–. Este componente, sin embargo, es muy diverso y específico de cada lugar y depende de las circunstancias y construcciones sociales actuales de una determinada población o parte de ella.

Pero ¿qué papel desempeña el género en esta ecuación? Las mujeres y los hombres experimentan, perciben e identifican los riesgos de forma diferente. Las actuales relaciones de género entre hombres y mujeres en la reducción del riesgo de desastres dependen de distintos factores de carácter socioeconómico, físico, ambiental y cultural que suelen estar relacionados con las funciones y habilidades determinadas por el hogar y la sociedad en la que habitan, así como en las oportunidades y el acceso que se les brinda hacia los recursos naturales (UNFPA, s.f., p. 13).

Estas diferencias son, en gran medida, desfavorables para las mujeres y conducen a una desigualdad de género que afecta a todo el desarrollo socioeconómico, incluyendo la vulnerabilidad a los desastres y los diferentes niveles de capacidad de respuesta que estas tienen para reducir el riesgo y/o responder a él (UNDRR y UICN, 2009, p. 16). Así, aunque todo el mundo podría estar potencialmente expuesto a una determinada amenaza, los elevados niveles de vulnerabilidad de las mujeres repercuten en su susceptibilidad a dicha exposición y, en última instancia, en su capacidad para afrontar la amenaza, así como en la posible magnitud del desastre (UNFPA, s.f., pp. 34-35), creando, a la larga, una brecha de

género que resulta en impactos diferenciados que afectan sus índices de resiliencia ante futuros eventos (ERMAN et al., 2021, p. 12).

A continuación, se muestran algunos de los aspectos que afectan desproporcionadamente a las mujeres en relación a la gestión del riesgo de desastres que han sido reportados por diversos especialistas e instituciones internacionales.

### 1.1. Violencia de género

En contextos de emergencias y desastres, las desigualdades que existían previamente entre hombres y mujeres suelen agudizarse, sobre todo de manera posterior a su ocurrencia (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 12). Particularmente, el impacto más notorio es el aumento de la violencia de género. Aunque su prevalencia varía significativamente de un país a otro (PNUMA, 2021, p. 26), en el contexto del riesgo de desastres, la forma más predominante es la violencia doméstica. La Cruz Roja Canadiense y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (FICR) constataron, por ejemplo, que, en la mayoría de los casos, aunque la violencia doméstica existiera antes de los desastres, la violencia interpersonal tiende a aumentar después de que éstos se produzcan pues los impactos del desastre –como la pérdida o desbaratamiento de las redes de apoyo o en el incremento de estrés en las familias– repercuten negativamente en los factores sociales subyacentes –como la desigualdad de género o el acceso a mecanismos de protección y supervivencia–, lo cual aumenta la probabilidad que las personas pierdan el control o abusen de su poder para aprovecharse de los demás (SINGH, WELLS y FAIRHOLM, 2010, p. 10). En algunos casos, el nivel de violencia de la pareja aumentó debido a que el desastre creó una sensación prolongada de incontrolabilidad, que terminó por aumentar el deseo controlador de los hombres, quienes acudieron a la violencia como táctica de control (WEITZMAN y BEHRMAN, 2016, p. 168).

La violencia sexual también suele aumentar cuando la población se ven obligadas a desplazarse fuera de sus comunidades tras los desastres. Este riesgo se amplifica en los campos de refugiados y desplazados,

donde las mujeres y las niñas están muy expuestas a extraños (ERMAN et al. 2021, p. 31). Las estrategias negativas para hacer frente a la situación, como el sexo transaccional, la prostitución, el matrimonio infantil o la trata de personas, también parecen intensificarse debido a que muchas personas suelen quedar en situación de pobreza, volviéndolas más susceptibles a incurrir en mecanismos de explotación (IFRC, 2015, p. 20).

## 1.2. Acceso a recursos básicos

En algunas sociedades, las mujeres son las principales proveedoras de alimentos, agua y combustible para la familia, siendo la agricultura su principal empleador, particularmente en los países de bajos y medianos recursos (BORDIA y HATZFELDT, 2017, p. 19). Estas condiciones las ponen en una situación especialmente vulnerable a amenazas de origen climático como son las inundaciones, lluvias torrenciales, sequías, olas de calor, entre otros (PIRES RAMOS y MCFARLAND DIAS, 2021, p. 10). En algunas situaciones, se ha encontrado también que, cuando se desencadena una escasez de alimentos luego de un desastre, suelen ser las mujeres y niñas las primeras en saltarse comidas o pasar hambre en favor de su familia, o, inclusive, ser discriminadas o perjudicadas sistemáticamente por sistemas de ayuda alimentaria (NEUMAYER y PLÜMPER, 2007, p. 556).

Asimismo, muchas mujeres no cuentan con acceso a derechos sobre la tierra (OXFAM, 2019) o enfrentan acuerdos de tenencia y propiedad más inseguros (ERMAN et al. 2021, p. 44; SEGNESAM, 2017, p. 816). Asimismo, muchos de los activos del hogar generalmente son registrados a nombre del hombre de la familia, creando obstáculos en el registro de pérdidas, daños y necesidades, así como la correcta estimación de la afectación y los impactos directos e indirectos de los desastres en las mujeres (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 15).

En materia sanitaria, el acceso de las mujeres a bienes y servicios –ropa, calzado, productos de higiene, toallas menstruales–, así como a las necesidades sanitarias –embarazo, parto, lactancia y anticoncepción– suele colapsar luego de los desastres (ERMAN et al. 2021, p. 29), poniéndolas en una situación altamente insegura.

### 1.3. Expectativas sociales, estándares culturales y distribución de poder

Muchas veces las expectativas sociales suelen asignar el rol de cuidadora de la familia y las funciones de protección de los niños, ancianos y personas con discapacidad, así como la de los bienes domésticos, a las mujeres y niñas. Lo anterior puede obstaculizar sus propios esfuerzos de autorrescate ante un suceso inesperado (NEUMAYER y PLÜMPER, 2007, p. 554) e impedir su capacidad de evacuación.

Por otro lado, el código de vestimenta asignado a las mujeres y niñas en algunas sociedades también puede restringir su capacidad para moverse con rapidez o migrar a espacios más seguros. Así, en comunidades donde las mujeres acostumbran a vestir con prendas más conservadoras, estas tienden a tener más dificultades para huir del peligro –por ejemplo, ante la aproximación de un tsunami, el derrumbe de un edificio o inundaciones– debido a las barreras creadas por su vestimenta (CENTER FOR DISASTER PHILANTHROPY, 2022; NEUMAYER y PLÜMPER, 2007, p. 554).

Finalmente, la distribución dispareja de poder entre mujeres y hombres suele tener también efectos adicionales en la asignación de responsabilidades en los contextos domésticos y sociales (ERMAN et al. 2021, p. 38) y repercutir en la capacidad para afrontar y adaptarse ante desastres y el acceso a mecanismos de ayuda. En los países donde existe un control desigual sobre las fuentes de capital –como alimentos, agua o gastos–, se ha encontrado que la capacidad de las mujeres de afrontar, adaptarse y recuperarse luego de un desastre suele ser inferior a la de los hombres (SEGNESTAM, 2017, p. 809), además de ser discriminadas y/o marginadas al momento de recibir ayuda luego del desastre en tanto que los hombres suelen recibir un trato preferencial en la distribución de recursos (NEUMAYER y PLÜMPER, 2007, p. 555; ZAIDI y FORDHAM, 2021, p. 5).

### 1.4. Aumento de la carga de trabajo doméstico y pérdida de fuentes de ingreso

La carga de trabajo no remunerado también se intensifica para las mujeres tras los desastres (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 13). Ello en

tanto que, debido a las expectativas sociales, las mujeres suelen ser relegadas a las tareas domésticas y actividades de cuidado de enfermos y heridos, ello sin dejar de hacer sus tareas cotidianas (CENTER FOR DISASTER PHILANTHROPY, 2022), limitando su tiempo para el trabajo remunerado y repercutiendo, en última instancia, en el monto total de sus ingresos (ERMAN et al. 2021, p. 45).

Esta situación afecta, sobre todo, a mujeres que desempeñan el rol de jefas de familia y a aquellas que se encuentran en situación de pobreza o tienen a personas dependientes a su cargo (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 13). Ello sin considerar que, al estar a cargo del cuidado de los miembros del hogar, muchas niñas y adolescentes terminan abandonando sus estudios escolares, lo cual interrumpe el desarrollo de sus capacidades y otras oportunidades de subsistencia y repercute negativamente en sus niveles de pobreza (ASIAN DEVELOPMENT BANK, 2014, p. 2).

Además del aumento de la carga de trabajo doméstico, las mujeres suelen sufrir otras pérdidas en sus bienes que a veces pueden pasar desapercibidas. A saber, la pérdida de algunos utensilios de cocina que podrían haber servido para generar ingresos mediante la elaboración de alimentos para vender en la calle o puerta a puerta acaba traducándose en limitaciones al acceso a otras actividades generadoras de ingresos y a la rapidez con que estas pueden restablecerse (BRADSHAW y FORDHAM, 2013, pp. 20-21).

### 1.5. Acceso a la información y a sistemas de alerta temprana

Por último, en muchos países donde hay una alta incidencia de comunidades indígenas o donde muchas mujeres habitan en zonas rurales, la información referida a desastres solo es puesta a disposición en el idioma predominante, que en ocasiones puede no coincidir con el idioma local, lo cual perjudica a las mujeres que solo hablan o entienden este último (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 15). Lo anterior dificulta o, en muchos casos, imposibilita la toma de decisiones informadas, así como la adopción de medidas oportunas y rápidas para prepararse y responder ante desastres (PALONKA y EVIDENTE, 2022, p. 5).

En adición a ello, algunas mujeres no cuentan con acceso a sistemas de alerta temprana, mecanismos formales de información sobre desastres y procedimientos de evacuación; suelen estar mal informadas sobre su exposición ante distintas amenazas; no entienden qué recursos o derechos están disponibles a través de sus programas gubernamentales; o simplemente no se les permite tomar la decisión de evacuar a tiempo (FERRIS, PETZ y STARK, 2013, p. 76; HUAIROU COMMISSION, 2009). Ello sin contar que muchas mujeres tienden a no aceptar ayuda de aquellos socorristas que son hombres, limitando la habilidad para salvar su vida (PALONKA y EVIDENTE, 2022, p. 6). Esta falta de información, educación y compromiso relacionada a sistemas de preparación y respuesta se traduce en que las mujeres no saben cuándo o cómo actuar ante las diversas advertencias emitidas ante una potencial amenaza (BRADSHAW y FORDHAM, 2013, pp. 20-21) y en las restricciones que existen para su potencial evacuación ante un desastre.

## **2. INTENTOS POR INCORPORAR LA PERSPECTIVA GÉNERO EN LAS POLÍTICAS SOBRE GESTIÓN DE RIESGO DE DESASTRES**

Como se ha evidenciado en la sección anterior, existen circunstancias diferenciadas que impactan negativamente en las mujeres en cada fase del desastre, desde la prevención y la preparación hasta en sus efectos posteriores. En ese sentido, a fin de prevenir, mitigar y abordar estas cuestiones, es imperativo incorporar enfoques basados en el género que tengan en cuenta las vulnerabilidades y capacidades diferenciadas de las mujeres en todo el ciclo de gestión del riesgo de desastres.

Si bien estos efectos diferenciados y la necesidad de adoptar estrategias con enfoques de género han venido siendo puestos en evidencia hace muchos años, no fue sino hasta hace casi tres décadas atrás que tales afirmaciones fueron incorporadas en la agenda internacional. Inclusive, hasta hace menos de una década que, luego de la adopción del Marco de Sendai, los países de América Latina comenzaron a incluir una mención expresa al género y su relación con el riesgo de desastres en sus políticas y estrategias nacionales.

Este recorrido a nivel global y regional será abordado en esta sección, la cual se enfocará en la incorporación del análisis de género en los mecanismos internacionales y regionales que, hasta la fecha, han sido aprobados para mejorar gestión del riesgo de desastres.

## 2.1. Inclusión del enfoque de género en la gestión del riesgo de desastres a nivel internacional

Hasta 1994, ninguna conferencia internacional había tenido a una discusión centrada en cuestiones de género como protagonista. La primera gran introducción de la perspectiva de género en el ámbito internacional tuvo lugar en 1995, durante la Conferencia Mundial sobre la Mujer. El evento dio lugar a la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín –Plataforma de Acción de Pekín–, la cual destacó doce áreas principales en las que era necesario actuar urgentemente para garantizar una mayor igualdad de oportunidades para mujeres, hombres, niñas y niños: pobreza, educación, salud, violencia, conflictos armados, economía, poder y toma de decisiones, mecanismos institucionales, respeto de los derechos humanos, representación en los medios de comunicación, medio ambiente y abuso infantil. Seis años después, en 2001, se celebró en Turquía la primera conferencia de la historia centrada enteramente en la relación entre el riesgo de desastres y género, la cual estuvo enfocada en mejorar las capacidades y aptitudes de las mujeres para la gestión de riesgos y en cuestionar la imagen dominante de las mujeres como víctimas.

Ambos acontecimientos influyeron en la redacción del contenido del Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015, primer instrumento internacional referido a la gestión del riesgo de desastres en incorporar, por primera vez, una referencia expresa y específica al género. Pese a que este documento incorporó una mención independiente sobre las mujeres, su exposición a los desastres y su implicación en la participación comunitaria, el mismo limitó a reconocerlas como meras receptoras de información, omitiendo una mención sobre su papel más activo (GERBAIS, 2020, pp. 28-32) y olvidando mencionar su potencial como lideresas de

su comunidad y los conocimientos relevantes que las mismas podrían aportar en la gestión del riesgo.

Más adelante, en 2008, los participantes del Tercer Congreso Mundial de Mujeres en la Política y la Gobernanza sobre Género en la Adaptación al Cambio Climático y la Reducción del Riesgo de Desastres firmaron la Declaración de Manila para la Acción Mundial sobre Género en el Cambio Climático y la Reducción del Riesgo de Desastres. Este documento estableció varios objetivos para alcanzar la paridad de género en las estrategias de adaptación al cambio climático y el riesgo de desastres.

Al año siguiente, en el 2009, como resultado de la Conferencia sobre Género y Reducción del Riesgo de Desastres celebrada en China, se adoptó la Agenda de Pekín para la Acción Mundial sobre la Reducción del Riesgo de Desastres con Enfoque de Género. Esta herramienta destacó algunas áreas clave para promover la igualdad de género en la reducción del riesgo de desastres y estableció nueve recomendaciones que se debían adoptar antes de 2015, las cuales incluían el aumento del compromiso político respecto al análisis de género y la integración de la perspectiva de género en las políticas públicas, la recopilación de datos específicos y desagregados sobre género o el apoyo a las instituciones de investigación para que estudien la relación coste-beneficio y la eficiencia de las políticas y programas con enfoque de género en la reducción del riesgo de desastres.

En el 2015, el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres reconoció el impacto desproporcionado a las mujeres antes la ocurrencia de desastres y destacó la necesidad de promover su liderazgo. A diferencia de las herramientas anteriores, este nuevo marco normativo diferenció y desasoció a las mujeres de otras categorías, categorizándolas como un segmento independiente en secciones relacionadas a los actores relacionados al igual que las comunidades indígenas o los adultos/as mayores, y destacó la importancia de su participación e involucramiento en la gestión de riesgos de desastres. Pese a este gran avance, el documento omite incluir una definición de género, no

reconoce la vulnerabilidad diferenciada de los distintos grupos de personas –incluyendo las mujeres– en contextos específicos (ZAIDI y FORDHAM, 2021, p. 4) y, al igual que su inmediato predecesor –Marco de Acción de Hyogo–, no otorga un debido reconocimiento a los saberes de las mujeres en materia de gestión del riesgo de desastres, posicionándolas nuevamente en un rol pasivo más que activo y como beneficiarias o interesadas en vez de agentes de cambio.

Más recientemente, documentos como el Informe del Secretario General de Aplicación del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 o la Resolución aprobada por la Asamblea General de 2020 han procurado buscar soluciones a estas falencias, abogando por la necesidad de incorporar cuestiones sociales y de género en las estrategias, políticas, planes y programas de reducción del riesgo de desastres y promoviendo la participación y liderazgo de las mujeres en el diseño e implementación de estos instrumentos, así como en la asignación de recursos.

## 2.2. Gestión del riesgo de desastres en América Latina y el Caribe

En América Latina, se estima que aproximadamente tres cuartas partes de la población vive en zonas de alto riesgo de desastres y una tercera parte vive en zonas altamente expuestas a amenazas (WEISS, 2008, p. 4). Además de las pérdidas y destrucciones materiales y humanas, las constantes amenazas, sobre todo de carácter climático (UNDRR, 2021, pp. 45-46), han provocado múltiples pérdidas y destrucciones materiales y humanas y, en ocasiones, han agravado las precarias condiciones que existían antes de su ocurrencia (VEGA OCASIO et al., 2020, p. 2). Lecciones aprendidas luego de estas innumerables pérdidas, han llevado a los gobiernos a adoptar soluciones en materia de gestión del riesgo de desastres como forma de abordar las vulnerabilidades y, en última instancia, prepararse mejor para adaptarse y hacer frente a las diversas amenazas (GFDRR, 2010, p. xv).

Muchas de las políticas antes mencionadas, sin embargo, carecen de una adecuada perspectiva de género. Además, a la fecha, aún existen

muy pocos datos relacionados con las experiencias de las mujeres y las niñas durante y después de los desastres en la región. Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), solo el 20% de los países reportan avances en la inclusión de la perspectiva de género en la planificación de la reducción del riesgo de desastres, el 23% reportan tener medidas para incluir la perspectiva de género en los planes de recuperación y solo el 15% han realizado evaluaciones de vulnerabilidad de género (PNUMA, 2021, p. 27).

Con la finalidad de comprender mejor la situación de la inclusión de la perspectiva de género en las políticas, planes y programas de gestión de riesgo de desastres en la región, a continuación, se presenta un análisis sobre la inclusión de género en las estrategias adoptadas por los países de América Latina y el Caribe.

### 2.3. Experiencias a nivel regional

La Política Centroamericana de Gestión Integral de Riesgos de Desastres, aprobada por el Centro de Coordinación para la Prevención de Desastres en América Central y República Dominicana (CEPRENAC) en 2017, establece la igualdad de género e igualdad de oportunidades como uno de sus principios. Reconoce la forma diferenciada en que mujeres y hombres son afectados por los desastres y los roles que se les asignan, y llamando la atención sobre la necesidad de integrar estas perspectivas en las políticas, estrategias, planes y proyectos. Reconoce que la manera de hacer inclusivos los procesos de toma de decisión, es generando información que tiene en cuenta estadísticas sensibles al género y que sea de fácil acceso para toda la población. Su texto, además, hace un llamado sobre la urgencia de mejorar la educación sobre la temática, así como el fortalecimiento de la participación pública y la integración de la sabiduría ancestral de las comunidades con las características multiculturales de los países.

Por otro lado, la Estrategia Andina para la Gestión del Riesgo de Desastres, adoptada por los Estados miembros de la Comunidad Andina (CAN) en el 2017, contempla el género y la interculturalidad como

aspectos clave para su implementación efectiva. Así, reconoce que es esencial empoderar a toda la sociedad, incluidas las mujeres, en términos de respuesta, recuperación, rehabilitación y reconstrucción. Si bien la estrategia incluye referencias específicas al género, centra la discusión en el fortalecimiento de la coordinación, la cooperación y el desarrollo de capacidades entre los cuatro países de la Comunidad Andina, para reforzar sus medidas de prevención y sistemas de alerta temprana.

La Estrategia Regional de Gestión de Integral de Desastres del Caribe, aprobada por la Agencia del Caribe para la Gestión de Desastres (CDEMA) en el 2014, reconoce la importancia de incorporar la perspectiva de género para una adecuada evaluación de las vulnerabilidades. Es la única de la región que incluye este tema dentro de los ejes transversales que enmarcan sus acciones y prioridades. De igual modo, es el documento con la mención más extensa sobre la integración de cuestiones de género en la gestión del riesgo de desastres.

No solo llama a los países a adoptar acciones concretas respecto a este tema en sus respectivas políticas y herramientas, además propone tres estrategias básicas orientadas a lograr este objetivo: i) mejorar los marcos legales y políticos; ii) fortalecer las capacidades a nivel regional, nacional y subnacional para realizar análisis de género y formular estrategias, planes y programas sensibles al género, y; iii) colaborar con organizaciones civiles de mujeres y hombres, a nivel comunitario, local, regional, nacional y con socios estratégicos.

Por último, la Estrategia de Gestión de Riesgos de Desastres para los países del Mercado Común del Sur (Mercosur) del 2019, constituye un caso aislado dentro de la región. Dicha estrategia no realiza ninguna mención específica al enfoque de género, limitándose a señalar la importancia de reconocer e incluir las necesidades de las comunidades vulnerables. La única referencia a la interconexión entre género y la gestión de desastres realizada por la institución se puede encontrar en los Lineamientos de la Política de Igualdad de Género, los cuales reconocen como esencial la necesidad de integrar los enfoques de género en las

dimensiones social, económica y ambiental, incluyendo en esta última una referencia a los desastres.

### 2.3. Experiencias a nivel local

Distintos estudios han dado cuenta de la situación a nivel local de la integración de la perspectiva de género en las experiencias locales, en la gestión de riesgos de desastres. Un estudio llevado a cabo en el 2009 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), analizó cómo cinco países diferentes del Caribe –Jamaica, Belice, Dominica, República Dominicana y Guyana– abordaban la relación entre el género, la gestión del riesgo de desastres y el cambio climático. El estudio arrojó que no existían indicios de la incorporación de una perspectiva de género en los marcos legislativos, políticas y mandatos de ninguno de estos países (PNUD, 2009, p. 10) o de datos desagregados por sexo sobre muertes, daños y pérdidas tras los desastres (PNUD, 2009, p. 15).

De igual forma, destacó que, aun cuando las mujeres cumplen activamente roles de jefes de los grupos de la sociedad civil, la mayoría de ellas no eran consideradas actores relevantes en los mecanismos nacionales de toma de decisiones para la gestión del riesgo de desastres (PNUD, 2009, pp. 13-14).

Pese a que la integración de la igualdad de género en los marcos normativos de los países caribeños ha mejorado enormemente en los últimos años, particularmente en la preparación y recuperación ante desastres, aún existen brechas de género en el acceso en la salud, protección social, formación técnica y profesional y representación, repercutiendo en los niveles de vulnerabilidad y respuesta de las mujeres ante los desastres (BANCO MUNDIAL y GFDRR, 2021, p. 12). Así, pese a que los niveles de participación varían entre los diversos países, se ha encontrado que, en muchos de ellos, las mujeres no son incluidas en el diseño, adopción e implementación de políticas de respuesta y recuperación ante desastres (BANCO MUNDIAL y GFDRR, 2021, pp. 29-30). Además, muchas de las políticas relacionadas con la gestión de riesgo de desastres son género neutral y no toman en cuenta las necesidades específicas de hombres,

mujeres, niños, niñas u otras poblaciones vulnerables (BANCO MUNDIAL y GFDRR, 2021, p. 28).

Por su parte, un informe realizado por el Banco Mundial el 2019, sobre la situación de cinco de los seis países centroamericanos – Guatemala, Honduras, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua– describió la situación a nivel local. El estudio arrojó que solo tres países incluían temas de género en sus marcos legales y políticas públicas relacionadas a la gestión del riesgo de desastre y/o cambio climático (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 71).

Entre estos países destacó Costa Rica, que en 2016 creó la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (CNE). Esta comisión fue constituida con el objetivo de transversalizar la multiculturalidad y la equidad de género en todas las instituciones del sector público, incluyendo aquellas involucradas dentro del sistema de gestión del riesgo (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 70). Además, se destacó también que Costa Rica y Guatemala, han avanzado en la incorporación de unidades de género dentro de sus respectivas Agencias de Protección Civil (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 75). Por otro lado, el informe señaló que la Red de Expertas en Políticas Públicas, impulsada por la Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), viene promoviendo acciones para construir oportunidades más incluyentes que empoderen a las mujeres e incrementen su potencial en la gestión de desastres (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 73).

Si bien la incorporación de perspectivas de género en las políticas públicas relacionadas a la gestión de riesgos de desastres en Centroamérica ha avanzado favorablemente en los últimos años, permanecen algunos desafíos a fin de lograr una gestión inclusiva del riesgo en estos países. Aún es necesario impulsar el trabajo multidisciplinario y avanzar con la articulación de las acciones de los diversos órganos involucrados en la gestión del riesgo a nivel nacional y regional; diseñar y fortalecer espacios de participación que incluyan la perspectiva de las mujeres (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 77), impulsar el conocimiento tradicional y el acceso a sistemas de alerta temprana en poblaciones de mujeres indígenas

(BANCO MUNDIAL, 2019, p. 79); así como recolectar información desagregada por sexo, edad o condiciones de discapacidad (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 71), entre otros.

Finalmente, dos experiencias se deben revisar en el caso de Sudamérica. Primeramente, en Perú, las condiciones socioeconómicas y de desarrollo colocan a las mujeres en una situación de alta vulnerabilidad. En atención a ello, si bien las políticas y estrategias adoptadas por el Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI) –institución a cargo de la gestión del riesgo de desastres– han mencionado la importancia de considerar la variable de género y han reconocido la vulnerabilidad de las mujeres ante los desastres, se ha reducido su análisis y propuestas a las limitaciones físicas de las mujeres, como estar embarazadas o ser ancianas o padecer alguna discapacidad. Así, dicho reconocimiento refiere a las mujeres, particularmente, como víctimas de violencia de género, pero no reconociendo su capacidad de liderazgo o la importancia de su conocimiento.

De igual forma, las razones socioeconómicas, como el acceso al empleo, los roles familiares o la pertenencia a poblaciones indígenas o comunidades migrantes, no son consideradas en las diversas normativas aprobadas sobre gestión de riesgo de desastres en el país<sup>2</sup>. Lo anterior ha evidenciado una falta de colaboración multisectorial con entidades clave como son el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables o el Ministerio de Justicia. Ello sin mencionar que no existen datos desagregados por sexo respecto a los daños personales o el número de damnificados ante un desastre (MONTENEGRO, 2015, p. 67).

Desde la década de 1980, Chile ha venido adoptando importantes medidas centradas en la reducción de riesgos de desastres, lo cual ha

---

<sup>2</sup> Según el último Informe sobre Brechas de Género, la puntuación media global en el Índice de Desigualdad de Género en el Perú para el año 2019 se ubicó en 0,3859, existiendo brechas en el acceso a la educación, empleo, salud reproductiva, participación en política, autonomía económica, entre otros. Ver: Instituto Nacional de Estadística (INEI) (2020). Perú: Brechas de Género 2020. *Avances hacia la igualdad de hombres y mujeres*. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1801/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1801/libro.pdf)

resultado en una baja probabilidad de pérdidas y graves consecuencias tras la ocurrencia de un evento extremo en comparación con otros países de la región (CARDONA, 2010, p. 7). En adición a ello, a lo largo de los años, el país ha venido adoptando medidas a fin de promover la transversalización del enfoque de género en la gestión del riesgo de desastres. Por ejemplo, desde el año 2005 la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (ONEMI) y el actual Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, han venido trabajando conjuntamente en la adopción de planes orientados a incorporar las vulnerabilidades de las mujeres en la planificación y respuesta ante desastres (CITRID y Mesa de Trabajo en Gestión del Riesgo y Género, 2020, p. 34).

Pese a estos grandes esfuerzos, actualmente, la Política Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres 2020-2030 solo menciona una vez la perspectiva de género, en el marco de su principio orientador sobre equidad, sin proponer medidas concretas para efectivizar el mismo. Asimismo, solo uno de los objetivos del Plan Estratégico propone involucrar a actores gubernamentales vinculados a temas de equidad de género, en la formulación e implementación de instrumentos de planificación de gestión de riesgo de desastres.

De esta manera, si bien ambos documentos alegan que se debe aplicar el enfoque de género de manera transversal en todo su contenido, los mismos no incorporan una referencia expresa al tema en las acciones y metas que se identifican en los instrumentos de medición y reflejan una falta de coordinación intersectorial con organizaciones especializadas en género (MIRANDA et al., 2021, p. 20).

### **3. INCLUYENDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

Como hemos visto hasta ahora, muchos países de la región han adoptado algún tipo de legislación o estrategia que aborde la gestión de desastres. Pese a ello, solo algunos han encontrado formas de relacionar esta

materia con la perspectiva de género y, en particular, con la vulnerabilidad de las mujeres y su nivel de participación en la sociedad.

Con el fin de aportar en el desarrollo de mejores prácticas, que vinculen ambas aristas en las políticas, planes y programas de la región, en esta sección se expondrán algunas recomendaciones propuestas por la comunidad internacional, sobre el abordaje del género en la reducción del riesgo de desastres. Para lo anterior, revisaremos algunos casos de éxito en la región, como ejemplos sobre cómo se ha considerado la perspectiva de género en diversos aspectos de la gestión de riesgo.

### 3.1. Estrategias basadas en violencia de género

Abordar los problemas relacionados con la violencia de género va más allá de cambiar las políticas de gestión del riesgo de desastres e implica reformas en el sistema social, de seguridad y de justicia de cada país. Sin perjuicio de ello, existen ciertas medidas a corto plazo que podrían adoptarse para evitar escalar la situación de vulnerabilidad y proteger la seguridad de las posibles víctimas ante potenciales riesgos.

Así, entre otros tópicos para tener en cuenta, la violencia de género podría aumentar como consecuencia del desplazamiento. De tal manera, los refugios podrían construirse y estructurarse para garantizar la seguridad de las mujeres y reducir su exposición a la violencia, implantándose, por ejemplo, sistemas de iluminación e instalaciones sanitarias en su interior. De igual manera, se debería intentar fomentar la incorporación de mecanismos de participación en la toma de decisiones relacionada a la gestión de los campamentos y en la distribución de alimentos que permita un equilibrio adecuado entre la voz de las mujeres y la de los hombres (CARSON et al., 2013, p. 56).

Ejemplo por destacar constituye el caso de Guatemala, que introdujo estrategias como estas en la gestión de sus refugios, tras el paso de la tormenta Agatha en 2010. El país trabajó de la mano de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), agencias, fondos y programas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco

Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Mundial para la Reducción de los Desastres y la Recuperación (GFDRR) con el objetivo de adoptar acciones que permitieran cubrir las necesidades básicas de las mujeres, incluyendo su derecho a la privacidad y el suministro de productos básicos de higiene, así como la puesta en marcha de campañas destinadas a educar a la población en temas relacionados con el agua potable, la alimentación, la salud mental y la salud sexual y reproductiva (OCHA, 2010, pp. 15-16).

### 3.2. Inclusión del conocimiento indígena y ancestral

América Latina es el hogar de múltiples comunidades nativas e indígenas que representan aproximadamente el 8% de la población de la región –50 millones de personas– y pertenecen a 500 grupos étnicos diferentes (LUSTING y TOMMASI, 2020, p. 288). Con el fin de avanzar en la inclusión de estas poblaciones en la toma de decisiones, múltiples tratados adoptados a nivel mundial y regional han hecho hincapié en la situación sumamente crítica que enfrentan las comunidades indígenas en las diversas sociedades de la región, así como la importancia de sus aportes y de considerar sus necesidades, incluyendo aquellos en materia de gestión de desastres. Pese a ello, muchos de estos documentos olvidan mencionar la importancia de las mujeres y los papeles centrales que ellas ocupan en estas comunidades.

En algunos casos, por ejemplo, las mujeres son las encargadas de garantizar la seguridad alimentaria en sus comunidades y poseen un vínculo especial con el territorio, la defensa del agua y la conservación de la naturaleza (UNDRR y UN Women, 2022, p. 11). Además, ocupan el rol de depositarias y transmisoras intergeneracionales de los conocimientos tradicionales de sus pueblos, lo que les confiere una gran responsabilidad en la preservación de las prácticas y conocimientos tradicionales (MINAM, 2015, p. 39). Ello les otorga un rol fundamental en la adaptación y mitigación frente al cambio climático, así también en la reducción de riesgos de desastres.

Un ejemplo de reconocimiento de la importancia de las mujeres indígenas en la gestión de riesgo de desastres es el trabajo del grupo Centro de Mujeres Candelaria, situado en la provincia de Patacamaya, Bolivia. Dicho grupo de trabajo enfoca sus esfuerzos en reforzar las capacidades de abordar colectivamente los riesgos y vulnerabilidades medioambientales de las mujeres aimaras e incorporarlas a los procesos de toma de decisiones de la comunidad. La labor de esta organización tiene como objetivo incorporar los conocimientos ancestrales en el seguimiento y la predicción de los cambios meteorológicos y en la protección de los medios de vida, los alimentos, el agua y el ganado para reducir los efectos de la sequía, las heladas, las granizadas, las nevadas y las tormentas eléctricas (FORDHAM et al., 2011, pp. 49-51).

### 3.3. Participación de las mujeres en los sistemas de alerta temprana y los sistemas comunitarios de autogestión

Tanto los instrumentos internacionales como los regionales han subrayado la importancia de aumentar la disponibilidad y el acceso de las mujeres a los sistemas de alerta temprana de peligros múltiples. Asimismo, varias investigaciones han llegado a concluir que, si se les da la oportunidad, las mujeres son más propensas a recibir y actuar sobre los sistemas de alerta y, debido a la construcción de sus propias redes sociales, pueden ayudar en la identificación de las personas de mayor riesgo (BRADSHAW, 2004, p. 11). Su participación es, por tanto, crucial para mitigar los efectos negativos que los desastres pueden tener tanto en ellas como en sus comunidades.

Considerando ello, en Honduras, antes de que el huracán Mitch azotara el país en 1998, una buena práctica que incluía la educación basada en el género impidió que se produjera alguna muerte en el municipio de La Masica. El éxito se atribuye a un proyecto de preparación comunitaria puesto en marcha por CEPREDENAC, en el cual se establecieron redes de organizaciones locales encargadas de la gestión de riesgos, a las cuales se les capacitó con conocimientos sobre las amenazas geográficas de la localidad, considerando una evaluación de vulnerabilidades

diferenciada por género. Gracias a estas medidas, las mujeres de la zona estuvieron debidamente preparadas para evacuar e incluso ayudaron en operaciones de socorro y misiones de rescate durante el evento (BUVINIC, 1999, pp. 12-13).

Otro buen ejemplo sobre cómo involucrar un mayor número de mujeres en los mecanismos de alerta temprana fue el proyecto de cooperación “Fortalecimiento del Sistema de Alerta Temprana (SAT) Hidrometeorológica” implementado por el PNUD en Cuba entre 2015-2017. Dicho proyecto fue financiado con los fondos provistos por el Programa de preparación ante desastres del Departamento de Ayuda Humanitaria y Protección Civil de la Comisión Europea (DIPECHO), y desarrollado por el Sistema Nacional de Defensa Civil en conjunto con instituciones nacionales, gobiernos territoriales y otros actores especializados, como la Federación de Mujeres Cubanas (FMC). El proyecto se enfocó en tres estrategias dirigidas a incluir el enfoque de género en los planes de respuesta ante desastres (PNUMA, 2021, p. 27). Se concentró en un proceso formativo que involucró importantes actores en la gestión del riesgo de desastres –autoridades, medios de comunicación y otros profesionales–, centrado en la capacitación en temas de género –como necesidades diferenciadas, brechas de género, participación, entre otros–; el desarrollo de instrumentos clave en la gestión del riesgo, como metodologías, encuestas, entre otros; y la promoción de la participación de las mujeres en sus propias comunidades (FORDHAM et al., 2011, pp. 49-51).

### 3.4. Recolección de datos y transparencia

Contar con estadísticas de género, fiables y oportunas, es fundamental para comprender a profundidad las diferencias entre mujeres y hombres, como para la formulación de políticas y la toma de decisiones (UN DESA, 2015, p. xv). Una base de datos desagregada por edad y sexo que cuente indicadores específicos de género, como los ingresos, el acceso a la salud y el control de los recursos, entre otros, permitiría conocer la situación actual y el nivel de bienestar de las mujeres y las niñas, así

como las diferencias sociales en diversos contextos. Se ha encontrado que, cuando esta información es producida y publicada con regularidad y con un alto nivel de calidad, los indicadores pueden utilizarse para desarrollar y aplicar políticas y supervisar los resultados, cumpliendo los compromisos de lograr la igualdad de oportunidades para las mujeres (OPEN DATA WATCH, DATA2X y CEPAL, 2020).

Pese la importancia de contar con información desagregada, recientes informes sobre la situación de las personas ante desastres siguen mostrando que aún faltan datos sobre el impacto diferenciado de las mujeres y los hombres en todo el mundo (UN DESA, 2015, p. xvi). América Latina no es la excepción. Las herramientas actuales utilizadas para medir los impactos directos de los desastres ofrecen muy poca información sobre los factores de riesgo subyacentes y las desigualdades pre-existentes que determinan la vulnerabilidad y la resiliencia de las mujeres ante los desastres y no incluyen datos desagregados por sexo, edad y/o discapacidad (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 11). Esta falta de indicadores para medir los elementos del riesgo y la resiliencia de género dificulta la comprensión de las condiciones actuales de las mujeres en la región (ZAIDI y FORDHAM, 2021, p. 4).

Uno de los países que viene trabajando para cerrar esta brecha en la información y adoptando una visión de datos abiertos en materia de género es Colombia. Este país puso en marcha, el año 2006, el Observatorio Colombiano de las Mujeres, un espacio financiado y administrado por el gobierno y que tiene como objetivo recopilar, analizar y difundir información relacionada con la situación de las mujeres que viven en el territorio colombiano, así como apoyar la formulación y el seguimiento de políticas públicas para cerrar las brechas de equidad de género a nivel nacional, regional y local. En el sitio web<sup>3</sup> se puede encontrar información sobre distintos indicadores relativos a mujeres y hombres, como datos demográficos, casos de violencia al año, derechos reproductivos, entre otros. Muchos de estos reportes, sobre todo aquellos que contienen datos relativos a los niveles de violencia de género, han

---

<sup>3</sup> Disponible en: <https://observatoriomujeres.gov.co/>

sido incorporados a algunos proyectos legislativos que tratan de abordar estos problemas en el país.

Plataformas como el Observatorio, apoyadas y financiadas por el sector público, en colaboración con organizaciones privadas o sin fines de lucro, podrían replicarse en materia gestión de riesgos de desastres en otros países. Contar con información desagregada por sexo y edad y otros factores relevantes<sup>4</sup> permitiría conocer de antemano los impactos diferenciados según el contexto (UNDRR y UN WOMEN, 2022, p. 14), lo cual se traduciría en un mejor diseño y ejecución de medidas concretas, que se adapten a las necesidades de las mujeres en la región, y con ello, reduciendo sus niveles de vulnerabilidad.

### 3.5. Interseccionalidad y cooperación

A pesar de los esfuerzos regionales para abordar la situación de las mujeres y sus niveles de resiliencia de forma holística y cohesionada, la estrategia por la que se ha decantado principalmente al hablar de gestión de riesgos de desastre, es colocar a toda esta población en una misma categoría, homogenizando sus niveles de vulnerabilidad, sin considerar factores contextuales como edad, educación, raza o etnia, ingresos, nacionalidad, religión, orientación sexual y/o discapacidades (ZAIDI Y FORDHAM, 2021, p. 3). Incluir una perspectiva interseccional en las políticas, planes y programas, que tome en consideración todos los aspectos diferenciales de esta población, sin embargo, es sumamente necesario a fin de lograr una mejor comprensión de las múltiples identidades de las mujeres, las cuales generalmente terminan entrecruzándose y, a menudo, asociándose con su opresión y desigualdad estructurales (YADAV et al., 2021).

A fin de lograr esta interseccionalidad, creando sinergias y mecanismos de respuesta más eficaces, algunas agencias internacionales han

---

<sup>4</sup> Algunos factores relevantes a considerar en la recopilación de la información desagregada son: el número de madres cabeza de hogar, su condición de discapacidad o movilidad reducida, si cuentan o no con una enfermedad crónica, pertenecen a grupo étnico, su orientación sexual, situación migratoria, religión, entre otros.

señalado la importancia de trabajar coordinadamente con diferentes agencias públicas responsables de vivienda, agua, saneamiento, agricultura, finanzas, poblaciones vulnerables, entre otros. Dicha coordinación busca identificar y comprender de mejor manera las necesidades específicas de mujeres y hombres, especialmente en zonas y comunidades rurales, e incorporarlas en políticas y programas sensibles al género (PNUD, 2009, p. 18).

Una herramienta que ilustra muy bien dicho intento, es el Plan de Acción de Género y Cambio Climático de Perú (PAGCC-Perú), adoptado por el Ministerio del Ambiente de Perú en 2016. Este Plan fue elaborado en colaboración con la Oficina Global de Género de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y reconoció la importancia de incorporar un enfoque de género en el proceso de planificación de acciones para enfrentar los efectos del cambio climático.

El Plan se destacó por su enfoque participativo, pues fue adoptado en consulta con organizaciones de la sociedad civil y distintos representantes del sector. Las acciones propuestas para su implementación incluyeron talleres, foros públicos, así como estrategias de cooperación entre actores gubernamentales e instituciones internacionales (MINAM, 2015). Aunque el plan se enfocó específicamente en el cambio climático y no en la gestión integral del riesgo de desastres, políticas como esta podrían servir de ejemplo para evaluar el papel que desempeñan las distintas partes y actores gubernamentales involucrados y sentar las bases para trabajar en estrategias que refuercen la colaboración interinstitucional entre ellos.

## CONCLUSIONES

El género es una construcción social que define los roles, características y oportunidades que cada persona supuestamente debe tener en función de su sexo biológico. Está influido por factores culturales y adquiere su significado cuando las diferentes identidades interactúan entre sí (MIRANDA, 2021, p. 14). En la gestión del riesgo de desastres,

analizar las diferencias y brechas de género y abordar las disparidades nos brinda la oportunidad de reducir las vulnerabilidades subyacentes, afrontar mejor las amenazas y recuperarnos de sus posibles consecuencias. De igual forma, la incorporación de la perspectiva de género en las políticas de riesgo de desastres brinda la oportunidad de reexaminar las relaciones de género en la sociedad desde distintos ángulos y mejorar la igualdad de género en el desarrollo socioeconómico (UNFPA, s.f., p. 25).

Aunque, en los últimos años, muchos países del mundo, así como organizaciones internacionales, han intentado incluir las palabras género, perspectiva de género o enfoque de género en sus políticas de riesgo de desastres, en la mayoría de los casos el concepto no ha sido plenamente comprendido ni puesto en práctica en la realidad. En América Latina y el Caribe, por ejemplo, solo uno de los marcos regionales incorpora el género como eje central en sus lineamientos y propone alternativas para efectivizar su incorporación y son pocos los países que vienen adoptando una perspectiva transversal, participativa y colaborativa en la elaboración de sus herramientas de gestión de riesgo de desastres.

Para incorporar plenamente este enfoque en la región, los países deben avanzar, entre otras cosas, en la protección de los derechos humanos de las mujeres; desarrollar formas de recopilar, analizar y utilizar datos desglosados por edad y sexo; integrar el liderazgo de las mujeres en la acción comunitaria; abordar la redistribución del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado; y abogar por redes de seguridad social e inversión en la salud y el bienestar y la resiliencia de las mujeres y las niñas (ZAIDI y FORDHAM, 2021, p. 6).

Cabe señalar que este análisis se ha limitado a estudiar el panorama existente en América Latina y el Caribe, donde, debido a factores socio-culturales, las mujeres han sido históricamente marginadas y tratadas de forma diferente y, por tanto, han estado altamente expuestas a las diversas amenazas y sus particulares consecuencias en la región. Sin embargo, es importante recordar que, aun cuando las disparidades de género son un fenómeno global, los efectos e implicancias de los desastres dependerán en gran medida de las particularidades y la realidad

socioeconómica de cada país. En algunos casos, por ejemplo, muchos más hombres han muerto o se han visto afectados social y económicamente frente a ciertos tipos de desastres (ERMAN, 2021, pp. 9, 20, 23 y 25) y, en general, otras minorías, como los miembros de la comunidad LGBTQ+, generalmente no son considerados dentro de las políticas y estrategias de gestión de riesgos (GAILLARD, GORMAN-MURRAY y FORDHAM, 2017, p. 19).

Finalmente, es importante resaltar que, para lograr una formulación y aplicación de políticas sobre el riesgo de desastres más inclusiva y eficaz, es necesario adoptar un enfoque holístico en el que las mujeres y otros grupos minoritarios sean bienvenidos y en el que se escuchen los conocimientos y las voces de toda la población, incluyendo comunidades indígenas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASIAN DEVELOPMENT BANK (2014): *Gender-Inclusive Disaster Risk Management*. Disponible en: <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/34130/files/gender-inclusive-disaster-risk-management-0.pdf>
- BANCO MUNDIAL (2019): *Informe hacia una Centroamérica más resiliente. Pilares para la acción*. Disponible en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/951981571084150552-0240022019/render/InformeHaciaunaCentroAmericamasResilientePilaresparaAccion.pdf>
- BANCO MUNDIAL Y THE GLOBAL FACILITY FOR DISASTER REDUCTION AND RECOVERY (GFDRR) (2021): *Gender-Responsive Disaster Preparedness and Recovery in the Caribbean: Desk Review*. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/d1b9e8bd-c093-58a7-ace4-7ea5ada697bf/content>
- BORDIA, Maitreyi y HATZFELDT, Gaia (2017): *The Rising Tide. A New Look at Water and Gender*. World Bank Group. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/901081503580065581/pdf/119074-REVISED-PUBLIC-W17068.pdf>
- BRADSHAW, Sarah (2004): *Socio-economic impacts of natural disasters: a gender analysis*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5596/1/S045330\\_en.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5596/1/S045330_en.pdf)
- BRADSHAW, Sarah y FORDHAM, Maureen (2013): *Women, girls and disasters - A Review for DFID*. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/844489/withdrawn-women-girls-disasters.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/844489/withdrawn-women-girls-disasters.pdf)

- BUVINIC, Mayra (1999): “Hurricane Mitch: Women’s Needs and Contributions”. Inter-American Development Bank. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/viewer/Hurricane-Mitch-Women-Needs-and-Contributions.pdf>
- CARDONA, Omar (2010): *Indicators of Disaster Risk and Risk Management. Program for Latin America and the Caribbean. Summary Report*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/viewer/Indicators-of-Disaster-Risk-and-Risk-Management-Program-for-Latin-America-and-the-Caribbean-Summary-Report.pdf>
- CARSON, Marcus, JOHANNESSEN, Åse, BEYENE, Atakilte, RUBEN, Cecilia, REMLING, Elise y PETER, Sophie (2013): *Institutionalizing Gender Equality in Disaster Risk Reduction*. Report commissioned by the Swedish Civil Contingencies Agency (MSB). Disponible en: <https://www.msb.se/siteassets/dokument/publikationer/english-publications/institutionalising-gender-equality-in-disaster-risk-reduction-drr-challenges-and-impacts-on-women-and-men-girls-and-boys-in-the-context-of-a-changing-climate.pdf>
- CENTER FOR DISASTER PHILANTHROPY (2022): *Women and Girls in Disasters* [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://disasterphilanthropy.org/issue-insight/women-and-girls-in-disasters/>
- CITRID Y MESA DE TRABAJO EN GESTIÓN DEL RIESGO Y GÉNERO (2020): *Género y Reducción de Riesgo de Desastres. Acercamiento a Nivel Local*. (Santiago: Universidad de Chile). Disponible en: [https://www.preventionweb.net/files/75232\\_generoyreduccionderiesgodedesastres.pdf](https://www.preventionweb.net/files/75232_generoyreduccionderiesgodedesastres.pdf)
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2022): “Panorama Social de América Latina y el Caribe La transformación de la educación como base para el desarrollo sostenible”, en CEPAL. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/c2300031\\_web.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/c2300031_web.pdf)
- (2023): “Participación de las mujeres en la toma de decisiones en América Latina y el Caribe”, en CEPAL. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/original\\_oig\\_8m\\_2023\\_final\\_enfrentadas\\_0.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/original_oig_8m_2023_final_enfrentadas_0.pdf)
- CUBA, Lucero y ÁLVAREZ, Brenda (2020): “Estudio brechas de género en el desastre del niño costero 2017 en el Perú y en la Respuesta del Estado”, en *Asociación Civil Transparencia*. Disponible en: <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/07/Informe-sobre-brechas-de-g%C3%A9nero-en-el-desastre-del-Ni%C3%B1o-Costero-en-el-Per%C3%BA-y-la-respuesta-del-Estado.pdf>
- DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS (UN DESA) (2015): “Moving Forward on Gender Statistics”, en *The World’s Women 2015. Trends and Statistics* (pp. xv-xvi).
- ERMAN, Alvina, DE VRIES ROBBÉ, Sophie, THIES, Stephan, KABIR, Kayenat y MARUO, Mi-

- rai (2021): *Gender Dimensions of Disaster Risk and Resilience: Existing evidence*. World Bank Group & the Global Facility for Disaster Reduction and Recovery (GFDRR). Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35202/Gender-Dimensions-of-Disaster-Risk-and-Resilience-Existing-Evidence.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS (UNISDR) (2009): *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*. Disponible en: [https://www.unisdr.org/files/7817\\_UNISDRTerminologySpanish.pdf](https://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf)
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIALUNA ROJA (IFRC) (2015): *Unseen, unheard: Gender-based violence in disasters. Global study*. Disponible en: <https://www.ifrc.org/sites/default/files/2021-08/1297700-Gender-based%20Violence%20in%20Disasters-EN.pdf>
- FERRIS, Elizabeth, PETZ, Daniel y STARK, Chareen (2013): *The year of recurring disasters. A review of natural disasters in 2012*. (The Brookings Institution – London School of Economics Project on Internal Displacement). Disponible en: [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings\\_Review\\_Natural\\_Disasters\\_2012-2.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings_Review_Natural_Disasters_2012-2.pdf)
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) (2021): *Gender equality*. [en línea] [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2023]. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/en/gender-equality>
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA). (s.f.): “Natural disasters: gender-based violence escenarios. Gender-based violence and natural disasters in Latin America and the Caribbean”. Disponible en: <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA%20version%20ingles%201.pdf>
- FORDHAM, Maureen, GUPTA, Suranjana, AKERKAR, Supriya y SCHARF, Manuela (2011): *Leading resilient development. Grassroots women’s priorities, practices and innovations*. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP) & Groots International).
- GAILLARD, J. C., GORMAN-MURRAY, Andrew y FORDHAM, Maureen (2017): “Sexual and gender minorities in disaster”, en *Gender, Place & Culture*, vol. 24, N° 1, pp. 18-26. <https://doi.org/10.1080/0966369X.2016.1263438>
- GERBAIS, Juliette (2020): *Women Representation in Disaster Risk Reduction. A Critical Discourse Analysis of the UNDRR Frameworks* [en línea]. Tesis de Bachillerato para el grado en migración internacional y relaciones étnicas (Malmö: Universidad de Malmö). Disponible en: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1472796/FULLTEXT02.pdf>
- GLOBAL FACILITY FOR DISASTER REDUCTION AND RECOVERY (GFDRR) (2010): *Disaster Risk Management in Latin America and the Caribbean Region: GFDRR Country Notes*. Disponible en: <https://www.gfdrr.org/sites/default/files/publication/drm-country-note-2010-all-notes.pdf>

- HUAIROU COMMISSION (2009): *Women's Views from the Frontline* [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.preventionweb.net/files/10154\\_10154WomensViewsFromtheFrontline.pdf](https://www.preventionweb.net/files/10154_10154WomensViewsFromtheFrontline.pdf)
- LAVELL, Allan (1999): "Un Encuentro Con La Verdad: Los Desastres En América Latina Durante 1998", en *Anuario Político y Social de América Latina* N°.2.
- LUSTING, Nora y TOMMASI, Mariano (2020): "El COVID-19 y la protección social de los grupos pobres y vulnerables en América Latina: un marco conceptual", en *Revista CEPAL* N°.132, pp. 283-295. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46836/1/RVE132\\_Lustig.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46836/1/RVE132_Lustig.pdf)
- MINISTERIO DEL AMBIENTE (MINAM) (2015): *Plan de Acción en Género y Cambio Climático*. Disponible en: <https://www.minam.gob.pe/cambioclimatico/wp-content/uploads/sites/11/2015/12/PLAN-G%C3%A9nero-y-CC-16-de-JunioMINAM+-MIMP.pdf>
- MIRANDA, Daniela, CAMPOS, Katherine, JUZAM, Leila, TIRONI, Manuel, VALDIVIESO, Sofía, CARRARO, Valentina y PALMA, Karla (2021): *Gestión del Riesgo de Desastres desde una Perspectiva de Género Interseccional*, en CIGIDEN. Disponible en: [https://www.cigiden.cl/wp-content/uploads/2021/05/PP\\_Genero\\_v03\\_ISBN-Digital.pdf](https://www.cigiden.cl/wp-content/uploads/2021/05/PP_Genero_v03_ISBN-Digital.pdf)
- MONTENEGRO, Santiago (2015): "La información estadística en la preparación, respuesta y rehabilitación de la gestión del riesgo de desastres" en CARRASCO, Sergio (ed.), *Gestión de riesgo de desastres: la importancia de la información estadística*. Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) e Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI). Disponible en: <https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA-INEI-INDECI-Gestion-de-Riesgo-de-Desastres.pdf>
- NEUMAYER, Eric y PLÜMPER, Thomas (2007): "The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981–2002", en *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 97, N°. 3, pp. 551-566.
- OFICINA DE NACIONES UNIDAS PARA LA COORDINACIÓN DE ASUNTOS HUMANITARIO (OCHA) (2010): *Guatemala. Flash Appeal*. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/guatemala/guatemala-flash-appeal-11-june-2010>
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES (UNDRR) (2021): *Informe de evaluación regional sobre el riesgo de desastres en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <https://www.undrr.org/media/76541/download?start-Download=true>
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES (UNDRR) Y ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y LA AUTONOMÍA DE LA MUJER (UN WOMEN) (2022): *Hacia la igualdad de género y el liderazgo de las mujeres para la resiliencia ante el riesgo de desastres en América Latina y el Caribe*. Disponible en:

<https://www.undrr.org/publication/towards-gender-equality-and-womens-leadership-resilience-disaster-risks-latin-america>

OPEN DATA WATCH, DATA2X y COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2020): “Bridging the Gap: Mapping Gender Data Availability in Latin America and the Caribbean”. Disponible en: <https://data2x.org/resource-center/bridging-the-gap-mapping-gender-data-availability-in-latin-america-and-the-caribbean/>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (2016): *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de expertos de composición abierta sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres* [en línea]. [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/852089?ln=es>

——— (2021): *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2023]. Disponible en: [https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019\\_Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_Spanish.pdf)

OXFAM INTERNATIONAL (2019): *How Rural Women Are Adapting to Climate Change in Latin America and the Caribbean*. Disponible en: <https://www.oxfam.org/en/how-rural-women-are-adapting-climate-change-latin-america-and-caribbean>

PALONKA, Anna y EVIDENTE, Bella (2022): “Disaster protection for all: A Gender-Responsive and Disability-Inclusive Approach to Disaster Risk Reduction”. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el proyecto “Mujeres y Hombres Innovando y Trabajando en Red por la Igualdad de Género (WIN)”. Disponible en: <https://www.osce.org/files/f/documents/b/8/518598.pdf>

PIRES RAMOS, Erika y MCFARLAND DIAS, Keila (2021): *Gender, migration, climate change and disasters in Latin America and the Caribbean* [Expert paper]. UN Women Expert Group Meeting: Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes. Disponible en: [https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/66/EGM/Expert%20Papers/Erika%20RAMOS\\_CSW66%20Expert%20Paper.pdf](https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/66/EGM/Expert%20Papers/Erika%20RAMOS_CSW66%20Expert%20Paper.pdf)

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2009): *Aumentando la visibilidad de género en la gestión del riesgo de desastres y el cambio climático en el Caribe*. Disponible en: <https://www.undp.org/es/latin-america/publications/aumentando-la-visibilidad-de-g%C3%A9nero-en-la-gesti%C3%B3n-del-riesgo-de-desastres-y-el-cambio-clim%C3%A1tico-en-el-caribe>

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) (2021): *Género y medio ambiente: un análisis preliminar de brechas y oportunidades en América Latina y el Caribe*. Disponible en: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34929/GEN\\_ES.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34929/GEN_ES.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

SEGNESTAM, Lisa (2017): “Gendered Experiences of Adaptation to Drought: Patterns

- of Change in El Sauce, Nicaragua”, en *Latin American Research Review*, vol. 52, N°.5, pp. 807-823.
- SINGH, Gurvinder, WELLS, Melinda y FAIRHOLM, Judi (2010): “Predictable, Preventable: Best Practices for Addressing Interpersonal and Self-Directed Violence during and after Disasters”. Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Medialuna Roja (FICR) y Cruz Roja Canadiense. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/world/predictable-preventable-best-practices-addressing-interpersonal-and-self-directed>
- VEGA OCASIO, D., PÉREZ RAMOS, J.G. y DYE, T.D.V. (2020): “Conducting an immersive community based assessment of post-hurricane experience among Puerto Ricans: lived experience of medical ecology in an environmental disaster and migration”, en *BMC Public Health*, vol. 20, p. 1628. Disponible en: <https://doi.org/10.1186/s12889-020-09735-w>
- WEITZMAN, Abigail y BEHRMAN, Julia Andrea (2016): “Disaster, Disruption to Family Life, and Intimate Partner Violence: The Case of the 2010”, en *Sociological Science*, vol. 3, N°.9, pp. 167-189.
- WEISS, Patricia (2008): *Natural disasters in Latin America and the Caribbean: national, regional and international interactions. A regional case study on the role of the affected state in humanitarian action.* (Georgetown University). Disponible en: <https://reliefweb.int/report/bolivia/natural-disasters-latin-america-and-caribbean-national-regional-and-international>
- YADAV, Pumam, SAVILLE, Naomi, ARJYAL, Abriti, BARAL, Sushil, KOSTKOVA, Patty y FORDHAM, Maureen (2021): “A feminist vision for transformative change to disaster risk reduction policies and practices”, en *International Journal of Disaster Risk Reduction*, vol. 54, p. 102026.
- ZAIDI, R. Zehra y FORDHAM, Maureen (2021): “The missing half of the Sendai framework: Gender and women in the implementation of global disaster risk reduction policy”, en *Progress in Disaster Science*, vol. 10, p. 100170.

# LAS ETAPAS DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE CHILE (2001-2023)

Stages of jurisprudential recognition of the human right to water in the Chilean High Courts of Justice (2001-2023)

**Felipe Contardo Cortés<sup>1</sup>**

Egresado de Derecho de la Universidad de Chile  
felipe.contardo@derecho.uchile.cl

*RESUMEN:* Hasta 2022 el ordenamiento jurídico interno de Chile no reconocía expresamente el derecho humano al agua. Sin embargo, aquello no fue obstáculo para que de manera previa los Tribunales Superiores de Justicia hicieran igualmente referencia, reconocimiento, y protección de este derecho. Este trabajo, en primer lugar, expone antecedentes de 36 sentencias vinculadas al reconocimiento del derecho humano al agua por los tribunales superiores. Este desarrollo jurisprudencial se clasifica en tres etapas y se categorizan los casos de manera temática. En segundo lugar, se comentan los hallazgos respecto del i) Etapas del Reconocimiento Jurisprudencial; ii) Ley N°. 21.435: Reforma del Código de Aguas (2022); iii) Contenidos mínimo del Derecho Humano al Agua; y iv) Deber del Estado.

*PALABRAS CLAVE:* derecho humano al agua, derecho internacional de los derechos humanos, recopilación jurisprudencial.

*ABSTRACT:* Until 2022, the domestic legal framework in Chile did not explicitly recognize the Human Right to Water. However, this did not prevent the Superior Courts of Justice from making references, recognition, and protection of this right in previous cases. This paper firstly presents

---

<sup>1</sup> El primer borrador de esta publicación fue redactado en el marco del seminario “Aspectos Jurisprudenciales Destacados en Materia Ambiental 2021: El Análisis de l@s #AyudantesCDA”, una actividad de extensión del Centro de Derecho Ambiental en la que expusimos a todo público la labor realizada por el equipo de ayudantes, disponible en <http://uchile.cl/d181330>. Agradezco al Centro de Derecho Ambiental por autorizar esta actualización y publicación, como también por toda instancia de aprendizaje que me otorgaron.

*background information on 36 cases related to the recognition of the human right to water by the high courts. This jurisprudential development is categorized into three stages, and the cases are thematically classified. Secondly, the findings regarding i) Stages of Jurisprudential Recognition; ii) Law No. 21.435: Reform of the Water Code (2022); iii) Minimum Contents of the Human Right to Water; and iv) State Duty are discussed.*

*KEYWORDS: human right to water, international human rights law, jurisprudential compilation.*

*El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.  
(COMITÉ DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2002, párrafo 2)*

## INTRODUCCIÓN

Hasta el 06 de abril de 2022 el ordenamiento jurídico interno de Chile no reconocía expresamente el derecho humano al agua. Aquel día se publicó la Ley N.º 21.435 que reformó una vez más el Código de Aguas que impuso la dictadura en 1981<sup>2</sup>. Entre las 110 modificaciones que le introdujo se encuentra la sustitución de su artículo 5 que en indica en el actual inciso cuarto: “El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”. Además del reconocimiento expreso del derecho humano al agua y al saneamiento, se incorporaron distintas herramientas para avanzar en su concreción material.

El tardío reconocimiento expreso del derecho humano al agua en nuestra legislación<sup>3</sup> no fue impedimento para que los Tribunales Superiores de Justicia, es decir, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema,

<sup>2</sup> Aquella se tramitó bajo el Boletín N.º 7543-12 y tomó un total de casi 11 años convertirse en ley.

<sup>3</sup> Para profundizar en el análisis del reconocimiento de este derecho en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, ver García Vásquez (2020).

vengan desde hace años realizando referencias y otorgando protección, de manera indirecta y directa, a este derecho fundamental. El presente trabajo expone y comenta la jurisprudencia vinculada al derecho humano al agua emitida entre los años 2001 y 2023 por los Tribunales Superiores de Justicia, resolviendo principalmente acciones de protección o sus respectivos recursos de apelaciones<sup>4</sup>.

Además de esta presentación, este documento se divide en tres secciones. En primer lugar, se presentan los hechos claves de los 36 casos identificados que forman parte de este desarrollo jurisprudencial. Esta exposición se ha caracterizado y dividido en tres etapas que permiten comprender de mejor manera esta evolución, sin perjuicio que existan casos excepcionales que se alejen de la definición general que se otorga a la etapa respectiva.

En segundo lugar, se comenta de manera conjunta la totalidad de los casos según los siguientes ejes: i) etapas del reconocimiento jurisprudencial; ii) Ley N.º 21.435 de Reforma al Código de Aguas (2022); iii) contenido del derecho humano al agua y; iv) deber del Estado.

En tercer y último lugar, se concluye compartiendo algunas reflexiones sobre los avances y desafíos del reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua en Chile.

## 1. ANTECEDENTES DE LOS CASOS<sup>5</sup>

Como se indicó, a continuación, se exponen los antecedentes más relevantes de los 36 casos identificados en esta investigación, divididos de manera temática<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Los 36 casos que se exponen en este documento fueron identificados a través de un trabajo de investigación compuesto por la lectura de variada doctrina especializada en la materia y la búsqueda en distintas bases de datos jurisprudenciales y académicas (Vlex, Google Scholar, SciElo, entre otras).

<sup>5</sup> El Anexo 1 de este trabajo recopila en términos temporales todos los casos incorporados en esta investigación.

<sup>6</sup> Es importante señalar que más de una categoría temática podrían aplicar simultáneamente en un mismo caso, dependiendo de la complejidad de sus antecedentes. Sin

En primer lugar, se exponen aquellos con referencias *obiter dicta* del derecho humano al agua, es decir, comentarios de los tribunales sin mucha relación a la materia principal en conocimiento. En segundo lugar, en los que el derecho humano al agua se invoca ante distintos cortes de suministro de servicio. En tercer lugar, causas referidas a la calidad del suministro. En cuarto lugar, causas en que recurrieron personas integrantes de grupos especialmente vulnerables. Y, finalmente, aquellos en los que se recurrió o instruyó una autoridad u organismo del Estado.

Vale señalar que la totalidad de los casos se trata de acciones de protección, salvo “Figueroa Guzmán con Dirección General de Aguas” (1997-2001), referido a un recurso de reclamación, y “Jorges Reyes Zapata” (2015-2017), en el cual se resolvió un recurso de apelación y un recurso de casación en la forma.

### 1.1. *Obiter dicta*

“Figueroa Guzmán con Dirección General de Aguas” (1997-2001) es el caso de mayor data identificado en este trabajo. Aquí, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, en el año 2001, un recurso de reclamación que buscaba impugnar el Oficio N.º 312 del 15 de mayo de 1997 de la Dirección General de Aguas que declaró improcedente el registro de la Comunidad de Aguas Los Hornos de Colina.

Lo importante de esta sentencia, es que al momento de explicar el origen del denominado “derecho a cavar pozo” establecido en el inciso primero del artículo 56 del Código de Aguas, hace una importante referencia indirecta del derecho humano –en este caso la Corte refiere a la “irrenunciabilidad del brebaje humano”– fundamentado en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y cataloga al agua como “líquido vital”<sup>7</sup>.

---

perjuicio de ello, esta clasificación de los casos se realizó según un criterio de relevancia de estos temas en los argumentos expuestos y la resolución jurisdiccional asociada.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 6.955-1997, 5 de septiembre de 2001, considerando décimo quinto.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en “Jorge Reyes Zapata” (2015-2017), conociendo un recurso de apelación sobre la negativa de constitución de una Junta de Vigilancia para la Tercera Sección del Río Maipo, indica que es necesario tener presente –aun cuando no tiene directa relevancia para el objeto del caso– que el acceso al agua “es un derecho fundamental del ser humano” protegido a través del artículo 19 N.º 1, como lo ha consignado la misma Corte en “Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.” (Rol N.º 101-2011)<sup>8</sup>.

## 1.2. Cortes de suministro

Los casos sobre cortes de suministro fueron subdivididos para su exposición según quien lo ejerció. Se identificaron cuatro grupos de actores contra los que se recurre: empresas sanitarias, servicios sanitarios rurales, administrador de una propiedad horizontal (copropiedad) y otros privados.

### 1.2.1. Por empresa sanitaria

En “Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.” (2011), “Neira Sandoval con Aguas Pirque S.A.” (2019) y “Sociedad Marco Antonio Ávila Merino SpA con Inmobiliaria e Inversiones BHP Limitada” (2022-2023) la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió tres causas referidas a un idéntico hecho recurrido, el corte de suministro de agua potable ejercido por alguna empresa privada, a causa de deudas impagas asociadas a la prestación.

En el primero, si bien la Corte mencionó el reconocimiento legal de la facultad que tienen las sanitarias para suspender el servicio<sup>9</sup>, estimó

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 2.052-2015, 14 de abril de 2016, considerando cuarto.

<sup>9</sup> Actualmente las empresas prestadoras de los servicios sanitarios todavía cuentan con el reconocimiento de la facultad para suspender servicios bajo determinadas circunstancias. Así, el artículo 36 de la Ley General de Servicios Sanitarios establecida en el DFL N.º.382 de 1989, indica que el prestador tiene derecho a “(...) d) suspender, previo aviso de 15 días, los servicios a usuarios que adeuden una o más cuentas y cobrar el costo de la suspensión y de la reposición correspondiente;”.

igualmente los hechos como un mecanismo de autotutela y estableció que “(...) no pudo la recurrida (...) suspender el suministro de agua potable so pretexto de existir deudas pendientes por concepto de ese servicio, por cuanto ello pugna con nuestro ordenamiento jurídico, que comprende los instrumentos internacionales (...)”<sup>10</sup>. Finalmente, la acción de protección se rechazó en virtud de que la empresa al momento de dictar el fallo ya había restituido el servicio.

En el segundo caso, el único elemento que varía es que Aguas Pirque S.A. prestaba sus servicios en una zona rural. Ante esta situación, la Corte refiriéndose al agua potable indicó que “(...) el suministro de tal elemento, sea otorgado por una empresa privada o por un servicio público, es una exigencia de carácter vital, indispensable y necesaria, en términos tales que en el ámbito internacional se le considera como ‘un derecho humano’, esto es, un derecho esencial del individuo.”<sup>11</sup>. Asimismo, citando a Mathius ESCORIHUELA (2006, p. 225), agregó

“[e]l agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible, se trata de un derecho humano personalísimo, *urbi et orbi, erga omnes*, que debe ser acatado por cualquiera sociedad y todo Estado. Resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano”<sup>12</sup>.

De esta forma concluye que “(...) en caso de colisión de derechos, se debe entender que por sobre un contrato privado, siempre debe prevalecer un derecho de carácter humano (...)”<sup>13</sup>. Finalmente, acogió la acción y ordenó a la recurrida restaurar el servicio de suministro de

---

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 101-2011, 14 de septiembre de 2011, considerando noveno y décimo.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 1.200-2019, 18 de enero de 2019, considerando cuarto.

<sup>12</sup> Ídem, considerando quinto.

<sup>13</sup> Ídem, considerando noveno.

agua potable<sup>14</sup>. Vale señalar que la empresa recurrida, si bien presentó un recurso de apelación contra lo fallado, luego desistió de este<sup>15</sup>.

No obstante la previa protección de los usuarios ante los cortes de suministro, en el último caso en comento, la Corte de Apelaciones de San Miguel revierte su criterio rechazando la acción. Sostuvo esta decisión argumentando que la recurrida obró conforme lo autorizado por el contrato entre las partes y que no logró identificar derechos afectados de carácter indubitados, especialmente porque las rentas y gastos asociados al inmueble arrendado por la recurrente ya se estaban tratando en un procedimiento de *lato conocimiento*<sup>16</sup>. Con todo, la Corte Suprema revocó lo apelado y acogió la acción de protección argumentando principalmente que la facultad contractual solamente facultaba a la recurrida a solicitar a las respectivas empresas el corte de suministro, pero no hacerlo directamente<sup>17</sup>. Asimismo, refiriendo acotadamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, declara que el “derecho de toda persona, el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y no discriminación, (...) no ha sido respetado por la recurrida”<sup>18</sup>.

### *1.2.2. Por servicios sanitarios rurales*

A continuación, se exponen cuatro acciones de protección ejercidas contra la amenaza o corte de suministro de agua potable realizado por algún comité de agua potable rural o cooperativa por deudas impagas asociadas a la prestación o alguna multa.

Vale señalar que la discusión principalmente ha radicado en la legalidad de este tipo atribuciones en el reglamento interno de los comités y cooperativas. Así, en “Flores Uribe con Comité de Agua Potable Rural

---

<sup>14</sup> Ídem, considerando décimo.

<sup>15</sup> Corte Suprema, Rol N.º 7.857-2019, 30 de marzo de 2019.

<sup>16</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 105-2022, 11 de marzo de 2022, considerando cuarto y quinto. El procedimiento referido está en el 2.º Juzgado de Letras de San Bernardo, causa RIT C-4.302-2020.

<sup>17</sup> Corte Suprema, Rol N.º 9.220-2022, 27 de marzo de 2023, considerando sexto.

<sup>18</sup> Ídem, considerando séptimo.

Costa Tenglo Alto” (2010), la Corte de Apelaciones de Puerto Montt descartó la ilegalidad y arbitrariedad por haberse realizado el corte de suministro de acuerdo a lo establecido en su reglamento, sin perjuicio que su ejercicio incluyó el ingreso de personal del Comité a la propiedad del recurrente sin su consentimiento<sup>19</sup>. La Corte Suprema confirmó lo resuelto.

En “Rojas Garrido con Cooperativa Agua Coop” (2015-2016), el hecho recurrido –y a diferencia del resto de los casos de esta sección– es el aviso de corte de suministro de agua potable<sup>20</sup>. La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó la acción, porque la multa no había sido discutida ante el respectivo Juzgado de Policía Local y el Estatuto de la Cooperativa permitía<sup>21</sup>. Pero luego, la Corte Suprema revocó el fallo analizando la habilitación legal invocada por el Comité, “no resultando legítimo que por la vía de un reglamento interno se otorguen facultades que pongan en riesgo la salud de las personas”<sup>22</sup> sin hacer referencia al derecho humano al agua.

Luego, en “Jaramillo Peña con Fuenzalida Schmelzer” (2018-2019) y “Gallardo Aros con Comité de Agua Potable Rural Niebla - Los Molinos” (2021-2022) se recurrió contra el mismo Comité. En el primero, la Corte de Apelaciones de Valdivia, siguió la misma lógica que las otras Cortes de Apelaciones y rechazó la acción declarando que el corte de suministro no fue ilegal porque se ajustó al Estatuto respectivo de la organización<sup>23</sup>. La Corte Suprema ratificó lo resuelto, sin perjuicio del voto en contra del ministro MUÑOZ que argumentó que “(...) sólo la ley es competente para regular el ejercicio de derechos fundamentales, entre ellos, el que dice

---

<sup>19</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N.º 299-2010, considerando cuarto y quinto.

<sup>20</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N.º 1.962-2015, 16 de noviembre de 2015.

<sup>21</sup> Ídem, considerando cuarto.

<sup>22</sup> Corte Suprema, Rol N.º 36.516-2015, 10 de marzo de 2016, considerando séptimo.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N.º 2.118-2018, 07 de enero de 2019, considerando cuarto.

relación con la suspensión y desconexión del suministro de agua potable en un sector rural (...)”<sup>24</sup>.

En el segundo caso, se recurrió por el hecho de no dar respuestas a los requerimientos para regularizar la morosidad y negarle el acceso al agua luego del corte de suministro. Nuevamente la Corte de Apelaciones de Valdivia no consideró arbitraria ni ilegal el actuar de la recurrida, pero se fundó en que la negativa del comité para reincorporar el suministro se encontraba en el hecho de no tener factibilidad técnica para nuevos arranques por falta de oferta<sup>25</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema resuelve que la calidad de socia del Comité de la recurrente simplemente está suspendida en los términos del Reglamento, el cual también indica que puede remediarse con el pago<sup>26</sup>. Además, considerando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la condición de persona de tercera edad<sup>27</sup>, reconoce el derecho humano al agua especialmente para este grupo protegido, revocando la sentencia apelada, acogiendo la acción de protección y ordenando al Comité “(...) dar curso a la solicitud de revisión de la situación morosa de la actora, celebrando un convenio de pago y restituyendo el servicio de agua potable, a fin de asegurar a la señora Gallardo un abastecimiento de agua exclusivamente para uso y consumo humano”<sup>28</sup>.

Finalmente, “Junta de Vecinos El Sauce con Comité de Agua Potable Rural Coihue” (2021) es un caso especial por sus hechos y lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción. Vale señalar que, si bien esta acción no se origina debido a un corte de suministro, sí involucró a un comité de agua potable rural, en particular, por su negativa de conectar a su red de distribución a una obra ejecutada y financiada con fondos

---

<sup>24</sup> Corte Suprema, Rol N.º 1.853-2019, 21 de marzo de 2019, considerando quinto.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N.º 2.195-2021, 24 de septiembre de 2021, considerando cuarto.

<sup>26</sup> Corte Suprema, Rol N.º 78.670-2021, 21 de enero de 2022, considerando cuarto.

<sup>27</sup> Corte Suprema, Rol N.º 78.670-2021, 21 de enero de 2022, considerando quinto.

<sup>28</sup> Ídem, considerando sexto y séptimo.

públicos para dotar de suministro a la localidad de El Sauce<sup>29</sup>. La Corte calificó de arbitraria esta “actitud indiferente y negligente del Comité”, considerándola vulneratoria del derecho a la vida y el derecho humano al agua<sup>30</sup>. Por ende, acogió la acción y le ordenó a la recurrida

“(…) dar curso a la conexión de [agua potable rural] para la Junta Vecinal recurrente, apenas la Dirección General de Aguas, apruebe la solicitud de aumentar los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de 7,5 litros por segundo a 17,5 litros por segundo, petición que actualmente se encuentra en tramitación”<sup>31</sup>.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto<sup>32</sup>.

### *1.2.3. Por administraciones de propiedades horizontales*

En “Silva Torriani con Condominio Asociación de Propietarios La Aurora de Curacaví” (2015), “Montes Arancibia con Parcelación Piedra Molino” (2015-2016) y “Dougnac Cordero con Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata” (2015), las administraciones de las respectivas propiedades horizontales ejercieron los cortes del suministro.

Los primeros dos casos tratan sobre cortes por el no pago de gastos comunes, fueron conocidos y acogidos por la Corte de Apelaciones de San Miguel reconociendo el derecho humano al agua a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su vinculación con el derecho a la vida<sup>33</sup>. La única diferencia importante entre estos es que el “Montes Arancibia con Parcelación Piedra Molino” incorpora una argumentación sobre la facultad de la administración de suspender el suministro de

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 8.466-2021, 15 de noviembre de 2021, considerando séptimo.

<sup>30</sup> Ídem, considerando octavo.

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> Corte Suprema, Rol N.º 91.878-2021, 09 de diciembre de 2021.

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 467-2015, 10 de agosto de 2015, considerando décimo. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 1.106-2015, 11 de noviembre de 2015, considerando quinto a noveno.

agua que le reconoce a el reglamento de copropiedad que pugna con los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, y en especial el derecho a la vida y sus condiciones necesarias para que se desarrolle adecuadamente, entre ellas “el derecho al agua”<sup>34</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema, pese a confirmar lo resuelto, elimina los fundamentos cuarto a duodécimo, es decir, todo lo referido al vínculo entre el derecho a la vida y el derecho al agua, y sus afectaciones, y reemplaza los motivos para acoger el fallo por argumentos de jerarquía normativa e ilegalidad de la facultad para suspender el suministro de agua que el reglamento de copropiedad pretendía reconocer<sup>35</sup>.

Respecto del tercer y último caso, la Corte de Apelaciones de San Miguel, ante un corte de suministro por no respetar el límite de consumo establecido por las asambleas de copropietarios, rechazó la acción porque consideró debidamente facultado al Comité para realizar el corte de suministro de agua que se realizaba a partir de pozos que abastecen a la comunidad, es decir, desde bienes comunes<sup>36</sup>. La Corte Suprema confirmó sin ninguna modificación<sup>37</sup>.

#### 1.2.4. Por otros privados

Por otro lado, respecto de los casos por cortes de suministros efectuados por otros privados, vale señalar que en cuatro de ellos recurren usuarios domiciliarios y en tres ocasiones comités de agua potable rural.

En el primer grupo encontramos a “Orellana Aranda con Aranda Orellana” (2012), “Larraín Amaya con Valenzuela Diaz” (2014) y “Cea Silva con Cea Silva” (2019-2023), los cuales tratan sobre una persona

---

<sup>34</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 1.106-2015, 11 de noviembre de 2015, considerando tercero.

<sup>35</sup> La Corte Suprema indica que la Ley N.º 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria establece en su artículo 5 inciso 3º que el reglamento que se establezca podrá autorizar únicamente la suspensión del servicio eléctrico bajo ciertas condiciones, mas no el suministro de agua. Rol N.º 37.964-2015, 05 de mayo de 2016, considerando cuarto y quinto.

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 53-2015, 25 de marzo de 2015, considerando décimo segundo a décimo quinto.

<sup>37</sup> Corte Suprema, Rol N.º 4.927-2015, 23 de abril de 2015.

que le corta la cañería a otra que vive en el mismo bien inmueble, pero en otra casa.

Los dos primeros casos mencionados son resueltos de manera idéntica por la Corte de Apelaciones de San Miguel. Se acogen las acciones de protección refiriéndose a la sentencia previa de “Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.” y a su argumentación de reconocimiento del derecho humano al agua, basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vinculado a la protección del derecho a la vida<sup>38</sup>. Finalmente, en ambos se ordena cesar el acto arbitrario e ilegal y restituir de inmediato el suministro de agua potable al domicilio del recurrente<sup>39</sup>.

Sin embargo, en el tercer y más reciente caso, la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó la acción por no haberse aportado prueba que acredita la ocurrencia de los hechos<sup>40</sup>. No obstante, la Corte Suprema revocó la sentencia y acogió la acción, ordenando –de manera novedosa– a Aguas Andinas S.A. “iniciar el procedimiento que corresponda para otorgar al actor suministro de agua potable y número de cliente propio en su vivienda (...)”<sup>41</sup>. Sin perjuicio de ello, es necesario señalar el voto en contra del ministro MATUS, que estuvo por confirmar la sentencia apelada debido a la falta de un derecho indubitado de obtener un arranque de agua independiente dentro de una propiedad que ya cuenta con uno y no se encuentra subdividida.

También encontramos en este grupo el caso “Chávez Vega y otros con Chávez Torres” (2016), el cual tiene como particularidad que la vulneración se dio a partir que la recurrida intentó impedir la reparación de tuberías que suministran agua potable a los recurrentes y atravesaban por

---

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 113-2012, 08 de junio de 2012, considerando octavo. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 252-2014, 11 de noviembre de 2014, considerando séptimo.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 113-2012, 08 de junio de 2012, considerando noveno. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º. 252-2014, 11 de noviembre de 2014, considerando noveno.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 15.272-2019, 27 de diciembre de 2019, considerando quinto.

<sup>41</sup> Corte Suprema, Rol N.º 1.046-2022, 10 de enero de 2023, considerando quinto.

una servidumbre de tránsito legalmente constituida entre los predios de ambas partes. La Corte de Apelaciones de Temuco realizó la misma argumentación ya mencionada sobre el reconocimiento del del derecho humano al agua, basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vinculado a la protección del derecho a la vida<sup>42</sup>, y acogió parcialmente la acción ordenando –entre otros– que la recurrida

“(...) se deberá abstener de realizar cualquier acción por sí o por terceros tendiente privar a los recurrentes de su derecho al agua, en especial, impedir el paso de agua por la red de agua potable instalada en su hijuela; o impedir la reconstrucción de las tuberías y/o canales que forman dicha red de agua potable (...)”<sup>43</sup>.

Lo resuelto no fue apelado.

Por otro lado, en el segundo grupo de acciones en que los recurrentes son algún Comité de Agua Potable Rural encontramos “Comité de Agua Potable Rural de Nueva Queule con Higor Jaramillo” (2015) y “Comité de Agua Potable Rural Riñinahue con Machmar Neira” (2017). En estos, las Cortes de Apelaciones de Temuco y Valdivia, respectivamente, conocieron casos similares. En ambos casos se sufrieron afectaciones de suministro por parte de los comités y las comunidades que suministraban, sin embargo, por hechos diferentes de un privado.

En el primer caso, la afectación se dio a causa de la destrucción y cortes de llave de paso ejercidos, que fueron considerados hechos vulneratorios de las garantías del derecho a la vida establecido en el artículo 19 N.º 1 de la Constitución y el derecho de propiedad sobre sus derechos de aprovechamiento de aguas, contenido en el artículo 19 N.º 24<sup>44</sup>. La Corte de Apelaciones de Temuco declaró también que

“(...) el agua es, ante todo, un bien indispensable unido a la superviven-

---

<sup>42</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N.º 6.345-2016, 21 de diciembre de 2016, considerando octavo.

<sup>43</sup> Ídem, considerando undécimo.

<sup>44</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N.º 2.609-2015, 28 de agosto de 2015, considerando sexto y séptimo.

cia de la humanidad toda y de cada uno de sus integrantes. En este entendido, el agua es el soporte del derecho a la vida y, desde este último, de todos los demás derechos fundamentales”<sup>45</sup>.

Y en la segunda causa, la vulneración se generó a propósito del cierre arbitrario con candado del acceso al inmueble donde se encontraban las instalaciones del Comité, y el consecuente corte que se tuvo que realizar al propósito de la imposibilidad de clorar el agua<sup>46</sup>. La Corte, sin mediar referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acogió la acción indicando que el derecho a la vida

“depende del normal y oportuno abastecimiento de agua potable para la subsistencia diaria (...) El acceso de las personas al abastecimiento de agua en condiciones sanitarias para ser consumida, constituye un derecho humano esencial, que efectivamente resulta vulnerado al impedirse arbitrariamente el tratamiento sanitario y provisión oportuna de tal elemento”<sup>47</sup>.

Lo resuelto fue confirmado por la Corte Suprema sin modificación alguna<sup>48</sup>.

Por último, en “Comité de Agua Potable Rural Santa Inés de Pataguilla y otros con Colbún S.A., Asociación Canal Las Mercedes, I. Municipalidad de Curacaví, I. Municipalidad de María Pinto y Gobernación Provincial de Melipilla” (2020-2021), la parte recurrida, a propósito del derrumbe del canal Las Mercedes, acusa a los entes privados, de no haber realizado las inspecciones y mantención del túnel con la debida diligencia. Respecto de los entes estatales, denuncia que no hayan efectuado medidas para ayudar o colaborar en la mitigación de daños, entre otros<sup>49</sup>, omisiones que vulnerarían, entre otras garantías constitucionales, el

<sup>45</sup> Ídem, considerando quinto.

<sup>46</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N.º 392-2017, 22 de mayo de 2017, considerando tercero.

<sup>47</sup> Ídem, considerando séptimo.

<sup>48</sup> Corte Suprema, Rol N.º 24.926-2017, 20 de junio de 2017.

<sup>49</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 10.806-2020, 20 de marzo de 2021, considerando primero.

derecho a la vida vinculado al derecho humano al agua. La Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó la acción principalmente por pérdida de oportunidad<sup>50</sup>, toda vez que el suministro ya había sido repuesto, y porque la recurrida no demostró poseer un interés directo e inmediato<sup>51</sup>. Por ejemplo, el Comité contaba con derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, mientras que los hechos se vinculaban con aguas superficiales<sup>52</sup>. La Corte Suprema confirmó lo resuelto<sup>53</sup>.

### 1.3. Calidad del suministro

En primer lugar, en “Apablaza Campusano y otros con I. Municipalidad de Sierra Gorda” (2005) la Corte de Apelaciones de Antofagasta ordenó a la recurrida poner en funcionamiento las plantas de abatimiento de arsénico de su propiedad<sup>54</sup> que se encontraban detenidas luego de su adecuada marca blanca<sup>55</sup>. Vale señalar que la Corte funda el deber municipal de “proveer de agua potable adecuada para el consumo de la población” a través del artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades<sup>56</sup>. La Corte Suprema confirmó lo resuelto sin ninguna modificación<sup>57</sup>.

En segundo lugar, “Retamales Sotomayor y otro con Inmobiliaria Santa Sofía S.A.” (2013-2014), la Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió una acción de protección que recayó principalmente en que el agua entregada a los vecinos del Condominio Vista al Valle, no era apta para el consumo humano por falta de cloración<sup>58</sup>. La Corte decide

<sup>50</sup> Ídem, considerando décimo.

<sup>51</sup> Ídem, considerando octavo.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> Corte Suprema, Rol N.º 27.025-2021, 24 de abril de 2021.

<sup>54</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sin información, 29 de julio de 2005, considerando séptimo.

<sup>55</sup> Ídem, considerando tercero.

<sup>56</sup> Ídem, considerando cuarto.

<sup>57</sup> Corte Suprema, Rol N.º 3.975-2005, 25 de agosto de 2005.

<sup>58</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N.º 6.010-2013, 13 de marzo de 2014, considerando primero y segundo.

finalmente que no hubo una afectación al derecho a la salud, pero sí le pareció evidente que concurría una amenaza de este derecho ante el incumplimiento de desinfección que exige la norma sanitaria<sup>59</sup>. Así, se acoge con costas la acción y se ordena a la recurrida el inmediato cumplimiento de la normativa referida a la cloración del agua potable. En este caso no se hacen referencias de manera expresa al agua como un derecho fundamental, tampoco se refiere a jurisprudencia previa ni cita el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, el objeto del litigio prácticamente recaía en el análisis de cumplimiento del criterio calidad del derecho humano al agua.

Por último, en “Ugalde Prieto y otros con Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A y Superintendencia de Servicios Sanitarios” (2021-2022), vecinos de la localidad de Pichidangui denunciaron a las recurridas por no adoptar las medidas necesarias para el suministro de agua potable conforme a los parámetros de calidad establecidos. La Corte de Apelaciones de La Serena rechaza la pretensión principalmente porque estima que no se han entregado antecedentes que acrediten el suministro de agua contaminada<sup>60</sup>. En ese sentido, la empresa sanitaria acompaña mediciones que indican el cumplimiento de la norma de calidad, contradiciendo a los recurrentes, por lo que estos últimos no serían titulares de un derecho indiscutido<sup>61</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema revocó lo sentenciado teniendo presente que la empresa sanitaria arrastraba problemas de calidad desde larga data, y que incluso no había remitido a la Superintendencia sus resultados del control de calidad de enero y marzo de 2022<sup>62</sup>. Asimismo, declaró que la escasez hídrica “no resulta justificación razonable para la distribución en redes de agua potable de aquel elemento, por fuera de los parámetros mínimos de salubridad establecidos técnicamente (...)”, y seguido a ello, reiteró

<sup>59</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N.º 6.010-2013, 13 de marzo de 2014, considerando tercero.

<sup>60</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N.º 1.376-2021, 25 de enero de 2022, considerando octavo.

<sup>61</sup> Ídem, considerando noveno y décimo.

<sup>62</sup> Corte Suprema, Rol N.º 5.295-2022, 26 de septiembre de 2022, considerando cuarto.

su argumentación basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el reconocimiento del derecho humano al agua. En razón de lo anterior, ordenó a la Superintendencia “dictamine las acciones concretas, como también el estricto seguimiento y periodicidad de las fiscalizaciones pertinentes, a que se debe someter la Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A. con el objeto de que los componentes dañinos, denominados parámetros críticos presentes en el agua potable suministrada a los usuarios, dejen de estar presentes en el elemento que se les distribuye”<sup>63</sup>.

#### 1.4. Grupos vulnerables

Sin perjuicio de que muchos casos, especialmente los resueltos por la Corte Suprema en la segunda etapa, hacen referencias genéricas a distintos grupos vulnerables protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A continuación, se exponen particularmente seis casos que involucraron justamente a personas de estos grupos, cuatro casos en que las partes recurrentes son ocupantes ilegales de bienes inmuebles, y luego dos causas en que recurren comunidades indígenas<sup>64</sup>.

En primer lugar, en “Bravo Hidalgo con I. Municipalidad de Colina y Gobernación Provincial de Chacabuco” (2012), la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción de protección únicamente en contra de la Municipalidad, ya que esta había negado proveer acceso al agua potable para 16 familias del denominado campamento Felipe Camiroaga a las orillas del río Colina por ser ocupantes ilegales. En ese sentido, reconoce que “(...) el elemento agua, resulta vital para la integridad física de los seres humanos (...)”<sup>65</sup> haciendo referencia a los mismos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en “Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.”. Finalmente declaró que la privación

<sup>63</sup> Corte Suprema, Rol N.º 5.295-2022, 26 de septiembre de 2022, considerando octavo.

<sup>64</sup> Vale señalar que, si bien la población rural es un grupo vulnerable, especialmente respecto del acceso al agua, los casos desarrollados en estas zonas se encuentran incorporados en las demás categorías temáticas.

<sup>65</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 10.140-2012, 28 de junio de 2012, considerando quinto.

del suministro por parte del municipio “constituye una amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del campamento Felipe Camiroaga, como asimismo, una amenaza al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación”<sup>66</sup>.

En segundo lugar, en “Delpiano Alonso y otros con Lull Grünwald, Von Kiesling Baerensprung y Fuentes Suarez” (2020-2021) nos encontramos ante supuestos ocupantes ilegales<sup>67</sup> del denominado Pueblito Las Varas, al interior de la Hacienda Las Varas, en Camino a Farellones, comuna de Lo Barnechea, quienes denunciaron que los recurridos privaron su acceso al agua a través del cierre con cadena y candados de las llaves de pasos y la destrucción de acequias y cañerías que conducían el agua hasta sus viviendas. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción porque no se logró comprobar que los recurridos hayan sido autores de los hechos denunciados<sup>68</sup>, por exceder materias tratables en una acción cautelar<sup>69</sup>, y también en función de que los recurrentes no demostraron ser titulares de un derecho indubitado<sup>70</sup>. Finalmente, la Corte Suprema, haciendo referencia al derecho humano al agua<sup>71</sup>, revocó el fallo apelado y ordenó a las partes recurridas a “abstenerse de realizar cualquier acto tendiente a impedir el ingreso del vital elemento a la Hacienda Las Varas y, concretamente, al sector que se conoce como Pueblito Las Varas”<sup>72</sup>, debido a que habían negado el ingreso de camiones aljibes municipales para los recurrentes.

Por último, en “Araya González y otra con Aguas del Altiplano” (2021) y “Araya González con Servicio de Vivienda y Urbanismo de Arica

---

<sup>66</sup> Ídem, considerando séptimo.

<sup>67</sup> En dicho momento, la propiedad del inmueble se discutía en juicio ordinario de acción reivindicatoria con Rol C-13.308-2017, del 25° Juzgado Civil de Santiago.

<sup>68</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 66.167-2020, 13 de enero de 2021, considerando décimo quinto.

<sup>69</sup> Ídem, considerando décimo sexto.

<sup>70</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 66.167-2020, 13 de enero de 2021, considerando décimo séptimo.

<sup>71</sup> Corte Suprema, Rol N.º 5.413-2021, 16 de abril de 2021, considerando sexto.

<sup>72</sup> Ídem, considerando octavo.

y Parinacota” (2021), la misma recurrente representa a la Organización Social y Cultural Los Peregrinos, integrada por habitantes del sector Cerro Chuño –un sitio contaminado con metales pesados– y que cuenta un programa de intervención dispuesto por la Ley N.º 20.590. En el primer caso, el acto recurrido es el corte del suministro de agua potable realizado por la empresa sanitaria. En cambio, en el segundo, es la insuficiencia del convenio que contrajo el Servicio para suministrar agua potable mediante camiones aljibes a 11 estanques.

En ambos casos, la Corte de Apelaciones de Arica rechaza las acciones de protección. En el primero, debido a que quienes recurren son ocupantes ilegales de inmuebles con orden de demolición y “no es posible amparar por medio de la acción constitucional impetrada el acto irregular efectuado por los recurrentes”<sup>73</sup>. Además, que al momento del fallo ya se habían dispuesto de once estanques de agua en el sector<sup>74</sup>. Por este mismo motivo, la segunda acción es rechazada por la Corte<sup>75</sup>. Vale señalar que en ambos fallos hubo un voto en contra, de la ministra Claudia ARENAS GONZÁLEZ y del ministro Pablo ZAVALA FERNÁNDEZ, respectivamente en cada caso. Estos estaban por acoger la acción, reconocer el derecho humano al agua, en base a normativa internacional, y ordenar la reposición del suministro de agua potable. Finalmente, la Corte Suprema sentenció el caso, mencionando de manera escueta el derecho humano al agua y, vinculándolo a la pandemia por COVID-19, resolvió exigir al Servicio que le ordene a Aguas de Altiplano la reposición del servicio<sup>76</sup>.

Respecto de los casos en que recurren comunidades indígenas, en primer lugar, en “Chikka Chapisca y otros, con Dirección de Obras Hidráulicas de la Región de Arica y Parinacota, Seremi de Obras Públicas

---

<sup>73</sup> Corte de Apelaciones de Arica, Rol N.º. 23-2021, 3 de marzo de 2020, considerando séptimo.

<sup>74</sup> Ídem, considerando octavo.

<sup>75</sup> Corte de Apelaciones de Arica, Rol N.º 60-2021, 05 de abril de 2021, considerando décimo.

<sup>76</sup> Corte Suprema, Rol N.º 28.663-2021, considerando segundo.

de Arica y Parinacota e I. Municipalidad de Arica” (2020), tres comunidades indígenas denuncian una mala implementación de recursos adjudicados a través del Programa de Agua Potable Rural, lo que conllevó que las obras finales no estuviesen en funcionamiento, generando una vulneración de distintas garantías y el derecho humano al agua. La Corte de Apelaciones de Arica, sin mucho análisis, descarta la responsabilidad del municipio porque el programa es exclusivamente de la Dirección de Obras Hidráulicas<sup>77</sup>. Y lo rechazó también contra esta última porque ante el fracaso de la implementación original, las medidas de reparación han sido ejecutadas y se encuentran en funcionamiento, además de considerar que las recurrentes no acompañaron antecedentes para acreditar que se encuentran con carencia de suministro<sup>78</sup>. En este caso, no fue apelado el fallo.

Por último, en “Comunidad indígena Rafael Calfuquir contra Cornejo Sanhueza y Fuentealba Candia” (2022), la parte recurrente denuncia la interrupción arbitraria e ilegal del libre paso del estero Chanco, y la consecuente restricción a su acceso al agua protegido a través del artículo 19 N.º 1 de la Constitución. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco declaró escuetamente

“(…) concluir la insuficiencia de antecedentes para acceder a la presente acción, al no acreditarse que efectivamente se hayan realizado obstáculos o embarazos por los recurridos que efectivamente hayan producido una privación, perturbación o amenaza a alguno de los derechos fundamentales (...)”<sup>79</sup>.

Vale señalar que la parte recurrida había indicado que la Comunidad cuenta con servicio de agua para consumo humano a través del Comité de Agua Potable Rural Huallizada, Chada y Molco, como también que el

---

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones de Arica, Rol N.º 99-2020, 24 de febrero de 2020, considerando cuarto.

<sup>78</sup> Ídem, considerando quinto.

<sup>79</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N.º 267-2022, 25 de abril de 2022, considerando cuarto.

Estero pasa a más de 1 km de distancia de la Comunidad<sup>80</sup>. Este fallo no fue apelado por la comunidad.

### 1.5. Deber del Estado

Como última clasificación de los casos identificados, se exponen a continuación casos en que los Tribunales Superiores de Justicia instruyeron contra organismos y autoridades del Estado, llegando incluso a exigir un cumplimiento prestacional de la entrega mínimo de 100 litros de agua diaria por persona.

Dentro de este grupo podemos encontrar a i) “Díaz Saavedra y contra Gobernación Provincial de Petorca y Gobernador Provincial de Petorca” (2017-2018); ii) “Almendra Dusta y otros con Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial Petorca” (2019-2020); iii) “Gallardo Castro y otros contra Anglo American Sur S.A.” (2020-2021); iv) “Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca y Seremi de Salud de Valparaíso” (2020-2021); v) “Requena Báez con I. Municipalidad de Valparaíso” (2022), y; vi) “Vilches Olivares y otro, con Seremi de Salud de Valparaíso y Gobernación Provincial de Petorca” (2021-2022). Todos estos casos se desarrollaron en distintas localidades rurales de la Región de Valparaíso y fueron resueltos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

En el primer caso, 112 personas integrantes de distintas comunidades rurales abastecidas con camiones aljibes, recurrieron contra las autoridades a causa del término anticipado que ejercieron respecto del contrato de prestación de servicios que permitía que un privado les otorgara suministro de agua potable en camiones aljibes.

En el segundo caso, la acción se presentó por 148 personas debido al término de suministro de agua en camiones aljibes ocasionado por distintas fallas mecánicas sufridas por los camiones municipales y la falta de coordinación de todos los organismos involucrados<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Ídem.

<sup>81</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de diciembre de 2019, Rol N.º 9.709-2019, considerando tercero y cuarto.

En el tercer caso, se interpuso una acción de protección contra la empresa minera señalando que los severos problemas de acceso al agua potable que sufren tienen origen en el uso desmedido que hace la recurrida para abastecer de agua a su mina El Soldado. Originalmente la Corte de Apelaciones rechazó esta acción de protección por no acreditarse los hechos que fundamentan la acción, considerando las medidas voluntarias adoptadas que colaboran con el abastecimiento y porque las extracciones se encontraban debidamente amparadas en los derechos que posee Anglo American Sur S.A., sin existir una extracción mayor a la proporción a la que tiene derecho<sup>82</sup>. La Corte Suprema revocó el fallo, aun cuando ratificó que no puede prosperar la acción de protección contra la empresa minera, acogió la acción contra la Municipalidad de Nogales.

En el cuarto caso, el Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó una acción de protección a causa de una serie de resoluciones inconsistentes de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso. En ellas, y ante el aumento de requerimientos de agua por la emergencia sanitaria del COVID-19, estableció que el volumen de agua a distribuir para el consumo diario por persona no sería inferior a 100 litros diarios. Sin embargo, tan solo unos días después, emitió una nueva resolución que dejó sin efecto la anterior y, posteriormente, emitió una resolución que establecía un mínimo de solo 50 litros diarios de agua mínimo por persona. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, rechaza la acción porque la resolución recurrida que redujo el agua asignada ya había sido dejada sin efecto por la misma Corte en el caso “Muñoz García contra con Ministerio de Salud y Seremi de Salud de Valparaíso” (2020).

Conociendo del recurso de apelación contra lo resuelto, la Corte Suprema estimó que la sentencia no se pronunció sobre todas las peticiones del Instituto<sup>83</sup>. Además, constata una actuación deficiente de las recurridas al no adoptar todas las medidas necesarias para garanti-

---

<sup>82</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 09 de junio del 2020, Rol N.º 12.305-2020, considerando primero, segundo y tercero.

<sup>83</sup> Corte Suprema, Rol N.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando noveno.

zar el acceso al agua, constituyendo una omisión ilegal y arbitraria que vulnera la garantía de igualdad ante la ley<sup>84</sup>. Por lo anterior, decidió revocar la sentencia y acoger la acción de protección.

En quinto lugar, múltiples residentes de Laguna Verde, sin acceso regular a agua potable, recurren contra la Municipalidad de Valparaíso alegando un comportamiento pasivo frente a la falta de acceso al servicio. Según los antecedentes aportados en la acción, en su condición de localidad rural, se ha desarrollado una dinámica de consolidación demográfica sin planificación territorial, que agravó la dificultad de suministrar servicios básicos como agua potable. La Corte de Apelaciones estableció que la Municipalidad tenía conocimiento previo de la situación, tomó acciones de manera tardía y no dio continuidad a algunas instancias de coordinación<sup>85</sup>. Inclusive no atendió comunicaciones en las que se proponían alternativas de solución por otros organismos públicos<sup>86</sup>. No fueron presentados recursos en contra de la sentencia.

En estas cinco causas fueron acogidas las acciones de protección, es menester señalar que en la primera se ordenó a los recurridos “que procedan a adoptar todas las medidas que resulten pertinentes para que la administración central proporcione los recursos necesarios para el debido abastecimiento de agua potable a los recurrentes”<sup>87</sup>. Mientras en la segunda, la orden del tribunal se limitó a instruir la coordinación eficiente y adecuada para garantizar la dotación de agua suficiente, sin indicar una cantidad de agua particular<sup>88</sup>. En los últimos tres casos, se ordenan las medidas de coordinación, pero para suministrar específicamente un mínimo de 100 litros diarios por persona<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Ídem, considerando decimosexto.

<sup>85</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 4.975-2022, 29 de agosto de 2022, considerando décimo cuarto al vigésimo primero.

<sup>86</sup> Ídem, considerando decimosexto.

<sup>87</sup> Corte de Apelaciones, Rol N.º 5.571-2017, 14 de noviembre de 2017, considerando décimo tercero.

<sup>88</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 9.709-2019, 19 de diciembre de 2019, considerando décimo.

<sup>89</sup> Corte Suprema, Rol N.º 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando décimo tercero.

Por último, actuando en nombre del Comité de Agua Potable San José, recurren contra las autoridades para exigir el cumplimiento de un suministro mínimo de 100 litros, en consonancia al cumplimiento de lo resuelto por la Corte Suprema en “Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca y Seremi de Salud de Valparaíso”. La Corte de Apelaciones rechazó la acción, resolviendo que el estándar mínimo previamente establecido de 100 litros diarios por persona se cumplía para la totalidad de usuarios del Comité recurrente<sup>90</sup>. Lo anterior fue confirmado por la Corte Suprema<sup>91</sup>.

## 2. ETAPAS DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

### 2.1. Primer periodo (2001-2019)

La gran primera etapa está conformada por sentencias<sup>92</sup> emitidas entre el 2001 y 2019 que se refieren principalmente a conflictos entre privados, vinculados al corte de suministro de agua potable. Considera a empresas sanitarias, servicios sanitarios rurales, la administración de una propiedad horizontal, u otros privados. Así, de los 19 casos que conforman esta primera etapa, 13 de ellos tratan sobre algún corte de suministro del agua potable.

---

Corte Suprema, Rol N.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando décimo séptimo. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 4.975-2022, 29 de agosto de 2022, considerando vigésimo tercero.

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 47.026-2021, 15 de marzo de 2022, considerando décimo a décimo noveno.

<sup>91</sup> Corte Suprema, Rol N.º 9.967-2022, 09 de septiembre de 2022.

<sup>92</sup> 13 de las 19 sentencias identificadas para esta primera etapa fueron originalmente recopiladas por OBANDO (2018), junto a la colaboración de su ayudante FRANCISCO TRONCOSO. Dicho trabajo se basó en cuatro sentencias identificadas previamente por NASH y NÚÑEZ (2017), como ejemplos del rol que cumple el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para que, atendiendo el principio de inexcusabilidad que establece la Constitución en el inciso segundo del artículo 76, puedan llenar lagunas en el ejercicio jurisdiccional respecto de derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional (pp. 34-35).

También destaca, tal como indicaba RIVERA (2017, p. 236), en dicho periodo resalta la línea jurisprudencial de la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que concentró el mayor número de pronunciamientos en este ámbito. En particular, de los 19 casos identificados para esta primera etapa, 8 fueron resueltos por dicha Corte.

Dicha línea jurisprudencial se puede sintetizar en la siguiente referencia que repitió en cuatro ocasiones de manera idéntica: “(...) el acceso al vital elemento, agua, es un derecho fundamental del ser humano (...) en tanto resulta esencial y necesario para el desarrollo y existencia de la vida, derecho que se encuentra expresamente protegido constitucionalmente por el artículo 19 N.º 1 de la Carta Fundamental. Siendo el agua, una condición natural, necesaria e indispensable para que la vida exista, integra necesariamente, el contenido del derecho a la vida, dado que la consecuencia ineludible de su privación es la muerte (...)”<sup>93</sup>. La Corte de Apelaciones de Temuco reiteró de manera idéntica dicha referencia<sup>94</sup>.

Por otro lado, tal como hicieron MORAGA Y CORNEJO (2021), vale destacar el imprescindible rol que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad para el reconocimiento y protección judicial del derecho humano al agua en Chile, teniendo especialmente presente la falta de un reconocimiento expreso de este derecho en el ordenamiento interno hasta 2022.

La idea de un bloque de constitucionalidad tiene un efecto útil, puesto que, permite incorporar, a partir de normas internacionales vinculantes, elementos hermenéuticos e integradores ante una legislación incompleta (NÚÑEZ, 2015, p. 162). Esta doctrina estima que los derechos fundamentales están conformados tanto por los derechos asegurados expresamente por la Constitución, y aquellos reconocidos a través de la

<sup>93</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 101-2011, 14 de septiembre de 2011, considerando tercero. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 113-2012, 08 de junio de 2012, considerando octavo. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 252-2014, 11 de noviembre de 2014, considerando séptimo. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N.º 467-2015, 10 de agosto de 2015, considerando décimo.

<sup>94</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N.º 6.345-2016, 21 de diciembre de 2016, considerando octavo.

cláusula de apertura, del inciso segundo del artículo 5, que hace reenvío al Derecho Internacional, “constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana” (NOGUEIRA, 2015, p. 312). De esta manera, se amplían las fuentes del derecho, “permitiendo que este bloque constituya una limitación para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal, (...) debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos” (NOGUEIRA, 2015, pp. 312-313).

Así, es reconocible el desarrollo progresivo de la aplicación de Derechos Humanos en la jurisprudencia. En el caso “Figueroa Guzmán con Dirección General de Aguas” (1997-2001), la acción se fundó en el artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fundamentar la referencia al derecho humano al agua. Con la línea jurisprudencial de la Corte de Apelaciones de San Miguel, se referencia además la Observación General N.º 15, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en seis de sus ocho sentencias de esta primera etapa. La protección otorgada al derecho humano al agua en la segunda etapa siguió la misma línea, pero alcanzó mayor desarrollo de las fuentes internacionales.

## 2.2. Segundo periodo (2019-2022)

En esta etapa, el reconocimiento y protección del derecho humano al agua deja de ser aquel caracterizado como “tímido” (RIVERA, 2017, p. 236), sin perjuicio que todavía se compartía en la falta de un reconocimiento expreso de este derecho en el ordenamiento interno. Así, se caracteriza principalmente por conflictos entre privados y organismos del Estado. En ese sentido, de los 12 casos identificados, en siete se recurre o instruye a un organismo del Estado.

Por otro lado, esta etapa se caracterizó por estar marcada por el cumplimiento de más de 10 años desde el inicio de la “megasequía” en Chile (CR2, 2015, p. 2), y el contexto de la pandemia COVID-19. Además, aquí

destaca la línea jurisprudencial que asumió la Corte Suprema resaltando el carácter prestacional de este derecho, destacando la necesaria coordinación y acción de los distintos organismos públicos competentes. Así se comenzó a exigir a autoridades administrativas de distintos niveles, coordinación para suministro de agua, incluso llegando a ordenar una disponibilidad mínima de 100 litros de agua diaria por persona.

Vale señalar que, los casos de esta etapa son los más comentados por la doctrina<sup>95</sup>. Posiblemente por la originalidad del punto anterior, y porque involucró que se reconocieron las faltas del Estado en lamentables realidades rurales como en Provincia de Petorca en la Región de Valparaíso.

Por último, la argumentación basada principalmente en Derechos Humanos alcanza mayor desarrollo e incorpora más fuentes internacionales gracias a la argumentación de la Corte Suprema. Primero, a modo de voto de prevención del ministro MUÑOZ y la ministra SANDOVAL en “Almendra Dusta y otros con Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial Petorca” (2019-2020). En segundo lugar, en el fundamento de la Sentencia en los casos “Gallardo Castro y otros contra Anglo American Sur S.A.” (2020), “Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca y Seremi de Salud de Valparaíso” (2020-2021) y “Ugalde Prieto y otros con Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A y Superintendencia de Servicios Sanitarios” (2021-2022).

El marco dogmático utilizado por la Corte Suprema incluyó tratados internacionales fundantes sobre Derechos Humanos. También una serie de tratados internacionales que buscan dar especial protección a distintos grupos vulnerables, y que en particular exigen a sus Estados parte garantizar especialmente el acceso a agua potable para ellos. Por último, también se utilizan documentos de *soft law* (BENAVIDES, 2021, pp. 2-12). Entre estos últimos, vale destacar la importancia

---

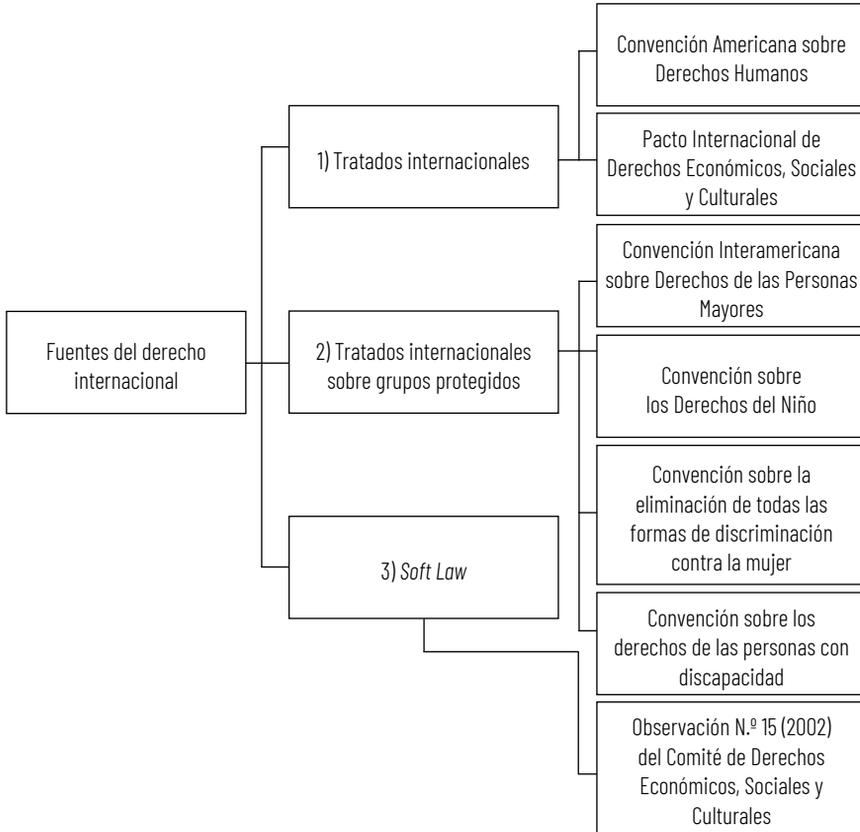
<sup>95</sup> Por ejemplo, VEAS y GONZÁLEZ (2021), BOETTIGER (2022), CELUME (2022), DELGADO y ZAPATA (2021), INSUNZA (2022), MORAGA y CORNEJO (2021), PEÑA-NEIRA y ARAYA (2022), SANDOVAL y ZAPATA (2021), ZAPATA (2021), pp. 1-10.

de la Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2002, que interpretando los artículos 11 y 12 Tratado, correspondiente al derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental respectivamente, configura, define y dota de contenido el derecho humano al agua, y que fue utilizada como fundamento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>96</sup>. En la Figura 1 se indica la norma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como su vinculación con el derecho humano al agua.

---

<sup>96</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2020. Serie C N.º. 400, párrafos 222 a 230.

Figura 1. Instrumentos internacionales utilizados por la Corte Suprema para fundamentar el reconocimiento y protección del derecho humano al agua



Fuente: elaboración propia.

Es posible señalar que, en esta etapa, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema se sintetiza en este considerando que ha reiterado en cinco causas:

“De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredargüible: toda persona, por su dignidad como tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones”<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Corte Suprema, Rol N.º 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando noveno. Corte

### 2.3. Tercera etapa (2022-actualidad):

La tercera y actual etapa se inicia con la publicación de la mencionada Ley N.º 21.435, que reconoció expresamente el derecho humano al agua y al saneamiento en el ordenamiento jurídico de Chile. Lamentablemente, sin perjuicio que se exponen fallos posteriores a la entrada en vigencia de la Reforma al Código de Aguas, estos no hicieron referencia alguna a las modificaciones legales.

La reforma también creó nuevos mecanismos y amplió los existentes para buscar la garantía efectiva del derecho. En tal sentido, el nuevo artículo 5 bis restableció el reconocimiento legal de la polifuncionalidad de las aguas<sup>98</sup>, es decir, el hecho de que las aguas son utilizadas con distintos fines. Junto con ello, fijó el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento como usos prioritarios, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, quebrantando así el imperante principio de neutralidad (CELUME, 2022, pp. 43-44).

Del mismo modo, se encuentra la posibilidad de constituir directamente derechos de aprovechamiento, prescindiendo del largo procedimiento de constitución, siempre que sea para satisfacer usos domésticos de subsistencia de la población o para la conservación del recurso (artículo 148); constituir derechos de aprovechamiento, aun cuando no exista disponibilidad para garantizar los usos prioritarios –excepcionalmente y como medida de última ratio– (artículo 147 quáter); se estableció el requisito de respetar los usos prioritarios ante la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales (artículo 17) o subterráneas (artículo 62), y ante la redistribución del recurso por severa sequía (artículo 314), acorde al inciso quinto del

---

Suprema, Rol N.º. 78.670-2021, 21 de enero de 2021, considerando sexto. Corte Suprema, Rol N.º 131.140-2020, 23 de enero de 2021, considerando décimo tercero. Corte Suprema, Rol N.º 5.413-2021, 16 de abril de 2021, considerando sexto. Corte Suprema, Rol N.º 5.295-2022, 26 de septiembre de 2022, considerando quinto.

<sup>98</sup> Señaló “restableció” debido a que los dos Códigos de Aguas previos –el de 1951 y 1969– reconocían legalmente la polifuncionalidad de las aguas (SANDOVAL, 2015).

artículo 5 bis; se creó la figura de autorizaciones transitorias para servicios sanitarios rurales por máximo doce litros por segundos mientras dure la tramitación de la solicitud definitiva (inciso final del artículo 5 bis); entre otras (CELUME, 2022, pp. 43-57).

Así, “El derecho humano al agua tuerce y resquebraja la lógica de mercado que impregnaba al Código de Aguas y que se basaba en el principio de la neutralidad (...) y en el principio de la proporcionalidad en la reducción y redistribución de las aguas” (CELUME, 2022, p. 58), alterando de manera importante la lógica del Código de 1980 en esta materia.

Esta reforma permite a Chile avanzar en cumplimiento de lo establecido por la Observación General N.º 15, en cuanto “el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico” (COMITÉ DESC, 2002, parr. 11). Así, esto podría contribuir a cuestionar la respuesta a la emergencia hídrica consistente en suministrar agua a través de camiones aljibes, principalmente en zonas rurales y campamentos. Esta opción para garantizar el derecho humano al agua tiene un costo excesivo y genera un mercado rentable y dominado por pocos actores (FRAGKOU et al., 2022, pp. 13-15). Por ejemplo, solamente en el periodo entre 2014 y 2019, el Estado desembolsó más de \$150.000.000.000 en camiones aljibes (FUNDACIÓN AMULÉN, 2019, p. 28).

Lamentablemente, aún es demasiado temprano para identificar jurisprudencia que haya aplicado estas recientes modificaciones, sin perjuicio que se haya reconocido una sentencia emitida luego de la vigencia de la Reforma 2022.

### 3. CONTENIDOS MÍNIMOS DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

En tercer lugar, me parece necesario analizar el contenido jurisprudencial, desde la perspectiva de los indicadores del derecho humano al agua, desarrollados en Observación General N.º 15.

### 3.1. Disponibilidad

El contenido de disponibilidad del derecho humano al agua, referente al abastecimiento o suministro continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, ha sido el más desarrollado (COMITÉ DESC, 2002, parr. 12). Este elemento se relaciona directamente con todos los casos sobre cortes de suministros, así como a aquellos relativos al deber del Estado. Óbice de aquello es que en tres sentencias acogidas se estableció y exigió un estándar mínimo de 100 litros diarios por persona.

Es importante mencionar aquí que la Ley N.° 21.435 innovó al definir el uso doméstico de subsistencia. Así, el inciso tercero del artículo 5 bis establece se trata del “(...) aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivos de productos hortofrutícolas indispensables para para su subsistencia”. Es esperable que el desarrollo jurisprudencial aplique y adecue a casos concretos la extensión de este derecho según la nueva definición legal. Estimo que posiblemente quedarían acogidos esos usos mencionados, mientras no generen algún tipo de renta.

### 3.2. Calidad

La calidad es entendida como la exigencia de que el agua sea salubre y con color, olor y sabor aceptable (COMITÉ DESC, 2002, parr. 12). En la investigación, se hallaron solo tres casos en que la materia principal recayó sobre la calidad del suministro.

No obstante, existen ciertas menciones a la calidad en otros casos sin ser la materia principal. Así, en “Requena Báez con I. Municipalidad de Valparaíso” (2022), se ponderó en el considerando séptimo un informe de la Secretaría Regional Ministerial de Salud que evidenció contaminación de aguas de pozo con coliformes totales y fecales, y *Escherichia coli* en varios sectores de Laguna Verde. En el mismo sentido, en “Araya González con Servicio de Vivienda y Urbanismo de Arica y Parinacota” (2021) hubo una mención al factor de calidad en el voto de minoría, por

parte del ministro ZAVALA, que precisa “resulta ser bastante rudimentario y precario, habida consideración a lo irregular del terreno, la visible presencia de escombros y de basura generalizada en el sector, lo cual (...) permite cuestionar lo salubre de dicha medida paliativa (...)”.

Asimismo, hay antecedentes en San José de Cabildo en la Provincia de Petorca, que el agua recibida por camiones aljibes ha venido contaminada con óxido, e incluso, con coliformes fecales (CARMONA Y TAMAYO, 2019, p. 20). Es decir, sin perjuicio que aún no se hayan resuelto muchos casos sobre este elemento particular del derecho humano al agua, existen antecedentes importantes de su contravención, especialmente cuando se otorga agua potable mediante camiones aljibes.

### 3.3. Accesibilidad

Por último, la accesibilidad se refiere a que la provisión de agua, sus instalaciones y servicios vinculados, deben ser accesibles para toda persona, sin discriminación alguna, dividiéndose en cuatro dimensiones: accesibilidad física, accesibilidad económica, no discriminación y acceso a la información (COMITÉ DESC, 2002, parr. 12). Centraré el análisis en los últimos dos subindicadores.

Respecto a la no discriminación, el ejercicio del derecho debe ser realizable para toda persona de hecho y de derecho, incluso para los sectores más vulnerables y marginados de la población (COMITÉ DESC, 2002, parr. 12). La vulneración de este elemento se constata en el caso “Bravo Hidalgo con I. Municipalidad de Colina y Gobernación Provincial de Chacabuco”, en lo que dice relación a la negativa del municipio al acceso al agua potable, por el hecho de ser ocupantes ilegales.

Por su parte, la mayoría de los casos referidos al deber del Estado ocurren en localidades rurales, especialmente en la Región de Valparaíso, donde se ha constatado una crisis hídrica grave. Lo anterior, coincide con que el factor determinante para tener un acceso regular a la red pública de agua potable, es la residencia en zona urbana o rural. Según el censo de 2017, mientras en zonas urbanas el 98,8% de las viviendas

particulares tenía un abastecimiento regular de agua potable a través de la red pública, en el caso de las zonas rurales dicho porcentaje disminuye considerablemente a 52,8% y el resto de población rural se abastece un 27,7% a través de pozos, el 12,2% directamente a partir de un río, vertiente, estero, canal, lago, entre otros, y un 7,2% a través de camiones aljibe, correspondiente a 49.831 viviendas (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2018, p. 23).

Resulta destacable el desarrollo argumentativo que alcanza la Corte Suprema en la segunda etapa, incorporando los tratados internacionales que otorgan especial protección a grupos especialmente vulnerables. En ese sentido, señaló “[q]ue, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>99</sup>. Sin embargo, la Corte pudo haber integrado una caracterización de las poblaciones afectadas en cada caso, para así dar una materialización concreta y local de la vulnerabilidad de los grupos respectivos.

Por otro lado, respecto al acceso a la información, se resalta que en “Gallardo Castro y otros contra Anglo American Sur S.A.”, la única fuente de información respecto de la cantidad de agua efectivamente extraída por la empresa minera fue entregada por la misma. Esto, debido a que la Dirección General de Aguas no disponía de aquella información por no encontrarse aún vigente dicha obligación de informar. Este problema de acceso a la información de la gestión hídrica se enmarca en un dilema institucional diagnosticado en múltiples ocasiones (BANCO MUNDIAL, 2013; COSTA, 2016).

La falta de desarrollo del acceso a la información en materias de agua, pone en riesgo las posibilidades de garantizar de manera efectiva el derecho humano al agua, tanto de las generaciones presentes como

---

<sup>99</sup> Corte Suprema, Rol N.º 1.348-2020, 06 de agosto de 2020, considerando sexto. Corte Suprema, Rol N.º 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando décimo. Corte Suprema, Rol N.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando décimo cuarto.

futuras, afectando el principio de justicia intergeneracional establecido en el párrafo 11 de la Observación General N°.15.

### 3.4. Saneamiento

En cuanto al saneamiento, una discusión contingente es su autonomía como derecho humano, en relación al derecho humano al agua. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en primer lugar, el año 2010 a través de la Resolución 64/292, reconoció que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (p. 3). Hace referencias en singular porque considera una unidad, un único derecho.

Sin embargo, la misma Asamblea, el año 2015, a través de su Resolución 70/169, afirmó

“que los derechos humanos al agua potable y el saneamiento como componentes del derecho a un nivel de vida adecuado son esenciales para el pleno disfrute del derecho a la vida y de todos los derechos humanos; que los derechos humanos al agua potable y al saneamiento son derechos distintos, pero al mismo tiempo ambos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado” (p. 4).

De los 36 casos en comento, ninguno hizo referencia alguna al derecho al saneamiento o a algún servicio que este involucra. ¿Significa que los Tribunales Superiores de Justicia consideran estos derechos como independientes y por ello en ninguno se entró en su análisis?

## 4. DEBER DEL ESTADO

Es posible analizar cuatro elementos respecto de los casos identificados en donde la recurrida fue una autoridad u organismo público, y donde se ordena realizar una prestación vinculada al derecho humano al agua.

En primer lugar, los Tribunales Superiores de Justicia han fallado instruyendo contra distintos órganos públicos<sup>100</sup>. Sin perjuicio del principio de coordinación, ¿a quién le corresponde tomar y cuáles son las medidas específicas o necesarias para garantizar el derecho humano al agua? Vale señalar que la Reforma 2022, tampoco aclaró esta materia. Solo estableció que el derecho humano al agua y al saneamiento “debe ser garantizado por el Estado”, sin ahondar en detalles.

En segundo lugar, “Apablaza Campusano y con I. Municipalidad de Sierra Gorda” (2005) y “Bravo Hidalgo con I. Municipalidad de Colina y Gobernación Provincial de Chacabuco” (2012) fueron excepciones durante la primera etapa, ya que fueron los únicos casos en que la recurrida fueron organismos del Estado.

En tercer lugar, en “Gallardo Castro y otros contra Anglo American Sur S.A.” (2020-2021) se instruyó a la Municipalidad de Nogales, en el considerando décimo tercero, sin perjuicio de “aun cuando ésta no fue formalmente recurrida informó igualmente al tenor de la acción cautelar (...)”. En ese sentido, llama la atención que la Corte Suprema se haya limitado a ordenar medidas, sin fundamentar –o haciéndolo de manera muy débil– la razón del requerimiento a la Municipalidad (MORAGA y CORNEJO, 2021; VEAS y GONZÁLEZ, 2021, p. 28). Esta situación fue resuelta en “Requena Báez con I. Municipalidad de Valparaíso” (2022), en cuanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso fundamentó, en el considerando undécimo, la obligación municipal, en función del artículo 1 inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que establece la finalidad de las municipalidades para satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural, e indica que es “(...) evidente que uno de esos requerimientos es el acceso al agua potable, recurso sin el cual no es posible la participación en el progreso aludido por la norma”. Ahonda la Corte que es el Estado a través de todos sus órganos el responsable de satisfacer

---

<sup>100</sup> Se pueden señalar municipalidades como Colina, Sierra Gorda, Nogales y Valparaíso; la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso, la Gobernación y Gobernador Provincial de Petorca, y el Servicio de Vivienda y Urbanismo de Arica y Parícuta.

este derecho, aportando antecedentes útiles para comenzar a elaborar un estándar municipal en esta materia, evaluando las acciones realizadas por la Municipalidad y que se estimaron insuficiente.

En cuarto lugar, se ha alcanzado una especificación del deber del Estado sobre el estándar de disponibilidad al exigir, en tres casos distintos, “adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes, y a la comunidad (...), con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona (...)”<sup>101</sup>. Lo anterior, involucró que los Tribunales Superiores de Justicia han cuestionado el contenido de actos administrativos y se han alejado del criterio de deferencia hacia la Administración (INSUNZA, 2022, pp. 107-108). De alguna forma, se mandata la corrección de una política pública necesaria, cuando se aumenta el suministro de agua a 100 litros mínimo diarios por persona.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido exponer el tratamiento que han dado los Tribunales Superiores de Justicia al derecho humano al agua en Chile. En ese sentido, se ha identificado que el reconocimiento de este derecho data de al menos 20 años, y su desarrollo es clasificable en tres etapas y sus casos en distintas temáticas.

Además de las etapas planteadas de este análisis, es también posible categorizar temáticamente los casos respecto si se trata de referencias *obiter dicta*, corte del suministro, calidad del suministro, grupos vulnerables y deber del Estado. Por supuesto, esta categorización no podría más sino estar abierta a futuras posibilidades de la litigación del derecho

---

<sup>101</sup> Corte Suprema, Rol N.º 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando décimo tercero. Corte Suprema, Rol N.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando décimo séptimo. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 4.975-2022, 29 de agosto de 2022, considerando vigésimo tercero.

humano al agua. Estas etapas y categorías pueden ser útiles para ser utilizadas en el futuro desarrollo de la materia.

En particular sobre los casos identificados y lo resuelto por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, es necesario señalar algunas reflexiones finales. Particularmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad, ha cumplido un rol clave para el reconocimiento e incorporación de contenido autónomo y específico del derecho humano al agua en Chile, a partir del artículo 5 inciso segundo de la Constitución.

La falta de reconocimiento expreso del derecho humano al agua no fue obstáculo para su aplicación, y “ha intentado sortearse por otras vías, por ejemplo, vinculando el derecho humano al agua con otros derechos fundamentales que sí cuentan con consagración constitucional, y respecto de los cuales existe la posibilidad de recurrir vía protección” (DELGADO Y ZAPATA, 2021, p. 159). Esta investigación permite establecer que se protege, principalmente en la acción de protección, a través del derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N.° 1 de la Constitución.

El reconocimiento de este derecho a nivel jurisprudencial permitirá, a su vez, alcanzar una mayor realización de las distintas obligaciones asumidas voluntariamente por el Estado de Chile. Especialmente esta garantía se puede desarrollar respecto de personas en zonas rurales.

Muchos de los casos que destacan o construyen el deber del Estado, para la efectiva garantía del derecho humano al agua, son expresión de un modelo que no prioriza las distintas funciones o usos de aguas, ante eventuales conflictos. Lo anterior, fue modificado con la Reforma al Código de Aguas.

Por su parte, en los casos donde se reconoció el derecho humano al agua, exigiendo el abastecimiento de agua no inferior a 100 litros diarios por persona, se trastocó profundamente la lógica del Código previa a la Reforma 2022. En ese sentido, reconocieron un derecho a usuarios que no cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos,

lo que es una modificación estructural de la legislación de la gestión hídrica.

Sin perjuicio de lo anterior, no se identificaron casos que hayan realizado referencias a la reciente Ley N.º 21.435 y sus innovaciones vinculadas al derecho humano al agua y al saneamiento. Sin embargo, hoy se abren nuevas oportunidades para exigir el cumplimiento de los estándares de este derecho para las generaciones presentes y futuras. En ese sentido, el futuro de la jurisprudencia debería avanzar en un análisis de cumplimiento conjunto de su contenido mínimo. Un desafío de la jurisprudencia será un mayor desarrollo respecto del estándar de calidad y accesibilidad de este derecho, toda vez que el reconocimiento está principalmente abocado a la disponibilidad.

Por otro lado, resulta clave que se aclare el estándar exigible a los organismos públicos involucrados en la garantía del derecho humano al agua. Así, se podrían unificar vía jurisprudencial, cuáles son los organismos obligados en situación de vulneración, otorgando mayor certeza jurídica y evitando dispersión en las responsabilidades. De esta manera, se podrá mejorar la rendición de cuentas sobre las medidas a adoptar.

Por último, es necesario solo enunciar un posible problema de cumplimiento de estos fallos. Los casos en que se exige el suministro de agua potable por parte del Estado podrían encontrar dificultades, especialmente por la necesidad de recursos económicos para cumplir.

## BIBLIOGRAFÍA

- BANCO MUNDIAL (2013): *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*.
- BENAVIDES, María (2021): “El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 94, N.º.1, pp. 1-16.
- BOETTIGER, Camila (2022): “Derecho humano al agua: Los desafíos para su integración en la institucionalidad pública del agua en Chile”, en *Actualidad Jurídica*, N.º45, pp. 203-224.

- CARMONA, Alejandra y TAMAYO, Tania (2019): *El Negocio del Agua. Cómo Chile se convirtió en tierra seca*. (Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial).
- CELUME, Tatiana (2022): “Reconocimiento legal del derecho humano al agua y sus implicancias en los principios que informan el Código de Aguas”, en *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 18, N°.2, pp. 35-61. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.67944>
- CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA (CR2) (2015): *Informe a la Nación, La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro*. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/136717>
- COSTA, Ezio (2016): “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N°.1, pp. 335-354.
- DELGADO, Verónica y ZAPATA, Juan Francisco (2021): “El derecho humano al agua y al saneamiento: La priorización del uso ecosistémico como un presupuesto necesario”, en Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (ed.), *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo III: Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. (Santiago, Chile).
- FRAGKOU, María Christina, MONSALVE, Tamara, PEREIRA, Vicente y BOLADOS, Maximiliano (2022): “Abastecimiento de agua potable por camiones aljibe durante la megasequía. Un análisis hidrosocial de la provincia de Petorca, Chile”, en *EURE*, vol. 48, N°.145, pp. 1-22. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7764/eure.48.145.04>
- FUNDACIÓN AMULÉN (2019): *Pobres de agua. Radiografía del agua rural de Chile: Visualización de un problema oculto*. Disponible en: <https://cambioglobal.uc.cl/proyectos/289-pobres-de-agua-radiografia-del-agua-rural-en-chile>
- GARCÍA, Borja (2020): “La compatibilidad del derecho humano al agua con la legislación chilena: el reconocimiento latinoamericano de este Derecho”, en *Ius et Praxis*, vol. 26, N°3, pp. 172-194.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2018): *Síntesis de resultados Censo 2017*. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>
- INSUNZA, Ximena (2022): “Derecho Humano al Agua. SCS Rol N°. 131140-2020”. *Sentencias Destacadas 2021. Libertad y Desarrollo*, pp. 103-113.
- MORAGA, Pilar y CORNEJO, Camilo (2021): “Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa ‘Gallardo con Anglo American Sur S.A.’, Rol N°.72.198-2020, de 18 de enero de 2021: Reconocimiento del Derecho Humano al Agua”, en *Actualidad Jurídica*. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-chile-derecho-humano-al-agua/>
- NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justi-

- cia en Chile”, en *Estudios constitucionales*, vol. 15, N°.1, pp. 15-54. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100002>
- NOGUEIRA, Humberto (2015): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, en *Estudios constitucionales*, vol. 13, N°.2, pp. 301-350.
- NÚÑEZ, Constanza (2015): “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N°. 11, pp. 157-169.
- PEÑA-NEIRA, Sergio y ARAYA MEZA, Patricio (2022): “El derecho humano y el deber del Estado de acceso al agua (potable) en la doctrina de la Corte Suprema de Chile”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* N°. 59, pp. 131-142. Disponible en: <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1377>
- RIVERA, Daniela. (2017): *Derecho humano al agua en Chile: legislación vigente, proyectos de reforma y jurisprudencia*. En GUEVARA, Armando et al. (eds.), *El derecho humano al agua, el Derecho de las inversiones y el Derecho Administrativo. Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas* (pp. 227-243). (Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú).
- SANDOVAL, María Ignacia (2015): “Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada”, en *Revista de Justicia Ambiental*, N°.7, pp. 133-162.
- SANDOVAL, María Ignacia y ZAPATA, Juan Francisco (2021): “Conflicto por el agua entre comunidades: Sentencia resuelve en favor del Derecho Humano al Agua, pero condicionando su efectivo resguardo”, en *Litigación Ambiental y Climática*, vol. 1, N°.9.
- VEAS, Maribel y GONZÁLEZ, Israel (2021): “Derecho Humano al Agua: Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile en la Causa Rol N°. 72.198-2020”, en *Revista Complejidades del Ágora Jurídica*, vol. 2, N°.1, pp. 18-31.
- ZAPATA, Juan Francisco (2021): “El mínimo de los 100 litros diarios por persona”, en *Litigación Ambiental y Climática*, vol.1, N°.1.

## ANEXO 1. TABLA DE CASOS

Casos	Fecha de presentación	Rol Corte de Apelaciones	Rol Corte Suprema	Garantía Invocada	Organismo / Personas Instruidas
<b>Etapas 1 (2001-2019)</b>					
1) Figueroa Guzmán con DGA	07/11/97	Santiago: 6.955-1997 (05/09/01)	No aplica.	No aplica.	DGA.
2) Apablaza Campusano y con I. Municipalidad de Sierra Gorda	s.f.	Antofagasta <sup>102</sup> : Sin información (29/07/05)	3.975-2005 (25/08/05) (confirma).	Art. 19 N°. 1 y 8.	Municipalidad de Sierra Gorda.
3) Flores Uribe con Comité de APR Costa Tenglo Alto	17/11/10	Puerto Montt: 299-2010 (24/12/10)	Sin información <sup>103</sup> (confirma).	Art. 19 N°. 1, 4, 5 y 24.	Se rechazó.
4) Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.	08/05/11	San Miguel: 101-2011 (14/10/11)	No aplica.	Art. 19 N°. 1, 4, 5 y 24.	Se rechazó.
5) Bravo Hidalgo con I. Municipalidad de Colina y Gobernación Provincial de Chacabuco	17/04/12	Santiago: 10.140-2012 (28/06/12)	No aplica.	Art. 19 N°. 1 y 8.	Municipalidad de Colina.
6) Orellana Aranda con Aranda Orellana	15/05/12	San Miguel: 113-2012 (08/06/12)	No aplica.	Art. 19 N°. 1.	Luis Armando Aranda Orellana.
7) Retamales Sotomayor y otro con Inmobiliaria Santa Sofía S.A.	09/11/13	Rancagua: 6.010-2013 (13/01/14)	No aplica.	Art. 19 N°. 1, 2, 8, 9, y 24.	Inmobiliaria Santa Sofía S.A.
8) Larrain Amaya con Valenzuela Díaz	12/08/14	San Miguel: 252-2014 (11/11/14)	No aplica.	Art. 19 N°. 24 <sup>104</sup> .	Mario Román Valenzuela Díaz.
9) Dougnac Cordero con Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata	03/02/15	San Miguel: 53-2015 (26/03/15)	4.927-2015 (23/04/15) (confirma).	Art. 19 N°. 1 y 24.	Se rechazó.

<sup>102</sup> Su expediente no fue hallado en Oficina Judicial Virtual del Poder Judicial o bases jurisprudenciales.

<sup>103</sup> No fue posible hallar el rol de la causa. Sin embargo, a través del expediente ante la CA de Puerto Montt, los oficios confirman que la CS confirmó el fallo.

<sup>104</sup> Sin embargo, se acoge por vulneración del derecho a la vida.

Casos	Fecha de presentación	Rol Corte de Apelaciones	Rol Corte Suprema	Garantía Invocada	Organismo / Personas Instruidas
10) Comité de APR de Nueva Queule con Higor Jaramillo	23/06/15	Temuco: 2.609-2015 (28/08/15)	No aplica.	Art. 19 N°. 1 y 24.	Benito Higor Jaramillo.
11) Rojas Garrido con Cooperativa Agua Coop	06/07/15	Rancagua: 1.962-2015 (16/11/15)	36.516-2015 (10/03/16) (revoca y acoge).	Art. 19 N°. 9.	Cooperativa Agua Coop.
12) Silva Torriani con Condominio Asociación de Propietarios La Aurora de Curacavi	24/07/15	San Miguel: 467-2015 (10/08/15)	No aplica.	Art. 19 N°. 1	Asociación de Propietarios La Aurora de Curacavi.
13) Montes Arancibia con Parcelación Piedra Molino	23/10/15	San Miguel: 1.106-2015 (11/12/15)	37.964-2015 (05/05/16) (confirma)	Art. 19 N°. 1, 3 y 24 <sup>105</sup> .	Parcelación Piedra Molino.
14) Jorges Reyes Zapata	15/12/15	San Miguel: 2.052-2015 (14/04/16)	30.975-2016 (06/06/17) (rechazado).	No aplica.	Se rechazó.
15) Chávez Vega y otros con Chávez Torres	14/10/16	Temuco: 6.345-2016 (21/12/2016)	No aplica.	Art. 19 N°. 1 y 24	Maria Luz Chávez Torres.
16) Comité de APR Riñinahue con Machmar	10/04/17	Valdivia: 392-2017 (22/05/17)	24.926-2017 (20/06/17) (confirma)	Art. 19 N°. 1, 8, 9 y 24.	Herta Machmar Neira.
17) Díaz Saavedra y contra Gobernación Provincial de Petorca y Gobernador Provincial de Petorca	08/09/17	Valparaíso: 5.571-2017 (14/11/17)	45.347-2017 (20/02/18) (confirma).	Art. 19 N°. 1.	Gobernación Provincial de Petorca y el Gobernador Provincial de Petorca.
18) Jaramillo Peña con Fuenzalida Schmelzer	29/11/18	Valdivia: 2.118-2018 (07/01/19)	1.853-2019 (21/03/19) (confirma).	Art. 19 N°. 24.	Se rechazó.
19) Neira Sandoval con Aguas Pirque S.A.	26/02/19	San Miguel: 1.200-2019 (18/03/19)	7.857-2019 (30/03/19) (desistido).	DHA <sup>106</sup> .	Aguas Pirque S.A.

<sup>105</sup> La CS, finalmente determina vulnerado el derecho a la salud consagrado en el art. 19 N.º 9 de la CPR (Corte Suprema. Rol N.º 37.964-2015. 05 de mayo de 2016. Considerando séptimo). No obstante, este no es uno de los derechos protegidos por la acción de protección (art. 20 CPR).

<sup>106</sup> Particularmente en el escrito de presentación del recurso no se invoca expresamente ninguna garantía constitucional del artículo 19, sino que derechamente se hace mención a la vulneración del derecho humano al agua.

Casos	Fecha de presentación	Rol Corte de Apelaciones	Rol Corte Suprema	Garantía Invocada	Organismo / Personas Instruidas
<b>Etapas 2 (2019-2022)</b>					
20) Almendra Dusta y otros con Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial Petorca	03/07/19	Valparaíso: 9.709-2019 (19/12/19)	1.348-2020 (06/08/20) (confirma).	Art. 19 N°. 1 y 21.	Gobernación Provincial de Petorca y Gobernadora Provincial Petorca.
21) Cea Silva con Cea Silva	10/12/19	San Miguel: 15.272 - 2019 (27/12/19)	1.046-2022 (10/01/23) (se revoca y acoge).	Art. 19 N°. 1 y 24.	Aguas Andinas S.A.
22) Chikka Chapisca y otros, con Dirección de Obras Hidráulicas de la Región de Arica y Parinacota, Seremi de Obras Públicas de Arica y Parinacota e I. Municipalidad de Arica	28/01/20	Arica: 99-2020 (24/02/20)	No aplica.	Art. 19 N°. 1, 2 y 23.	Se rechazó.
23) Gallardo Castro y otros contra Anglo American Sur S.A.	17/04/20	Valparaíso: 12.305-2020 (09/06/20)	72.198-2020 (18/01/21).	Art. 19 N°. 1	Municipalidad de Nogales.
24) Muñoz García contra con Ministerio de Salud y Seremi de Salud de Valparaíso	29/04/20	Valparaíso: 13.983-2020 (20/07/20)	No aplica.	Art. 19 N°. 1 y 9.	Ministerio de Salud y Seremi de Salud.
25) INDH con Gobernación Provincial de Petorca y Seremi de Salud de Valparaíso	21/05/20	Valparaíso: 16.770-2020 (08/10/20)	131.140-2020 (23/03/21).	Art. 19 N°. 1.	Seremi de Salud y Gobernación Provincial.
26) Delpiano Alonso y otros con Llull Grünwald, Von Kiesling Baerensprung y Fuentes Suarez	23/07/20	Santiago: 66.167-2020 (13/01/21)	5.413-2021 (16/04/21) (revoca y acoge).	Art. 19 N°. 1.	Llull Grünwald, Von Kiesling Baerensprung y Fuentes Suarez.
27) Comité de APR Santa Inés de Pataguilla y otros, con Colbún S.A., Asociación Canal Las Mercedes, I. Municipalidad de Curacavi, I. Municipalidad de María Pinto y Gobernación Provincial de Melipilla	21/12/20	San Miguel: 10.806-2020 (29/03/21)	27.025-2021 (20/04/21).	Art. 19 N°. 1, 2 y 24.	Se rechazó.
28) Araya González y otra con Aguas del Altiplano	09/02/21	Arica <sup>107</sup> : 23-2021 (03/03/21)	17.469-2021. (05/07/21) (omite pronunciamiento).	Art 19 N°. 1, 2, 8 y 9.	Se rechazó <sup>108</sup> .

<sup>107</sup> Acumulado con CA de Arica Rol N.º 30-2021.

<sup>108</sup> CS en Rol N.º 17.469-2021 omite pronunciarse del recurso de apelación debido a que ya fue resuelto por ella en Rol N.º 28.663-2021.

Casos	Fecha de presentación	Rol Corte de Apelaciones	Rol Corte Suprema	Garantía invocada	Organismo / Personas Instruidas
29) Araya González con Servicio de Vivienda y Urbanismo de Arica y Parinacota	09/03/21	Arica: 60-2021 (05/04/21)	28.663-2021 (30/04/21). (revoca)	Art. 19 N°. 1 y 9.	Serviu de Arica y Parinacota.
30) Junta de Vecinos El Sauce con Comité de APR Coihue.	20/07/21	Concepción: 8.466-2021 (15/11/21)	91.878-2021 (09/12/21) (confirma).	Art. 19 N°. 1 y 9.	Comité de APR Coihue.
31) Gallardo Aros con Comité de APR Niebla - Los Molinos	20/08/21	Valdivia: 2.195-2021 (24/09/21)	78.670-2021 (21/01/22) (revoca y acoge)	Art. 19 N°. 1, 2 y 24.	Comité de APR Niebla - Los Molinos.
<b>Etapas 3 (2022 - actualidad):</b>					
32) Ugalde Prieto y otros con Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro S.A y Superintendencia de Servicios Sanitarios	13/07/21	La Serena: 1.376-2021 (25/01/22)	5.295-2022 (26/09/22) (revoca y acoge).	Art. 19 N°. 1.	Superintendencia de Servicios Sanitarios.
33) Vilches Olivares con Seremi de Salud de Valparaíso y Gobernación Provincial de Petorca	05/11/21	Valparaíso: 47.026-2021 (15/03/2022)	9.967-2022 (09/09/22) (confirma).	Art. 19 N°. 1, 2 y 9.	Se rechazó.
34) Comunidad indígena Rafael Calfuquir contra Cornejo Sanhueza y Fuentealba Candía	12/01/22	Temuco: 267-2022 (25/04/22)	No aplica.	Art. 19 N°. 1.	Se rechazó.
35) Sociedad Marco Antonio Ávila Merino SpA con Inmobiliaria e Inversiones BHP Limitada	19/01/22	San Miguel: 105-2022 (11/03/22)	9.220-2022 (27/03/23) (se revoca y acoge).	Art. 19 N°. 1, 3 y 24.	Inmobiliaria e Inversiones BHP Limitada.
36) Requena Báez con I. Municipalidad de Valparaíso	04/02/22	Valparaíso: 4.975-2022 (29/08/22)	No aplica.	Art. 19 N°. 1 y 8	Municipalidad de Valparaíso.

Fuente: elaboración propia.



# LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN EN PROYECTOS INMOBILIARIOS: ESTUDIO DE CASO

Conservation of wild areas and the implementation of the Real Right of  
Conservation in real estate development

## **María José Kaffman Barba**

Bióloga Ambiental de la Universidad de Chile  
Estudiante de Magíster en Áreas Silvestres y Conservación de la Naturaleza de la  
Universidad de Chile  
Coordinadora del equipo de Ciencias de ONG FIMA  
kaffman@fima.cl

## **Javier Conejeros Gastó**

Ingeniero Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez  
Máster en gestión estratégica por la Universidad Adolfo Ibáñez  
Estudiante de Magíster en Áreas Silvestres y Conservación de la Naturaleza de la  
Universidad de Chile  
javierc@gmail.com

## **Stefano Moletto Lobos**

Ingeniero de Ejecución en Mecánica de la Universidad de Santiago de Chile  
Estudiante de Magíster en Áreas Silvestres y Conservación de la Naturaleza de la  
Universidad de Chile  
stefano.moletto@ug.uchile.cl

*RESUMEN: La preocupación por la pérdida de diversidad biológica se ha instalado en las escalas nacionales e internacionales de la política, lo que ha permitido una proliferación de Áreas Silvestres Protegidas a nivel global. A pesar de ello, diversos autores han relevado la importancia de impulsar estrategias de conservación en terrenos privados, fuera de las Áreas Silvestres Protegidas, idealmente en todo el territorio nacional. El trabajo analizará la utilización del Derecho Real de Conservación en proyectos inmobiliarios que apuntan a la conservación de la naturaleza y cómo esta situación podría abrir nuevos desafíos y oportunidades para la conserva-*

*ción. Los resultados arrojan que el Derecho Real de Conservación, no asegura medidas efectivas para su conservación. Tanto una corta duración del contrato del Derecho Real de Conservación, como los conflictos de interés, la falta de planes de manejo y cumplimiento legal, son situaciones que alertan sobre la eficiencia de esta herramienta, debido a la flexibilidad del instrumento.*

*PALABRAS CLAVE: Derecho Real de Conservación, desarrollo inmobiliario, conservación de la biodiversidad.*

*ABSTRACT: The concern for the loss of biological diversity settles at the national and international politics, contributing to impulse of Protected Wild Areas as the most used tool globally. Nonetheless, various authors have highlighted the importance of promoting conservation strategies on private land, outside Protected Wilderness Areas, ideally throughout the national territory. This paper analyzes the use of Conservation Property Right in real estate projects that aim at the conservation of nature and to understand how this situation could open up new challenges and opportunities for conservation. The results show that the Conservation Property Right does not ensure effective measures for nature conservation. The short duration of the contract, as well as conflicts of interest, the lack of management plans and the legal compliance, are situations that alert about the efficiency of this tool, due to the flexibility of this instrument.*

*KEYWORDS: biodiversity conservation, Conservation Property Right, property development.*

## INTRODUCCIÓN

La preocupación por la considerable pérdida de diversidad biológica como consecuencia de la actividad humana hizo que la conservación de la biodiversidad se instale en el discurso político internacional durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en 1992, en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El prólogo de este convenio afirma que la conservación de la biodiversidad es interés común de toda la humanidad, reafirmando que los Estados, así como tienen derechos soberanos sobre sus recursos biológicos, también son responsables de la conservación de su diversidad y de la utilización sostenible de ésta. Así es como se compromete a los países a impulsar acciones dirigidas a su conservación, siendo el uso de

Áreas Silvestres Protegidas la herramienta más utilizada a nivel global hasta la actualidad (NAUGHTON-TREVES et al., 2005, p. 2; WATSON et al., 2014, p. 1).

Chile al suscribir y ratificar el Convenio sobre la Diversidad Biológica, comprometió proteger el 10% de la superficie de cada ecosistema representativo del país antes del 2010 (CONAMA, 2003, p. 15). Sin embargo, al año 2022, y con el 20,96% de la superficie terrestre de Chile continental en áreas protegidas públicas, el 9% de los ecosistemas terrestres no poseen ningún grado de protección, mientras que el 63,2% posee menos del 10% de su superficie (PLISCOFF, 2022, p. 7). Para lograr cumplir con el compromiso inicial, la superficie de las Áreas Silvestres Protegidas debiera aumentar cerca de tres millones de hectáreas (BEHNCKE Y ARMESTO, 2004, p. 6), lo que resulta imposible si no se incorporan los terrenos privados en los esfuerzos de conservación, para aumentar la representatividad de los ecosistemas dentro de las Áreas Silvestres Protegidas.

Además de los problemas de representatividad, se ha demostrado que las Áreas Silvestres Protegidas no son suficientes por sí solas para detener la pérdida de biodiversidad. Este fenómeno avanza de manera acelerada, con una tasa de extinción 1.000 veces mayor a la observada antes de la aparición de los seres humanos (DE VOS et al., 2014, p. 9). Esto se debe a que los ecosistemas protegidos, al ser sistemas abiertos, se encuentran expuestos a los impactos externos asociados a los usos del territorio (ARMESTO et al., 2002, p. 46; RIVARD et al., 2000, p. 1104; PARKS y HARCOURT, 2016, p. 801). De esta manera, la efectividad de las Áreas Silvestres Protegidas se relaciona principalmente con el tamaño y forma del área, así como con su grado de aislamiento o conectividad con otras áreas silvestres, además de los tipos de actividades que se desarrollan en sus inmediaciones (SEPÚLVEDA et al., 1997, p. 49). En este contexto, resulta necesario desarrollar estrategias de conservación fuera de las Áreas Silvestres Protegidas, entendiendo que para la mantención de la diversidad biológica a largo plazo se requiere de medidas de conservación que incorporen idealmente a todo el territorio nacional, tanto en

ambientes prístinos como en aquellos que presentan diferentes grados de alteración.

La importancia de las áreas rurales en la conservación de la biodiversidad tiene distintas consideraciones. En primer lugar, está relacionada con que los criterios de establecimiento de las Áreas Silvestres Protegidas no necesariamente se enfocan en aquellas áreas que concentran la mayor diversidad biológica (ARMESTO et al., 1992, p. 23; ARRIAGADA et al., 2016, p. 13), y que muchas de estas áreas no poseen el tamaño suficiente como para mantener poblaciones viables a través del tiempo, debido al efecto de carga, la disminución de la variabilidad genética y a los requerimientos de hábitats o rangos de hogar de las distintas poblaciones. Proteger remanentes de hábitats silvestres en terrenos privados en áreas rurales podría generar un gran impacto en la conservación de la biodiversidad, al ayudar al contacto e intercambio genético entre las poblaciones, y con esto reducir la endogamia y los riesgos de extinción, al mantener la continuidad del hábitat y permitir el desplazamiento de las diferentes especies dentro del territorio (ARMESTO et al., 2002, p. 46).

En ese contexto, el cambio de uso de suelo es una de las principales amenazas para la biodiversidad fuera de las Áreas Silvestres Protegidas, afectando al paisaje a través de la fragmentación y pérdida de hábitat (AGUAYO et al., 2009, p. 362; FAHRIG, 2003, p. 509). En Chile, además del sector silvoagropecuario, la urbanización y desarrollo inmobiliario son uno de los principales forzantes de cambio de uso de suelo, siendo especialmente vulnerables los espacios periurbanos y las zonas naturales, dada la propagación de proyectos que apuntan a la convivencia y cercanía con la naturaleza (PINTOS y NARODOWSKI, 2012, p. 31; ROJAS et al., 2013, p. 526).

En los últimos años, los procesos de urbanización se han caracterizado por la creciente especulación inmobiliaria y la posterior mercantilización del paisaje, que conlleva a la colonización de áreas de alto valor ecológico con su consecuente fragmentación y degradación (HIDALGO et al., 2016, p. 255). A raíz de la pandemia por COVID-19, este proceso incrementó por el creciente interés por abandonar las grandes ciudades,

impulsando un fenómeno migratorio de gran escala a nivel mundial denominado por TRIMANO et al. como “coronaéxodo” (2022, p. 205), donde la naturaleza prístina ha sido el principal destino promocionado por diversas empresas inmobiliarias (TRIMANO y MATTIOLI, 2023, p. 3). En este contexto, en Chile diversos proyectos inmobiliarios han promocionado el vivir en la naturaleza, utilizando diferentes herramientas destinadas a la conservación, principalmente del paisaje, tales como reglamentos de copropiedad y servidumbres, incluyendo el uso del Derecho Real de Conservación.

El Derecho Real de Conservación es incorporado al derecho nacional el año 2016 por intermedio de la Ley N.º 20.930, en respuesta a la urgencia por implementar herramientas que promuevan la conservación en áreas privadas, sin que esto signifique la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes raíces. Este derecho permite que los propietarios de un predio cedan a favor de una persona natural o jurídica la facultad de conservar ciertos objetos de protección. El Derecho Real de Conservación busca conservar el patrimonio ambiental de un predio, o de ciertos atributos o funciones de este, a partir de facultades establecidas tanto en la ley como en el contrato constitutivo. Por otra parte, busca facilitar la conservación a largo plazo, a través del establecimiento de ciertas obligaciones necesarias para la conservación (ASÍ CONSERVA CHILE Y FUNDACIÓN TIERRA AUSTRAL, 2020, p. 144).

Pese a que se ha demostrado que la subdivisión del territorio con su consecuente alteración y fragmentación del hábitat es responsable de la pérdida de biodiversidad (RICHARD et al., 1976, p. 6), los proyectos inmobiliarios analizados en este trabajo utilizan el Derecho Real de Conservación. Esta herramienta jurídica es incorporada como mecanismo de promoción de lo que se denominan loteos o parcelas de conservación, donde las empresas desarrollan mega loteos con una serie de limitaciones y regulaciones a la ocupación del territorio. Si bien resulta contradictorio, es importante analizar cómo esta situación podría abrir nuevos desafíos y oportunidades para la conservación privada fuera de las Áreas Silvestres Protegidas.

En este estudio, el objetivo general es analizar el uso del Derecho Real de Conservación en proyectos de parcelación inmobiliaria en Chile. Para esto, se revisaron proyectos inmobiliarios que utilizan esta figura en los denominados loteos de conservación, y se analizaron, a partir de una muestra acotada de contratos constitutivos, sus modos de implementación en el ámbito inmobiliario, examinando la efectividad del Derecho Real de Conservación tras las modificaciones sufridas durante sus ocho años de tramitación.

## **1. LAS MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN EN SU TRAMITACIÓN**

El proyecto de ley que crea el Derecho Real de Conservación fue desarrollado por la organización no gubernamental The Nature Conservancy (TNC), e ingresado al Congreso Nacional el año 2008 (CARVAJAL, 2010, p. 192), siendo promulgado como ley recién en junio del año 2016, por medio de la Ley N.º 20.930. El derecho de conservación es un derecho real que se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada, dándole la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de este.

Este derecho es inmueble y distinto del dominio del bien raíz gravado. Es, además, transferible, transmisible, inembargable, indivisible e inseparable del inmueble o de la parte que se grava. Se puede constituir sobre cualquier bien inmueble y es de duración indefinida, salvo que las partes acuerden lo contrario, según dispone su artículo 2º y 3º.

En sus inicios, el proyecto de ley consideraba como posibles titulares del Derecho Real de Conservación, de manera exclusiva, a personas jurídicas indicadas en el artículo 5º del Proyecto de Ley:

1. El Ministerio de Bienes Nacionales,
2. La Comisión Nacional del Medio Ambiente,
3. La Corporación Nacional Forestal,

4. Las Municipalidades, o
5. Las Corporaciones y Fundaciones constituidas, que tengan como objeto o fin exclusivo la conservación, preservación, promoción o protección del ambiente, la naturaleza, la biodiversidad o las áreas silvestres protegidas, entre otros.

De esta manera se aseguraba que las organizaciones garantes de conservación fueran únicamente instituciones públicas o privadas relacionadas con la conservación ambiental, preocupadas celosamente de que se respeten los compromisos de conservación aceptados por las partes. Sin embargo, durante el trámite legislativo, este artículo fue modificado, dejando como posible titular de Derecho Real de Conservación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, dando paso a que cualquier entidad, no necesariamente relacionada con la conservación, fuera titular de este derecho. También, dentro de las modificaciones realizadas al proyecto de ley, se eliminó el artículo 14 que prohibía la autocontratación, el cual fue concebido en sus inicios para precaver la existencia de intereses patrimoniales directos, lo que permitiría resguardar los intereses en la conservación, por sobre cualquier otro interés.

Igualmente, pese a que el Derecho de Real de Conservación se define dentro de la ley como un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de este, no se define qué se entiende por conservación del patrimonio ambiental, o a qué se hace referencia cuando se habla de sus atributos o funciones. En el proyecto de ley se establece en el artículo 4° que, para todos los efectos, se entiende por conservación ambiental o del ambiente la elaboración y aplicación de todas las medidas que tengan alguno de los siguientes objetos o finalidades:

1. Promover o asegurar la biodiversidad;
2. Preservar o conservar la naturaleza, el patrimonio ambiental, uno o más ecosistemas o hábitats, o determinadas especies animales o vegetales;

3. Proteger el ambiente, evitar su contaminación o deterioro, o repararlo en su caso;
4. Procurar el uso y aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales;
5. Crear, fomentar, tutelar o mantener áreas silvestres protegidas, conforme a lo previsto respecto de estas en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente;
6. Proveer determinados servicios ambientales o ecosistémicos efectivos; o
7. Resguardar, mantener, restaurar o proteger zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes, solo en cuanto sea conciliable con las respectivas regulaciones especiales a las que estén sujetos, las que prevalecerán en caso de discrepancia.

Este apartado fue eliminado de la ley, sin que exista una orientación respecto a los objetos o finalidades emanadas de este concepto, más que las definiciones comprendidas en el artículo 2° de la Ley N.º 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que señala como conservación del patrimonio ambiental: “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”.

Otras de las modificaciones generadas al proyecto de ley, tiene relación con la duración del contrato, el que actualmente es de duración indefinida, salvo que las partes acuerden lo contrario. Originalmente, el proyecto de ley, en su artículo 8, consideraba una duración mínima de 20 años, con la posibilidad de renovación o prórroga, pudiendo ser indefinido, de especificarse. Esto con la finalidad de satisfacer adecuadamente los objetivos de conservación ambiental. Esta modificación al proyecto de ley ha permitido que se celebren contratos de Derecho Real

de Conservación cuya duración es inferior a 20 años, dejando a juicio o voluntad de las partes, la conservación en años posteriores, no garantizando el cuidado de los atributos establecidos inicialmente.

De esta manera, durante su tramitación, se flexibilizan los plazos de duración, se amplía la facultad de ser Garantes de Conservación a personas naturales o jurídicas no relacionadas con este ámbito, y se extienden los objetos o finalidades que busca este derecho real al utilizar la definición comprendida en el artículo 2º de la Ley N.º 19.300.

## 2. IDENTIFICACIÓN Y MÉTODO DE ANÁLISIS DE LOS CASOS DE ESTUDIO

### 2.1 Revisión de casos de estudio

La revisión de casos se realizó durante el año 2021, mediante una búsqueda activa de empresas inmobiliarias que utilizan el Derecho Real de Conservación en la parcelación y venta de terrenos en Chile. En la búsqueda, se utilizaron como criterio distintas combinaciones de las palabras parcela, loteo, parcelación, y derecho real de conservación, en las plataformas de Google, Facebook e Instagram.

Como criterio de selección, se definió que la página web del proyecto indicara explícitamente contar con un Derecho Real de Conservación. Una vez identificadas, estas empresas fueron contactadas para solicitar mayor información respecto a estas figuras establecidas en sus predios, manteniendo contacto vía correo electrónico o entrevista telemática con aquellas inmobiliarias que accedieron. Durante las entrevistas, se hizo hincapié en indagar sobre los alcances del contrato, Organizaciones Garantes de Conservación beneficiarias, plazos establecidos y posibilidad de acceder al contrato de Derecho Real de Conservación.

La información recopilada se relaciona con el total de proyectos encontrados, total de hectáreas asociadas, tamaño de los loteos, total de hectáreas destinadas a la conservación estricta, disponibilidad para compartir el contrato, características del sitio, ubicación y condición de este. La condición se definió en función de las fotografías disponibles y

los *tours* 360° aportados por las mismas inmobiliarias en sus páginas web, donde se observó la presencia de factores de alteración del paisaje existentes previo a los loteos.

## 2.2 Análisis de los contratos constitutivos

A cada empresa contactada se le solicitó acceso a su contrato de Derecho Real de Conservación. Para aquellas que accedieron, se analizó su pertinencia como medida que promueve la conservación de los territorios gravados, realizándose un análisis comparativo con los Estándares para la conservación privada en Chile (Así Conserva Chile y Fundación Tierra Austral, 2020), que entrega recomendaciones para el uso del Derecho Real de Conservación en proyectos de conservación privada a nivel nacional.

El año 2020, Así Conserva Chile en conjunto con la Fundación Tierra Austral, publicaron los primeros estándares para la conservación privada, mandatado por el Ministerio del Medio Ambiente y financiado por CORFO. En estos estándares se definen principios, criterios e indicadores para el adecuado desempeño de las Áreas Protegidas Privadas (APP), Organizaciones garantes de conservación (OGC) y el Derecho Real de Conservación (DRC), con el fin de avanzar hacia una gestión más efectiva de las diferentes entidades de conservación bajo gobernanza privada en Chile. De esta manera, a partir de este documento se define a nivel nacional un punto de comparación que brinda orientación a las Áreas Protegidas Privadas, que además busca otorgar credibilidad y dar sustento para futuras certificaciones. Los estándares para la conservación privada en Chile definen, en su capítulo N°.3, estándares para el uso del Derecho Real de Conservación en un área protegida privada. Si bien, los proyectos de parcelación no corresponden a Áreas Protegidas Privadas, ya que su fin último es inmobiliario, al optar por el uso de esta herramienta se presume la existencia de un interés genuino por la conservación de la naturaleza, y se espera que sus contratos cumplan con lo mínimo exigible para ser considerado una medida efectiva para la protección de la biodiversidad.

Es así como los estándares para la conservación privada en Chile establecen cinco principios, cada uno subdividido en criterios e indicadores, los cuales se detallan a continuación.

Tabla 1. Estándares de conservación en el DRC

Principio	Criterio	Indicador
<b>Nº.1</b> Titularidad apropiada	Naturaleza del titular	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Objeto social</li> <li>2. Misión de conservación</li> <li>3. Cumplimiento de estándares</li> <li>4. Conflictos de interés propietario y titular</li> <li>5. Cotitularidad</li> </ol>
<b>Nº.2</b> Largo plazo	Duración	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Perpetuidad</li> <li>2. Modificaciones</li> </ol>
	Transferencia y sucesión	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Transferencia</li> <li>2. Sucesión</li> </ol>
<b>Nº.3</b> Transparencia y conformidad con la ley	Constitución del Derecho Real de Conservación	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Modo de constitución</li> <li>2. Responsabilidad de los gastos</li> <li>3. Hipotecas, gravámenes o prohibiciones</li> <li>4. Frutos naturales o civiles</li> </ol>
	Conformidad con la ley	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Conformidad con Ley N.º 20.930</li> <li>2. Conformidad con cuerpos normativos de competencia ambiental</li> </ol>
<b>Nº.4</b> Conservación del patrimonio ambiental	Identificación de los valores de conservación	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Valores de conservación</li> <li>2. Reporte del estado de la propiedad</li> <li>3. Superficie bajo Derecho Real de Conservación</li> </ol>
	Efectos del derecho real de conservación	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prohibiciones, restricciones u obligaciones</li> <li>2. Coherencia con los valores de conservación</li> <li>3. Prohibiciones, restricciones u obligaciones por tipo de uso de suelo</li> <li>4. Zonificación</li> </ol>

Principio	Criterio	Indicador
Nº.5 Custodia del DRC	Seguimiento	1. Metodología de monitoreo 2. Frecuencia de monitoreo 3. Documentación del monitoreo 4. Derechos de acceso
	Incumplimientos y acciones correctivas	1. Procedimiento en caso de incumplimiento 2. Acciones correctivas
	Resolución de conflictos	1 Secuencia de resolución de conflictos 2 Mediación por un experto en conservación 3 Mediación por centro de arbitraje 4 Última instancia de resolución de conflictos

Fuente: CONSERVA CHILE Y FUNDACIÓN TIERRA AUSTRAL (2020).

Además de estos principios, los estándares establecen como mínimo en los diseños de los proyectos que:

- i. no deben intervenir zonas prístinas o grandes áreas de vegetación endémica o amenazada;
- ii. deben integrar elementos del paisaje en la distribución de las parcelas y la instalación de servicios, y;
- iii. deben dedicar un porcentaje importante del área del proyecto a la conservación estricta o para usos recreativos de bajo impacto.

Igualmente, un acuerdo de Derecho Real de Conservación debiera prohibir ciertas actividades que causen daños al ecosistema, tales como la tala de especies nativas, ingreso de especies invasoras o vehículos fuera de caminos (FUNDACIÓN TIERRA AUSTRAL, 2020).

### 3. REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS QUE UTILIZAN DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN

Durante el año 2021 se lograron identificar 18 proyectos inmobiliarios que utilizan el DRC como estrategia de conservación, abarcando una superficie aproximada de 6.137 hectáreas a nivel nacional. De estos, no se lograron identificar proyectos que mantengan disponible el contrato de Derecho Real de Conservación en su página web. En total solo fue

posible acceder a cinco contratos constitutivos. La obtención de los contratos resultó ser una limitante para el estudio, por la poca disposición de estas empresas a compartir los métodos de conservación utilizados.

Dada la naturaleza privada de estos documentos se optó por no compartir su información, más allá de los insumos que estos proporcionan para la discusión.

### 3.1. Características y diseño de los proyectos analizados

A continuación, se presenta la ubicación y las características de los proyectos inmobiliarios identificados.

Tabla 2. Año aproximado y ubicación de los proyectos inmobiliarios analizados

Nombre del proyecto	Región	Año aproximado	Punto de referencia	
			Latitud	Longitud
Chaguay	RM	2019	-33.290304	-70.562475
Maitencillo	V	2021	-32.691202	-71.336259
Altos de Panqui	IX	2021	-39.266496	-71.511979
Parque Paso Nevado	IX	2021	-38.509306	-71.599944
Parque Huillín	X	2021	-41.385290	-73.136893
Parque Bosques Inundados	X	2018	-41.385290	-73.136893
Parque Valle Los Ulmos	X	2018	-41.269168	-72.564842
Parque el Mañío	X	2021	-42.796811	-73.864151
Parque Río Palena	XI	2021	-44.838766	-72.652595
Mar de Melinka	XI	2020	-43.983694	-73.730981
Ríos de Coyhaique	XI	2019	-45.804700	-72.647580
Fiordos de Puyuhuapi. Las Cascadas	XI	2021	-44.746256	-72.736125
Fiordos San Rafael	XI	2020	-45.305135	-73.386308
Reserva Escondida	XI	2021	-43.997936	-72.658856
Brisas de Lago Verde	XI	2020	-44.262420	-71.942288
Fiordos de Puyuhuapi Cisnes	XI	2021	-44.702895	-72.690888
Mirador de Pumas	XI	2020	-45.857642	-72.793508
Fiordos de Puyuhuapi II	XI	2020	-44.385089	-72.562566

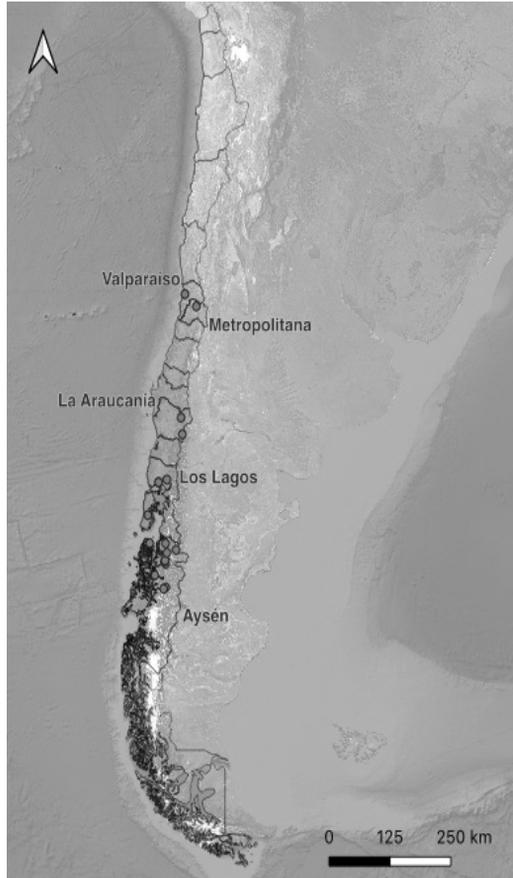
Fuente: elaboración propia a partir de la información disponible en línea.

Tabla 3. Características de diseño de los proyectos inmobiliarios analizados

Nombre del proyecto	Superficie (ha)	Área destinada a Conservación (ha)	Tamaño parcelas (ha)	N.º total de parcelas	Formación vegetal	Condición del sitio
Chaguay	400	343	-	142	Bosque esclerófilo	Área de preservación Ecológica
Maitencillo	32	50% lotes	1	32	Bosque esclerófilo	Alteración baja o nula
Altos de Panqui	31	15	0,5	54	Bosque de araucaria- <i>nothofagus</i>	Alteración baja o nula
Parque Paso Nevado	45	21,5 ha + 10% lotes	0,5	47	Bosque de araucaria- <i>nothofagus</i>	Alteración baja o nula
Parque Huillin	45,5	17	0,5	57	Bosque templado	Alteración baja o nula
Parque Bosques Inundados	43,5	21	0,5	45	Bosque templado	Alteración media o baja
Parque Valle Los Ulmos	650	600	-	46	Bosque templado	Alteración baja o nula
Parque el Mañío	139	74	0,85	55	Bosque templado	Alteración media o baja
Parque Río Palena	712	50% lotes	3 - 32	21 (etapa 1)	Bosque templado	Sin alteración aparente
Mar de Melinka	290	-	3,6 - 5,4	80	Bosque templado	Sin alteración aparente
Ríos de Coyhaique	815	-	5 - 20	90	Bosque templado	Sin alteración aparente
Fiordos de Puyuhuapi. Las Cascadas	291,28	2	3 - 7	52	Bosque templado	Sin alteración aparente
Fiordos San Rafael	1000	2	5	147	Bosque templado	Sin alteración aparente
Reserva Escondida	300	286	2	61	Bosque templado	Sin alteración aparente
Brisas de Lago Verde	138,81	-	< 7	29	Bosque templado	Sin alteración aparente
Fiordos de Puyuhuapi Cisnes	339	2	3 - 8	64	Bosque templado	Sin alteración aparente
Mirador de Pumas	500	-	10 - 14	50	Bosque templado	Sin alteración aparente
Fiordos de Puyuhuapi II	365	-	5 - 20	73	Bosque templado	Sin alteración aparente

Fuente: elaboración propia a partir de la información disponible en línea.

Figura 1. Ubicación de los proyectos inmobiliarios analizados a nivel nacional



Fuente: elaboración propia.

A partir de las características de los proyectos inmobiliarios analizados, se puede analizar si el diseño de estos es compatible o no con la conservación de la biodiversidad. Esto por ejemplo se aprecia en el tamaño de los loteos, los que alcanzan superficies de hasta 32 ha en algunos proyectos (Parque Río Palena), siendo este el caso más favorable para compatibilizar este tipo de actividad con la conservación de la biodiversidad, al mantener predios o parches continuos de gran tamaño. Sin embargo, también se observa que el 33% de los proyectos presentan loteos inferiores a 1 ha, siendo este un diseño que en ningún caso se

compatibiliza con la preservación del territorio, tanto por el alto nivel de fragmentación del paisaje como por la densidad de población que es propiciada por la existencia de estos proyectos en terrenos previamente inhabitados.

La mayoría de los proyectos analizados se ubican en la zona sur de Chile, específicamente en la Región de Aysén. Asociados al bosque templado húmedo, se observan proyectos que abarcan hasta 1.000 ha, que se emplazan en zonas prácticamente vírgenes, muchas veces sin acceso por vía terrestre, donde además no se establecen zonas destinadas para la conservación estricta, como el proyecto Fjordos de San Rafael, donde las 1.000 hectáreas resultan susceptibles de eventuales subdivisiones para uso residencial, dando inicio a un proceso gradual de urbanización en un área antes virgen. Esto no conversa con los estándares para la conservación privada, donde se establece, como mínimo para aportar a la conservación de la biodiversidad, la no intervención de zonas prístinas o de grandes áreas de vegetación endémica o amenazada. Además, se debe dedicar un porcentaje importante del área del proyecto a la conservación estricta o para usos recreativos de bajo impacto, observándose que solo el 50% de los proyectos destina una porción importante del área del proyecto a la conservación.

La mayoría de los proyectos se emplazan en zonas prístinas, con bajo o nulo nivel de alteración o de alto valor ecológico, sin que se observen proyectos de este tipo destinados a la restauración de paisajes degradados. Incluso se observa un proyecto (Chaguay) que se ubica en la precordillera de la comuna de la Región Metropolitana, en terrenos definidos por el Plan Regulador Metropolitano como Área de Preservación Ecológica o de Valor Natural, que originalmente debían permanecer inalteradas, y únicamente destinadas al desarrollo de actividades turísticas y recreativas de bajo impacto.

Finalmente, llama la atención el proyecto Parque Valle Los Ulmos al ser el único que considera el ingreso de personas no propietarias a las áreas de conservación, permitiendo el acceso tanto a visitantes como el desarrollo de investigaciones. Esto resulta de gran relevancia dado que,

de otra manera, estos proyectos poseen limitaciones similares a las históricamente observadas en las Áreas Silvestres Protegidas, en lo que respecta a los impactos sociales a través del desplazamiento y exclusión de las comunidades locales de sus entornos naturales (MARÍN-HERRERA, 2018, p. 265). Esta problemática ha impulsado cambios en el diseño y gestión de las Áreas Silvestres Protegidas en los últimos años para asegurar la conservación a largo plazo al reducir los roces sociales asociados a estas prácticas (CONAF, 2020, p. 7). Lamentablemente los demás proyectos inmobiliarios no contemplan esta apertura, asemejándose a los proyectos turísticos que dependen de la exclusión y segregación territorial para que el consumo del paisaje ocurra sin fricciones sociales (RUBIO, 2020, p. 213), lo que genera una distribución desigual de los beneficios y los costos sociales de la conservación, sin que exista una articulación con las necesidades y expectativas de desarrollo de las comunidades rurales que previamente habitaban el territorio.

### 3.2. Contratos constitutivos de Derecho Real de Conservación

A través del contacto con las diferentes empresas, se pudo observar las diferentes maneras que tienen los proyectos para incorporar los Derecho Real de Conservación dentro de las parcelaciones. Por ejemplo, la Inmobiliaria Activo Austral y Biosfera Austral venden sus parcelas ya gravadas con un Derecho Real de Conservación, mientras que la Inmobiliaria Los Hualves y Altos de Panqui entregan el poder a la inmobiliaria en el contrato de compraventa para que firme uno o varios Derecho Real de Conservación con la fundación titular del derecho, o incorporan como compromiso la firma de un Derecho Real de Conservación en la promesa de compraventa, respectivamente.

Del análisis de los contratos, se identificó hasta qué punto los proyectos se encuentran alineados con los estándares de conservación propuestos por Así conserva Chile y la Fundación Tierra Austral. Al analizar los contratos de Derecho Real de Conservación, se observa una gran disparidad en el formato de los contratos utilizados. Si bien todos hacen referencia a lo establecido en la Ley N.º 20.930, solo dos de los proyectos

cumplen cabalmente con los estándares para la conservación privada, coincidiendo con aquellos que utilizan como Garante de Conservación una organización dedicada a la conservación de la biodiversidad.

Tabla 4. Estándares de conservación en los contratos de DRC

Contrato analizado	Principio N°1 Titularidad apropiada	Principio N°2 Largo Plazo	Principio N°3 Transparencia	Principio N°4 Conservación	Principio N°5 Custodia
1	Fundación dedicada a la conservación de la naturaleza.	Indefinido. Prohíbe la subdivisión.	Se constituye a título oneroso. Los propietarios son responsables de los gastos derivados del contrato.	Se identifican los objetos de conservación. Se acompaña una zonificación del área con prohibiciones, restricciones y obligaciones específicas para cada una de ellas.	Se establece la obligatoriedad de realizar un Plan de Monitoreo. Los propietarios deben entregar reportes de cumplimiento periódicos al titular. Se determinan métodos de resolución de conflictos ante incumplimientos.
2	Conflictos de interés y vicios de cotitularidad. Se faculta al titular a realizar excepciones justificadas al contrato.	5 años, sin referencia explícita a la posibilidad de renovación.	Se constituye a título oneroso. El titular es responsable de los gastos derivados del contrato.	No se identifican los objetos de conservación. No hay una caracterización ecológica de los predios. Prohibiciones, restricciones y obligaciones genéricas.	No se establece la obligación de ejecutar un plan de manejo y seguimiento de las variables ambientales. Se contemplan sanciones por incumplimiento a los propietarios.
3	Conflictos de interés y vicios de cotitularidad. Se faculta al titular a realizar excepciones justificadas al contrato.	5 años, sin referencia explícita a la posibilidad de renovación.	Se constituye a título oneroso. El titular es responsable de los gastos derivados del contrato.	No se identifican los objetos de conservación. No hay una caracterización ecológica de los predios. Prohibiciones, restricciones y obligaciones genéricas.	No se establece la obligación de ejecutar un plan de manejo y seguimiento de las variables ambientales. Se contemplan sanciones por incumplimiento a los propietarios.
4	Conflictos de interés y vicios de cotitularidad. Se faculta al titular a realizar excepciones justificadas al contrato.	5 años, sin referencia explícita a la posibilidad de renovación.	Se constituye a título oneroso. El titular es responsable de los gastos derivados del contrato.	No se identifican los objetos de conservación. No hay una caracterización ecológica de los predios. Prohibiciones, restricciones y obligaciones genéricas.	No se establece la obligación de ejecutar un plan de manejo y seguimiento de las variables ambientales. Se contemplan sanciones por incumplimiento a los propietarios.

Contrato analizado	Principio N°1 Titularidad apropiada	Principio N°2 Largo Plazo	Principio N°3 Transparencia	Principio N°4 Conservación	Principio N°5 Custodia
5	ONG dedicada a la conservación de la biodiversidad. Excepciones acordadas de mutuo acuerdo. Estas no pueden perjudicar los valores de conservación.	Indefinido.	Se constituye a título oneroso. Cronograma de financiamiento compartido.	Se acompaña una zonificación del área y una caracterización ecológica de esta. Se identifican los valores de conservación. Se establecen prohibiciones, restricciones y obligaciones para ambas partes.	Se establece la obligación de ejecutar un plan de monitoreo. Se determinan métodos de resolución de conflictos ante incumplimientos de cualquiera de las dos partes.

Fuente: elaboración propia a partir de la información disponible en línea y en los contratos constitutivos.

### 3.2.1 Principio N°. 1. Titularidad apropiada

Este principio persigue que el titular del Derecho Real de Conservación sea de una naturaleza acorde a la misión que se le está otorgando. Se puede concluir que la naturaleza de la organización garantes de conservación, y su experiencia para llevar a cabo las tareas encomendadas, es un factor fundamental para lograr una conservación efectiva en el territorio. Lo mismo ocurre con la inexistencia de conflictos de interés entre las partes o vicios de cotitularidad. Estos conflictos son susceptibles de impactar en el fiel cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, y son muy preocupantes cuando se le otorga al titular la facultad de realizar excepciones a las prohibiciones establecidas en el contrato, especialmente si se trata de una organización con fines de lucro, lo que introduce un grado de incertidumbre que no permite proyectar la medida de protección en el tiempo.

En los contratos analizados el 40% de los proyectos posee garantes de conservación que efectivamente son organizaciones reconocidas por su enfoque en la conservación de la biodiversidad. Sin embargo, en una parte importante de los proyectos (60%), quien figura como titular del Derecho Real de Conservación es la misma inmobiliaria responsable del proyecto, cuyo objeto social es el negocio inmobiliario y no la conservación de la naturaleza y su biodiversidad. Se observa en uno de los proyectos la existencia de fundaciones dirigidas a la conservación que

comparten el mismo representante legal con la inmobiliaria propietaria de los terrenos, lo que demuestra que son fundaciones creadas por la misma inmobiliaria para actuar como garantes de conservación de sus Derecho Real de Conservación, generando conflictos de interés y vicios la cotitularidad.

Esta situación resulta especialmente delicada, toda vez que el garante no es una institución especializada en la conservación de la naturaleza, y por lo tanto es muy probable que no cuente con los conocimientos adecuados para desarrollar medidas efectivas para la conservación, que incluso pueden ir en desmedro de esta. Igualmente, los vicios de cotitularidad y conflictos de interés no permiten garantizar la independencia del titular al momento de emprender las tareas necesarias para dar cumplimiento a lo acordado en el contrato de Derecho Real de Conservación.

### *3.2.2 Principio N.º 2. Largo plazo*

Este principio busca garantizar la estabilidad del Derecho Real de Conservación como medida de protección en el tiempo. Como indicadores deseables, se propone que se trate de contratos a perpetuidad y que sus condiciones no puedan ser modificadas en el tiempo, en desmedro del objetivo de conservación. Cuando se constituyen contratos con un plazo acotado y sin opciones de renovación, nada garantiza que una vez caducado, los nuevos propietarios de los lotes estén dispuestos a suscribir un nuevo contrato. Por lo tanto, lo deseable es la constitución de contratos indefinidos, acorde al espíritu de la Ley N.º 20.930.

El 40% de los proyectos analizados contemplan un Derecho Real de Conservación indefinido. Estos contratos expresan que ninguna rectificación o modificación es válida, a menos que sea acordada de mutuo acuerdo entre las partes y sujeto siempre a que tal modificación no constituya o sea equivalente a la terminación de este contrato. Además, establecen que las partes no propondrán ninguna rectificación al Derecho Real de Conservación de conformidad al artículo 830 del Código Civil, que pudieran de alguna manera perjudicar los valores de conservación de la propiedad.

Sin embargo, la gran mayoría de los proyectos (60%) establecen contrato de Derecho Real de Conservación de solo 5 años y no se hace referencia explícita a la posibilidad de renovación. En dichos contratos se faculta al titular para autorizar excepciones “justificadas” al Derecho Real de Conservación, con lo cual se deja a su arbitrio el realizar modificaciones a lo estipulado en materia de subdivisión de lotes y autorización de construcciones en terrenos gravados por el Derecho Real de Conservación, para usar “criterios sustentables o con destino para educación ambiental”, entre otras. Cabe mencionar, que justamente son estos los contratos que cuentan con vicios de cotitularidad, por lo que, al permitir excepciones al contrato, se enciende una alarma respecto al compromiso genuino que tiene la empresa inmobiliaria con la conservación de la biodiversidad a largo plazo.

### *3.2.3 Principio N.º 3. Transparencia y conformidad con la ley*

El objetivo de este principio es que el contrato pueda sostenerse al momento de iniciar las acciones legales aplicables, en caso de incumplimiento. De tal manera, no solo se debe seguir lo dispuesto en la ley que crea este derecho real, sino que también a toda la normativa que regula la protección del patrimonio ambiental, y a aquellas normativas que sean pertinentes. Además, el Derecho Real de Conservación se debe constituir de forma transparente con el fin de mantener la confianza en el instrumento, especialmente, en caso de futuros propietarios.

Uno de los proyectos menciona que la constitución del Derecho Real de Conservación se realiza conforme a lo dispuesto en la Ley N.º 20.930, a título oneroso y estableciendo un cronograma de financiamiento compartido durante los primeros cinco años. A partir del sexto año, los titulares y propietarios acuerdan definir de mutuo acuerdo una estrategia de financiamiento de las obligaciones. Sin embargo, en la gran mayoría se constituyen a título oneroso, fijando un valor a pagar por parte del titular, además de responsabilizarlo de los gastos derivados del contrato. En estos, no se hace referencia a posibles hipotecas, gravámenes o

prohibiciones que afecten al predio sirviente y se menciona de forma genérica estar sujeto a lo establecido en la Ley N.º 20.930.

#### *3.2.4 Principio N.º 4. Conservación del patrimonio ambiental*

Se busca que el contrato de Derecho Real de Conservación identifique claramente los objetos o valores de conservación del predio en cuestión. Para esto, lo deseable es que incluya una caracterización ecológica de la propiedad, indique claramente la superficie sujeta a Derecho Real de Conservación y establezca prohibiciones, restricciones u obligaciones coherentes con los valores de conservación. Si no se identifican correctamente los valores de conservación, el establecimiento de obligaciones y prohibiciones genéricas, fundadas en buenas intenciones, pueden no estar alineadas con las reales necesidades de protección del territorio. Aunque se valora el reconocimiento a la necesidad de conservar, se desconoce qué es lo que se debe conservar y cómo. Estas deficiencias pueden estar influidas por la idoneidad de las organizaciones garantes de conservación y sus reales capacidades técnicas para ejecutar lo comprometido.

El 40% de los Derechos Reales de Conservación identifican los valores de conservación y poseen una zonificación que se acompaña como anexo del contrato, donde señalan la superficie destinada a loteos, aplicando el derecho real a la superficie restante. En estos casos se incluye como anexo del contrato un reporte de caracterización ecológica, que entrega una visión del estado de la propiedad.

Por otro lado, se establecen prohibiciones, restricciones y obligaciones para ambas partes, alineadas con los objetos de conservación. También se dejan establecidas las actividades que sí están permitidas en el predio, las que además de restauración y múltiples acciones tendientes a la conservación, incluyen recreación y turismo, incluso con fines comerciales, siempre que dicho uso no tenga un impacto materialmente adverso en los valores de conservación, y siga los protocolos establecidos de mutuo acuerdo entre el propietario y el garante.

Sin embargo, en el 60% de los proyectos no se observa una identificación de objetos de conservación específicos, ni una caracterización ecológica de los predios. Se establece que el área gravada por el Derecho Real de Conservación es la totalidad del predio subdividido en lotes. No obstante, solo se recurre a prohibiciones, restricciones y obligaciones genéricas del tipo: “Proteger, cuidar y resguardar el ecosistema, la flora, fauna, y cursos de agua superficiales y subterráneas”. Llama la atención que mientras en un artículo se prohíbe el desarrollo inmobiliario, en otro se autoriza al titular para hacer excepciones al respecto, y permitir intervenciones inmobiliarias de un máximo del 5% de cada lote. Lo mismo ocurre con la subdivisión de lotes, acción que se encuentra prohibida por el contrato, pero sujeta a excepciones según lo que establezca el titular del derecho.

### *3.2.5 Principio N.º 5. Custodia del Derecho Real de Conservación*

Este principio busca garantizar la continuidad en el tiempo y la correcta ejecución de las medidas de protección comprometidas en el Derecho Real de Conservación. Se recomienda realizar seguimientos mediante monitoreos regulares, que permitan conocer el estado de los valores de conservación identificados en un comienzo, así como el impacto positivo o negativo de las medidas adoptadas por el titular.

El 40% de los contratos expresan la obligación del titular de verificar el cumplimiento de las prohibiciones, restricciones u obligaciones establecidas en el contrato, a través de informes periódicos de monitoreo, con una frecuencia de al menos una vez al año. Se establece que estos informes deberán incluir una descripción del estado actual de la propiedad y de los valores de conservación, así como también cualquier otro asunto de relevancia para los propósitos establecidos. También el propietario le confiere al titular derecho de acceso e inspección, de manera perpetua e irrevocable respecto de la propiedad, a fin de verificar el debido cumplimiento del Derecho Real de Conservación.

Este contrato contempla una secuencia de métodos de resolución de conflictos ante incumplimientos de cualquiera de las dos partes, basados

en la buena fe. De igual forma, se fijan multas en dinero en caso de que un propietario incumpla las prohibiciones o restricciones. Este deberá indemnizar al titular de todo daño, costo legal, gasto y/o multa derivada de dicho incumplimiento. Asimismo, el propietario incumplidor deberá implementar, a su costa, las acciones que sean conducentes a restaurar, remediar o reparar cualquier deterioro de los valores de conservación.

Por otra parte, el 60% de los proyectos analizados no contemplan ninguna obligación de monitorear. Al no establecer monitoreos, no es posible identificar si las medidas de conservación realmente cumplen con su objetivo. Sí se contemplan sanciones en caso de incumplimiento de las prohibiciones y restricciones, las cuales van desde una amonestación escrita para los incumplimientos leves, hasta multa de 5 a 50 unidades tributarias anuales para incumplimientos graves, con obligación de implementar un plan de recuperación. Estas sanciones solo afectan a los propietarios y no se establece un método para sancionar incumplimientos al contrato de Derecho Real de Conservación por parte del titular.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusión, el uso del Derecho Real de Conservación en la venta de parcelas por parte de empresas inmobiliarias en la mayoría de los casos no se compatibiliza con la conservación de la biodiversidad tanto por el diseño de los proyectos como por los detalles de sus contratos constitutivos, donde la mayoría no cumple con ninguno de los principios mencionados. Esto último hace dudar del interés genuino de estos proyectos por la conservación de la naturaleza, y permite orientar la reflexión en torno a que, dada la flexibilidad con la que cuenta el Derecho Real de Conservación, no asegura por sí sola la conservación de la naturaleza. Sin embargo, es necesario mencionar que inicialmente, antes de las modificaciones al proyecto de ley, el Derecho Real de Conservación se pensaba como una herramienta mucho más rígida, contando con diversos controles para cautelar la genuina observancia del interés público en materia ambiental en virtud del cual se constituye.

Se considera al Derecho Real de Conservación como un buen instrumento de gestión, pues posee plasticidad suficiente para adaptarse entre los distintos atributos a conservar y los intereses de los propietarios, generando una corresponsabilidad virtuosa. Sin embargo, esta misma plasticidad es la que permite que esta figura no sea suficiente para asegurar un genuino interés por la conservación, pudiendo ser utilizada perfectamente solo como *marketing* en los proyectos inmobiliarios sin que esto signifique ningún compromiso real por parte de las inmobiliarias. De esta manera, si bien el Derecho Real de Conservación puede ser un aporte para la conservación privada, esto solo es posible cuando el diseño del proyecto es realmente compatible con la conservación y se cumple con los criterios mínimos establecidos por los estándares de conservación privada.

Además del contrato constitutivo, el diseño de los proyectos inmobiliarios también da luces sobre el genuino interés de las inmobiliarias por establecer proyectos que aporten a la conservación de la naturaleza. Como se observó anteriormente, proyectos de esta naturaleza y magnitud en zonas prístinas difícilmente aportan a la conservación del territorio, principalmente cuando, como se observó en algunos proyectos, no existen zonas comunes destinadas a la conservación estricta, y los loteos presentan superficies inferiores a 1 hectárea, sin restricciones y prohibiciones dirigidas a la subdivisión.

En este sentido, y observando el modo de implementación de este derecho a partir de los contratos constitutivos, es posible identificar ciertos elementos que dan paso a un uso ineficiente del Derecho Real de Conservación como herramienta de conservación. Así, las modificaciones del contrato constitutivo son susceptibles de aportar enormemente en la mejora de este derecho, sin limitar de sobremanera la libertad de los propietarios, respetando la naturaleza de esta herramienta de conservación que emana de la autonomía de la voluntad de las partes.

Como se observó anteriormente, tanto una corta duración del contrato del Derecho Real de Conservación, como los conflictos de interés y la cotitularidad existente entre las organizaciones garantes de

conservación y las empresas inmobiliarias, además de la falta de planes de manejo y seguimiento de las obligaciones, son situaciones que alertan sobre la eficiencia de esta herramienta para la conservación de la naturaleza. Permitir que cualquier persona natural o jurídica actúe como garante de conservación, da paso a que quienes no tengan un interés por la conservación o no cuentan con los conocimientos necesarios, diseñen planes de conservación basados solo en buenas intenciones, que dañan enormemente y de manera irreversible el paisaje, sobre todo en el escenario actual, donde la ausencia de planificación permite que estos proyectos se instalen generando núcleos urbanos en zonas de alto valor ecológico (INE, 2020, p. 74).

Volver a incorporar aspectos del proyecto de ley original, como las restricciones a quienes pueden o no ser garantes de conservación, así como la duración mínima de 20 años permitiría mejorar el instrumento. Sin embargo, aspectos como la ejecución y supervisión de un plan de manejo nunca se han establecido como obligaciones para las organizaciones garantes de conservación, ni en el proyecto de ley, así tampoco en la ley vigente. Si bien en ambos textos se alude a este tema, en el artículo 6 y 7, respectivamente, no comprende necesariamente un deber del titular, dado que se establece que “deberá acordar al menos una de las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones”. Por tanto, es posible que no se estipule el deber de hacerse cargo de ejecutar y supervisar un plan de manejo (CABEZA, 2014, p. 131), pese a que esta es fundamental para establecer el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, así como para determinar la suficiencia de las acciones definidas para lograr los objetivos de conservación planteados.

Finalmente, si estos proyectos buscan ser caracterizados como proyectos de conservación en el territorio, es necesario que exploren la manera de abordar los impactos sociales que producen en las comunidades locales. Esto refiere principalmente a los impactos derivados de la generación de un aumento acelerado de la población local, alterar los estilos de vida propio de las áreas rurales y desplazar o excluir a las comunidades de sus entornos naturales. Esto, al igual que como sucede en

las Áreas Silvestres Protegidas, así como lo ha hecho el proyecto Parque Valle Los Ulmos, se puede abordar a partir de la apertura de las áreas comunes destinadas a la conservación al resto de la comunidad, permitiendo sus usos recreativos e incluso tradicionales, de manera sustentable.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, Mauricio, PAUCHARD, Aníbal, AZÓCAR, Gerardo y PARRA, Oscar (2009): “Cambio del uso del suelo en el centro sur de Chile a fines del siglo XX: Entendiendo la dinámica espacial y temporal del paisaje”, en *Revista chilena de historia natural*, vol. 82, N°.3, pp. 361-374. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-078X2009000300004>
- ALIANZA PARA LAS MEDIDAS DE CONSERVACIÓN (CMP) (2013): *Estándares Abiertos para la Práctica de Conservación. Alianza para las Medidas de Conservación*. Disponible en: <https://conservationstandards.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/10/CMP-Open-Standards-V3-Spanish.pdf>
- ARMESTO, Juan J., SMITH-RAMÍREZ, Cecilia, LEÓN, Pedro y ARROYO, Mary Kalin (1992): “Biodiversidad y conservación del bosque templado en Chile”, en *Ambiente y Desarrollo*, vol. 8, N°.4, pp. 19-24.
- ARMESTO, Juan J., PAPIĆ, Claudia y PLISCOFF, Patricio (2002): “Relevancia de las pequeñas áreas silvestres para la conservación de la biodiversidad en el bosque nativo”, en *Ambiente y Desarrollo*, vol., 18, N°.1, pp. 44-50.
- ARRIAGADA, Rodrigo A., ECHEVERRÍA, Cristian. M. y MOYA, Danisa E. (2016): “Creating protected areas on public lands: is there room for additional conservation?”, en *PLOS ONE*, vol. 11, N°.2, e0148094. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0148094>
- ASÍ CONSERVA CHILE Y FUNDACIÓN TIERRA AUSTRAL (2020): “Estándar para el uso del Derecho Real de Conservación en una APP”, en ASÍ CONSERVA CHILE Y FUNDACIÓN TIERRA AUSTRAL (eds.), *Estándares para la conservación privada en Chile* (pp. 140-200). (Santiago de Chile: Así Conserva Chile A.G.). Disponible en: [www.estandares-paraconservar.cl](http://www.estandares-paraconservar.cl)
- BEHNCKE, Isabel y ARMESTO, Juan J. (2004): “Conservation innovation in South-Central Chile”, en *The Report on Conservation Innovation* (pp. 12-19). (Harvard University).
- CARVAJAL, Ignacio (2010): “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, N°.2, pp. 177-221.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (CONAMA) (2003): *Estrategia Nacional de Biodiversidad*. Disponible en: [https://www.conaf.cl/cms/editorweb/GEF-BM/Apendice-7\\_01-Estrategia\\_Nacional\\_Biodiversidad.pdf](https://www.conaf.cl/cms/editorweb/GEF-BM/Apendice-7_01-Estrategia_Nacional_Biodiversidad.pdf)

- CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (CONAF) (2020): *Marco de acción para la participación de la comunidad en la gestión del SNASPE*. Documento de Trabajo N°.611. Gerencia de Áreas Silvestres Protegidas Corporación Nacional Forestal. Disponible en: [https://www.conaf.cl/wp-content/files\\_mf/1605703679MARCODEACCIONPARALAPARTICIPACIONCONAF.2020.pdf](https://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1605703679MARCODEACCIONPARALAPARTICIPACIONCONAF.2020.pdf)
- DE VOS, Jurriaan, JOPPA, Lucas, GITTLEMAN, John, STEPHENS, Patrick y PIMM, Stuart (2014): “Estimating the normal background rate of species extinction”, en *Conservation biology*, vol. 29, N°.2, pp. 452-462. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cobi.12380>
- FAHRIG, Lenore (2003): “Effects of habitat fragmentation on biodiversity”. *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, vol. 34, pp. 487-515. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.ecolsys.34.011802.132419>
- HIDALGO, Rodrigo, CAMUS, Pablo, PAULSEN, Alex, OLEA, Jorge y ALVARADO, Voltaire (2016): *Extractivismo inmobiliario, expoliación de los bienes comunes y esquilmación del medio natural. El borde costero en la macrozona central de Chile en las postrimerías del neoliberalismo* (pp. 251-270). (Innsbruck: Die Innsbrucker Geographischen Studien werden herausgegeben vom Innsbrucker Studienkreis für Geographie).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE) (2020): “Parcelas de agrado desde la perspectiva censal y territorial, casos regionales”. Sub-Departamento De Geografía. Disponible en: [https://geoarchivos.ine.cl/File/pub/Parcelas%20de%20agrado%20desde%20la%20perspectiva%20censal%20y%20territorial\\_%20Regiones.pdf](https://geoarchivos.ine.cl/File/pub/Parcelas%20de%20agrado%20desde%20la%20perspectiva%20censal%20y%20territorial_%20Regiones.pdf)
- MARÍN-HERRERA, Maritza (2018): “¿Cómo superar las pobrezaas generadas por la conservación? Desarrollo endógeno en las comunidades mapuche aledañas al Parque Nacional Villarrica, Chile”, en *Revista Latinoamericana*, vol. 51, pp. 257-280. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1344>
- NAUGHTON-TREVES, Lisa, HOLLAND, Margaret y BRANDON, Katrina (2005): “The role of protected areas in conserving biodiversity and sustaining local livelihoods”, en *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 30, pp. 219-252. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.energy.30.050504.164507>
- PARKS, Sean y HARCOURT, Alexander (2002): “Reserve size, local human density, and mammalian extinctions in US protected areas”, en *Conservation Biology*, vol. 16, N°.3, pp. 800-808. Disponible en: <https://doi.org/10.1046/j.1523-1739.2002.00288.x>
- PINTOS, Patricia y NARADOWSKI, Patricio (2012): “Cambios en la configuración de los territorios metropolitanos y proyectos en pugna en un país de periferia capitalista”, en PINTOS, Patricia y NARADOWSKI, Patricio (eds.). *La privatopía sacrilega Efectos del urbanismo privado en humedales de la cuenca baja del río Luján* (pp. 17-33). (La Plata: Universidad Nacional de La Plata).
- PLISCOFF, Patricio (2022): “Actualización de las áreas protegidas de Chile: análisis de

- representatividad y riesgo climático”, en *Centro de estudios públicos* N°.39, pp. 1-45. CID: 20.500.12592/m1ck66. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/investigacion/actualizacion-de-las-areas-protégidas-de-chile-analisis-de/>
- RIVARD, Donald, POITEVIN, Jean, PLASSE, Daniel, CARLETON, Michel y CURRIE, David (2000): “Changing species richness and composition in Canadian national parks”, en *Conservation Biology*, vol. 14, N°.4, pp. 1099-1109. Disponible en: <https://doi.org/10.1046/j.1523-1739.2000.98247.x>
- ROJAS, Carolina, PINO, Joan y JAQUE, Edilia (2013): “Strategic Environmental Assessment in Latin America: A methodological proposal for urban planning in the Metropolitan Area of Concepción (Chile)”, en *Land Use Policy*, vol. 30, pp. 519 - 527. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2012.04.018>
- RUBIO, Ignacio (2020): “Propiedad, infraestructura y conservación como mecanismos de exclusión en el proceso de desarrollo turístico en la costa de Oaxaca, México”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 51, N°.2, pp. 213-237. Disponible en: <https://doi.org/10.36517/rcs.2020.2.d06>
- SEPÚLVEDA, Claudia, MOREIRA, Andrés y Villarroel, Pablo (1997): “Conservación biológica fuera de las áreas silvestres protegidas”, en *Ciencia y Ambiente*, vol. 8, N°.2, pp. 48-58.
- TRIMANO, Luciana, DE ABRANTES, Lucía y GREENE, Ricardo (2022): “Gestión de la pandemia a múltiples escalas: tensiones entre centro y periferia”, en *Bitácora Urbano Territorial* vol. 32, N°.2, pp. 199-212. Disponible en: <https://doi.org/10.15446/bitacora.v32n2.99215>
- TRIMANO, Luciana y MATTIOLI, Denise (2023): “Vivir en la naturaleza. Movilidad residencial y extractivismo inmobiliario en las sierras de Córdoba (Argentina)”, en *Territorios* N°.48, pp. 1-26. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/territorios/a.12319>
- WATSON, James, DUDLEY, Nigel, SEGAN, Daniel y HOCKINGS, Marc (2014): “The performance and potential of protected areas”, en *Nature* N°.515, pp. 67-73. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/nature13947>



# ALGUNOS CRITERIOS PARA EVALUAR LOS IMPACTOS AMBIENTALES DE LA SALMONICULTURA EN CHILE: COMENTARIOS DE LA SENTENCIA R-20-2019 COMUNIDAD INDÍGENA ATAP Y OTROS CON COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA REGIÓN DE MAGALLANES

Some criteria used to assess the environmental impacts of salmon farming in Chile: comments to the case R-20-2019 ATAP Indigenous Community and others with the Commission of Environmental Assessment of the Magallanes Region

## **Diego Zuñiga Cañete**

Abogado. Magíster en Derecho, Mención Recursos Naturales de la Universidad Católica de Norte  
Magíster en Derecho inmobiliario y Registral de la Universidad Central de Chile  
Analista legal regional de la Dirección General de Aguas, Región de Antofagasta.  
Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad La República, sede Antofagasta  
zunigadiego888@gmail.com

*RESUMEN: Los demandantes argumentaron que el proyecto no debería haber recibido una calificación ambiental positiva, ya que el titular no proporcionó la información necesaria para descartar posibles efectos significativos en la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables. Añadieron que hubo una falta de caracterización adecuada del área de influencia del proyecto, especialmente en lo que respecta a su biodiversidad. También cuestionaron la precisión de la modelación llevada a cabo durante la evaluación, argumentando que no se permitió rechazar el impacto en la biodiversidad marina, ya que los resultados se basaron exclusivamente en literatura científica. El enfoque principal de este trabajo se dirige hacia la cuestión concreta de la inclusión de proyectos recientes en el ámbito de la salmonicultura, así como la ampliación de proyectos preexistentes, en el proceso de evaluación ambiental. Aquí se analizan detenidamente los impactos ambientales que con frecuencia se subestiman o tratan de evadir a través de la utilización de modelos extranjeros que no han sido debidamente ajustados a nuestra realidad ambiental.*

*PALABRAS CLAVE: área de influencia, biodiversidad, DEPOMOD, efectos significativos en el medio ambiente, estudio de impacto ambiental, falta de caracterización, información errónea, recursos renovables.*

*ABSTRACT: The plaintiffs argued that the project should not have received a positive environmental rating, as the holder did not provide the necessary information to rule out possible significant effects on the quantity and quality of renewable natural resources. They also claimed that there was a lack of adequate characterization of the area of influence of the project, especially regarding its biodiversity. They also questioned the accuracy of the modeling carried out during the assessment, arguing that it did not allow the rejection of the impact on marine biodiversity, as the results were based exclusively on scientific literature. The main focus of this work is directed toward the specific issue of the inclusion of recent projects in the field of salmon farming as well as the expansion of pre-existing projects in the environmental assessment process. Here, the frequently underestimated or evaded environmental impacts are carefully analyzed through the use of foreign models that have not been properly adjusted to our environmental reality.*

*KEYWORDS: area of influence, biodiversity, DEPOMOD, environmental impact study, lack of characterization, misleading information, significant effects on the environment, renewable resources.*

## INTRODUCCIÓN

Las actividades humanas frecuentemente producen alteraciones en los ecosistemas, las que generan efectos adversos en el medio ambiente. El presente artículo se abocará a los impactos de la salmonicultura, que está asociada básicamente al cultivo de especies de alto nivel trófico –carnívoras– que requieren la incorporación al medio ambiente de una fuente exógena de energía, que es el alimento (FOLKE et al., 1998, p. 566).

En Chile, la producción de salmones aumentó de 49.871 toneladas en 1992 a 311.000 toneladas en el año 2004, lo que equivale a un aumento del 600% en tan solo 12 años. Actualmente se exportan 900 mil toneladas de salmón al año. Estas cifras sitúan a Chile como el segundo productor salmonero del mundo, después de Noruega (BUSCHMANN Y FORTT, 2005, p. 58).

Los métodos que se utilizan para el cultivo intensivo de peces impactan en el medio ambiente a través de distintas formas. La principal es la alimentación de los salmones y a través de los desechos.

La salmonicultura en Chile se ha caracterizado por no tener una visión de sustentabilidad ambiental. Más bien, han primado las metas productivas en desmedro de su entorno ecológico inmediato, lo cual finalmente ha generado mortalidades masivas de salmones de cultivo, afectando directamente a la industria, como el virus ISA el año 2007, los eventos de floración de algas nocivas (FAN) y el escape masivo de ejemplares.

La legislación nacional que descansa en la Ley N°.19.300, Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley N°.18.892 de Pesca y Acuicultura y sus posteriores modificaciones, entre otras, regulan la actividad acuícola del país. Estas normativas se han caracterizado por ser tardíamente reactivas respecto a las catástrofes ambientales de la industria salmoneera, particularmente en relación con el control sanitario, control productivo respecto a la capacidad de carga ambiental, administración de las concesiones marinas, permisos ambientales poco rigurosos a través de las Declaración de Impacto Ambiental (DIA), entre otros ejemplos.

El presente trabajo se enfoca específicamente en este último aspecto, relacionado con el ingreso de nuevos proyectos de salmonicultura o ampliaciones de proyectos antiguos, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Se analizan los impactos ambientales, que muchas veces se subestiman y se tratan de obviar utilizando modelos importados que no han sido consolidados a nuestra realidad ambiental, a objeto de revisar el cumplimiento de las exigencias impuestas por dicho sistema.

Para ello, se analiza una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental en relación con una demanda interpuesta por una comunidad indígena Kawésqar en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental, por aprobar una Declaración de Impacto Ambiental a través de una Resolución de Calificación Ambiental favorable, asociada a un proyecto salmoneero en la península de Benson, cerca de Puerto Natales y ubicada a 1.600 metros del Parque Nacional Kawésqar.

Finalmente, a la luz de esta reflexión, se proponen cambios en los criterios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, respecto a la evaluación de proyectos de salmonicultura. Lo anterior, toda vez que existe abundante información científica tanto nacional como internacional de los impactos nocivos de este tipo de acuicultura.

Para desarrollar este tema se abordará primero la enorme literatura científica que da cuenta de los innegables impactos ambientales que ostenta la salmonicultura a nivel mundial y como llega también a afectar la salud humana. Luego, comentaremos la sentencia del Tribunal Ambiental y posteriormente, algunas directrices para mejorar la gestión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental existente hoy día.

## **1. IMPACTOS DE LOS DESECHOS ORGÁNICOS E INORGÁNICOS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD HUMANA**

A continuación, sistematizaremos la información relativa a los impactos ambientales derivados de la acuicultura, en torno a tres grandes temáticas. En primer lugar, analizaremos los impactos de la materia orgánica producida por esta actividad, al fondo marino y la columna de agua en general, en donde se sitúan los proyectos. Un segundo criterio de análisis será conformado por el efecto de los compuestos químicos utilizados en distintas fases del sistema productivo, sobre el ambiente. Por último, analizaremos los efectos en la salud humana por la ingesta de salmones controlados con antibióticos.

### **1.1. Impactos de la materia orgánica sobre el fondo y la columna de agua**

El mayor e inmediato impacto ambiental que produce la salmonicultura es a través de la alimentación de los salmones: el alimento no consumido que es altamente proteico y a través de los desechos o heces de los peces (BUSCHMANN, 2001, p. 10).

Los desechos producen alteraciones tanto en la columna de agua como en el fondo blando que esta debajo de las instalaciones de cultivo,

es decir, jaulas que mantienen a los peces confinados (FOLKE y KAUTSKY, 1989, p. 241). Los productos de excreción son dispersados por las corrientes, en tanto los sólidos, como es el alimento no ingerido y las heces, se depositan en el fondo marino y la zona costera aledaña al cultivo (BEVERIDGE, 1996, p. 84). Durante la decantación, las partículas pueden ser consumidas por peces silvestres, descomponiéndolas en unas aún más finas. La actividad microbiana permite que los diferentes nutrientes se solubilizan (PHILLIPS et al., 1985, p. 34). La cantidad y velocidad de descomposición y solubilización depende de factores como la velocidad de corrientes, temperatura del agua y propiedades físico-químicas de las partículas (CARSS, 1990, p. 36).

Está documentado como este fenómeno afecta aumentando la cantidad de nitrógeno y fósforo de los sistemas acuáticos, disminuyendo el oxígeno disponible, generando eutroficación<sup>1</sup>, estimulando la aparición de algunos organismos, la ausencia de otros y alterando gravemente los ecosistemas acuáticos (CHO y BUREAU, 1997, p. 158; HALL et al., 1990, p. 64; HOLBY y HALL, 1991, p. 269; MILEWSKI, 2001, p. 171; PETTERSON, 1988, p. 219).

Esta descomposición termina en los elementos moleculares más básicos. Se ha estimado en algunos estudios que más del 60% del fósforo (P) y el 80% del nitrógeno (N), aportado por los desechos de las especies cultivadas, termina finalmente en la columna de agua. Estos cambios en la columna de agua incluirían alzas en los niveles de nutrientes; aumento de la materia orgánica disuelta; una reducción de la concentración de oxígeno disuelto; alteración del pH, de los niveles de conductividad y transparencia del agua (BROWN et al., 1987, p. 44; HALL et al., 1992, p. 83; WALLIN y HAKANSON, 1991, p. 50).

Además, se ha correlacionado la abundancia de especies de fitoplancton tóxico con la presencia de sistemas de cultivo. SUAREZ y GUZMÁN

---

<sup>1</sup> Este fenómeno denominado eutroficación implica cambios biológicos y ecológicos; incrementa la producción primaria, es decir, la cantidad de microalgas; cambios en la composición de las especies de microalgas; *bloom* o sobreproducción de microalgas muy densos y frecuentemente tóxicos; baja o nula concentración de oxígeno; mortalidades masivas en invertebrados y peces y, finalmente, cambios en la estructura de comunidades bentónicas.

informan que el cultivo intensivo de peces en espacios confinados como jaulas, ha causado floraciones de especies de microalgas no tóxicas que pueden llegar a ser altamente nocivas y hasta letales por acumularse en lugares de donde los peces cultivados no pueden escapar (1988, p. 66).

Se estima que el alimento no consumido por los peces que entran al ambiente marino, varía entre 15 a 20% en los casos que se refiere a alimento seco (BURD, 1997, p. 42). Respecto a las heces, se estima que la producción de 1 kg de salmón del atlántico genera 162 grs. de fecas (BERGHEIM y ÅSGARD, 1996, p. 62).

Por otra parte, la materia orgánica que llega al sedimento se acumula y estimula la producción bacteriana, cambiando su composición química, la estructura y funciones de los mismos (ENELL y LOF, 1985, p. 83; KASPAR et al., 1988, p. 333). Algunos efectos del aumento de la carga de materia orgánica y de los nutrientes en los sedimentos son: disminución de las concentraciones de oxígeno y aumento de la demanda biológica de oxígeno –los sedimentos aumentan su condición anaeróbica y reductora–; se producen alteraciones en los ciclos normales de nutrientes, incrementando el ingreso de nitrógeno (N) y fósforo (P) desde los sedimentos hacia la columna de agua; producción de metano e hidrógeno sulfhídrico en zonas marinas; además de un aumento de los lípidos (HALL et al., 1992, p. 88; HARGRAVE et al., 1993, p. 252; HENDERSON et al., 1997, p. 73; HOLBY y HALL, 1991, p. 266; HOLMER y KRISTENSEN, 1992, p. 197).

Un estudio realizado en Chile mostró que, por cada tonelada de salmón producido, se acumulan 1,4 toneladas de desechos orgánicos, considerando excretas y alimentos no consumidos. De estas, 1,2 toneladas son desechos sólidos, con un contenido de 20,5 kg de fósforo total y 42,6 kg de nitrógeno total (SALAZAR et al., 2005, p. 2).

Habitualmente, la zona que se ve afectada por la actividad acuícola es muy localizada y circunscribe el área de cultivo entre 20 a 50 metros. Pero en algunas ocasiones sus efectos pueden alcanzar hasta 150 metros de las jaulas (BEVERIDGE, 1996, p. 170). El enriquecimiento de los fondos marinos con materia orgánica también puede afectar la abundancia de la meiofauna, por ejemplo, nemátodos y copépodos (BEVERIDGE, 1996, p.

192; SANDULLI y GIUDICI, 1989, p. 225). La sedimentación de materia orgánica, en su impacto más radical, puede generar efectos sobre los propios organismos en cultivo. Se han reportado muertes de peces cultivados, como consecuencia de una inversión de los estratos de agua del fondo con una baja concentración de oxígeno en un lago estratificado y aumentos de mortalidad por la disminución del oxígeno en zonas costeras (LUMB, 1989, p. 377; SANTIAGO, 1995, p. 415).

## 1.2. Impactos de los compuestos químicos sobre el ambiente

Otro importante grupo de compuestos contaminantes que se utilizan habitualmente en la actividad de la salmonicultura es la producida por los agentes químicos. Elementos utilizados en la protección contra la corrosión de estructuras metálicas –pinturas– y en anti-*fouling* contra organismos incrustantes como piures, choritos y picorocos que aumentan la carga de los sistemas flotante; así como antibióticos, utilizados para tratar enfermedades; pigmentos que son parte del alimento; desinfectantes o pesticidas para tratamiento de ectoparásitos (BUSCHMANN, 2001, p. 17).

Estudios desarrollados en los fiordos y canales del sur de Chile desde 1996, a lo largo de 300 km de costa, sugieren que el impacto de las salmoneras sobre la pérdida de biodiversidad bentónica en un 50% ha sido causado por la deposición de materia orgánica, bajos niveles de oxígeno (SOTO y NORAMBUENA, 2004, p. 497) y, además, por la alta concentración de cobre en los sedimentos (BUSCHMANN, 2002, p. 3).

Dentro de los fármacos utilizados para combatir enfermedades, existen una gran variedad de productos tales como antibióticos, fungicidas y compuestos antiparasitarios. En términos generales, los fármacos son requeridos más en el cultivo de especies marinas que en organismos cultivados en cuerpos de aguas continentales (BEVERIDGE, 1996, p. 181).

Los antibióticos utilizados para el tratamiento de las diversas patologías son suministrados vía oral a través del alimento o como vacunas inyectables. En el primer caso, una parte importante de estos compuestos

termina en el ambiente, gracias al alimento no ingerido y en las fecas, los que pueden ser consumidos por organismos detritívoros o peces silvestres que se alimentan alrededor de los sistemas de cultivo. Los antibióticos solubles se diluyen rápidamente y otros, como la oxitetraciclina, son fotodegradables. También, se ha determinado que diferentes antibióticos pueden permanecer durante varios meses en los sedimentos (COYNE et al., 1994, p. 34; LUNESTAD, 1992, p. 158; SAMUELSEN, 1992, p. 165; WESTON, 1991, p. 545; ; WESTON, 1996, p. 44).

Otros estudios han establecido que los antibióticos pueden estar presentes a cientos de metros de los sistemas de cultivo, permanecer en el ambiente por más de dos semanas luego de ser suministrados y encontrarse en organismos que consumieron restos de alimentos con residuos de antibióticos (LUNESTAD, 1992, p. 155; SAMUELSEN, 1992, p. 164; YNDESTAD, 1992, p. 503).

### 1.3. Efectos de los antibióticos sobre poblaciones humanas

Chile no ha estado ajeno a los problemas sanitarios de la salmicultura, principalmente el uso intensivo de un amplio espectro de antibióticos en la producción de peces (EL CIUDADANO, 2017). Esta práctica no solo impacta en los peces cultivados, sino que también afecta a especies silvestres que habitan alrededor de las jaulas y a la población humana que, indirectamente a través de los peces, consume estas sustancias.

La existencia de enfermedades bacterianas con implicaciones económicas para la industria acuícola nacional ha demandado el uso de antibióticos en la prevención y tratamiento de estas enfermedades (BRAVO et al., 2005, p. 217; CABELLO, 2004, p. 1003; CABELLO, 2006, p. 1140). Como ha sido demostrado en otros países, este uso excesivo de antibióticos en acuicultura tiene implicaciones negativas para la salud humana y animal (CABELLO, 2004, p. 1002; WOLF, 2004, p. 910), así como para el medio ambiente (CABELLO, 2006, p. 1140; BUSCHMANN et al., 2004, p. 1003; HEKTOEN et al., 1995, p. 180; SAMUELSEN et al., 1992, p. 164). En nuestro país, el uso indiscriminado de antibióticos de forma preventiva ha llevado a la industria a usar 75 veces más antibióticos por kilo de pez producido que en

Noruega u otros países europeos, lo que sugiere que existe una mayor higiene y eficiencia técnica en estos últimos países (CABELLO, 2003).

En Chile, como en otras partes del mundo, los recintos acuícolas y sus jaulas están rodeados de diversos ambientes acuáticos donde habitan y se realiza la pesca artesanal de diferentes mariscos y peces silvestres para el consumo humano (BUSCHMANN et al., 2006 p. 1341). Algunas de estas especies se nutren del alimento no consumido por los peces cultivados y de las heces de estos mismos (COYNE et al., 1997, p. 177; KERRY et al., 1996, p. 37), las cuales se acumulan debajo de las jaulas de manera persistente (COYNE et al., 1997, p. 177; KERRY et al., 1996, p. 36; SOTO y NORAMBUENA, 2004, p. 496).

De esta forma, diferentes especies de peces silvestres pueden ser expuestos de manera involuntaria a los antibióticos potencialmente presentes en el alimento no ingerido y en las heces. Por esta razón, su carne puede estar contaminada con residuos de antibióticos, teniendo entonces estos la posibilidad de pasar al tracto digestivo de sus consumidores humanos (COYNE et al., 1997, p. 178; SAMUELSEN et al., 1992, p. 163).

Especialmente inquietante desde el punto de vista de salud pública aparece la detección de quinolonas en la carne de estos peces. Estos son antibióticos totalmente proscritos en la acuicultura en otros países por su eficacia en medicina humana (WOLF, 2004, p. 911), es decir, por su capacidad de actuar negativamente sobre la resistencia bacteriana de las personas.

Estos hallazgos indican que esta contaminación necesita ser monitoreada temporal y espacialmente por sus implicaciones para la salud humana y animal y por sus efectos medio ambientales, ya que probablemente en varias oportunidades residuos de antibióticos en estos peces pueden superar los niveles máximos permitidos por organismos reguladores nacionales e internacionales (CODEX ALIMENTARIUS, 2006, p. 30; GRAVE et al., 1999, p. 250; SERNAPESCA, 2005, p. 6; WOLF, 2004, p. 910). Lo paradójico es que este uso excesivo de antibióticos tiene también el potencial de dañar la salud económica de la industria por el aumento de la resistencia en bacterias patógenas para peces, por la aparición de nuevos

patógenos para peces en cultivo y por la pérdida de prestigio producida por la presencia de antibióticos residuales en la carne de exportación de peces cultivados (ECOCEANOS, 2006, p. 8.).

## 2. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA CAUSA ROL R-20-2019

El 16 de octubre de 2019, ante el Tercer Tribunal Ambiental, se interpone por parte de las comunidades indígenas ATAP, Kawésqar Grupos Nómades del Mar e Indígena Residente Río Primero, la acción de Reclamación del artículo 17 N.º 8 de la Ley 20.600. En ella se impugna la decisión de la Comisión de Evaluación Ambiental, que rechazó la solicitud de invalidación administrativa presentada contra la resolución de calificación ambiental favorable de la declaración de impacto ambiental del proyecto “Centro de Cultivo de Salmónidos Seno Taraba, Bahía Sin Nombre, Península Benson”, aprobado por la misma Comisión de Evaluación Ambiental.

### 2.1. Argumentos de los reclamantes y reclamados

En cuanto a los argumentos de fondo, en primer lugar, los reclamantes indicaron que el proyecto no debió ser calificado ambientalmente favorable, porque el titular no aportó los antecedentes para descartar efectos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, tal como lo indica el artículo 11, letra b, de la Ley N.º 19.300. Señalan que el proyecto debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a través de un estudio de impacto ambiental y no por una declaración de impacto ambiental.

Agregaron que habrían existido faltas en la caracterización del área de influencia del proyecto, en especial en lo relativo a la biodiversidad. Así, la declaración no cumpliría con los contenidos mínimos que debe contener, tal como lo dicta el artículo 19 Letra b.1 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. También reprocharon, la modelación realizada durante la evaluación, ya que no se permitió

descartar el impacto a la biodiversidad en el medio marino, porque sus resultados fueron interpretados con base solo en literatura científica.

Otro argumento esgrimido por los reclamantes fue que el proyecto no consideró la alteración significativa a los sistemas de vida de comunidades Kawésqar. Lo anterior es una causal de ingreso a evaluación ambiental por medio de un estudio, según lo dispuesto por el artículo 11 letra c) de la Ley N.º 19.300. En ese sentido, expresaron que la resolución reclamada determinó que sus alegaciones eran genéricas, que el proyecto no restringe el acceso a puntos de extracción y buceo, no obstruye el paso de embarcaciones, ni se registró el uso ancestral, costumbres ni sitios con valor cultural dentro del área de influencia del proyecto.

Los reclamantes sostuvieron que existe prueba del uso ancestral del Seno Taraba por los Kawésqar. Este pueblo nómada considera como su territorio y maritorio desde el golfo de Penas hasta la península Brecknock, dentro del cual el seno Taraba tiene gran importancia y por eso se incorporó en una solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios. Dicha importancia se sostiene en la carga espiritual e histórica del lugar, que además es un área de pesca de centolla, róbalo, peje-reyes, pulpo y congrio, y donde hay sitios de importancia arqueológica inconmensurable en toda la costa, con restos de actividad de canoeros como conchales, sitios funerarios, pinturas rupestres, corrales de pesca, entre otros.

En ese sentido, sostuvieron que la solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios demuestra que es un territorio ancestral. Además, habría sido reconocido en el marco de la consulta indígena para la creación del Parque Nacional Kawésqar, donde se indicó que la propia consulta obedeció a que este se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección.

Por último, fue considerada la opinión de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) que sitúa a las comunidades como asentadas en tierra, ignorando –según los reclamantes– su condición

especial de pueblo nómada del mar, lo cual viola el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Esta interpretación incluso condujo a la omisión de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>2</sup>, que podrían haber evidenciado el impacto significativo en los sistemas de vida y las costumbres de las comunidades. En consecuencia, concluyeron que el Proyecto debería haber sido sometido a un estudio de impacto ambiental y, además, se debería haber llevado a cabo una consulta indígena.

En definitiva, postularon que la declaración no tiene la capacidad de evaluar adecuadamente los impactos significativos descritos en el proyecto. La falta de adecuación de una declaración tiene fundamento toda vez que no proporciona antecedentes para la predicción, identificación e interpretación de los impactos del proyecto, ni tampoco describe las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos, de modo que no se asocian a ello medidas de mitigación, reparación o compensación necesarias, por lo tanto, el proyecto fue indebidamente autorizado.

Considerando lo anterior, solicitaron que el Tercer Tribunal Ambiental declarara la ilegalidad de la resolución reclamada y ordene la invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental favorable al proyecto.

Por su parte, la empresa salmonera sostuvo que la reclamación judicial fue interpuesta fuera de plazo. Indicó que el área de influencia del proyecto se determinó correctamente, y que, en base al área de dispersión de las emisiones y residuos, se estableció que estas no alcanzan el

---

<sup>2</sup> Artículo 86.- Reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el director regional o el director ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un periodo no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

borde costero, por lo que se descartó afectación a la biodiversidad que se pueda encontrar en la orilla de playa y borde costero. Todo lo anterior zen base a la correcta modelación en DEPOMOD y la comparación de sus resultados con el índice de impacto definido por FINDLAY y WATLING (1997), de balance entre demanda y disponibilidad de oxígeno.

Además, el Tribunal tuvo a la vista que se solicitó información adicional sobre la biodiversidad marina en el Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones, lo que llevó a que Sernapesca emitiera un pronunciamiento favorable. Según la descripción del proyecto, este se encontraría en una zona con una profundidad de hasta 150 metros, por lo tanto, no afectaría a las macroalgas pardas que se encuentran a profundidades de hasta 30 metros. Además, el proyecto no contará con instalaciones en tierra y no utilizará la franja de borde costero asociada al cordón de *Macrocystis*<sup>3</sup>. El tribunal también hizo hincapié en que no es suficiente con la mera ubicación del proyecto cerca de un área protegida para que sea necesario someterlo a un estudio de impacto ambiental, y que la zonificación del borde costero de la zona permite actividades relacionadas con la acuicultura.

Finalmente, la Comisión de Evaluación Ambiental manifestó que no existiría afectación al pueblo Kawésqar y que los usos culturales y restos arqueológicos de dicho pueblo no fueron precisados en su ubicación, como también descarta actividades económicas como de orden cultural que pudiera verse afectada en el lugar de emplazamiento del proyecto.

## 2.2. El fallo

El Tribunal determinó que existen deficiencias en el análisis de los efectos adversos sobre los recursos naturales con relación a la biota marina en el área de influencia del proyecto. Específicamente, determinó que no se proporcionaron suficientes y adecuados elementos de evaluación sobre los organismos presentes en la columna de agua<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Se denomina “cordón de *Macrocystis*” a la distribución espacial que ostenta este tipo de algas en la zona costera.

<sup>4</sup> El considerando sexagésimo cuarto de la sentencia señala explícitamente que: “De esta

Esta falta de información se evidenció a través de la observación realizada por Sernapesca, la cual destacó la necesidad de realizar un diagnóstico de la biodiversidad en el área de influencia del proyecto. Sin embargo, esta observación no fue abordada de la misma manera en el Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones. El informe se limitó únicamente a los impactos de ruido generado por la operación y tránsito de embarcaciones, sin abordar la solicitud de recopilación de información adicional requerida por el servicio. Esta restricción impidió una evaluación completa de los efectos sobre la biodiversidad marina en el área afectada por el proyecto.

Además, el Tribunal determinó que la información aportada durante la evaluación no permite descartar los efectos adversos sobre los recursos naturales renovables. Por tanto, toda la información recolectada sobre biodiversidad acuática –a excepción de las aves y mamíferos marinos– correspondió a organismos detectados fuera del área de influencia del proyecto, y no dentro de esta.

Respecto de la delimitación de área de influencia en base a la dispersión de biosólidos mediante el modelo DEPOMOD, el Tribunal advierte una serie de inconsistencias, por lo que descarta las afirmaciones de la reclamada, en torno a la suficiencia de las herramientas para determinar el área de influencia y para descartar efectos adversos se ven cuestionadas. Primero, porque se detectó que el modelo presenta restricciones para el tamaño real del *pellet* a entregar en el centro de cultivo. Consta en el expediente, en su foja 601, que más del 60% del alimento a suministrar es de un calibre mayor a los 10 mm, que es el límite del *software* de modelación. Segundo, respecto a la estimación del consumo de oxígeno se habría sobreestimado la concentración de oxígeno epibentónico disponible, ya que las condiciones en la zona de emplazamiento del proyecto difieren considerablemente de aquellas usadas en el citado modelo.

---

forma, se verifica que, tal como postularon los Reclamantes, el levantamiento de datos para descartar los efectos adversos significativos sobre los recursos naturales, particularmente sobre la biota marina presente en la columna de agua, en el área de influencia del proyecto, es insuficiente”.

En cuanto a los impactos sobre áreas protegidas, el Tribunal puntualizó que el Parque Nacional Kawésqar fue declarado después de la calificación ambiental favorable del proyecto, por lo que no resulta exigible una evaluación sobre un área protegida no decretada oficialmente como tal. Respecto a la Reserva Forestal Alacalufes, su objeto de protección no es el hábitat marino.

Por otro lado, a pesar de que los reclamantes no plantearon preocupaciones específicas sobre posibles impactos en el valor paisajístico, el tribunal expresó inquietudes al respecto. Se determinó que la evaluación del proyecto abordó de manera restrictiva el área de influencia y justificó de manera insuficiente por qué los efectos visuales se limitaron únicamente al espacio marítimo. No se presentaron argumentos suficientes para descartar por qué los efectos visuales no se aprecian únicamente desde el agua, a diferencia de los efectos de los contaminantes generados por el proyecto.

En relación con la posible afectación a las comunidades Kawésqar, el Tribunal determinó que no se pudo demostrar de qué manera podrían verse afectadas. Los antecedentes presentados no se limitaban de manera específica al espacio marítimo donde se ubicaría el proyecto, sino que abarcaban un área geográfica mucho más amplia. El mismo razonamiento se aplicó a la solicitud de Espacio Costero Marino Protegido. Durante la evaluación, no se proporcionaron antecedentes concretos sobre cómo se vería afectada la vida, las creencias, las instituciones o el bienestar espiritual de las comunidades, por lo tanto, no procede llevar a cabo un proceso de consulta indígena.

En cuanto a las reuniones con grupos humanos pertenecientes a los pueblos originarios según lo establecido en el artículo 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Tribunal consideró que durante la evaluación no hubo evidencia de actividad o uso concreto y efectivo por parte de las comunidades reclamantes. Por lo tanto, no se cumplió el requisito de demostrar que estas comunidades se encuentran en las cercanías del proyecto, lo cual es necesario para su realización.

En definitiva, el Tribunal acoge la reclamación, en cuanto determinó que la información esencial aportada por la reclamada, para establecer la inexistencia de los efectos adversos a recursos naturales renovables a que se refiere la letra b) del art. 11 de la Ley N.º 19.300 eran insuficientes. Dicha información no consideró elementos adecuados con relación a la biota marina en el área de influencia del proyecto, particularmente sobre los organismos presentes en la columna de agua.

En consecuencia, se la deja sin efecto y se invalida la Resolución Exenta N.º 127, de 17 de octubre de 2019, que calificó favorablemente el proyecto. Contra la sentencia definitiva se dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo, en donde los primeros se declararon inadmisibles y los segundos son rechazados por la Corte Suprema en sentencia de fecha 14 de julio de 2021, en la causa Rol N.º 14075-2021.

### 2.3. Comentario

La sentencia analizada determinó en su considerando centésimo octavo, que la reclamación se acoge debido a la falta de información esencial para determinar la inexistencia de los efectos mencionados en el artículo 11, letra b) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. En consecuencia, se establece que el proyecto debería haber sido sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un estudio de impacto ambiental. Esto en función que el proyecto presenta efectos, características y circunstancias descritas en dicho artículo, específicamente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluyendo el suelo, agua y aire.

Ahora bien, ¿de qué forma la actividad de este proyecto podría haber afectado a los recursos naturales renovables del área de influencia? Para ello, es pertinente saber qué entiende la ley por efecto adverso significativo sobre recursos renovables, y es el artículo 6 inciso segundo del Reglamento del que se encarga de ello, definiendo este como:

“aquel proyecto que genera un efecto adverso significativo sobre la cantidad y calidad de los recursos renovables, incluidos el suelo, agua y aire si, como consecuencia de la extracción de estos recursos; el em-

plazamiento de sus partes, obras o acciones; o sus emisiones, efluentes o residuos, se afecta la permanencia del recurso, asociada a su disponibilidad, utilización y aprovechamiento racional futuro; se altera la capacidad de regeneración o renovación del recurso; o bien, se alteran las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas. Deberá ponerse especial énfasis en aquellos recursos propios del país que sean escasos, únicos o representativos”.

Observando la definición anterior, podrían darse varias de las acciones descritas en el caso en comento. Ejemplo de ello sería la generación de residuos que afectan la preservación del recurso, la perturbación de la capacidad de regeneración o renovación de los recursos en el área de influencia, así como la modificación de las condiciones que permiten la existencia y desarrollo de las especies y ecosistemas.

A juicio de este autor, el Tribunal actuó de manera prudente en la resolución del fallo. Lo anterior, toda vez que constata la falta de antecedentes necesarios para descartar los efectos significativos sobre los recursos naturales renovables, específicamente en lo que respecta a la biota marina presente en la columna de agua.

Además, es importante destacar que la información recopilada sobre la biota marina fue obtenida fuera del área de influencia del proyecto, sin que se proporcionaran justificaciones suficientes para diagnosticar un ecosistema que no sería afectado por el proyecto. En consecuencia, tanto en el proceso de evaluación ambiental como en el proceso de invalidación, la entidad reclamada tomó decisiones basadas en información sobre la biodiversidad que no se correspondería con la biota presente en el área de influencia<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> El fallo señala expresamente: “SEXAGÉSIMO CUARTO. De esta forma, se verifica que, tal como postularon los Reclamantes, el levantamiento de datos para descartar los efectos adversos significativos sobre los recursos naturales, particularmente sobre la biota marina presente en la columna de agua, en el área de influencia del proyecto, es insuficiente. Esto debido, en primer lugar, a que el SEA no requirió al titular la totalidad de la información solicitada por Sernapesca, quien manifestó la necesidad de evaluar impactos sobre la biota derivados de la descarga de contaminantes (fecas y alimento no consumido) en el fondo marino y su disolución en la columna de agua. En segundo lugar, la información levantada sobre la biota marina se realizó fuera del área de influencia del

En este fallo, se evidencia la aplicación del principio preventivo, ya que el Tribunal reconoció la falta de antecedentes y la información errónea proporcionada por el proponente del proyecto. Específicamente, se constató que el levantamiento de información sobre la biota marina se realizó fuera del área de influencia del proyecto, lo que resultó insuficiente para descartar adecuadamente los posibles efectos adversos sobre dicha biota en el área afectada.

El Tribunal pudo advertir la posibilidad de un daño ambiental debido a un cierto grado de incertidumbre, lo cual fue determinante para acoger la reclamación presentada. Además, se subraya la naturaleza preventiva del procedimiento de evaluación ambiental, en el que las decisiones de la autoridad competente deben basarse en un análisis, predicción y evaluación exhaustivos de los impactos ambientales del proyecto (COSTA, 2013, p. 203). Sin embargo, en el caso presente, dicho nivel de certeza no se cumplió en la evaluación ambiental realizada.

## CONCLUSIONES

Los cultivos suspendidos que utiliza la salmonicultura tienen variados impactos sobre el medio ambiente, algunos más evidentes que otros, pero demostradamente complejos e impredecibles en el tiempo. En Chile, la salmonicultura ha demostrado que cuando se rompen los equilibrios ambientales, desconociendo la capacidad de carga de estos, inevitablemente se produce una sinergia negativa que finalmente truncan las legítimas ambiciones productivas.

Existe la equivocada creencia que los cultivos de salmones, tanto de pre-engorda en agua dulce –en lagos– y como de engorda –en mar–, solo

---

proyecto, sin que existiera fundamentación alguna respecto a las razones para diagnosticar un ecosistema que no sería impactado por el Proyecto. En consecuencia, durante el procedimiento de evaluación ambiental y también durante el procedimiento de invalidación, la Reclamada decidió en base a información sobre la biodiversidad que no correspondería a la biota presente en el área de influencia. Esta conclusión no se ve afectada por lo planteado en autos por el Tercero coadyuvante. Consecuentemente, el Tribunal acogerá la reclamación en este aspecto”.

impactan el entorno más inmediato de las jaulas de cultivo, es decir, la columna de agua y el fondo o sustrato. Muy por el contrario, los estudios científicos expuestos en este trabajo demuestran que estos cultivos se insertan en un sistema biológico y oceanográfico muy dinámico y complejo. Existen variadas relaciones ecológicas y tróficas, que son afectadas directa e indirectamente por las perturbaciones que producen este tipo de cultivos, generando impactos mucho más allá del entorno inmediato y, frecuentemente, después de varios ciclos productivos.

Son tan complejos los efectos adversos para el medio ambiente, que una buena práctica para la industria salmonera sería contratar un profesional –biólogo marino o ingeniero en Medio Ambiente– en cada empresa, encargado de monitorear y determinar posibles impactos de su actividad sobre el ambiente a lo largo de toda la vida productiva del sitio o proyecto.

Lo anterior debiese llevarnos a repensar la política ambiental respecto a los criterios de entrada que buscan ponderar ambientalmente un proyecto, toda vez que la experiencia de esta industria ha presentado resultados penosamente adversos con los ecosistemas. Específicamente, se plantea que los proyectos de engorda de salmones en sistemas de jaulas debieran ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un estudio de impacto ambiental, y no por declaración, como usualmente se estila. Además, se requiere que la meta de producción máxima en biomasa de salmón para un determinado proyecto sea condicionada a un sistema de escalamiento en el tiempo, de tal forma, que permita conocer la respuesta ambiental evitando llegar a problemas de sobrecarga de los ecosistemas.

Como se ha demostrado, existe una importante cantidad de información que acredita los impactos ambientales que generan los desechos de los salmones que pasan directamente al medio acuático, sin que antes haya un tratamiento de estos contaminantes. Existe entonces, un estándar menos severo por parte de la normativa ambiental, toda vez que los proyectos acuícolas emplazados en tierra están obligados a instalar complejos sistemas de tratamientos de las aguas que retornan al mar

después de pasar por los sistemas de cultivo. Otras especies que se cultivan en Chile en sistemas suspendidos emplazados directamente en el mar son el ostión del norte y el chorito. Sin embargo, a diferencia de los salmones, estos son organismos filtradores que no requieren ser alimentados con dietas artificiales.

Por otra parte, es importante destacar que este proyecto acuícola estaba inicialmente aprobado por la institucionalidad ambiental, utilizando un modelo teórico denominado DEPOMOD. Dicho método tiene muchas limitaciones para su aplicación, en la predicción de los impactos ambientales en una actividad acuícola evidentemente peligrosa para el medioambiente (IFOP, 2013, p. 96). Si bien existen modelos teóricos que pueden ser útiles para evaluar en forma preliminar los efectos sobre los sedimentos, estos deben ser validados con datos locales para evitar subestimar el impacto.

El fallo emitido fue claro y contundente, demostrando la aplicación plena del principio preventivo. El Tribunal fue consciente de la falta de antecedentes presentados por el proponente del proyecto, lo cual resultó insuficiente para descartar adecuadamente los efectos adversos sobre la biota marina en el área de influencia del proyecto. A través de su análisis, el tribunal pudo advertir la posibilidad de un daño ambiental potencial.

En definitiva, el fallo destaca la importancia de implementar medidas preventivas para evitar impactos negativos en el medio ambiente. El Tribunal reconoció la necesidad de contar con información suficiente y adecuada antes de tomar decisiones que puedan afectar la biota marina y el ecosistema en general. En este sentido, es crucial disponer de información científica tanto a nivel nacional como internacional sobre los impactos adversos de la salmonicultura en el medio ambiente. Además, es necesario contar con sistemas de modelación o predictibilidad que sean apropiados para la realidad de los ecosistemas de nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERGHEIM, A. y ÅSGÅRD, T. (1996): "Waste Production from Aquaculture", en BAIRD, D.J., BEVERIDGE, M.C.M., KELLY, L.A. y MUIR, J.F. (eds.), *Aquaculture and Water Resource Management* (pp. 50-80). (UK: Blackwell Science).
- BEVERIDGE, Malcolm (1996): *Cage Aquaculture*. (Oxford: Fishing News Book, Second Edition).
- BRAVO, S., DOLZ, H., SILVA, M.T., LAGOS, C., MILLANAO, A. y URBINA, M. (2005): *Informe Final. Diagnóstico del uso de fármacos y otros productos químicos en la acuicultura*. Universidad Austral de Chile. Facultad de Pesquerías y Oceanografía, Instituto de Acuicultura.
- BROWN, J.R., GOWEN, R.J. y MCLUSKY, D.S. (1987): "The effect of salmon farming on the benthos of a Scottish sea loch", en *Journal of Experimental Marine Biology and Ecology*, vol. 109, pp. 39-51.
- BURD, B. (1997): *Salmon Aquaculture Review Interim Draft Report*. Key Issue C: Waste Discharges. B.C. Environmental Assessment Office.
- BUSCHMANN, A. (2001): *Impacto ambiental de la acuicultura. El estado de la investigación en Chile y el mundo*. (Santiago: Terram Publicaciones).
- (2002): *Impacto Ambiental de la Salmonicultura en Chile: la Situación en la X región de Los Lagos*. (Santiago: Terram Publicaciones).
- BUSCHMANN, A. y FORTT, A. (2005): "Efectos ambientales de la acuicultura intensiva y alternativas para un desarrollo sustentable", en *Ambiente y Desarrollo*, N°21, vol. 3, pp. 58-64.
- BUSCHMANN, A. H., RIQUELME, V. A., HERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, M. C., VARELA, D., JIMÉNEZ, J. E., HENRÍQUEZ, L.A., VERGARA, P.A., GUÍÑEZ, R. y CABELLO, F.C. (2004): "Antibióticos y acuicultura en Chile: consecuencias para la salud humana y animal", en *Revista Médica de Chile*, vol.132, N°8, pp. 1001-1006.
- BUSCHMANN, A., RIQUELME, V., HERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, M., VARELA, D., JIMÉNEZ, J., HENRÍQUEZ, L., et al. (2006): "A review of the impacts of salmonid farming on marine coastal ecosystems in the southeast Pacific", en *ICES Journal of Marine Science* vol. 63, pp. 1338-1345
- CABELLO, F. (2003): "Antibióticos y acuicultura. Un análisis de sus potenciales impactos para el medio ambiente, salud humana y animal en Chile", en *Análisis de Políticas Públicas*, Serie APP 17.
- (2004): "Antibiotics and aquaculture in Chile: implications for human and animal health", en *Rev Med Chil* vol. 132, pp. 1001- 1006.
- (2006): "Heavy use of prophylactic antibiotics in aquaculture: a growing problem for human and animal health and for the environment", en *Environment. Microbiol.*, vol. 8, N°7, pp. 1137-1144
- CARSS, D.N. (1990): "Concentrations of wild and escaped fishes immediately adjacent to fish farm cages". *Aquaculture* vol. 90, pp. 29-40.

- CHO, C.Y. y BUREAU, D.P. (1997): "Reduction of waste output from salmonid aquaculture through feeds and feeding", en *The Progressive Fish-Culturist* vol. 59, pp. 155-160.
- CODEX ALIMENTARIUS (2006): Alimentos Producidos Orgánicamente. Disponible en: [http://www.codexalimentariusnet./mrsl/vetdrugs/jsp/vetd\\_q-e.jsp](http://www.codexalimentariusnet./mrsl/vetdrugs/jsp/vetd_q-e.jsp)
- COSTA, E. (2013): "La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile", en *Revista Justicia Ambiental*, N°5.
- COYNE, R., HINEY, M., O'CONNOR, B., KERRY, J., CAZABON, D. y SMITH, P. (1994): "Concentration and persistence of oxytetracycline in sediments under a marine salmon farm", en *Aquaculture* vol. 123, pp. 31-42.
- COYNE, R., HINEY, M. y SMITH, P. (1997): "Transient presence of oxytetracycline in blue mussels (*Mytilus edulis*) following its therapeutic use at a marine Atlantic salmon farm", en *Aquaculture* vol. 149, pp. 175-181.
- ECOCEANOS (2006): "Detectan residuos de antibióticos en envío de salmón chileno a Estados Unidos". Disponible en: <http://www.ecoceanos.cl>
- EL CIUDADANO (2017): "Salmoneras chilenas en riesgo por excesivo uso de antibióticos", en *El Ciudadano*. Disponible en: <https://www.elciudadano.com/medio-ambiente/salmoneras-chilenas-en-riesgo-por-excesivo-uso-de-antibioticos/01/13/>
- ENELL, M. y LOF, J. (1985): "Changes in sediment phosphorus, iron and manganese dynamics caused by fish farming impact", en GULDERBRANDSEN y SAMIN (eds.), *11th Nordic Symposium on Sediments* (pp. 80-89).
- FOLKE, C. y KAUTSKY, N. (1989). "The role of ecosystems for a sustainable development of aquaculture", en *Ambio* vol. 18, pp. 234-243.
- FOLKE, C., KAUTSKY, N., BERG, H., JANSSON, Å. y TROELL, M. (1998): "The ecological footprint concept for sustainable seafood production: a review", en *Ecological Applications*, vol. 8, pp. 563-571.
- GRAVE, K., LINGAAS, E., BANGEN, M. y RONNING, M. (1999): "Surveillance of the overall consumption of antibacterial drugs in humans, domestic animals and farmed fish in Norway in 1992 and 1996", en *Antimicrob Chemother* vol. 43, pp. 243-252
- HALL, P.O.J., ANDERSON, L.G., HOLBY, O., KOLLBERG, S. y SAMUELSSON, M.-O. (1990): "Chemical fluxes and mass balances in a marine fish cage farm. I. Carbon", en *Marine Ecology Progress Series* vol. 61, pp. 61-73.
- HALL, P.O.J., HOLBY, O., KOLLBERG, S. y SAMUELSSON, M.-O. (1992): "Chemical fluxes and mass balances in a marine fish cage farm. IV", en *Nitrogen. Marine Ecology Progress Series* vol. 89, pp. 81-91.
- HARGRAVE, B.T., DUPLISEA, D.E., PFEIFFER, E., y WILDISH, D. (1993): "Seasonal changes in benthic fluxes of dissolved oxygen and ammonium associated with marine cultured Atlantic salmon", en *Marine Ecology Progress Series* vol. 96, pp. 249-257.

- HEKTOEN, H., BERGE, J.A., HORMAZÁBAL, V. y YNDESTAD, M. (1995): "Persistence of antibacterial agents in marine sediments", en *Aquaculture* vol. 133, pp. 175-184.
- HENDERSON, R.J., FORREST, D.A.M., BLACK, K.D. y PARK, M.T. (1997): "The lipid composition of sea loch sediments underlying salmon cages", en *Aquaculture* vol. 158, pp. 69-83.
- HOLBY, O. y HALL, P.O.J. (1991): "Chemical fluxes and mass balance in a marine fish cage farm. II. Phosphorus", en *Marine Ecology Progress Series* vol. 70, pp. 263-272.
- HOLMER, M. y KRISTENSEN, E. (1992): "Impact of marine fish cage farming on metabolism and sulfate reduction of underlying sediments", en *Marine Ecology Progress Series* vol. 80, pp. 191-201.
- INSTITUTO DE FOMENTO PESQUERO (IFOP) (2013): *Informe Final: Experiencia internacional en el uso del DEPOMOD para Acuicultura*.
- KASPAR, H.F., HALL, G. y HOLLAND, A.J. (1988): "Effects of sea cage salmon farming on sediment nitrification and dissimilatory nitrate reductions", en *Aquaculture* vol. 70, pp. 333-344.
- KERRY, J., COYNE, R., GILORY, D., HINEY, M. y SMITH, P. (1996): "Spatial distribution of oxytetracycline and elevated frequencies of oxytetracycline resistance in sediments beneath a marine salmon farm following oxytetracycline therapy", en *Aquaculture* vol. 145, pp. 31-39.
- LUMB, C.M. (1989): "Self-pollution by Scottish salmon farms?", en *Marine Pollution Bulletin* vol. 20, pp. 375-379.
- LUNESTAD, B.T. (1992): "Fate and effects of antibacterial agents in aquatic environments". EN MICHEL Y ALDERMAN (eds.), *Problems of Chemotherapy in Aquaculture: From Theory to Reality* (pp. 152-161). (París: Office International de Epizooties).
- MILEWSKI, I. (2001): "Impacts of salmon aquaculture on the coastal environment: a review". EN TLUSTY, M. F., BENGSTON, D. A., HALVORSON, H. O., OKTAY, S. D., PEARCE, J. B., y RHEAULT JR., R. B. (eds.), *Marine Aquaculture and the Environment: A Meeting for Stakeholders in the Northeast. Cape Cod Press, Falmouth, Massachusetts* (pp. 166-197). Disponible en: <http://bcn.cl/2dbwq>
- PETTERSON, K. (1988): "The mobility of phosphorus in fishfood and fecals", en *Verhandlungen nternationale Vereinigung für Theoretish und Angewandte Limnologie* vol. 23, pp. 200-226.
- PHILLIPS, M.J., BEVERIDGE, M.C.M. y MUIR, J.F. (1985): "Waste output and environmental effects of rainbow trout cage culture", en *Proceedings of the ICES* vol. 21.
- SALAZAR S., FRANCISCO, ALFARO V., MARTA, TEUBER K., NOLBERTO y SALDAÑA P., RODOLFO (2005): "Uso de lodos de la industria salmonera en suelos agrícolas", en *Tierra Adentro* N° 60. Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.14001/6142>
- SAMUELSEN, O.B. (1992): "The fate of antibiotics/chemotherapeutics in marine aqua-

- culture sediments”. En MICHEL y ALDERMAN (eds.), *Problems of Chemotherapy in Aquaculture: From Theory to Reality* (pp. 162-173). (París: Office International de Epizooties).
- SAMUELSEN, O.B., LUNESTAD, B.T., HUSEVAG, B., HOLLELAND, T. y ERVIK, A. (1992): “Residues of oxolinic acid in wild fauna following medication in fish farms”, en *Dis Aquat Org.* vol. 12, pp. 111-119.
- SANDULLI, R. y GIUDICI, M.N. (1989): “Effects of organic enrichment on meiofauna: a laboratory study”, en *Marine Pollution Bulletin* vol. 20, pp. 223-227.
- SANTIAGO, A. (1995): “The ecological impact of tilapia cageaquaculture in Sampaloc lake, Phillipines”, en *Proceeding of the Third Asian Fisheries Symposium*, pp. 414-417.
- SERVICIO NACIONAL DE PESCA (2005): “Requisitos generales para la certificación sanitaria de los productos pesqueros de exportación”. *Norma Técnica sección 1*. Mayo. Santiago. Chile.
- SOTO, D. y NORAMBUENA, F. (2004): “Evaluation of salmon farming effects on marine systems in the inner seas of southern Chile: a large-scale mensurative experiment”. *Journal of Applied Ichthyology* vol. 20, pp. 493-501.
- SUAREZ, B. y GUZMÁN, L. (1998): *Mareas Rojas y Toxinas Marinas*. (Santiago: Editorial Universitaria).
- WALLIN, M. y HÅKANSON, L. (1991): “Nutrient loading models for estimating the environmental effects of marine fish farm”, en *Marine Aquaculture and Environment, Nordic Council of Ministers, Copenhagen*, pp. 39-55.
- WESTON, D.P. (1991): “The effects of aquaculture on indigenous biota”, en BRUNE y TOMASSO (eds.), *Aquaculture 3, World Aquaculture Society, Baton Rouge* (pp. 534-567).
- (1996): “Environmental considerations in the use of antibacterial drugs in aquaculture”, en BAIRD, BEVERIDGE, KELLY y MUIR (eds.), *Aquaculture and Water Resources Management*. (Oxford: Blackwell).
- YNDESTAD, M. (1992): “Public health aspects of residues in animal products: fundamental considerations”, en MICHEL y ALDERMAN (eds.), *Problems of Chemotherapy in Aquaculture: From Theory to Reality* (pp. 494-511). (París: Office International de Epizooties).

# FALTA DE REGULACIÓN DE LOS CAMBIOS DE NO CONSIDERACIÓN EN PROYECTOS O ACTIVIDADES CON RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Lack of regulation of non-consideration changes of projects or activities with environmental qualification resolution

**Constanza Pelayo Díaz**

Abogada de la Universidad de Chile  
Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo  
cpelayo@lawgic.cl

*RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto revisar, analizar y reflexionar sobre la regulación asociada a los cambios menores o poco significativos de proyectos y/o actividades que han sido sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y en consecuencia cuentan con Resolución de Calificación Ambiental, a la luz de las potestades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente.*

*En primer lugar, se revisará la regulación vigente en nuestro país sobre la materia, especialmente respecto de las consultas de pertinencia como instrumento para regularizar o informar a la autoridad cambios menores a proyectos con Resolución de Calificación Ambiental. Luego se revisarán tres casos interesantes para el análisis y su jurisprudencia asociada. A continuación, se repasarán distintas propuestas de modificación a la normativa vigente que se han realizado en los últimos años. Finalmente se plantearán algunas reflexiones y alternativas de modificación normativa.*

*PALABRAS CLAVE: cambios de consideración, resolución de calificación ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental.*

*ABSTRACT: The purpose of this work is to review, analyze and ponder on the regulation associated with minor or insignificant changes in projects or activities that have been submitted to the Environmental Impact Assessment System, and consequently have an Environmental Qualification Resolution, in light of the supervisory and sanctioning powers of the Superintendence of the Environment.*

*In the first place, will be reviewed the current regulation in our country on the matter, especially regarding pertinence consultations as an instrument to “regularize” or inform the authority of minor changes to projects with Environmental Qualification Resolution; then, three interesting cases for analysis and their associated jurisprudence; next, the different proposals for modification to the current regulations that have been made in recent years; to finally raise some reflections and alternatives of normative modification.*

**KEYWORDS:** *consideration changes, environmental impact assessment system, environmental qualification resolution.*

## INTRODUCCIÓN

En el marco de la ejecución de grandes proyectos de inversión o actividades, uno de los problemas que ha surgido es la forma de ejecutar cambios a un proyecto o actividad que cuenta con Resolución de Calificación Ambiental (RCA). De acuerdo con la normativa vigente, la única forma de modificar una Resolución de Calificación Ambiental es a través de una nueva evaluación ambiental del proyecto o actividad. Sin embargo, esta no es una alternativa razonable cuando se trata de cambios que no son de consideración.

El problema se ha agudizado desde la existencia de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) que tiene la facultad de fiscalizar el fiel cumplimiento al texto de la resolución, y sancionar al Titular en caso de incumplimiento de esta. Por lo tanto, ejecutar cambios menores sin evaluación previa, resulta evidentemente riesgoso.

Otra forma de plantear la cuestión es ¿cómo modifico el texto de una Resolución de Calificación Ambiental, sin tener que evaluar ambientalmente esta modificación, cuando los cambios no implican nuevos impactos al medio ambiente? O bien, ¿es posible ejecutar cambios que no sean de consideración a un proyecto sin necesidad de modificar el texto de la Resolución de Calificación Ambiental, y sin que traiga aparejado un riesgo de ser considerado una infracción por la Superintendencia del Medio Ambiente?

Respecto de este dilema, la normativa ambiental no ha podido hacerse cargo adecuadamente. Es relevante tener en cuenta que en la práctica los cambios en la ejecución de los proyectos o actividades autorizados muchas veces son necesarios, ya sea durante la fase constructiva, como durante la operación, con el fin de adecuarlos a cambios en la línea de base, avances tecnológicos, cambios normativos, evaluar la efectividad de las medidas de mitigación y compensación, y considerar nuevas exigencias que reclama en interés general (ARELLANO Y SILVA, 2014, p. 447).

Los mismos titulares de proyectos, hace muchos años ya, comenzaron a realizar consultas, respecto de si los cambios que se querían ejecutar a un determinado proyecto debían ser evaluados ambientalmente. Estas consultas se realizaban a través de cartas a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) o a la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) –antes de la entrada en vigencia de la Ley N°.20.417 que modificó la institucionalidad ambiental–, y luego al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

La práctica de consultar a la autoridad –consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental–, quedó plasmada en el D.S. N°.40/2012 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA o Reglamento del SEIA), pero de manera muy escueta, y con una respuesta por parte de la autoridad ambiental de carácter no vinculante. Sumado a lo anterior, en la respuesta a estas consultas se manifiestan claras diferencias de criterio entre las distintas autoridades regionales del Servicio de Evaluación Ambiental y que no propician la seguridad jurídica que buscan los titulares de proyectos.

Esta cuestión se torna especialmente relevante, desde que la Superintendencia del Medio Ambiente inicia sus funciones de fiscalización y sanción. Esta persigue como infracción el incumplimiento a las normas, condiciones y medidas de la Resolución de Calificación Ambiental, así como la elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), con sanciones sumamente gravosas para los titulares de proyectos. ¿Es entonces una infracción cualquier diferencia,

cualquier cambio, entre lo establecido en una determinada resolución y lo efectivamente ejecutado por el Titular de un proyecto o actividad? ¿Tiene la Superintendencia el deber de fiscalizar siempre el cumplimiento estricto de la Resolución de Calificación Ambiental? ¿o tiene un cierto margen de discrecionalidad para iniciar un procedimiento sancionatorio si estima que no existe mérito suficiente para ello?

Independiente de la respuesta a estas interrogantes, pareciera que nuestro ordenamiento jurídico ambiental no se hace cargo completamente de cómo afrontar cambios de menor envergadura que se requiere ejecutar a proyectos o actividades que cuentan con aprobación ambiental a través de una Resolución de Calificación Ambiental. Por lo anterior, se torna necesario buscar una vía que no implique asumir una serie de incertezas y riesgos frente a la autoridad fiscalizadora y sancionadora.

Por su parte, existe una evidente necesidad de seguimiento de los proyectos por parte de la autoridad ambiental, con el objeto de resguardar la labor fiscalizadora y el principio preventivo establecido por la Ley 19.300.

Parece ser entonces que una buena alternativa es establecer normativamente un proceso de actualización o modificación de las autorizaciones administrativas ambientales, sin necesidad de ingresar nuevamente al Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales. De tal manera, podrían ser plasmados los cambios en dicha autorización administrativa, en relación a las modificaciones que no son de consideración, con el objeto de que haya mayor certeza y seguridad tanto para la autoridad como para el regulado.

## 1. MARCO NORMATIVO VIGENTE EN CHILE

### 1.1. Evaluación ambiental de proyectos y actividades en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El procedimiento de evaluación ambiental está regulado en la Ley N.°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, así como en el

D.S. N.º.40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La Ley N.º19.300 establece en su artículo 8° que “[l]os proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”. Por su parte, el artículo 10 contiene un listado taxativo de los proyectos o actividades que deben ser evaluados ambientalmente, atendida la presunción de que pueden causar impactos ambientales.

En consecuencia, el Titular que quiera ejecutar un proyecto o actividad –o la modificación de estos– debe identificar si se encuentra listado en el artículo 10 de la Ley, detallado en el artículo 3 del Reglamento. En caso de encontrarse tipificado, el proyecto o su modificación, debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental. Ahora bien, si el proyecto genera los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley<sup>1</sup>, deberá ingresar mediante la elaboración y presentación de un Estudio de Impacto Ambiental.

La evaluación ambiental es un procedimiento reglado, que contempla una serie de etapas, entre ellas: la admisión a tramitación de la declaración o estudio de impacto ambiental; el pronunciamiento de los distintos organismos de la administración del Estado de carácter sectorial con competencia ambiental; la respuesta a la solicitud de aclaraciones,

---

<sup>1</sup> El artículo 11 de la Ley N.º19.300 establece que un proyecto generará impactos significativos si genera alguno de los efectos, características y circunstancias siguientes: a) riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

rectificaciones o ampliaciones<sup>2</sup>; la emisión del Informe Consolidado de Evaluación; la calificación ambiental del proyecto o actividad; y la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.

El procedimiento de evaluación tendrá una duración máxima de 120 días para los estudios de impacto ambiental. En el caso de las declaraciones de impacto ambiental, considera 90 días, plazo en el cual la Comisión de Evaluación o la Dirección Ejecutiva del Servicio, según corresponda, debe pronunciarse favorable o desfavorablemente. Este plazo puede ser ampliado por 60 y 30 días adicionales respectivamente.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento, luego de elaborado y publicado el Informe Consolidado de Evaluación, la Comisión o la Dirección Ejecutiva –en el caso de proyectos de carácter interregional– debe calificar ambientalmente el proyecto o actividad, aprobándolo o rechazándolo.

En particular respecto de los cambios que se quieran efectuar a un proyecto o actividad, según lo dispuesto en la letra g) del artículo 2 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se entiende por modificación de proyecto o actividad la “realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que éste sufra cambios de consideración”. Luego, la misma disposición agrega que

“se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando:

- g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;
- g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar

---

<sup>2</sup> Pueden ser solicitadas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, a través de un Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA) hasta 2 veces en el caso de las declaraciones, y hasta 3 veces en el caso de los estudios, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento.

el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.

Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.3. Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o

g.4. Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente”.

De acuerdo con la definición entregada por el Reglamento, solo un cambio que cumpla con alguno de estos criterios deberá ser evaluado ambientalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De lo contrario, el cambio podría ser ejecutado sin una evaluación previa.

Si bien el análisis de los cambios de consideración en la normativa se realiza respecto de proyectos ya ejecutados sin Resolución de Calificación Ambiental –por ser preexistentes al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental– y de proyectos que cuentan con su respectiva calificación, en este trabajo nos centraremos solo en el segundo caso.

## 1.2. Facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente

La Superintendencia del Medio Ambiente es un servicio público descentralizado, creado por la Ley N.º 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010 y que tiene por objeto

“ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las

Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”<sup>3</sup>.

De acuerdo con su Ley Orgánica, la Superintendencia cuenta con potestades de fiscalización, sanción y cumplimiento.

Una de las infracciones que a la Superintendencia del Medio Ambiente le corresponde fiscalizar y sancionar es el “incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”<sup>4</sup>. Otra de estas infracciones es la elusión, la “ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”<sup>5</sup>.

En atención a las consecuencias que estas infracciones generen, serán clasificadas en gravísimas, graves y leves, y la Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones, dependiendo de la gravedad del incumplimiento y del daño ocasionado al medioambiente y su extensión: (i) amonestación por escrito, (ii) multa de hasta 10.000 Unidad Tributaria Anual, (iii) clausura temporal o definitiva de las instalaciones, y (iv) revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Es relevante tener presente, además, que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley 19.300 “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”. En consecuencia, será fundamental para el Titular de un proyecto si ejecuta cambios al mismo, que estos se reflejen en su respectiva Resolución de Calificación Ambiental, de lo contrario, difícilmente podrá someterse estrictamente al contenido de ella.

---

<sup>3</sup> Artículo 2 del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

<sup>4</sup> Artículo 35 letra a) del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

<sup>5</sup> Artículo 35 letra b) del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Dicho lo anterior, parte de la doctrina ha sostenido que el proceso de interpretación de una Resolución de Calificación Ambiental no está exclusivamente asignado al Servicio de Evaluación Ambiental, sino también a otros órganos administrativos, como la Superintendencia del Medio Ambiente. Lo anterior, ya que, para efectos de ejercer sus facultades de fiscalización y sanción, necesariamente debe interpretar la autorización administrativa con la finalidad de definir las actuaciones efectuadas por su infractor (CARRASCO Y HERRERA, 2014, p. 640). Esta idea es interesante, ya que, si la Superintendencia tiene la facultad de interpretar la Resolución de Calificación Ambiental, tendría cierto grado de discrecionalidad respecto a qué considerar una desviación de su contenido.

### 1.3. Modificación de Resolución de Calificación Ambiental

Obtenida la Resolución de Calificación Ambiental favorable respecto de un determinado proyecto o actividad, la Ley 19.300 solo contempla dos vías para modificar lo dispuesto en ella, en línea con lo sostenido por nuestra jurisprudencia administrativa<sup>6</sup>: (i) ingresar nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para la obtención de una nueva Resolución de Calificación Ambiental o; (ii) revisar la Resolución de Calificación Ambiental de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 quinquies de la norma.

La primera vía, implica la elaboración y evaluación de una declaración o estudio –según sea el caso–, con los extensos plazos que ello implica, lo que evidentemente incentiva a que el Titular que pretende implementar cambios a un proyecto o actividad que cuenta con autorización administrativa ambiental, opte por no someterse a este proceso. La segunda vía es de carácter muy excepcional, procediendo solo en aquellos casos en que un proyecto ya se encuentre en ejecución y las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron

<sup>6</sup> Dictamen N°.20.477 de 2003 y Dictamen N°.76.260 de 2012, de la Contraloría General de la República. Se plantea también la invalidación del acto administrativo como una vía para modificar la Resolución de Calificación Ambiental, pero en rigor la invalidación anula el acto, para que este sea reemplazado, por lo que pareciera que no estamos propiamente frente a una modificación de la Resolución de Calificación Ambiental.

establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación con lo proyectado, o no se hayan verificado, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Como veremos en el siguiente apartado, la consulta de pertinencia, que se ha erigido como la alternativa al sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cualquier cambio que se efectúe a un proyecto o actividad, no se encuentra contemplada en la Ley N.º 19.300, y no puede modificar una Resolución de Calificación Ambiental.

#### 1.4. La Consulta de Pertinencia

La Consulta de Pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento que comenzó a utilizarse por los titulares de proyectos de manera informal –a través de cartas dirigidas a la Comisión Nacional del Medio Ambiente <sup>7</sup> o Comisión Regional del Medio Ambiente<sup>8</sup>– con el objeto de consultar respecto de la procedencia o no del ingreso de ciertos proyectos o modificaciones de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>9</sup>. Solo con la dictación del D.S. N.º.40/2012 que aprueba un nuevo Reglamento y cuya entrada en vigencia se estableció a partir del día 24 de diciembre de 2013, se plasma como una institución regulada. El artículo 26 del Reglamento dispone que

“[s]in perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al director regional o al director ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a

---

<sup>7</sup> Comisión Nacional del Medio Ambiente institución vigente entre la dictación de la Ley N.º 19.300 y la Ley N.º 20.417, encargada, entre otras cosas, de coordinar y administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental.

<sup>8</sup> Comisión Regional del Medio Ambiente, institución vigente entre la dictación de la Ley N.º 19.300 y la Ley N.º 20.417, paralela a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, pero a nivel regional, y con la función de calificar los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

<sup>9</sup> Para más detalles respecto a los orígenes de la Consulta de Pertinencia revisar INSUNZA y URIARTE (2021) y ARELLANO y SILVA (2014).

los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia”.

Este único artículo que se refiere a este instrumento no establece su fundamento, la naturaleza jurídica de la respuesta por parte de la autoridad, ni los requisitos para presentar este tipo de consultas. El Servicio de Evaluación Ambiental a través de instructivos ha abordado estas materias, siendo el vigente a la fecha el Ord. N°.131.456 del 12 de septiembre de 2013 que “Imparte Instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (en adelante el “Instructivo”), complementado por el Ord. N°.202299102452 del 30 de mayo de 2022.

Respecto a sus fundamentos, en su introducción, el Instructivo establece que la consulta de pertinencia constituye una manifestación del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N.º 14 de la Constitución Política de la República. Luego agrega que es expresión específicamente del derecho de las personas en sus relaciones con la Administración, para obtener información respecto de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 letra h) de la Ley N.º 19.880. De lo anterior, se deriva el deber de la autoridad administrativa en orden a responder la consulta que se le efectúa (INSUNZA Y URIARTE, 2021, p. 5).

Luego, define la consulta de pertinencia como

“aquella petición de un proponente dirigida al Director Regional o al Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, mediante la cual se solicita un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (Ord. N°.131.456, 2013, p.3). Define también al proponente como “la persona que, pretendiendo ejecutar un proyecto o actividad efectúa una consulta de pertinencia a fin de obtener un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la

ejecución de un proyecto o actividad o su modificación debe someterse al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] en forma previa a su ejecución” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 3).

Gracias a estos conceptos, la autoridad deja claro que solo aquellos que pretenden ejecutar o modificar un proyecto se encuentran habilitados para formular una consulta de pertinencia, no pudiendo un tercero hacerlo con el fin de establecer si otro ha incurrido en una infracción. Lo anterior, ya que existe la Superintendencia del Medio Ambiente como organismo fiscalizador, habilitado para recibir denuncias para estos efectos, además de tener la facultad de requerir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en caso de corresponder. Por último, restringe la consulta de pertinencia para quienes la formulen respecto de proyectos o modificaciones de ellos que ya se encuentren en ejecución.

Por su parte, la doctrina ha definido la consulta de pertinencia como el “procedimiento administrativo que se inicia con una consulta del interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (BERMÚDEZ, 2014, p. 295).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la respuesta a la consulta de pertinencia, el Instructivo dispone que:

“constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 inciso 6° de la Ley N°19.880, que se traduce en un dictamen o declaración de juicio, constancia o conocimiento, el cual, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente, da cuenta de una opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación debe someterse, de manera previa y obligatoria, al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 6).

El Ord. N°.202299102452 del Servicio de Evaluación Ambiental que lo complementa, refuerza lo anterior, afirmando que la resolución que se pronuncie sobre una consulta de pertinencia corresponde a una

declaración de juicio, constancia o conocimiento (Ord. N°.202299102452, 2022, p. 1) y agrega que:

“[l]a resolución que se pronuncie sobre una consulta de pertinencia no otorga derechos, ni menos aún, autorización para ejecutar el proyecto o actividad sometido a consulta, por cuanto al tratarse de una declaración de juicio no modifica lo establecido en una Resolución de Calificación Ambiental. Por consiguiente, el acto administrativo que se pronuncia sobre una consulta de pertinencia no exime al proponente del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y la obtención de las autorizaciones sectoriales correspondientes necesarias para la ejecución del proyecto o actividad” (Ord. N°.202299102452, 2022, p. 2).

Esta definición, se condice con lo sostenido por la Contraloría General de la República en diversos pronunciamientos respecto a la naturaleza jurídica de la respuesta a la consulta de pertinencia. En uno de ellos, afirmó que:

“[d]el tenor de la normativa indicada se colige que la consulta de pertinencia regulada en el precitado precepto, constituye un trámite de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental], y que el pronunciamiento que recaiga en aquella se enmarca dentro de las declaraciones de juicio que realizan los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias, por medio de las cuales expresan el punto de vista de dichos órganos acerca de la materia sobre la cual se ha requerido su opinión” (Dictamen N°.75.903, 2014, p. 3).

Agrega también el Instructivo que:

“en el caso de proyectos que cuentan con [Resolución de Calificación Ambiental], el acto administrativo que se pronuncia respecto a la consulta de pertinencia no es susceptible de modificar, aclarar, restringir o ampliar la respectiva [Resolución de Calificación Ambiental] de un proyecto determinado, ni tampoco tiene el mérito de resolver la evaluación ambiental de una modificación al proyecto original, sino tan solo determina que ciertos cambios tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad no deben ser sometidos a evaluación

de impacto ambiental, por no ser de consideración” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 7).

La no susceptibilidad de la consulta de pertinencia de modificar la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto original ha sido sostenida por la Contraloría General de la República en diversos dictámenes<sup>10</sup>. Incluso en el año 2012 la Contraloría estableció, además, que la respuesta de la autoridad ambiental en el sentido de que los cambios a implementar no son de consideración, no habilita al Titular del proyecto a no dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de Calificación Ambiental<sup>11</sup>. Así las cosas, si bien el Titular tiene la posibilidad de consultar si los cambios a un proyecto deben o no ingresar al sistema, aunque la respuesta sea que no son cambios de consideración que requieran una nueva evaluación, deberá dar cumplimiento estricto a la autorización administrativa, lo que será fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

La respuesta a la consulta de pertinencia se trata entonces de una declaración de juicio del Servicio de Evaluación Ambiental, no vinculante, que constituye un acto administrativo conforme al inciso 6° del artículo 3° de la Ley N.° 19.880 (INSUNZA Y URIARTE, 2021 p. 9). Lo anterior es concordante en la materia, que ha sido zanjada, además, por la Contraloría a través del Dictamen N°.7.620, de 1 de febrero de 2013.

Luego, es susceptible de impugnación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 de la Ley N.° 19.880<sup>12</sup>. Si bien no se ha previsto legalmente la posibilidad de recurrir a los Tribunales Ambientales respecto de la respuesta a una consulta de pertinencia, en la práctica se ha logrado llegar a esta instancia a través de la invalidación del acto administrativo y en atención a la competencia de estos Tribunales consagrada en el artículo 17 N°.8 de la Ley N.° 20.600 (INSUNZA Y URIARTE, 2021 p. 10).

<sup>10</sup> Dictamen N°.8.977 de 2002; Dictamen N°.20.477 de 2003; Dictamen N°.75.620 de 2012; Dictamen N°.80.276 de 2012 de la Contraloría General de la República.

<sup>11</sup> Dictamen N°.80.276 de 2012 de la Contraloría General de la República.

<sup>12</sup> Recursos de reposición, jerárquico y revisión.

En síntesis, las consultas de pertinencia de ingreso al sistema -que no son obligatorias, no son vinculantes, y no modifican una autorización administrativa ambiental-, pueden referirse a proyectos nuevos, o modificaciones de proyectos. En el primer escenario, el análisis debe realizarse conforme al artículo 10 de la Ley N.º 19.300 y el artículo 3 del Reglamento. En el segundo escenario, el análisis debe realizarse en atención a los criterios establecidos en el artículo 2 letra g) del Reglamento, para determinar si los cambios son o no de consideración.

En el segundo caso, en el que nos enfrentamos a modificaciones de proyectos, que es al que me enfoco en el presente análisis, si el cambio es de consideración, debe ingresar al sistema y obtener su respectiva Resolución de Calificación Ambiental. Por su parte, si no es de consideración, no tiene la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental, y aquellos cambios que se ejecutarán no quedarán plasmados en una Resolución de Calificación Ambiental. Es este el caso en el que vemos que hay una falta de regulación, que genera incerteza para los titulares y complica la labor fiscalizadora de la autoridad ambiental.

La Superintendencia del Medio Ambiente, en general, ha tomado en consideración la consulta de pertinencia en sus procedimientos sancionatorios. Sin embargo, en ciertos casos la ha exigido para descartar la existencia de una infracción ambiental asociada al incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, cuando en rigor no es un instrumento que deba ser utilizado obligatoriamente por un Titular frente a cambios menores<sup>13</sup>. Por su parte, la Corte Suprema ha relativizado su valor, en la medida que, como ha indicado la Contraloría General de la República<sup>14</sup>, estos no tienen el mérito para modificar una Resolución de Calificación Ambiental, insistiendo que ello solo puede efectuarse por medio de una nueva autorización, que implique un nuevo procedimiento de evaluación de impacto ambiental, o bien la revisión de la Resolución

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, los casos de Puerto Coronel y de Mowi que revisaremos en el próximo apartado.

<sup>14</sup> Dictamen N.º.76.260 de 28 de diciembre de 2012, Contraloría General de la República.

de Calificación Ambiental en aplicación del artículo 25 quinquies de la Ley N.º 19.300.

A continuación, revisaremos tres casos que demuestran la necesidad de regular normativamente los cambios que no son de consideración de acuerdo con la definición del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En la práctica de la institucionalidad ambiental, he podido analizar algunos casos en los que era manifiesta la necesidad de regular normativamente los cambios que no son de consideración de acuerdo con la definición del Reglamento. La elección de casos busca ilustrar la problemática, ya que en ellos se manifiesta justamente el involucramiento de los titulares de proyectos y de la administración del Estado ante la falta de regulación. Así, por una parte, el Titular se ve prácticamente obligado a presentar consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cada cambio que quiera introducir a sus proyectos, con el objeto de minimizar el riesgo de que se le sancione por incumplimiento de su autorización administrativa. Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental sufre la excesiva carga de conocer cada una de estas consultas de pertinencia de ingreso. A su vez, la Superintendencia del Medio Ambiente tendría que dar curso a un procedimiento sancionatorio ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Además, en estos tres casos vemos diferencias de criterios de la autoridad, en particular de la Superintendencia frente a esta falta de regulación, dándole distinto valor a las consultas de pertinencia de ingreso, lo que aumenta las incertezas para los titulares.

## 2. ANÁLISIS DE CASOS

### 2.1. Central Termoeléctrica Santa María de Colbún

El proyecto “Complejo Termoeléctrico Coronel”<sup>15</sup>, de titularidad de Colbún S.A., fue calificado ambientalmente favorable mediante la

---

<sup>15</sup> El proyecto considera la operación de un complejo con una potencia de 700 MW ubicado

Resolución de Calificación Ambiental N°.176/2007, por la COREMA de la Región del Biobío. El 3 de septiembre de 2015 fue presentada una denuncia, suscrita por más de un millar de habitantes de la comuna de Coronel, la que fue seguida de ampliaciones y nuevas denuncias en contra del mismo Titular, respecto del funcionamiento irregular del proyecto. Esta irregularidad, se manifestaría en que la Central Termoeléctrica Santa María tendría una potencia mayor a la permitida por autorización<sup>16</sup>, y que el Titular no se habría hecho cargo de un impacto no previsto relacionado con emisiones de material particulado, sin aplicar medidas de mitigación suficientes en cuanto a la generación de emisiones atmosféricas<sup>17</sup>.

Luego de iniciada una investigación por los hechos denunciados, la que incluyó el pronunciamiento del director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, respecto a la potencia de generación evaluada y calificada para cada unidad del Proyecto, el 25 de mayo de 2017, mediante la Res. Ex. D.S.C. N°.489/2017, la Superintendencia consideró improcedente iniciar un procedimiento sancionatorio y resolvió archivar las denuncias.

Esta resolución fue impugnada ante el Tercer Tribunal Ambiental (Rol N.º R-53-2017), cuya sentencia acogió parcialmente la reclamación

---

en un terreno de 30 hectáreas, a 700 metros al sureste de la ciudad de Coronel en la Región del Biobío. La central está proyectada con dos turbinas a vapor de 350 MW de potencia cada una, contando cada una de ellas con una caldera para generación de vapor, acompañada de un sistema para el control de emisiones. A la fecha de este conflicto, la central tenía construida y operando solo una de las unidades. Además, el complejo cuenta con la cancha de acopio de carbón para ambas unidades y un sitio de disposición de cenizas ubicado en el sector este del predio de la central.

<sup>16</sup> Según los denunciantes, la Central Termoeléctrica Santa María, aparece en los registros y mediciones del CDEC-SIC, con una unidad de 370 MW de potencia instalada y 370 MW de Potencia Máxima, lo que difiere de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental N°.176/2007, en la que se habría considerado la instalación y operación de un complejo de generación térmica con una potencia de 700 MW, equipado con dos turbinas a vapor de 350 MW de potencia cada una.

<sup>17</sup> En las nuevas denuncias, y ampliaciones agregan otras manifestaciones del funcionamiento irregular, la mayoría de ellas como consecuencia de la mayor potencia instalada en la Central.

y ordenó el inicio de un procedimiento sancionatorio. La sentencia fue recurrida de casación (Rol N.º 3470-2018) ante la Corte Suprema, sin embargo, como no se suspendieron los efectos de la sentencia impugnada, la Superintendencia dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio (Rol D-013-2018), formulando cargos por la comisión de una infracción calificada como leve<sup>18</sup>, y una infracción calificada como grave<sup>19</sup>.

En el marco de dicho procedimiento, la Superintendencia solicitó el pronunciamiento del Servicio de Evaluación Ambiental respecto de si los hechos contenidos en el cargo N.º.1 requerían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El Servicio respondió<sup>20</sup> afirmando que los cambios no eran de consideración, y en consecuencia no requerían ser evaluados ambientalmente. El 9 de julio de 2019 la Corte Suprema acogió la reclamación y ordenó a la Superintendencia retrotraer el procedimiento administrativo sancionatorio, para que dicho órgano agotara las diligencias y estudios técnicos con el fin de dilucidar la efectividad de las denuncias, lo que fue cumplido por la Superintendencia del Medio Ambiente derivando los antecedentes a la División de Fiscalización (expediente de fiscalización DFZ-2019-1532-VIII-RCA). De acuerdo con los resultados del Informe de Fiscalización, la Superintendencia concluyó que no habrían hechos que constituyan infracciones por incumplimiento a la Resolución de Calificación Ambiental, ni por elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dictando la Res. Ex. N.º.1275, de 4 de septiembre de 2019, por la cual resolvió archivar las denuncias.

---

<sup>18</sup> El hecho infraccional es el siguiente: “Las componentes de la primera y única unidad generadora de la CTSM, son distintas a lo autorizado lo que se expresa en la instalación y utilización de: -1 generador eléctrico 468 MVA, -1 Transformador de poder que posee una potencia de 460/490 MVA y, -1 Transformador de servicios auxiliares de 60/72 MVA”.

<sup>19</sup> El hecho infraccional es el siguiente: “La primera y única unidad de la CTSM cuenta con una chimenea de 130 metros de largo total, un diámetro basal de 11 metros, y un diámetro del extremo superior de 5,3 metros, para evacuar los gases producidos, con la que genera en promedio, entre enero a septiembre del 2015, un valor de 358 MW, utilizando una turbina a vapor de 369 MW”.

<sup>20</sup> La solicitud fue respondida por la Dirección Ejecutiva, mediante el Of. Ord. D.E. N.º.181597, de 14 de noviembre de 2018, y complementado mediante el Of. Ord. D.E. N.º.190299, el 28 de febrero de 2019.

Los denunciantes reclamaron de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el art. 17 N.º 3 de la Ley N.º 20.600, solicitando revocarla, y ordenar retrotraer el procedimiento, debiendo la Superintendencia continuar con la investigación respecto de la instalación de equipos distintos a los autorizados<sup>21</sup>. Los reclamantes afirman que

“la [Superintendencia] está obligada a formular cargos porque las desviaciones de la [Resolución de Calificación Ambiental] que fueron encontradas por la [Superintendencia] –y que fueron fijadas por la Excm. Corte Suprema– son infracciones del art. 35 de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente] y por tanto deben dar lugar a un procedimiento sancionatorio, sin importar las consecuencias o efectos de la misma, cuestión que está reservada para su clasificación de acuerdo al art. 36 de dicha ley”<sup>22</sup>.

La Superintendencia, como parte reclamada, y la empresa, como tercero coadyuvante, sostienen:

“que la respuesta sancionatoria de la [Superintendencia] se reserva para aquellos cambios introducidos en proyectos que ya cuentan con [Resolución de Calificación Ambiental], si estos configuran una modificación de proyecto (art. 35 letra b) de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente]), o tengan una relevancia ambiental que amerite respuesta sancionatoria (art. 35 letra a) de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente]); de lo contrario, afirman ambos, la [Superintendencia] estaría obligada a instruir procedimientos sancionatorios por cada mínimo cambio, lo que produciría una respuesta irracional y la inamovilidad de dicho organismo”<sup>23</sup>.

En su argumentación afirman que debe ser aplicado el principio de eficiencia y eficacia, y la Superintendencia del Medio Ambiente “debe ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello, por lo que, ante desviaciones formales a una [Resolución

<sup>21</sup> De acuerdo con lo sentenciado por la Corte Suprema, en causa rol Rol N.º 3470-2018.

<sup>22</sup> Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo cuarto.

<sup>23</sup> Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo quinto.

de Calificación Ambiental] que no tengan la capacidad de generar impactos de carácter ambiental, ella se encuentra facultada para no iniciar un procedimiento sancionatorio”<sup>24</sup>.

Aquí vemos plasmado claramente el problema que se genera por la falta de regulación existente en materia de cambios de no consideración. En cierta medida ambas partes están en lo correcto. Por un lado, la normativa vigente no establece la posibilidad de modificar una Resolución de Calificación Ambiental si no es a través del sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o revisión de la propia autorización, y exige un cumplimiento estricto de la misma. Pero, por otro lado, no parece razonable ni prácticamente posible que la Superintendencia formule cargos por cada mínimo cambio de un proyecto respecto de lo dispuesto en la Resolución de Calificación Ambiental, máxime cuando se contempla un instrumento por el cual los titulares pueden obtener una respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental respecto de si los cambios son o no de consideración como para ingresar obligatoriamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Tribunal Ambiental de Valdivia resolvió que la Superintendencia no tiene discrecionalidad para no dar curso a un procedimiento y archivar las denuncias, en atención a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente<sup>25</sup>, debiendo formular cargos, aunque sean leves, ante cualquier desviación respecto de los contenidos de la Resolución de Calificación Ambiental. Jorge Bermúdez ha sostenido –lo que incluso fue citado en su sentencia por el Tercer Tribunal Ambiental– que “la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad, con lo que –al menos al tenor de

<sup>24</sup> Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo quinto.

<sup>25</sup> Establece en su inciso final que la denuncia “originará un procedimiento administrativo sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado”.

la ley– remitida la información se deberá iniciar un procedimiento administrativo sancionador” (BERMÚDEZ, 2014, p. 504).

Lo resuelto por el Tribunal Ambiental no se condice con la existencia de un instrumento como la consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cambios a proyectos o actividades con autorización administrativa ambiental, y tampoco con el modelo de incentivos al cumplimiento que se ha plasmado en la Ley Orgánica de la Superintendencia, y que ha llevado adelante el propio organismo en la práctica.

## 2.2. Escape de Salmones Centro de Engorda Punta Redonda - MOWI

Muy conocido ha sido el caso del escape masivo de salmones del Centro de Engorda Punta Redonda (“CES Punta Redonda”), que cuenta con su proyecto aprobado por las Resoluciones de Calificación Ambiental N°.2040/2001 y N°.539/2011, ocurrido en julio de 2018, y respecto del cual la Superintendencia del Medio Ambiente formuló dos cargos<sup>26</sup> el 31 de octubre de ese mismo año.

Sin embargo, desconocido ha sido el segundo hecho que la Superintendencia estimó constitutivo de infracción conforme al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica, referido a “mantener y operar instalaciones de apoyo en tierra para el cultivo de Salmones del Centro Punta Redonda, no destinadas a la operación del sistema de ensilaje”. La Superintendencia consideró que estas instalaciones implementadas en tierra eran un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, ya que la resolución N°.2040/2011 establece en su considerando 3.1.1. que “el centro de cultivo Punta Redonda se configura solamente con infraestructura flotante, pontón de alimento y trenes de cultivo. No se considera infraestructura en tierra o en playa (...)”; mientras que la resolución

---

<sup>26</sup> El primer cargo fue no mantener en el Centro de cultivo Punta Redonda las condiciones de seguridad apropiadas ni elementos de cultivo de óptima calidad y resistencia según las resoluciones de calificación ambiental, cuya consecuencia fue el escape masivo de ejemplares desde el Centro.

N.º.539/2011 en el considerando 3.3.2.1. afirma que “la etapa de construcción consta de la instalación de 20 balsas jaula, y en virtud de que el centro no cuenta con ningún tipo de instalaciones de apoyo en tierra, estará implementado con un pontón habitable, con acomodación para 10 personas y una plataforma de ensilaje de mortalidad”.

La empresa en sus descargos señaló que si bien las autorizaciones administrativas ambientales contienen la afirmación en su descripción de proyecto en el sentido de que no existirían instalaciones en tierra, el mero hecho de construir las años después no corresponde a la infracción de una condición, norma, o medida de las Resoluciones de Calificación Ambiental, sino a cambios, que, al no ser de consideración, no corresponde su sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Las instalaciones construidas consisten en: albergue y servicios del personal; vivienda del jefe de Centro y oficinas; taller de mantenimiento y bodega de combustible; y bodega y generador; todas ellas ubicadas en un predio de 5000 m<sup>2</sup> de propiedad del Titular del proyecto, desde el año 2015, las que no constituyen ninguno de los proyectos tipificados en el artículo 10 de la Ley N.º 19.300.

La Superintendencia del Medio Ambiente en su resolución sancionatoria tiene en consideración la respuesta a una consulta de pertinencia presentada por el Titular, respecto a la instalación y operación del sistema de ensilaje en tierra, en la que el Servicio de Evaluación Ambiental afirmó que estas instalaciones no constituían cambios de consideración. Sin embargo, al no ser las instalaciones constatadas parte del sistema de ensilaje, la Superintendencia mantiene la calificación jurídica de este hecho como constitutivo de infracción. Asimismo, en la resolución sancionatoria la Superintendencia menciona el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300 referido a que el Titular deberá someterse estrictamente al contenido de la Resolución de Calificación Ambiental, arguyendo que esta disposición no efectúa distinciones entre los preceptos del instrumento. Concluye que todo su contenido debe ser estrictamente seguido, configurándose en definitiva un incumplimiento a la autorización administrativa ambiental al contar con instalaciones en tierra cuando

expresamente las Resoluciones de Calificación Ambiental señalan que no las tendría. La resolución sancionatoria fue reclamada, encontrándose pendiente la dictación de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

En este caso vemos como la Superintendencia actúa de una manera distinta a la revisada en el caso de la Central Termoeléctrica Santa Marta, estimando que cualquier desviación, por menor que sea, es constitutiva de infracción, citando para ello el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300. ¿Habría sido distinto el actuar de la Superintendencia en el caso en comento, si el Titular del proyecto hubiese tenido una respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por las instalaciones en tierra que implementó con posterioridad a la obtención de sus Resoluciones de Calificación Ambiental? ¿Le está otorgando la Superintendencia una mayor relevancia a la consulta de pertinencia que la de simplemente una pregunta no vinculante, y que no modifica la autorización administrativa ambiental?

Vemos que, ante la falta de regulación de estos cambios de no consideración, la Superintendencia puede cambiar su actuar y darle, discrecionalmente, mayor o menor significancia a la existencia de desviaciones respecto de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental.

### 2.3. Compañía Puerto Coronel

En enero de 2016, la Superintendencia formuló cargos en contra de Compañía Puerto Coronel S.A. (Rol D-002-2016): uno por elusión, y cinco por constituir infracciones conforme al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, al incumplir condiciones, normas y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental<sup>27</sup>. Para el presente análisis nos enfocaremos en

---

<sup>27</sup> Compañía Puerto Coronel S.A. cuenta con las siguientes Resoluciones de Calificación Ambiental: i) N.º.313/2000 que aprobó el proyecto “Ampliación Muelle Norte del Puerto de Coronel”; ii) N.º.97/2033 que aprobó el proyecto “Ampliación Muelle Sitio Cuatro”; iii) N.º.276/2077 que aprobó el proyecto “Construcción Muelle Granelero, Puerto de Coronel, comuna de Coronel”; iv) N.º.10/2007 que aprobó el proyecto “Construcción Muelle de Atrache Sur, Puerto Coronel”, y; v) RCA N.º.60/2010 que aprobó el proyecto “Dragado de Sitios 6 y 7 Muelle Sur del Puerto de Coronel, comuna de Coronel”.

el cargo N°.4: “modificación de proyecto debido a la construcción de un enrocado de protección en sector del Muelle N°.2, ocupando parte del intermareal, en un área que no cuenta con consulta de pertinencia, autorización ambiental ni permiso sectorial”; y el cargo N°.5: “modificación de proyecto debido a la evacuación de aguas de lavado de camiones al sistema de alcantarillado sin previa consulta de pertinencia o evaluación ambiental”.

En este caso llama la atención que parte del cargo imputado –la identificación del hecho infraccional– sea el hecho de realizar estas modificaciones sin previa consulta de pertinencia<sup>28</sup>, teniendo en cuenta que este instrumento se establece como un derecho a solicitar una declaración al Servicio de Evaluación Ambiental, y en ningún caso un requisito previo u obligación antes de ejecutar un cambio a un proyecto.

El Titular presentó un Programa de Cumplimiento, en el que la acción propuesta para volver al cumplimiento asociada a cada uno de estos cargos fue, justamente, el presentar una consulta de pertinencia, para obtener una respuesta respecto de si los cambios son o no de consideración. Lo anterior fue aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Destaco aquí que la forma que la Superintendencia consideró adecuada para volver al cumplimiento, fue presentar la consulta de pertinencia de ingreso, tornándola –en la práctica– un instrumento vinculante. ¿Es entonces requisito contar con la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental a una consulta de pertinencia respecto de todos los cambios que se hagan a un proyecto calificado ambientalmente, para evitar una formulación de cargos por incumplimiento a las normas, condiciones o medidas de la Resolución de Calificación Ambiental?

Digno de una reflexión mayor es el hecho de que el Servicio de Evaluación Ambiental estimó que ninguno de estos cambios correspondía

---

<sup>28</sup> Realizando una búsqueda bastante exhaustiva en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), pareciera ser que es el único caso en que la Superintendencia incluye en el cargo mismo el hecho de no contar con consulta de pertinencia respecto de un cambio.

a un cambio de consideración, por lo que no tenían obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>29</sup>. En consecuencia, el actuar del Titular fue el correcto, al ejecutar estos cambios sin ingresar al sistema, y sin realizar una consulta de pertinencia previo a ejecutarlos, ya que no es una obligación hacer la consulta, sino que es un derecho que se le otorga al Titular cuando existan dudas al respecto.

### 3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA NORMATIVA VIGENTE

La necesidad de reformar la institucionalidad ambiental se ha hecho evidente en los últimos años. Particularmente respecto del seguimiento y cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de la evaluación de impacto ambiental y de la vinculatoriedad de las consultas de pertinencia para hacerse cargo de los cambios menores o poco significativos de proyectos.

Desde el 2016 a la fecha han surgido propuestas y proyectos de ley, los que revisaremos a continuación.

#### 3.1. Informe Final Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En abril de 2015, la presidenta de la República en ejercicio, Michelle Bachelet, creó la “Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA” con el objeto de responder a la demanda de analizar la estructura, procedimientos y herramientas vinculadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dicha instancia evaluó los ajustes necesarios para que respondan, de manera adecuada y eficiente, a las exigencias actuales, generando propuestas para su optimización, con la finalidad de lograr procesos con altos estándares de calidad, más expeditos y en un marco de certeza jurídica para los titulares, la comunidad y servicios públicos que participan de la evaluación (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 5). De este modo, el trabajo de la

---

<sup>29</sup> Resolución Exenta N°.274/2016 del Servicio de Evaluación Ambiental Biobío y Resolución Exenta N°.275/2016 del Servicio de Evaluación Ambiental Biobío.

Comisión concluye con un informe que consolida 25 propuestas y recomendaciones para la mejora del sistema.

En particular, respecto a las consultas de pertinencia, la Comisión detecta como uno de los problemas, el que ya hemos adelantado en este trabajo:

“que por ser esta una herramienta de juicio –la cual en base a los antecedentes entregados por el proponente y la normativa vigente, el [Servicio de Evaluación Ambiental] otorga una opinión respecto de si un determinado proyecto debe ingresar o no al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] o, dicho de otro modo, da una opinión respecto de la aplicabilidad jurídica a una situación concreta–, esta puede tener diferentes conclusiones dado el análisis discrecional respecto del tema. Siendo así, la [Superintendencia del Medio Ambiente] podría requerir el ingreso al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] de un determinado proyecto en contrario a la opinión entregada por el [Servicio de Evaluación Ambiental]. Lo anterior, en virtud de lo señalado en el artículo 26 del [Reglamento]” (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 106).

En función de este diagnóstico, la Comisión propone (i) otorgarle un carácter vinculante a las respuestas sobre las consultas de pertinencia; (ii) modificar la Ley N°.19.300 y/o el Reglamento para establecer expresamente esta vinculatoriedad; (iii) regular el procedimiento administrativo de la consulta de pertinencia, y; (iv) definir contenidos mínimos que deber ser entregados por parte de los titulares (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, Propuesta N°.7, p. 270). La Comisión también propone la dictación, en el corto plazo, de un Instructivo relativo a consultas de pertinencia de ingreso al sistema, mediante el cual se señale que los órganos de la administración del Estado no deben exigirlos para otorgar permisos sectoriales, en atención a que la consulta es una facultad del Titular (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, Propuesta N°.8, p. 276).

Respecto de la posibilidad de modificación y actualización de la Resolución de Calificación Ambiental, la Comisión detecta como problema el hecho que, bajo la legislación actual, y desde los inicios de la

institucionalidad ambiental, los proyectos que obtienen calificación ambiental favorable no pueden ser objeto de modificación, a menos que se sometan nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta idea se vio reforzada con la reforma a la Ley N.º 19.300 por la Ley N.º 20.417, que incorporó el inciso final del artículo 24: “El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”.

Sin embargo, detectan que en la práctica una serie de hipótesis de modificación de proyecto y/o RCA (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 340):

- i. Modificación de proyecto por cambio de consideración (artículo 2 letra g Reglamento);
- ii. Invalidación parcial o total de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 53 Ley N.º 19.880);
- iii. Revisión de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 25 quinquies Ley N.º 19.300);
- iv. Recurso de reclamación acogido (artículos 20 y 29 Ley N.º 19.300);
- v. Interpretación de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 81 letra g Ley N.º 19.300);
- vi. Respuesta de pertinencia que determina que el cambio consultado al Servicio de Evaluación Ambiental no es de consideración (artículo 26 Reglamento);
- vii. Modificación menor no informada ni consultada al servicio de Evaluación Ambiental, y;
- viii. Entrada en vigencia de nueva normativa ambiental aplicable al proyecto.

La Comisión propone implementar una gestión integral de las modificaciones de proyectos y de la autorización administrativa ambiental, a través de la racionalización y simplificación de los procedimientos de

evaluación que versen sobre modificaciones de proyectos ya evaluados previamente en el sistema, así como la implementación de una plataforma electrónica de integración y actualización de contenidos.

En lo que nos convoca, la Comisión propone en particular, la posibilidad de modificar y actualizar la autorización, en aquellos casos en que los cambios no son de consideración. Así, propone establecer como obligatorio informar estos cambios menores, a través de la plataforma electrónica administrada por la Superintendencia del Medio Ambiente. La propuesta mantiene la posibilidad de presentar una consulta de pertinencia en caso de duda, lo que no obsta la eliminación de la obligación de informar los cambios una vez obtenida la respuesta, y las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia, que podrá requerir el ingreso o formular cargos en caso de no cumplir con la obligación o presentar información falsa o inexacta (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 343).

Si bien el Informe fue publicado en julio de 2016, estas propuestas no se han concretado. A la fecha, existen dos proyectos de ley en trámite<sup>30</sup>, que revisaremos a continuación.

### 3.2. Proyecto de ley Pro-Inversión

El proyecto de ley que “Perfecciona los textos legales que indica, para promover la inversión” ingresó el 16 de mayo de 2018 (Boletín N.º 11747-03), con el objetivo de disminuir los plazos de tramitación de ciertos procedimientos, eliminar las incertezas jurídicas y mejorar la información disponible para los inversionistas mineros.

En particular, respecto de las consultas de pertinencia, el proyecto propuso el carácter vinculante de las respuestas entregadas por el Servicio de Evaluación Ambiental, a través de la incorporación de un nuevo artículo 9 quáter a la Ley N.º 19.300:

---

<sup>30</sup> Si bien el proyecto de ley que “Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” ingresado el 31 de julio de 2018, avanzó en su tramitación, fue retirado el 19 de junio de 2019 por el Poder Ejecutivo.

“Los proponentes o titulares de proyectos podrán dirigirse al Director Ejecutivo del Servicio o el Director Regional, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo, podrán dirigirse los proponentes o titulares a las mismas autoridades, en caso que requieran modificar un proyecto, sea que cuente con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, o en el caso que el proyecto no tenga la respectiva resolución.

El pronunciamiento a que se refiere el inciso anterior será siempre vinculante para efectos del seguimiento, fiscalización y sanción ambiental”.

Luego de modificaciones e indicaciones, el artículo quedó redactado de la siguiente manera, eliminando el carácter vinculante originalmente propuesto:

“Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad requiere someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo, podrán dirigirse los proponentes o titulares a las mismas autoridades, en caso de que requieran efectuar cambios a un proyecto, sea que cuente o no con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, con el fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, dichos cambios constituyen o no una modificación de proyecto.

La respuesta que emita el Servicio no será vinculante para efecto alguno, y deberá ser comunicada a la Superintendencia.

Los antecedentes proporcionados por los proponentes o titulares de un proyecto o actividad deberán contener información actualizada, detallada y fehaciente respecto de los datos del proponente o responsable del proyecto, así como también del proyecto sometido a la consulta, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y judiciales que establece la ley”.

Sin embargo, con fecha 24 de septiembre de 2020, se hizo uso del veto presidencial respecto de este artículo, suprimiendo el carácter no vinculante de la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental a las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos o sus modificaciones, en atención a que el nuevo texto del artículo “además de ser discordante con el reconocimiento legal de dichas consultas, es contradictorio con la idea matriz y los objetivos que persigue el proyecto de ley”<sup>31</sup>. En consecuencia, se suprime el numeral 2 del artículo 1, que propone incorporar el nuevo artículo 11 quáter a la Ley N.°19.300.

### 3.3. Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Con fecha 18 de junio de 2019, un día antes de retirar el proyecto de ley que Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Ejecutivo ingresa un nuevo proyecto de ley (Boletín N.°12714-12), que “Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental, y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, con el fin de continuar perfeccionando y modernizando el SEIA. En particular se proponen las siguientes modificaciones:

- i. Ampliar y mejorar los espacios de participación ciudadana dentro del sistema;
- ii. Descentralizar la toma de decisiones, fortaleciendo el poder de las regiones y disminuyendo los plazos de tramitación;
- iii. Aumentar el componente técnico de las decisiones y entregar certeza jurídica, y;
- iv. Permitir un acceso más equitativo y eficiente a la justicia ambiental.

Lamentablemente este proyecto de ley, que no tiene movimiento desde el año 2019, no se hace cargo de los cambios de no consideración,

---

<sup>31</sup> Observaciones al proyecto de ley, p. 10.

las consultas de pertinencia o la posibilidad de modificar o actualizar las Resoluciones de Calificación Ambiental en atención de cambios de menor envergadura que no requieren ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

## REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

La institucionalidad ambiental en Chile, con la dictación de la Ley N.º 20.417 en el año 2010, y como consecuencia de la implementación de la Superintendencia del Medio Ambiente, ha dado un gran paso. Los avances en materia de fiscalización y cumplimiento ambiental respecto del modelo vigente hasta el año 2012 son evidentes. Sin embargo, aún quedan muchas materias que deben ser revisadas y actualizadas para dar respuesta a las crecientes exigencias de la comunidad, los titulares de proyectos y de la misma autoridad ambiental en el cumplimiento de sus funciones (CEPAL/OCDE, 2016).

Una de ellas es la falta de regulación respecto de los cambios a proyectos o actividades que cuentan con Resolución de Calificación Ambiental, cuando estos no son de consideración, en atención a que de acuerdo con la normativa vigente: (i) las únicas vías de modificación de autorización administrativa ambiental son el sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o bien la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental en aplicación del artículo 25 quinquies, y (ii) el Titular de un proyecto o actividad con Resolución de Calificación Ambiental tiene el deber de someterse estrictamente al contenido de la misma, ya que la Superintendencia del Medio Ambiente debe perseguir el incumplimiento a las normas, condiciones o medidas establecidas en la autorización administrativa ambiental.

Actualmente, si se ejecutan cambios menores a un proyecto, que no requieren ingresar nuevamente al sistema, aunque modifican el proyecto en la práctica, estos no quedan plasmados en la Resolución de Calificación Ambiental. Lo anterior genera dificultades para el Titular del proyecto, a la hora de dar cumplimiento a su Resolución de Calificación

Ambiental, ya que esta tendrá contenidos que ya no se ajustan a la realidad; para la comunidad, que tampoco tienen claridad de la forma en que el Titular debe cumplir la Resolución de Calificación Ambiental; y para la Superintendencia al fiscalizar la autorización administrativa ambiental, ya que tiene el deber de asegurar el cumplimiento estricto de la misma.

En la actualidad, la Superintendencia en ocasiones ha optado, a la luz de los principios de eficiencia y eficacia, y considerando que el principio de oportunidad no informa como principio de la Ley Orgánica de dicho organismo, no formular cargos ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, los tribunales han considerado que esta autoridad tiene el deber de hacerlo a la luz de lo dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300, considerando que el Titular debe someterse estrictamente al contenido de su autorización. ¿Es realmente necesario formular cargos ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental, por menor que sea y que no tenga implicancias o efectos negativos sobre el medio ambiente? ¿Es posible en la práctica hacerlo?

Los titulares de proyecto o actividades han encontrado en la consulta de pertinencia, un instrumento que al menos ayuda a respaldar, por parte de la autoridad, la decisión de no ingresar nuevamente al sistema de evaluación ciertos cambios a sus proyectos o actividades que no son de consideración. Lo anterior, con el fin de tener cierta seguridad o disminuir los riesgos de inicio de un procedimiento sancionatorio por incumplimiento a las normas, medidas o condiciones de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, como ya hemos revisado, este instrumento no modifica la autorización y no es vinculante para la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que sus beneficios son bastante cuestionables (SANDOVAL, 2020, p. 239).

Es evidente que los proyectos van a sufrir cambios durante su vida útil, ya sea porque cambian las tecnologías, cambian las variables ambientales o es necesario optimizar equipos o instalaciones, entre otros. Es por esta razón que se debe buscar un equilibrio entre la necesidad de implementar cambios a los proyectos o actividades y la protección al

medio ambiente, con el objeto de asegurar cierta certeza jurídica para la comunidad y los titulares de proyectos o actividades, además de facilitar la gestión ambiental de los proyectos, el seguimiento ambiental y fiscalización para la autoridad ambiental. Esto es especialmente relevante, ya que tanto la comunidad, los titulares como la Superintendencia, orientan sus acciones respecto de los proyectos o actividades en función de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental.

Es necesario entonces que se regule un mecanismo para modificar o actualizar de forma eficiente los contenidos de la Resolución de Calificación Ambiental, que hoy es sumamente rígida, con el objeto de que esta sea un reflejo del proyecto o actividad que está en ejecución. Esta rigidez, incluso puede ser un desincentivo para que los titulares introduzcan mejoras a sus proyectos que pueden ir en beneficio del medio ambiente.

Lo positivo es que el trabajo ya está bastante avanzado. Las propuestas de modificación normativa de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental plasmadas en su Informe Final de 2016, en esta opinión, parecen ser adecuadas para otorgar mayor certeza a todos los actores involucrados. En efecto, para el caso de los cambios a proyectos o actividades con Resolución de Calificación Ambiental que no sean de consideración se propone que el Titular tenga el deber de informarlos a través de una plataforma administrada por la Superintendencia del Medio Ambiente, tal como actualmente se deben reportar los datos requeridos para el registro público de Resolución de Calificación Ambiental (en cumplimiento de la Res. Ex. N°.1.518/2013 de la SMA), y el seguimiento de los compromisos ambientales (en cumplimiento de la Res. Ex. N°.223/2015) entre otros. De este modo, los cambios informados serán incorporados a la Resolución de Calificación Ambiental, con su debida publicidad, manteniendo la posibilidad de consultar la pertinencia de ingreso en caso de dudas, y las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia.

Con esta solución propuesta, el Titular no tendrá el problema que hoy se genera al estar obligado a dar cumplimiento estricto a su Resolución

de Calificación Ambiental, ya que esta reflejará el proyecto ejecutado en la realidad, y si no lo hace, incurrirá en su propia responsabilidad, ya que dependerá de su propio actuar informar cada cambio menor que se implemente en el proyecto.

Ya sea a través de esta propuesta u otra, es urgente que se regule un mecanismo adecuado y eficiente para actualizar las Resoluciones de Calificación Ambiental, frente a cambios que son de menor envergadura y no requieren ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, siempre teniendo presente el deber del Estado de proteger al medio ambiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, Gustavo y SILVA, Carolina (2014): “Consulta de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Un Problema Práctico-Jurídico”, en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 447-478). Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- CARRASCO, Edesio y HERRERA, Javier (2014): “La Interpretación de la Resolución de Calificación Ambiental”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°.2, pp. 635-671.
- COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016): *Chile. Informe Final*. Ministerio del Medio Ambiente, julio de 2016. Disponible en: [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877\\_informe-mmef\\_final.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmef_final.pdf)
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) / ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental*.
- INSUNZA, Ximena y URIARTE, Ana Lya (2021): “Análisis de las Consultas de Pertinencia y el veto del Proyecto Pro Inversión”, en *Perspectivas CDA* N°.3 (en línea). Disponible en: [https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA\\_\(3\)\\_2021/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(3)_2021/index.html)
- SANDOVAL, Marcelo (2023): “La Consulta de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y su Estado Actual”. *Actualidad Jurídica* N°.47, , pp. 219-241.



Este libro se terminó de imprimir  
en Santiago de Chile,  
noviembre de 2023

Teléfono: 22 22 38 100 / [ril@rileditores.com](mailto:ril@rileditores.com)

Se utilizó tecnología de última generación que reduce el impacto medioambiental, pues ocupa estrictamente el papel necesario para su producción, y se aplicaron altos estándares para la gestión y reciclaje de desechos en toda la cadena de producción.