

# JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

*Año VIII, N° 8 - Diciembre 2016*

Con derecho al ambiente



**FIMA**

ONG - DESDE 1998





**Consejo Editorial:**

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

**Director General:**

Rodrigo Polanco Lazo.

**Editores:**

Gabriela Burdiles Perucci y Victoria Galleguillos Alvear.

**Auspicia:**

Fundación Heinrich Böll

**Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA**

ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile

**Representante Legal:**

Fernando Dougnac Rodríguez  
Mosquito 491, oficina 312, Santiago / (56-2) 2664 4468  
[www.fima.cl](http://www.fima.cl)

**Diseño portada e interior:**

Carolina Quinteros.

**Fotografía:**

Naiara Susaeta Herrera.  
Pumalín, Región de Los Lagos, Chile.

**Impresión:**

Jorge Luis Roque.

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





## Concurso Microrrelatos “Tu cuento, cuenta”

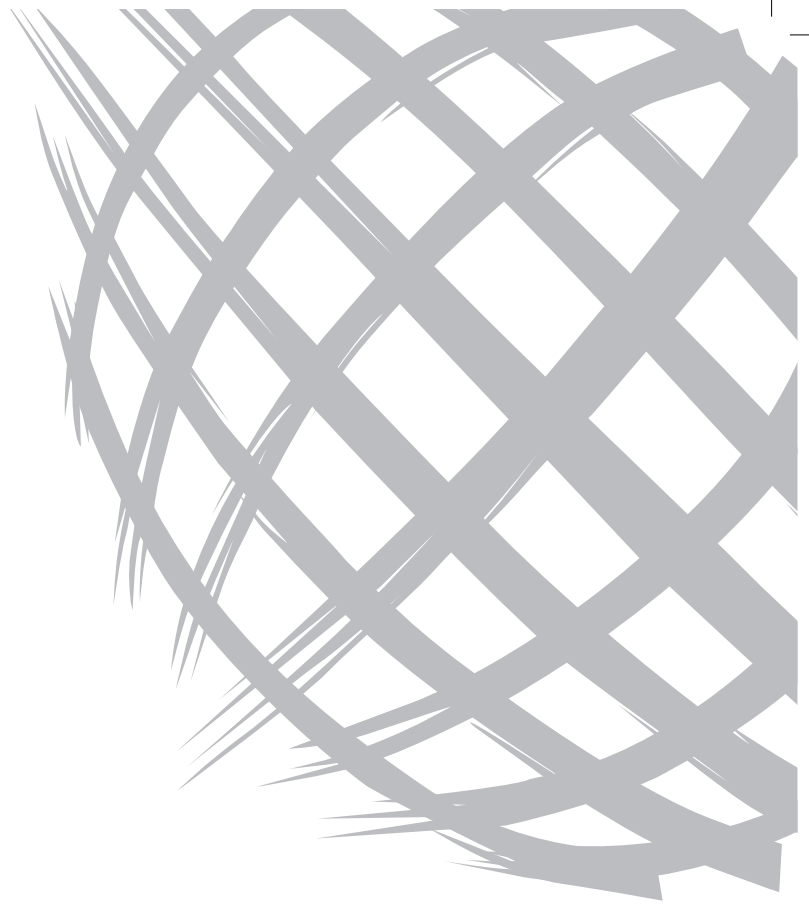
PRIMER LUGAR

### Pescador de Flores

Como todos los viernes de estos últimos dos años, trabajo en el recambio de flores al costado de la carretera que va hacia Puchuncaví. Ahora mi oficio es ser pescador de flores. Fui buzo mariscador de una familia de pescadores en Ventanas, solía partir temprano en el Juanito a doscientos metros de la costa, mi pequeño bote, fiel compañero de dos décadas. Regresaba con mi embarcación atiborrada luego de media jornada en el mar. Vendíamos todo y a las cuatro de la tarde regresábamos a nuestro hogar con los bolsillos llenos. Otro tiempo... Hoy, de las veinte embarcaciones, se interna una a dos kilómetros de la playa, playa donde turistas solían escharbar con sus pies en la arena húmeda para recolectar machas, de ahí la denominación de “playa machera”. Me vuelvo a sumergir, pero en la tierra, tierra que era el vergel de la región, a extirpar de ella cada semana hermosos cardenales que alcanzan a vivir sólo una semana y volver a plantar nuevos con colores vivos, sabiendo que no es un acto de liberación, sino una sentencia. Otros compañeros míos trabajan en un oficio similar, en la recolección de algas que yacen a lo largo de la playa, extendidas en la arena. Las grandes empresas que llegaron a la zona cambiaron el aire, el mar, nuestras vidas y tradiciones. Los mariscos son los cardenales, los peces son algas, el viento trae el sonido de las industrias y no del océano. Ellas pagan a penas una parte del salario que obteníamos aquellos que vivíamos del mar. Cuesta abandonar lo que ya no es, porque aún siento que soy lo que fui. En mis sueños veo a otros pescadores viniendo a rescatarnos como si fuésemos cardenales.

**Marcelo Fredz**





## Índice de Contenidos ■





# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## EDITORIAL

Raul Campusano Droguett. .... / 13

## ESTUDIOS

1. Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor. .... / 21  
*Jean Paul Dussaubat Diban y Claudio Tapia Alvial.*
2. Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador. .... / 49  
*Nicolás Hernández Araya.*
3. Autorizaciones Administrativas frente a la Tutela Ambiental. .... / 73  
*Mario Peña Chacón.*
4. El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado? .... / 89  
*Rodrigo Polanco Lazo y Sebastián Gómez Fiedler.*
5. El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. .... / 109  
*Oscar Recabarren Santibáñez.*
6. ¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA? .... / 139  
*Jorge Precht Pizarro y Alejandra Precht Rorris.*
7. Lectura Verde de los Derechos Sociales: Un análisis de la complementariedad entre los derechos relacionados con la protección de la naturaleza y los derechos sociales en Chile. .... / 163  
*Francisco Javier Torres Flores.*

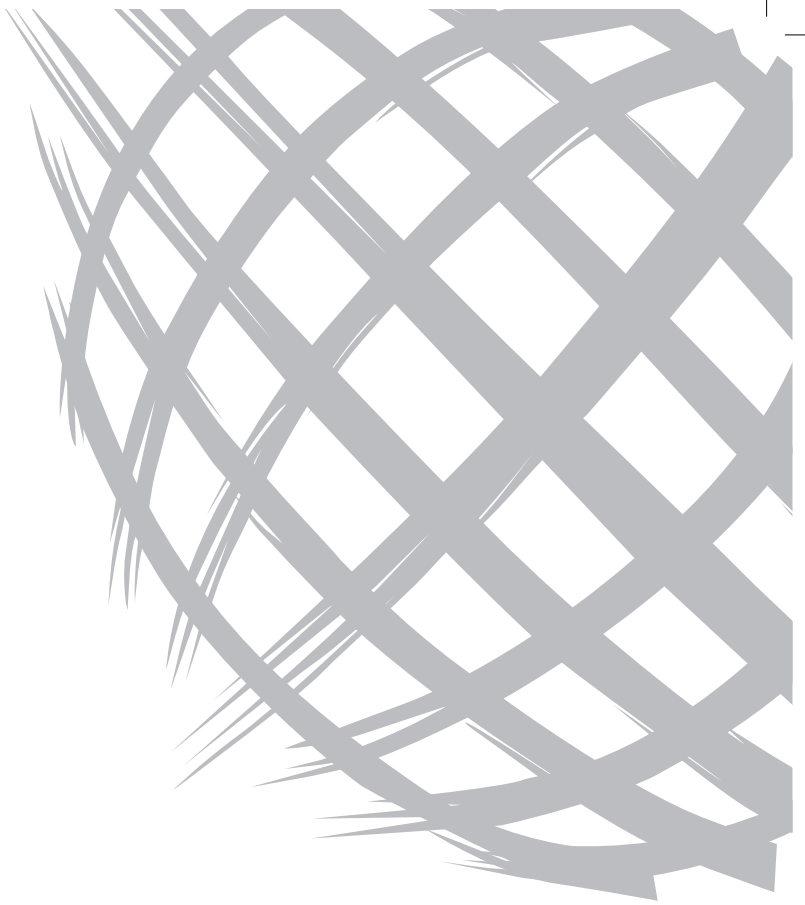
8. *In the Fight to Stop Climate Change, Forests Are a Vital Weapon.* ..... / 195  
*Aleksandar Stanisavljevic.*

#### **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

1. Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: ..... / 225  
Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa  
Rol N°-1397-2015.  
*Victoria Belemmi Baeza y Diego Lillo Goffreri.*

2. Litigación climática con enfoque de derechos: comentario sobre el ..... / 251  
caso Leghari v. Pakistán.  
*Gabriela Burdiles Perucci.*

**INSTRUCCIONES A LOS AUTORES** ..... / 271



Editorial ■



## EDITORIAL

### **Raul Campusano Droguett**

Abogado, Universidad de Chile.

Master en Derecho, Universidad de Leiden.

Master of Arts, Universidad de Notre Dame.

Director de Postgrado y Director Académico del Magister  
en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo.

Director ONG FIMA.

Vivimos tiempos de cambios, tanto en el mundo como en nuestro país. A finales del año pasado, la comunidad internacional se reunió en París para acordar estrategias reales frente a los desafíos del cambio climático, en una disposición que no se veía desde la negociación del Protocolo de Kyoto. Son muchas, y fundadas, las críticas que se pueden hacer al Acuerdo de París, pero claramente marca un nuevo punto de inflexión, como también la comprensión, ya consensual, de que es necesaria la acción decidida de todos en la creación de una forma distinta de habitar el planeta. Discutiremos plazos y estrategias, pero hemos decidido, como comunidad global, avanzar en la creación de un mundo mejor. La discusión de cambio climático nos lleva a la biodiversidad, la lucha contra la desertificación, las áreas protegidas, las migraciones climáticas, la industria de alimentos, la biotecnología, y todos los temas de la agenda ambiental contemporánea. Esta negociación nos ha hecho recordar algo que teníamos olvidado: la ecología no está separada del resto de las actividades de la sociedad. Así, es un tema político, económico, social, científico y, por cierto, ético.

En nuestro entorno, se reflexiona y discute sobre una nueva Constitución para Chile. La ocasión es propicia para levantar el tema ambiental y generar un texto constitucional que refleje lo que los chilenos queremos en relación con nuestro medio ambiente. Es un buen momento para formularnos las grandes preguntas que nunca tuvimos oportunidad de hacernos a nivel de bases de nuestro ordenamiento jurídico y, así, reflexionar, discernir, conversar, discutir, compartir, acordar y consensuar nuestras opciones de vida en relación con el todo que nos rodea. A propósito de esto, conectar al medio ambiente con otros temas del debate constitucional: la manera en que nos relacionaremos con la comunidad internacional, el modo en que armonizaremos el desarrollo económico con la protección ambiental, la forma en que consideraremos a la comunidad y a los pueblos indígenas, la forma en que entenderemos la justicia ambiental, la forma en que entenderemos nuestra relación con los seres vivos no humanos, entre otros.

Grandes e importantes temas para ir definiendo la sociedad en la que queremos vivir. Y los artículos de este número de Justicia Ambiental devienen en un excelente aporte para tal discernimiento y reflexión. Cada uno de ellos aborda un tema de la mayor relevancia, y levanta preguntas y propuestas para el debate, haciéndolo cada uno desde su identidad, generando una diversidad de aproximaciones que enriquece más aún el ejercicio.

El Profesor Rodrigo Polanco, y el abogado de DIRECON, Sebastián Gómez, han escrito sobre “El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado?” Luego de analizar el tratado y compararlo con otros tratados de libre comercio firmados por los signatarios del TPP desde la perspectiva de la sustentabilidad, llegan a la conclusión que “algunas partes del TPP no son particularmente novedosas para los países firmantes, dado que se basa en los tratados de comercio e inversión existentes, ofreciendo una consolidación de los compromisos que ya están presentes en los acuerdos existentes”. Por otra parte, los autores observan que el TPP también ofrece innovación en ciertos aspectos relativos al desarrollo sostenible, pero en un contexto de controversias sobre los beneficios o daños que el tratado significará en este aspecto. Un punto especialmente interesante del artículo es el hallazgo sobre que “el enfoque de Estados Unidos sobre la responsabilidad social corporativa ha cambiado a través de las negociaciones del TPP”. La ubicación de las disposiciones en materia de Responsabilidad Social Empresarial, RSE, ha evolucionado a partir de los acuerdos secundarios o anexos en los Acuerdos Comerciales preferenciales, ACP que anteriormente concluyó con Chile y Perú, hacia un enfoque que integra plenamente la RSE en el lenguaje de los capítulos laborales y de inversión. La influencia importante de los ACPs celebrados anteriormente por Australia y Perú se puede rastrear en el capítulo del medio ambiente.

Jean Paul Dussaubat y Claudio Tapia, abogados de la Universidad de Chile y Católica, respectivamente, escriben sobre la Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor, regulación establecida recientemente a través de la Ley 20.920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Los autores analizan esta figura novedosa de responsabilidad extendida del productor y observan el contexto internacional y nacional que la anteceden. En lo medular, Dussaubat y Tapia presentan reflexiones críticas y advertencias orientadas a contribuir para la adecuada implementación de la nueva legislación. Los autores hacen un llamado a aprovechar las instancias participativas expresamente establecidas en la Ley, como por ejemplo, la etapa de consulta pública contenida en la elaboración de los decretos supremos que establecerán las metas y obligaciones asociadas de los productos prioritarios, pues estiman que será en las discusiones que han quedado abiertas en la Ley dónde se jugará la posibilidad de que Chile cuente efectivamente con una regulación armónica orientada a

la prevención, valorización y minimización del impacto ambiental de sus residuos.

Nicolás Hernández, abogado de la Universidad de Chile y estudiante de Magíster en la Universidad de Barcelona, escribe sobre la protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador. En el contexto del debate y proceso en que se encuentra Chile respecto a una nueva Constitución, Hernández pone su atención en la variable ambiental y para ello observa y analiza el caso ecuatoriano, por su sustantiva innovación en el año 2008, haciendo hincapié en las diferencias considerables que tiene éste con el actual proceso chileno. Una vez expuestas esas diferencias y similitudes, Hernández invita a debatir un cambio constitucional sincero, consciente y que considere los últimos avances institucionales en la materia. El autor hace un llamado de alerta indicando que "la constitución política de una nación no puede ser un elemento de experimentación, y menos aún en países con tendencia a la importación, y casi nula creación, de innovaciones jurídicas." Así, valora el proceso ecuatoriano ya que se construye sobre un reconocimiento real y sincero de sus culturas ancestrales. Sin embargo, Hernández concluye que el debate constitucional chileno "no está preparado para un cambio como aquel, por lo que, si se decide importar la perspectiva constitucional ambiental al estilo ecuatoriano, biocéntrica, creemos que sería un acto apresurado y forzado".

Mario Peña, Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y profesor de esa universidad, escribe sobre las autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental, precisando que "el régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares". El autor levanta su propuesta señalando que "más allá del replanteamiento de un esquema clásico, se trata de visibilizar una metodología en la toma de decisiones administrativas que se adecue en su totalidad a las demandas actuales de la sociedad, es decir, a un interés público que aboga por la implementación de criterios capaces de canalizar, debida y oportunamente, el régimen del justo equilibrio que operativiza los alcances del desarrollo sostenible, en el marco de un Estado social y ambiental de derecho."

Oscar Recabarren, Profesor Universidad Academia de Humanismo Cristiano, escribe sobre El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. De entrada, explica que su interés es promover la idea de que el Derecho de Aguas chileno se someta al estándar fijado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. Así, se analizan los aspectos más significativos del Derecho de Aguas chileno, como sus principales obstáculos para dar

cumplimiento a la pauta internacional. Finalmente, se desarrollan los criterios considerados como imprescindibles para respetar el Derecho Internacional. El autor concluye que el “abismo que existe entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos, como recursos naturales que son, y la precaria magnitud de las normas que reconocen la finalidad pública de los mismos, se convierte en el quid de la cuestión a la hora de llevarse a cabo cualquier reforma que pretenda adecuar la normativa al estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente”.

Alejandra Precht y Jorge Precht, ambos profesores del Magíster en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se preguntan: ¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA? Los autores explican que “las facultades correctivas con las que ha dotado a la Administración, entre éstas, las de dictar órdenes de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deben ser ejercidas preferentemente como herramientas para el logro del cumplimiento de la ley, puesto que éstas responden de manera más eficiente y eficaz al resguardo del ambiente”. En ese contexto, los autores levantan su propuesta: La Ley es clara al otorgar la mencionada facultad a la Superintendencia del Medio Ambiente, sin la necesidad de que sea ejercida exclusivamente incoando un procedimiento sancionatorio. Los autores concluyen haciendo un llamado: “Esperamos que en aras de la protección ambiental, la SMA vuelva a ejercer la potestad de requerimiento de ingreso a proyecto al SEIA, logrando un pronunciamiento favorable del Tercer Tribunal Ambiental y la modificación de la postura del Segundo Tribunal. Lo anterior en virtud de lo esgrimido en este artículo y muy especialmente de la falta de cuestionamiento de esta potestad por parte de la Excelentísima Corte Suprema”.

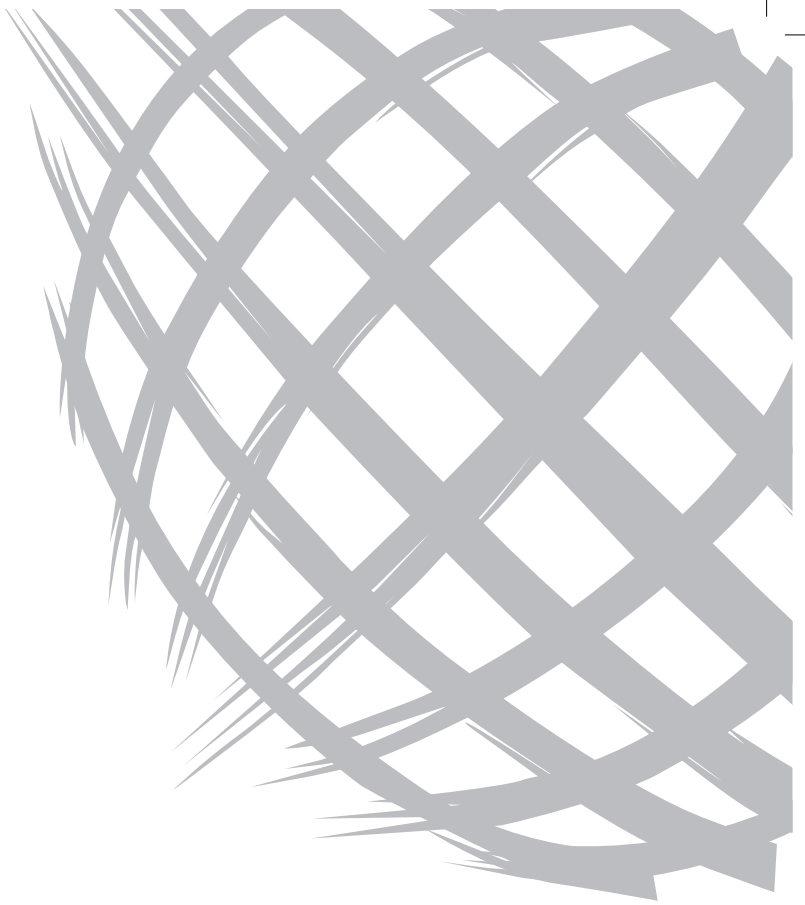
Aleksandar Stanisavljevic, egresado de Derecho de la Universidad de Berna y ex pasante FIMA, declara que, en la lucha contra el cambio climático, los bosques son un arma importante. El autor presenta su hipótesis señalando que: Los bosques constituyen un gran aliado en la lucha contra el cambio climático, opinión que ha sido confirmada en el reciente Acuerdo de París. Pero, ¿cómo es la realidad jurídica estatal de esta demanda? El autor responde indicando que un análisis comparativo entre las leyes de bosques Suiza y Chile nos brindará más claridad al respecto. La conclusión del autor es que los bosques suizos están en mejor condición que los chilenos para abordar la lucha contra el cambio climático. La legislación suiza prioriza el interés ecológico en relación con los bosques, situación que no se da en Chile. En éste país la legislación se ha movido y se sigue moviendo entre finalidades económicas y finalidades ecológicas, imponiéndose las primeras a las segundas.



Francisco Javier Torres, estudiante de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, propone una lectura desde de los derechos sociales: un análisis de la complementariedad entre los derechos relacionados con la protección de la naturaleza y los derechos sociales en Chile. Torres declara su interés de "abrir el debate y permitir la discusión madura en torno a la afectación y aporte de las discusiones en torno a los derechos colectivos de tercera generación referentes a la protección y el respeto hacia la naturaleza en relación a los derechos sociales, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento de la teoría de los derechos fundamentales para efectos de potenciar tanto a los derechos sociales como a los derechos asociados a la protección y respeto de la naturaleza, de modo que todos éstos se encuentren mayormente tutelados y protegidos en miras del bien común, el orden público y del interés general de la nación".

Como es tradición en la Revista, también hay una sección de comentarios de sentencias. Diego Lillo y Victoria Belemmi, abogados de FIMA y académicos universitarios, escriben el comentario: Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N°-1397-2015. El comentario "aborda una problemática que no ha podido ser resuelta de forma eficaz desde una aproximación normativa y que, por ende, ha debido ser sometida a conocimiento de nuestros tribunales en más de una ocasión. Esta controversia se funda en la supuesta incapacidad del órgano legalmente llamado a administrar el sistema de gestión de aguas vigente en nuestro ordenamiento, esto es, la Dirección General de Aguas, para promover la preservación del medio ambiente en el ejercicio de las atribuciones que posee, las cuales tradicionalmente han sido constreñidas a una lógica preeminentemente propietarista". Los comentaristas concluyen que "la decisión hace un diagnóstico muy acertado y a la vez muy alarmante. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que la DGA ha hecho un abandono voluntario de sus funciones al no incorporar en su ejercicio criterios de preservación ambiental tal como se lo ordena la Constitución y la ley, la que le otorga facultades para establecer limitaciones y restricciones a derechos y libertades en cumplimiento del mandato constitucional de la garantía del artículo 19 N° 8". Los comentaristas finalizan su texto declarando que "en un contexto en que el Cambio Climático está implicando la necesidad de reformular ciertos aspectos de las políticas de gestión de recursos naturales e, incluso, la estructura administrativa de los órganos que conforman la institucionalidad ambiental, la importancia del cuidado del agua se erige como un desafío clave que el Estado debe asumir activamente. En opinión de estos autores, este cambio de una visión privatista a un enfoque más público de la gestión de los recursos hídricos puede comenzar a darse desde ya en la medida que cambien los criterios bajo los cuales la DGA tradicionalmente ha interpretado sus funciones".

Fecundas páginas en las que encontramos los insumos necesarios para nuestras propias elaboraciones. Este número de la revista deja la vara alta. Solo cabe felicitar a los autores, por sus estimulantes aportes, y a FIMA, por no claudicar nunca en su misión y en sus principios. Ahora, a leer, reflexionar, reunirse, conversar, y a actuar en la construcción del planeta y el futuro que queremos.



Estudios ■



# Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor

## *Recycling Promotion Act: Towards the Extended Producer Responsibility*

**Jean Paul Dussaubat Diban**

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile  
jpdussau@uc.cl

**Claudio Tapia Alvia**

Abogado, Universidad de Chile  
claudio.tapia@sma.gob.cl

### **RESUMEN**

El presente artículo trata la regulación introducida con la nueva Ley N° 20.920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, abordando en particular la introducción de la figura de Responsabilidad Extendida del Productor a nuestro ordenamiento. Se sitúa a la ley en el contexto internacional y nacional que la anteceden, se destacan los principales aspectos tanto de la norma, como de las modificaciones legislativas sufridas durante su tramitación, y se realizan una serie de reflexiones críticas y advertencias orientadas a contribuir en la correcta implementación de la nueva legislación.

**Palabras claves:** Residuos; Responsabilidad Extendida del Productor; Reciclaje; Gestión de Residuos; Valorización de Residuos.

## **ABSTRACT**

This article reviews the new Chilean "Waste Management, Extended Producer Responsibility and Promotion of Recycling" Act Nº 20.920. Particularly, it analyzes the Extended Producer Responsibility in the Chilean regulation. Considering the national and international experience, this study addresses the main aspects of the new Act as well as the legislative amendments introduced during the discussion of the bill. Finally, some reflections and concerns are presented aiming to promote a correct implementation of Chile's new waste management regulation.

**Keywords:** Waste; Extended Producer Responsibility; Recycling; Waste Management; Waste Valorization.

## Introducción

Cada cierto tiempo, accidentes en vertederos y rellenos sanitarios despiertan una inusitada atención en nuestra prensa nacional respecto a cómo disponemos nuestros residuos. Sin embargo, el interés público relativo a la gestión de los residuos no se agota en las contingencias ambientales<sup>1</sup> que, de tanto en tanto, debemos enfrentar como sociedad. Por el contrario, tanto la sociedad civil como nuestras autoridades, debido al aumento exponencial de generación de residuos a nivel mundial y nacional, demuestran progresivamente una mayor atención.

La mejor muestra del creciente interés ciudadano y gubernamental sobre la materia, lo constituye la reciente Ley Nº20.920 que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del productor y Fomento al Reciclaje (en adelante "Ley REP" o "Ley")<sup>2</sup>. En efecto, el 1 de junio de 2016, luego de más de dos años de tramitación legislativa, se publicó en el Diario Oficial la Ley REP, la cual pretende modificar nuestro actual modelo de regulación de residuos que carece de un tratamiento sistemático y armónico, en el cual "no existe un marco jurídico general y toda la normativa existente tiene un carácter marcadamente sectorial, se encuentra dispersa en nuestro ordenamiento jurídico y es de jerarquía disímil"<sup>3-4</sup>, se encuentra focalizado en la elaboración de sistemas de recolección, transporte y disposición final de desechos, por un modelo de regulación de residuos centrado en la prevención, valorización y minimización del impacto ambiental de los mismos.

En este contexto y ante la novedad legislativa, realizaremos uno de los primeros análisis al contenido de la nueva Ley REP. Para ello, abordaremos en primer lugar el contexto internacional (II) y nacional (III) en el cual se sitúa la Responsabilidad Extendida del Productor (en adelante "REP"), para luego tratar los principales contenidos de la Ley (IV), junto con las principales modificaciones que sufrió durante su tramitación legislativa, así como también se identifican las materias cuya regulación se encuentra expresamente pendiente conforme al texto de la Ley y que supeditan la plena implementación de la misma (V), se realizan una serie de reflexiones críticas y advertencias (VI) y se finaliza con una conclusión global (VII).

1 BELEMMI Victoria. *Santa Marta: La Justicia Ambiental en la Basura* [en línea] <<http://www.fima.cl/santa-marta-la-justicia-ambiental-en-la-basura/>> (Consulta: 18 de agosto de 2016).

2 CHILE. Ley Nº20.920 Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, Diario Oficial, 1 de junio de 2016, núm. 41.472, pp. 2-8.

3 ALARCÓN ESPINOZA, Kreuz Solange. "Gestión y tratamiento jurídico de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, en el contexto de la regulación genérica de los residuos sólidos en Chile". Profesor Guía: Pilar Moraga Sarego, Profesor Instructor: Valentina Durán Medina. Memoria para optar al título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, 2012. p. 107.

4 En un sentido similar, QUIROZ ALEGRÍA, Waldo Alfredo. "Tratamiento Jurídico de los Residuos en Chile". Profesor Guía: Alejandro Canut de Bon. Tesis para optar al grado Magíster en Derecho Ambiental. Universidad de Chile, 2007, p. 105.

## I. Contexto internacional

El acuñamiento doctrinario de la REP se sitúa el año 1990<sup>5</sup>, en el informe elaborado por los profesores Lindhqvist y Lidgren para el Ministerio de Medio Ambiente de Suiza, "Modelos para la Responsabilidad extendida del Productor" y la misma ha sido redefinida conceptualmente por el propio Thomas Lindhqvist como un "principio para la formulación de políticas ambientales preventivas. El énfasis principal de la responsabilidad extendida del productor es estimular los productos y las mejoras de los sistemas productivos. Para alcanzar este objetivo diversos instrumentos deben ser utilizados. Es mediante la vinculación de la responsabilidad económica a los fabricantes individuales, que los circuitos de retroalimentación para la mejora de los productos son creados"<sup>6</sup>.

A su vez, de manera más restringida es conceptualizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante "OCDE") como "*un enfoque de política ambiental en el cual la responsabilidad física y/o financiera de los productores se extiende a la etapa de post consumo del ciclo de vida de un producto*"<sup>7</sup>.

La REP comenzó a ser introducida tanto por medio de instrumentos de diversa jerarquía normativa, como por mecanismos voluntarios y obligatorios, en una serie de países europeos desde la década de los noventa<sup>8</sup>. Entre los principales países que actualmente han implementado mecanismos de esta naturaleza se cuentan; Suiza, Alemania, Países Bajos, Austria, Noruega, Japón, Francia, Reino Unido, Estados Unidos y Canadá<sup>9</sup>. Entre ellos cabe destacar el caso de Alemania, que introdujo la REP por medio de la Ordenanza de Envases (en adelante "*Verpackungsverordnung*")<sup>10</sup>, tanto por ser la primera legislación que recoge

5 LINDHQVIST, Thomas, *Extended Producer Responsibility in Cleaner production, Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems Doctoral Dissertation*. Sweden: IIIIEE Lund University, 2000. p. 29.

6 Corresponde a una traducción realizada por los autores, la cita original es "*principle for preventive environmental policy-making. The main emphasis of EPR [extended producer responsibility] is to stimulate product and product system improvements. In order to reach this objective, various policy instruments must be used. It is by linking the economic responsibility to the individual manufacturers that the feedback loops for product improvement are constructed*" y puede ser hallada en: *Ibid*, p.153.

7 Corresponde a una traducción realizada por los autores, la cita original es "*an environmental policy approach in which producer's responsibility physical and/or financial, for a product is extended to the post-consumer stage of a product's life cycle*" y puede ser hallada en: OECD. *Extended Producer Responsibility. A Guidance Manual for Governments*, Paris: OECD Publishing, 2001. p. 9.

8 OECD. *The State of Play on Extended Producer Responsibility (EPR): Opportunities and Challenges Issues paper of Global Forum on Environment: Promoting Sustainable Materials Management through Extended Producer Responsibility (EPR)* 17-19 June, Tokyo, 2014. p. 4.

9 Una visión general de la implementación de la REP en el contexto global puede ser encontrada en: LINDHQVIST, Thomas, *Op. cit.* (5), p. 65 y ss; así como en OECD, 2014. *Op. cit.* (8) p. 4.

10 Un mayor análisis sobre la ordenanza alemana, tanto de su texto original como de sus modificaciones y desempeño demostrado, se puede encontrar en: WIESMETH, Hans. *Environmental Economics, Theory and Policy in Equilibrium*, London: Alemania Springer 2012. p. 149 y ss.



los principios de REP, en el año 1991, como por el nivel de influencia que ha tenido sobre las legislaciones subsecuentes.

Todos los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante “UE”), a la fecha han adoptado heterogéneas estrategias de implementación para las directivas de la UE<sup>11</sup> que recomiendan el uso de políticas de REP, para ciertos residuos esto es: envases, vehículos, pilas, aparatos eléctricos y electrónicos. Inclusive algunos de ellos han extendido su aplicación a otros residuos tales como neumáticos, papel y desechos médicos<sup>12</sup>.

Si bien las políticas e instrumentos que han sido implementadas bajo el paradigma de la REP por las legislaciones comparadas son variadas, es pertinente mencionar que siguiendo criterios OCDE los instrumentos más usuales de este tipo, pueden ser agrupados del siguiente modo<sup>13</sup>:

**1. Cumplimiento de metas de recuperación y reciclaje**, el Estado obliga a los productores y/o a los distribuidores al cumplimiento de ciertas metas de recuperación y reciclaje de sus productos. Este es el caso de la *Verpackungsverordnung* y como veremos, el modelo chileno a *grosso modo* se enmarca en este tipo de mecanismo.

**2. Cumplimiento de metas de recuperación y reciclaje con crédito transable**, se combina la estrategia del instrumento anterior, pero se adiciona la posibilidad de que las empresas produzcan créditos equivalentes a tasas de reciclaje, los cuáles pueden ser negociados y adquiridos por las propias compañías, para satisfacer sus propias obligaciones de recuperación y reciclaje.

**3. Cumplimiento voluntario de metas de recuperación y reciclaje**, mediante este modelo la REP se aplica de forma voluntaria, es así que las propias compañías acuerdan a *motu proprio* organizarse y determinar tasas de recuperación y de reciclaje aplicables.

11 Nos referimos a las Directivas: i) 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, relativa a los vehículos al final de su vida útil, ii) 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y por la que se deroga la Directiva 91/157/CEE, iii) 94/62 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 1994 relativa a los envases y residuos de envases y 2012/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativa a residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

12 DELOITTE. *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR) Final Report European Commission –DG Environment* [en línea] <[http://ec.europa.eu/environment/archives/waste/eu\\_guidance/pdf/Guidance%20on%20EPR%20-%20Final%20Report.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/waste/eu_guidance/pdf/Guidance%20on%20EPR%20-%20Final%20Report.pdf)> (Consulta: 18 de agosto de 2016), p. 11.

13 OECD. Working Group on Waste Prevention and Recycling, *EPR Policies and Product Design: Economic Theory and Selected Case Studies*, Paris: OECD Publications, 2006. p. 8.

**4. Tasas de reciclaje**, se crea un impuesto que grava las ventas de los productos, el cual se utiliza para cubrir el coste del reciclaje y/o disposición del mismo.

**5. Tasas de reciclaje combinado con subsidio al reciclaje**, se combina el instrumento anterior, con la existencia de subsidios destinados a las actividades de reciclaje.

La existencia de un contexto internacional heterogéneo de aplicación de la REP formó parte del contexto de elaboración del proyecto de Ley en Chile, ello puede ser evidenciado en el Mensaje<sup>14</sup> que dio inicio a su tramitación legislativa, en el cual se reconoce como referente en la etapa de elaboración de la norma las directivas europeas en la materia, la normativa de implementación en Alemania y España, la Ley Nº 22/2011 de residuos y suelos contaminados de España, así como los reales decretos de desarrollo. Más aún, el contexto internacional fue relevante en un sentido contingente, pues la OCDE en el año 2005, en el marco de la evaluación de desempeño ambiental del país, realizó una serie de recomendaciones en materia de residuos<sup>15</sup>. De forma tal que la elaboración, tramitación y dictación de la Ley REP, puede ser entendida como el cumplimiento de estas recomendaciones.

## II. Contexto nacional

El marco normativo en Chile asociado a residuos sólidos es de larga data y su inicio puede ser situado con la dictación el año 1968 del Código Sanitario<sup>16</sup>. También forman parte del marco regulatorio existente, normas tales como el Convenio de Basilea, el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y de Seguridad Básicas en los Rellenos Sanitarios y el Reglamento de Residuos Peligrosos, entre otras. Sin embargo, Chile hasta la fecha ha carecido de un tratamiento sistemático y armónico en materia de residuos, encontrándose su normativa desglosada en cuerpos normativos de jerarquía disímil, focalizados en la recolección, transporte y disposición final, pero no en la prevención de la generación.

14 PIÑERA, Sebastián, *Mensaje N°182-361, Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley marco para la gestión de residuos y responsabilidad extendida del productor* [en línea] <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=9299&prmTIPO=INICIATIVA>> [Consulta: 17 de agosto de 2016], p. 9.

15 OECD y CEPAL. *Evaluaciones del desempeño ambiental Chile* [en línea] <[http://www.sinia.cl/1302/articles-57009\\_EDA2005\\_OCDE\\_CEPAL.pdf](http://www.sinia.cl/1302/articles-57009_EDA2005_OCDE_CEPAL.pdf)> [Consulta: 17 de agosto de 2016], p. 18.

16 COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE, *Primer Reporte Sobre Manejo de Residuos Sólidos En Chile* [en línea] <[http://www.sinia.cl/1292/articles-49564\\_informe\\_final.pdf](http://www.sinia.cl/1292/articles-49564_informe_final.pdf)> [Consulta: 17 de agosto de 2016]. p. 8.

No obstante, como parte de los instrumentos que denotan un cambio de enfoque y que sirvieron de antecedente directo a la Ley, nos parece importante destacar la “Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos” aprobada por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la cual estableció tanto un diagnóstico desfavorable en la materia, como líneas de acción que se dirigen a la minimización de la generación de residuos<sup>17</sup> y en el marco de los criterios de política de gestión de residuos en la UE, expresamente se menciona la REP<sup>18</sup>.

Otro importante antecedente de la Ley, es el documento “Evaluación Económica, Ambiental y Social de la Implementación de la REP en Chile”, el cual corresponde a un estudio con cooperación chileno-alemana desarrollado a lo largo de los años 2008 y 2010, para la evaluación de los impactos económicos, ambientales y sociales asociados a la REP en Chile, para neumáticos fuera de uso, aceites y lubricantes usados, baterías fuera de uso y residuos electrónicos, especialmente equipos de informática y celulares, cuyas conclusiones finales fueron positivas respecto de la implementación de la REP en el contexto nacional<sup>19</sup>. Junto a lo anterior, cabe tener presente que el Informe “Evaluación de desempeño Ambiental Chile 2016” de la OCDE recientemente reconoció que “[l]a plena instrumentación de esta ley ayudaría a disminuir significativamente el volumen de residuos sólidos municipales vertidos en rellenos sanitarios y la carga financiera asociada que pesa sobre los gobiernos locales”<sup>20</sup>.

### III. Principales aspectos de la Ley

La nueva regulación busca redefinir el enfoque de la gestión de residuos en nuestro país, incorporando la valorización de los residuos sólidos como un elemento primordial en su gestión. Así, se busca evitar la generación de residuos, considerando su disposición como última alternativa; para lo cual se fomenta su reutilización, reciclaje y valorización energética, lo cual “permite internalizar las externalidades ambientales propias de los residuos (contaminación suelo y aguas, olores, emisiones, vectores), disminuir la disposición final de residuos, con ello aumentar la vida útil de los rellenos sanitarios, y formalizar el mercado de reciclaje existente en el país”<sup>21</sup>.

17 COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. *Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos* [en línea] [http://www.sinia.cl/1292/articles-26270\\_pol\\_rsd](http://www.sinia.cl/1292/articles-26270_pol_rsd) (Consulta: 17 de agosto de 2016), p. 55.

18 *Ibid.*, p. 27.

19 GOBIERNO DE CHILE, Ministerio del Medio Ambiente y DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GmbH. *Evaluación económica, ambiental y social de la implementación de la REP en Chile* [en línea], <[http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55497\\_EvaluacionEconomicaAmbientaSocial\\_REP\\_Chile.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55497_EvaluacionEconomicaAmbientaSocial_REP_Chile.pdf)> [Consulta: 17 de agosto de 2016], 2011, p. 93.

20 OECD. *Evaluación de desempeño Ambiental Chile*, 2016. p. 79.

21 PIÑERA, Sebastián, *Mensaje N°182-361*, Op.cit. (14), p.10.

Amparada en principios esenciales del derecho ambiental, tales como “el que contamina paga”, “responsabilidad”, “precautorio”, “preventivo”, y otros propios de la nueva política de gestión de residuos, tales como “gradualismo”<sup>22</sup> y “jerarquía en el manejo de residuos”<sup>23</sup>, entre otros<sup>24</sup>, la Ley regula las siguientes materias: gestión de residuos (Título II), REP (Título III), mecanismos de apoyo a la REP (Título IV), sistema de información (Título V) y fiscalización y sanciones (Título VI). A continuación, se abordan los principales aspectos de estas materias.

## 1. Gestión de residuos

Como señalamos supra, una de las directrices de la Ley es prevenir la eliminación de los residuos y promover su valorización. Para cumplir este objetivo, la Ley entrega competencias al Ministerio del Medio Ambiente (en adelante “MMA”) para establecer instrumentos orientados a promover la valorización<sup>25</sup>.

Para promover la gestión de residuos, la Ley establece que los generadores de todo tipo de residuos deberán entregarlos a un gestor autorizado para su tratamiento, salvo que procedan a manejarlos por sí mismos. Al respecto, los residuos sólidos domiciliarios y asimilables deberán ser entregados a la municipalidad correspondiente o a un gestor autorizado para su manejo; sin perjuicio de las obligaciones específicas existentes respecto a los productos prioritarios<sup>26</sup>.

Por su parte, los gestores de residuos deberán manejarlos de manera ambientalmente racional, aplicando las mejores técnicas disponibles y mejores prácticas ambientales, contar con las autorizaciones correspondientes y declarar a través del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (en adelante “RETC”) la información de los residuos<sup>27</sup>. En

---

22 Las obligaciones para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización serán establecidas o exigidas de manera progresiva, atendiendo a la cantidad y peligrosidad de los residuos, las tecnologías disponibles, el impacto económico y social y la situación geográfica, entre otros.

23 Orden de preferencia de manejo, que considera como primera alternativa la prevención en la generación de residuos, luego la reutilización, el reciclaje de los mismos o de uno o más de sus componentes y la valorización energética de los residuos, total o parcial, dejando como última alternativa su eliminación, acorde al desarrollo de instrumentos legales, reglamentarios y económicos pertinentes.

24 Todos estos principios se encuentran listados y definidos en el artículo 2° de la Ley.

25 Estos instrumentos, listados en el artículo 4° de la Ley corresponden a 1) Ecodiseño; 2) Certificación, rotulación y etiquetado de uno o más productos; 3) Sistemas de depósito y reembolso; 4) Mecanismos de separación en origen y recolección selectiva de residuos; 5) Mecanismos para asegurar un manejo ambientalmente racional de residuos; y 6) Mecanismos para prevenir la generación de residuos, incluyendo medidas para evitar que productos aptos para el uso o consumo se conviertan en residuos.

26 CHILE. Ley N°20.920, Op. Cit. (2), Artículo 5°.

27 Indicando, al menos, al menos, el tipo, cantidad, costos, tarifa del servicio, origen, tratamiento y destino de los residuos, conforme a lo establecido en el Artículo 6° de la Ley.

particular, los gestores de residuos peligrosos deberán contar con un seguro por daños a terceros y al medio ambiente<sup>28</sup>.

Por último, respecto a la importación y exportación de residuos<sup>29</sup> la Ley confirma que dichas actividades se rigen por lo dispuesto en el Convenio de Basilea<sup>30</sup> sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por la demás normativa que resulte aplicable; e innova prohibiendo la importación de residuos peligrosos para su eliminación. En razón de lo anterior, sólo se podrán importar residuos peligrosos para ser valorizados en nuestro país, previa autorización del MMA. Más aún, la actividad de valorización deberá ser realizada por gestores autorizados que cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental (en adelante "RCA") que los habilite a ejecutar dicha actividad. Asimismo, la Ley establece que dicha cartera deberá autorizar la importación, exportación y tránsito de residuos en general.

## 2. Sistema de Información

La Ley, continuando la política pública nacional que busca gestionar todas las declaraciones de residuos, emisiones y contaminantes a través de un sistema de ventanilla única, estableció que el RETC será el registro competente de gestionar la información que la Ley obliga a declarar<sup>31</sup>, cuyo contenido y procedimiento será regulado a través de un reglamento.

## 3. REP: conceptos, obligaciones y sistemas de gestión

### 3.1. Conceptos

La REP conforme a la Ley es definida como aquel "régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país"<sup>32</sup>. Por lo tanto, este nuevo régimen sólo será aplicable a productores de aquellos productos calificados como prioritarios. Al respecto, será producto

28 CHILE. Ley N°20.920, Op. Cit. (2), Artículo 7°.

29 Ibid. Artículo 8°.

30 Promulgado en nuestro país a través del Decreto Supremo N°685 de 1992, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

31 Así, conforme lo indicado en el artículo 37, el RETC contendrá la información relativa a: a) Los productores de productos prioritarios, b) Los sistemas de gestión autorizados y sus integrantes, c) Los distribuidores o comercializadores de productos prioritarios, cuando corresponda, d) Las instalaciones de recepción y almacenamiento, e) Los gestores autorizados, relativos al manejo de residuos de productos prioritarios y a los recicladores de base, f) El cumplimiento de metas de recolección y valorización, y g) Toda otra información que establezca el respectivo reglamento.

32 CHILE. Ley N°20.920, Op. Cit. (2), Artículo 9°.

prioritario toda “Sustancia u objeto que una vez transformado en residuo, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor”<sup>33</sup>.

La ley contiene un listado no taxativo<sup>34</sup> que identifica los siguientes productos prioritarios: i) Aceites lubricantes; ii) Aparatos eléctricos y electrónicos; iii) Baterías; iv) Envases y embalajes; v) Neumáticos; y vi) Pilas. Cabe señalar que deberá dictarse un decreto supremo que definirá las categorías o subcategorías de estos productos a los cuales aplicará la REP; y que el MMA podrá igualmente aplicar la REP a categorías y subcategorías de otros productos, los que se entenderán productos prioritarios.

Por su parte, serán productores de productos prioritarios<sup>35</sup> todas aquellas personas, que independientemente de la técnica de comercialización; i) enajenan un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional; ii) enajenan bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor; o iii) importan un producto prioritario para su propio uso profesional.

### **3.2 Obligaciones**

Un decreto supremo establecerá las metas y otras obligaciones asociadas aplicables a los productores de cada tipo de producto prioritario. Por tanto, resulta necesario distinguir entre las obligaciones aplicables a productos prioritarios que se encuentran sometidos a metas y otras obligaciones asociadas de los que no.

#### **3.2.1. Obligaciones relativas a productos prioritarios no sometidos a metas ni obligaciones asociadas**

Respecto a esta categoría de productos, el MMA podrá requerir a los productores que informen anualmente y respecto al año inmediatamente anterior al requerimiento, a través del RETC, cierta información de sus productos<sup>36</sup>.

---

33 Ibid. Artículo 3°N°20.

34 Ibid. Artículo 10°.

35 Ibid. Artículo 3° N°21.

36 Conforme a lo indicado en el artículo 11, el MMA podrá solicitar información respecto a i) Cantidad de productos comercializados en el país; ii) Actividades de recolección, valorización y eliminación realizadas y su costo; iii) Cantidad de residuos recolectados, valorizados y eliminados; y iv) Indicación de si la gestión para las actividades de recolección y valorización es individual o colectiva.

Cabe destacar que en esta categoría se ubican los diarios, periódicos y revistas, debiendo los productores de dichos productos entregar la información que el MMA les solicite<sup>37</sup>.

### 3.2.2. Obligaciones relativas a productos prioritarios sometidos a metas y obligaciones asociadas

Los productores de esta categoría de productos deberán<sup>38</sup>: i) Inscribirse en el RETC; ii) Organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo el territorio nacional, así como su almacenamiento, transporte y tratamiento a través de alguno de los Sistemas de Gestión que se detallan *infra*; iii) Cumplir con las metas y otras obligaciones asociadas que establecerá el MMA a través de decretos supremos, relativas a la recolección y valorización de los residuos; iv) Asegurar que la gestión de los residuos de los productos prioritarios se realice por gestores autorizados y registrados; y v) Cumplir las demás obligaciones establecidas en la Ley.

En relación al establecimiento de metas de recolección y valorización<sup>39</sup>, esta se efectuará en relación a la cantidad de productos prioritarios introducidos en el mercado nacional por cada productor, aplicando los principios de gradualismo y de jerarquía en el manejo de residuos, considerando las mejores técnicas disponibles y las mejores prácticas ambientales<sup>40</sup>.

Adicionalmente, los decretos supremos que establezcan las metas podrán regular ciertas obligaciones asociadas con el propósito de asegurar su cumplimiento<sup>41</sup>.

37 En relación a los plazos, la Ley establece que la información podrá ser requerida por primera vez en un plazo máximo de 12 meses, contado desde la entrada en vigencia del decreto supremo respectivo. En el caso de diarios, periódicos y revistas, dicho plazo se cuenta desde la publicación de la Ley.

38 CHILE. Ley N°20.920. Op. Cit. (2), Artículo 9°.

39 *Ibid.* Artículo 12.

40 Las metas podrán contemplar diferencias según cobertura geográfica, composición material o características del producto y condiciones para el cumplimiento, entre otros.

41 De conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley, la obligaciones asociadas podrán ser: i) De etiquetado; ii) De información a distribuidores o comercializadores, gestores y consumidores, incluyendo la tarifa correspondiente al costo de la gestión de residuos; iii) De diseño e implementación de estrategias de comunicación y sensibilización; iv) De diseño e implementación de medidas de prevención en la generación de residuos; v) De entrega separada en origen y recolección selectiva de residuos; vi) De limitaciones en la presencia de sustancias peligrosas en los productos; vii) De exigencias de ecodiseño; viii) De diseño, cobertura y operación de instalaciones de recepción y almacenamiento; y ix) Especificación de los roles y responsabilidades que corresponden a los diferentes actores involucrados en el cumplimiento de las metas.

Mientras no se dicten los citados decretos, sólo entrará en vigencia la obligación de informar a través del RETC, en un plazo de 12 meses desde la publicación de la ley, ciertas materias en caso que el MMA lo solicite<sup>42</sup>.

### 3.3. Sistemas de Gestión

Las obligaciones establecidas en el marco de la REP deberán cumplirse a través de un Sistema de Gestión<sup>43</sup>, el cual es definido como el “[m]ecanismo instrumental para que los productores, individual o colectivamente, den cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, a través de la implementación de un plan de gestión”<sup>44</sup>.

Así, los productores de productos prioritarios podrán dar cumplimiento a sus obligaciones individualmente, a través de un sistema individual, o mediante un sistema colectivo de gestión, conformado por diversos productores de un mismo producto prioritario. Sin embargo, los decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas podrán restringir la aplicación de uno u otro sistema para ciertos productos prioritarios, con el propósito de evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la REP o afecten la libre competencia<sup>45</sup>.

Los productores que opten por un sistema colectivo de gestión, deberán constituir o incorporarse a una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados, integrada exclusivamente por productores (salvo que el respectivo decreto supremo permita la integración de distribuidores u otros actores relevantes), que tendrá como fin exclusivo la gestión de los recursos prioritarios<sup>46</sup>. En caso de incumplimiento de las obligaciones, cada productor responderá ante el sistema colectivo que integre, en proporción a las metas que le apliquen.

---

42 En efecto, conforme al artículo 2° transitorio de la Ley, el MMA podrá solicitar que se informe: i) Cantidad de productos prioritarios comercializados en el país durante el año inmediatamente anterior; ii) Actividades de recolección, valorización y eliminación realizadas en igual período, y su costo; iii) Cantidad de residuos recolectados, valorizados y eliminados en dicho lapso; y iv) Indicación de si la gestión para las actividades de recolección y valorización es individual o colectiva.

43 CHILE. Ley N°20.920. Op. Cit., Artículo 19.

44 Ibid. Artículo 3°, N°27.

45 Ibid. Artículo 19.

46 Ibid. Artículo 20. Se hace presente que los estatutos de estos sistemas deberán garantizar la incorporación de todo productor del respectivo producto prioritario, en función de criterios objetivos, y la participación equitativa de productores, que aseguren acceso a la información y respeto a la libre competencia, y podrán establecer una remuneración para sus directores. Junto a lo anterior, los productores deberán financiar los costos en que incurra la referida persona jurídica en el cumplimiento de su función, en base a criterios objetivos, tales como la cantidad de productos comercializados en el país y la composición o diseño de tales productos, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo que establezca las metas y obligaciones asociadas de cada producto prioritario. Adicionalmente, la Ley establece que en caso de extinción de la persona jurídica, sus bienes pasarán a otro sistema colectivo de gestión o a los productores asociados, según sus estatutos.



Estos sistemas deberán cumplir con una serie de obligaciones<sup>47</sup>. En primer lugar, los sistemas de gestión colectivos deberán constituir y mantener vigente fianza, seguro u otra garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Adicionalmente, todo sistema de gestión, colectivo o individual, deberá: i) Celebrar los convenios necesarios con gestores registrados, municipalidades y/o asociaciones municipales; ii) Entregar al MMA, a través del RETC, los informes de avance o finales, sobre el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas, en los términos establecidos en el respectivo decreto supremo<sup>48</sup>; y iii) Proporcionar al MMA y a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") toda información adicional que le sea requerida por estos, referida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco de la REP.

Los sistemas de gestión autorizados podrán solicitar a la municipalidad respectiva un permiso no precario para utilizar veredas, plazas, parques y otros bienes nacionales de uso público para el establecimiento y/u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento<sup>49</sup>, el cual no podrá tener una duración inferior a cinco años.

Para cumplir sus obligaciones, los Sistemas de Gestión podrán celebrar convenios con gestores<sup>50</sup> y municipalidades<sup>51</sup>. Respecto a los primeros, sólo podrán contratar con gestores autorizados y registrados, definiendo gestor como toda "[p]ersona natural o jurídica, pública o privada, que realiza cualquiera de las operaciones de manejo de residuos y que se encuentra autorizada y registrada en conformidad a la normativa vigente"<sup>52</sup>. Al respecto, los sistemas colectivos de gestión deberán realizar una licitación abierta<sup>53</sup>, debiendo licitarse por separado los servicios de recolección y tratamiento; encontrándose facultados para solicitar al MMA que se les exceptúe de realizar dicho procedimiento<sup>54</sup>. En el caso de la recolección, los contratos deberán tener una duración máxima de cinco años. Adicionalmente, los sistemas colectivos de gestión deberán contar con un informe del Tribunal de Defensa de la

47 *Ibid.* Artículo 22.

48 Respecto a esta materia, la SMA podrá requerir que los informes sean certificados por un auditor externo.

49 Conforme a lo indicado en el artículo 23 de la Ley, los antecedentes para solicitar el permiso, los derechos aplicables y las condiciones de operación serán establecidos mediante ordenanza municipal. La Municipalidad otorgará fundadamente el permiso si se comprueba que su ejercicio no perjudica el uso principal de los bienes y se ajusta a lo dispuesto en los respectivos decretos supremos, ordenanzas municipales e instrumentos de planificación territorial.

50 CHILE. Ley N°20.920. Op. Cit., Artículo 24.

51 *Ibid.* Artículo 25.

52 *Ibid.* Artículo 3° N°10.

53 La Ley precisa que esta licitación corresponde a un procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo sistema de gestión realiza un llamado público a través de su sitio electrónico, convocando a los interesados para que, con sujeción a las bases fijadas, formulen propuestas para un servicio de manejo de residuos; agregando que las bases de licitación deberán ser entregadas de manera gratuita a los recicladores de base que manifiesten interés en participar.

54 Dicha solicitud deberá contener razones fundadas, como ausencia o inadmisibilidad de interesados en la licitación abierta; casos de emergencia, urgencia o imprevisto; circunstancias o características del convenio que así lo requieran y cuando se trate de la contratación de recicladores de base.

Libre Competencia (en adelante "TDLC") que declare que en dichas bases no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

En relación a los convenios con municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica, aquellos deberán tener por objeto la separación en origen, la recolección selectiva, el establecimiento y/u operación de instalaciones de almacenamiento de residuos de productos prioritarios, o la ejecución de otras acciones que faciliten la implementación de la Ley en sus comunas<sup>55</sup>.

Para poder operar, los Sistemas de Gestión deberán ser autorizados por el MMA, para lo cual deberán presentar un plan de gestión<sup>56</sup>, el cual tendrá por objeto dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Ley y tendrá una vigencia de cinco años renovable. Un reglamento deberá regular el procedimiento, los requisitos y criterios para la autorización de los sistemas de gestión, así como los requisitos de idoneidad de los auditores externos.

#### 4. Mecanismos de apoyo a la REP

La nueva Ley establece los siguientes mecanismos de apoyo a la REP:

1) Educación ambiental<sup>57</sup>: se mandata al MMA a diseñar e implementar programas de educación ambiental, destinados a transmitir conocimientos y crear conciencia en la comunidad sobre la prevención en la generación de residuos y su valorización; permitiendo a los recicladores de base, a otro tipo de gestores y a los productores de productos prioritarios colaborar en la implementación de tales programas.

55 En relación a estos convenios, las municipalidades o asociaciones de municipalidades podrán ejecutarlos directamente o a través de terceros, caso en el que deberán someterse a las reglas establecidas para celebrar convenios con gestores, sin perjuicio de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

56 Conforme a lo indicado en el artículo 26 de la Ley, los sistemas de gestión deberán presentar un plan de gestión, el cual deberá contener, a lo menos a) La identificación del o los productores, de su o sus representantes e información de contacto; b) La identificación de la persona jurídica, copia de sus estatutos e identificación de los asociados, en el caso de un sistema colectivo de gestión; c) Las reglas y procedimientos, en el caso de un sistema colectivo de gestión, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema, que garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia. Para garantizar el cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia, el TDLC emitirá un informe que declare que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia; d) La estimación anual de los productos prioritarios a ser comercializados en el país, promedio de su vida útil y estimación de los residuos a generar en igual período; e) La estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y demás obligaciones asociadas en todo el territorio nacional, incluyendo las instalaciones de almacenamiento; f) El mecanismo de financiamiento de las operaciones de gestión y copia de la garantía constituida, si corresponde; g) Los procedimientos de licitación, en el caso de un sistema colectivo de gestión; h) Los mecanismos de seguimiento y control de funcionamiento de los servicios contratados para el manejo de residuos; i) Los procedimientos para la recolección y entrega de información al MMA; y j) Los sistemas de verificación de cumplimiento del plan.

57 CHILE. Ley N° 20.920. Op. Cit., Artículo 29.

2) Apoyo municipal<sup>58</sup>: se permite a las municipalidades celebrar convenios con sistemas de gestión y/o con recicladores de base, para colaborar con la implementación de la Ley. Adicionalmente, se ordena a las municipalidades incorporar en sus ordenanzas la obligación de separar los residuos en origen y fomentar el reciclaje, cuando así lo determine el decreto supremo que establezca metas y otras obligaciones asociadas de un producto prioritario<sup>59</sup>. Junto a lo anterior, no podrán invocar que tienen la función privativa de aseo y ornato para impedir el manejo de los residuos por parte de los sistemas de gestión.

3) Fondo para el reciclaje<sup>60</sup>: se crea un fondo, el cual se precisará por vía reglamentaria y que administrará el MMA, destinado a financiar proyectos, programas y acciones para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, ejecutados por municipalidades o asociaciones de éstas.

4) Participación de los recicladores de base<sup>61</sup>: los recicladores de base, es decir, aquellas personas naturales que artesanal o semi industrialmente se dedican en forma directa y habitual a la recolección selectiva de residuos domiciliarios o asimilables y a la gestión de instalaciones de recepción y almacenamiento de tales residuos<sup>62</sup>, que se encuentren registrados en el RETC podrán participar de la gestión de residuos para el cumplimiento de las metas<sup>63</sup>.

5) Obligaciones de los distribuidores y comercializadores de productos prioritarios<sup>64</sup>: los decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas podrán disponer que estos actores, en la medida que sus instalaciones tengan una determinada superficie, se encuentran obligados a: i) convenir con un sistema de gestión el establecimiento y operación de una instalación de recepción y almacenamiento; ii) aceptar sin costo la entrega de los residuos

---

58 *Ibid.* Artículo 30.

59 Asimismo, los municipios deberán pronunciarse sobre las solicitudes de los sistemas de gestión respecto a permisos para el establecimiento y/u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos en los bienes nacionales de uso público bajo su administración. De igual modo, las municipalidades deberán promover la educación ambiental sobre la prevención en la generación de residuos y su valorización, podrán diseñar e implementar estrategias de comunicación y sensibilización y podrán diseñar e implementar medidas de prevención en la generación de residuos.

60 CHILE. Ley N° 20.920. Op. Cit., Artículo 31.

61 *Ibid.* Artículo 32.

62 Conforme lo establecido en el artículo 3°N°22. Se considerarán también como recicladores de base las personas jurídicas que estén compuestas exclusivamente por personas naturales registradas como recicladores de base.

63 Se hace presente que para registrarse la Ley indica que deberán estar debidamente certificados en el marco del Sistema Nacional de Certificación de Competencias Laborales establecido en la ley N° 20.267.

64 CHILE. Ley N° 20.920. Op. Cit., Artículo 33.

de productos prioritarios que comercialice de parte de los consumidores; y  
iii) entregar a título gratuito, al respectivo sistema de gestión, todos aquellos  
residuos recibidos de los consumidores.

6) Obligaciones de los consumidores<sup>65</sup>: los consumidores de productos  
prioritarios deberán entregar los residuos de dichos productos al respectivo  
sistema de gestión, bajo las condiciones básicas establecidas por éstos que  
deberán ser debidamente informadas. No obstante lo anterior, los consumidores  
industriales podrán valorizar, por sí mismos o a través de gestores autorizados  
y registrados, los residuos de productos prioritarios que generen; debiendo  
informar vía RETC sobre la valorización efectuada.

7) Procedimientos simplificados para obtener permisos y autorizaciones<sup>66</sup>:  
se deberá establecer por vía reglamentaria un procedimiento simplificado  
para obtener la autorización sanitaria que permita la ejecución de labores de  
recolección y la operación de instalaciones de recepción y almacenamiento  
de residuos de productos prioritarios, peligrosos y no peligrosos. Asimismo,  
se deberá modificar la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones  
con el objetivo de incluir un procedimiento simplificado para la obtención de  
permisos de edificación para la construcción de instalaciones de recepción y  
almacenamiento de residuos de productos prioritarios.

## 5. Régimen de fiscalización y sanción

La SMA es el órgano competente para ejercer la potestad fiscalizadora y sancionadora  
de las materias contenidas en la Ley. No obstante, cabe hacer un matiz en lo que respecta  
al rol de fiscalización, pues, en la Ley se otorga un rol inusitado al MMA como fiscalizador,  
en tanto se establece que si el MMA cuenta con antecedentes que permitan presumir una  
infracción, deberá remitir dicha información a la SMA y solicitar el inicio de un procedimiento  
sancionatorio<sup>67</sup>.

El antedicho rol es inusitado, pues la nueva institucionalidad ambiental hasta la fecha  
había separado el rol de fiscalización (radicado en la SMA) de la creación y gestión de  
políticas públicas (radicado en el MMA).

---

65 *Ibíd.* Artículo 34.

66 *Ibíd.* Artículos 35 y 36.

67 *Ibíd.* Artículo 38 inciso 2º.

Por su parte, en lo que respecta al sistema de aplicación de sanciones, cabe señalar que la Ley sigue con matices, el modelo establecido en la Ley Orgánica de la SMA<sup>68</sup> (en adelante "LO-SMA"). Es así, que se establece un catálogo de infracciones propio<sup>69</sup>, las cuáles se califican en gravísimas, graves y leves. Al respecto, cabe mencionar que su calificación se diferencia de la establecida en la LO-SMA, pues en la Ley REP, no se establece un listado de efectos o circunstancias que la SMA deba considerar para la calificación de cada infracción, sino que es la Ley quien califica de antemano las infracciones enlistadas en su catálogo.

A su vez, en lo que respecta a las sanciones aplicables, cabe señalar que las infracciones gravísimas podrán ser objeto de multa de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), las graves de multa de hasta 5.000 UTA y las infracciones leves serán sancionables con amonestación por escrito o multa de hasta 1.000 UTA<sup>70</sup>. Al respecto, si bien se equipararon los montos y gravedades, de las multas a los ya establecidos en la LO-SMA y se mantuvo un sistema de techos asociados a cada gravedad -es decir, no se estableció un monto mínimo asociado a cada gravedad-, se estableció un catálogo de sanciones más reducido al ya establecido en la LO-SMA<sup>71</sup>.

Por otro lado, respecto del catálogo de infracciones cabe destacar dos circunstancias. En primer lugar, existe un marcado énfasis en la entrega de información<sup>72</sup>. En segundo lugar, destaca la calificación de grave de la infracción consistente en no cumplir con las metas de recolección y valorización de residuos de productos prioritarios. Ello pues, en el Mensaje que dio inicio a la tramitación legislativa, el incumplimiento de las metas de recolección y valorización se calificaba como infracción gravísima. Sin embargo, a partir de una indicación presentada por el Ejecutivo<sup>73</sup> en segundo trámite constitucional, se propuso calificar dicha infracción como grave. Así, en definitiva, se disminuyó la sanción a aquella infracción que a nuestro juicio, constituye la esencia de la REP: recolectar y valorizar residuos para prevenir su disposición.

68 Contenida en el artículo 2° de la Ley N°20.417, que crea el MMA, el Servicio de Evaluación Ambiental y la SMA.

69 *Ibid.* Artículo 39.

70 *Ibid.* Artículo 40.

71 CHILE. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 de enero de 2010, Núm 39.570, pp 3-15. Artículo 39.

72 Como muestras de dicho énfasis, pueden mencionarse las infracciones gravísimas, d y e, las infracciones graves, c, f, i, j, l y las infracciones leves a, b, c y d, todas ellas del artículo 39 de la Ley.

73 SENADO DE CHILE, *Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en Segundo Trámite Constitucional* [en línea]. 2016, < [http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/5030/HLD\\_5030\\_9f765dd865419b8c063b265c5063646.pdf](http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5030/HLD_5030_9f765dd865419b8c063b265c5063646.pdf)> (Consulta: 18 de agosto de 2016), pp. 21, 48 y 52.

También, cabe considerar que la Ley REP tipifica ciertas circunstancias que la SMA deberá considerar al momento de determinar la sanción específica. Se trata de un listado específico que no se equipara necesariamente al contenido establecido en la LO-SMA<sup>74</sup>, tanto porque es más reducido, como porque la redacción de las circunstancias de la Ley REP, no guarda completa concordancia con las homólogas establecidas en la LO-SMA.

Así, por ejemplo, la circunstancia para la determinación de sanciones de la letra b) del artículo 41 de la Ley "Conducta del infractor", resulta confusa a primera vista, ello pues, no queda del todo claro si deberá ser interpretada como la mera conducta anterior del infractor o si podrá incluir la intencionalidad en el actuar. En razón de su vaguedad, los márgenes de interpretación de la misma deberán ser determinados por el actuar de la SMA y de los Tribunales Ambientales.

Consideramos que con el establecimiento de un catálogo propio de circunstancias para la determinación de la sanción, se disoció la aplicación de sanciones de la Ley REP del marco original establecido en la LO-SMA, estableciéndose un sistema paralelo, que desatiende aquél que la SMA a la fecha ya había diseñado y que fue transparentado a los regulados<sup>75</sup>. Esto último, genera una carga interpretativa, que se podría haber prevenido haciendo aplicable el artículo 40 de la LO-SMA a la Ley REP.

## 6. Residuos Peligrosos y Sanciones Penales

Cabe mencionar que la Ley establece un régimen de responsabilidad civil objetiva en relación a la infracción de causar daños ocasionados por el manejo de este tipo de residuos<sup>76</sup>, la cual constituye una excepción a las reglas generales en materia de responsabilidad por daño ambiental, que se configura a partir de un sistema de responsabilidad subjetiva atenuada, existiendo ciertas presunciones de responsabilidad<sup>77</sup>.

74 Estas circunstancias, listadas en el artículo 41 de la Ley, corresponden al beneficio económico del infractor, a la conducta del infractor y a la capacidad económica del infractor, excepto en el caso del sistema de gestión colectivo. Por su parte, la LO-SMA lista en su artículo 40 las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; y i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.

75 CHILE. Resolución Exenta Nº1002, Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial, 5 de noviembre de 2015, Núm 41.299, p 15.

76 CHILE. Ley Nº20.920. Op. Cit., Artículo 43.

77 Al respecto, el inciso primero del artículo 52 de la Ley Nº19.300 establece que "Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente Ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias".

Asimismo, también relacionado con los residuos peligrosos, es importante mencionar que la Ley tipifica como delito el tráfico de residuos peligrosos, sancionando penalmente la exportación, importación o manejo de aquellos prohibidos o sin contar con las autorizaciones correspondientes<sup>78</sup>.

Al respecto, si bien el encabezado del artículo que regula esta materia expresamente hace referencia a la "responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos", el cuerpo de dicha norma tipifica tres conductas: exportación, importación y manejo de residuos peligrosos. Sobre esta última figura, el manejo de residuos, estimamos que una interpretación sistemática de la norma y la revisión de la tramitación legislativa<sup>79</sup> permite precisar que la sanción penal se puede entender circunscrita exclusivamente a las acciones asociadas al tráfico de residuos<sup>80</sup> y no a otra clase de manejo.

Ello pues, se debe tener presente que la sanción penal viene acompañada de otras innovaciones en la materia<sup>81</sup>: i) la prohibición de importación de residuos peligrosos para su eliminación en nuestro país; ii) la exigencia de contar con RCA para la importación de residuos peligrosos para ser valorizados; y iii) la autorización para la importación con fines de valorización, exportación y tránsito de residuos; las cuales permiten contextualizar las obligaciones que deben cumplir quienes trafiquen residuos peligrosos, cuya infracción será sancionable penalmente.

Otro antecedente a considerar es que junto a esta indicación, el Senador Girardi y el Senador Lagos propusieron otra que sancionaba penalmente a todo el que causare daño

78 Al respecto, el artículo 44 de la Ley establece como sanción una pena de presidio menor en su grado mínimo a medio; y en caso que la actividad haya generado algún tipo de impacto ambiental se aplicará la pena aumentada en un grado.

79 La responsabilidad penal se incorporó durante el Segundo Trámite Constitucional a partir de una indicación formulada por el Senador Girardi y el Senador Lagos; y, durante la tramitación, la discusión sobre esta materia tanto por parte del Ejecutivo como del Senado giró en torno al tráfico de residuos peligrosos y tenía como precedente casos como el plomo de Arica, dejando en evidencia que la sanción penal se circunscribiría exclusivamente a las acciones asociadas al tráfico de residuos.

80 En este sentido, durante la discusión en particular durante el Segundo Trámite Constitucional celebrada con fecha 16 de marzo de 2016, miembros del Senado y el Ejecutivo mantuvieron esta postura. La Senadora Allende indicó que "*[f]inalmente, se incorpora una disposición referida a la responsabilidad penal respecto al tráfico ilícito de residuos peligrosos. Señor Presidente, quiero decir brevemente que concuerdo con que no solo se considere una responsabilidad civil, porque estamos hablando de "tráfico ilícito de residuos peligrosos"...*"; mientras que el Senador Navarro señaló que "si respecto a esa importación no se dispone de estos dos aspectos claves: responsabilidad civil y penal, aun cuando ella cuente con una RCA que la habilite, la verdad es que se podrá cometer el error de autorizar la importación regulada, pero sin la existencia de sanciones que obliguen a quienes la realicen a cumplir la ley". Por su parte, el Senador Girardi, autor de la indicación, sostuvo que "que resulta tan importante la sanción penal, porque es un desincentivo para gente como los propietarios de Promel, que actualmente son dueños de empresas azufreras y otras y circulan a pecho descubierto como si fueran grandes ciudadanos, a pesar de estos ilícitos, pues no se les aplicó ninguna sanción", haciendo clara referencia a la empresa responsable del daño ambiental ocasionado en el caso conocido como "El Plomo" en Arica. Por último, el Ministro de Medio Ambiente, Sr. Pablo Badenier, recalcó que en caso de daños ocasionados por tráfico de residuos peligrosos, procede "la sanción penal que señala el artículo pertinente".

81 Contenidas en el artículo 8° de la Ley.

con residuos con motivo de la generación, manipulación, operación, manejo, transporte, disposición o eliminación dentro del territorio<sup>82</sup>. Sin embargo, dicha indicación no fue incorporada, quedando sólo establecida como pena el tráfico de residuos. En razón de lo anterior, consideramos el manejo sólo debiese ser sancionado respecto a residuos peligrosos importados y/o exportados en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece la ley.

Por último, si bien en nuestro país no existe un régimen penal general en materia ambiental, consideramos que la Ley constituye un nuevo paso hacia una regulación que contenga sanciones penales ambientales. En este sentido, cabe destacar que en el contexto de la discusión del delito por tráfico de residuos peligrosos, la Senadora Allende indicó que "esto forma parte de un tema mayor que planteamos ya hace bastante tiempo y que guarda relación con el delito ambiental. Por eso, junto con el Gobierno y la Comisión de Medio Ambiente, vamos a trabajar en un proyecto in extenso referido a una nueva normativa penal en materia medioambiental, que hasta ahora no existe"<sup>83</sup>.

#### **IV. Próximas etapas para la implementación de la Ley**

Por tratarse de una ley marco, gran parte del contenido de la Ley será precisado a través de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. En otras palabras, dependerá de futuros reglamentos y otros decretos supremos asociados regular la mayoría de las obligaciones que introduce la nueva ley. De esta forma, mientras no se dicten dichos actos administrativos, sólo entrará en vigencia la obligación de remitir información a través del RETC, en un plazo de 12 meses, en caso que el MMA lo solicite.

Respecto a los reglamentos, la Ley indica que estos deberán dictarse en el plazo de un año desde su publicación. A continuación, se enlistan las diez materias cuya regulación se encuentra expresamente pendiente conforme al texto de la Ley.

1. Reglamento que regule el procedimiento para la elaboración de decretos supremos que establezcan los instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos y/o promover su valorización<sup>84</sup>.

---

82 SENADO DE CHILE, Boletín de indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional con fecha 03 de agosto de 2015 [en línea] < [http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/5030/HLD\\_5030\\_5fc736c5417e125533e0bf8b6fab02db.pdf](http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5030/HLD_5030_5fc736c5417e125533e0bf8b6fab02db.pdf) > [Consulta: 18 de agosto de 2016], p. 22.

83 Discusión en Particular durante el Segundo Trámite Constitucional, sesión celebrada con fecha 16 de marzo de 2016.

84 CHILE. Ley N°20.920. Op. Cit. (2), Artículo 4°.



2. Autorización de importación, exportación y tránsito de residuos.
3. Reglamento que fije el procedimiento para la elaboración de decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas por cada producto prioritario.
4. Decretos que determinen las metas y otras obligaciones asociadas de cada producto prioritario.
5. Reglamento de Sistemas de Gestión.
6. Reglamento del fondo para el reciclaje.
7. Reglamento que fije un procedimiento simplificado para obtener autorización sanitaria.
8. Modificación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones con tal de generar un procedimiento simplificado para la obtención de permiso de edificación.
9. Reglamento sobre el contenido y funcionamiento del RETC en materia de residuos.
10. Reglamento para el otorgamiento de certificados de cumplimiento ambiental.

## **V. Reflexiones críticas y advertencias**

En este apartado realizaremos una serie de críticas y advertencias basadas en el análisis que hemos realizado del texto de la Ley, con el objetivo de enriquecer su próxima implementación en el contexto nacional.

### **1. Carácter Marco de la Ley**

El carácter de marco de la Ley, deja abierta para la etapa de elaboración de reglamentos, una serie de discusiones que pueden incidir en la implementación de la misma.

Una materia que deberá ser aclarada al momento de dictar los decretos supremos que establezcan las metas y otras obligaciones asociadas de los productos prioritarios será definir si el cumplimiento de dichas metas comprenderá exclusivamente los productos prioritarios generados por un generador o si, por el contrario, podrá recolectar el mismo tipo de productos prioritarios producidos por otros productores, particularmente en el caso de un sistema de gestión individual.

Por otro lado, uno de los clásicos problemas que deben enfrentar los sistemas de REP dice relación con cómo estos se hacen cargo de los denominados "productos históricos"<sup>85</sup>, es decir con los productos ya existentes a la fecha de la introducción de la REP. Dentro de estos productos, son particularmente problemáticos los "productos huérfanos"<sup>86-87</sup>, es decir aquellos cuyo productor, son desconocidos o han dejado de existir. El cómo lidiará nuestro sistema con esta clase de productos es una de las materias que siguen abiertas y cabe destacar que una de las recomendaciones del estudio Evaluación Económica, Ambiental y Social de la Implementación de la REP en Chile, que sirvió de antecedente a la Ley, se refirió expresamente a este desafío<sup>88</sup>.

Otra materia que deberá ser definida es la aplicación regional de las metas de recolección y revalorización; asunto que fue discutido durante la tramitación legislativa a petición de miembros del Senado<sup>89</sup> que solicitaron que se explicitara que las metas serían regionales, solicitud que no fue recogida, quedando tan solo regulada la facultad de los decretos supremos de establecer metas en base a consideraciones demográficas, geográficas y de conectividad<sup>90</sup>. Estimamos que parte del éxito en la implementación de la REP dependerá de la creación de una política descentralizada que tenga en consideración las necesidades propias de cada región, atendiendo a la naturaleza y cantidad de los residuos generados, y que exija el cumplimiento de ciertas metas locales.

---

85 GOBIERNO DE CHILE, Ministerio del Medio Ambiente y DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GmbH. Op. Cit. (19).

86 LINDHQVIST, Thomas, MANOMAIVIBOOL, Panate y TOJO, Naoko, *La responsabilidad extendida del productor en el contexto latinoamericano, la gestión de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos en Argentina, Sweden: Lund University International Institute for Industrial Environmental Economics*, 2008, p 20.

87 LINDHQVIST, Thomas, 2000, Óp cit. (5), p 141.

88 GOBIERNO DE CHILE, Ministerio del Medio Ambiente y DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GmbH. Óp. Cit (19), p 95.

89 SENADO DE CHILE, *Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en Segundo Trámite Constitucional* [en línea]. < <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmlD=18427&prmTIPO=INFORMEPLEY>> (Consulta: 18 de agosto de 2016), pp. 21, 48 y 52.

90 CHILE. Ley N°20.920. Op. Cit. (2), Artículo 12.

## 2. Incorporación del principio precautorio

Como señalamos *supra*, uno de los principios que rige a la Ley es el principio precautorio, el cual es definido como “la falta de certeza científica no podrá invocarse para dejar de implementar las medidas necesarias para disminuir el riesgo de daños para el medio ambiente y la salud humana derivado del manejo de residuos”<sup>91</sup>.

Si bien el Mensaje no incluía dicho principio como directriz de la nueva Ley, durante la tramitación el Ejecutivo propuso su inclusión<sup>92</sup>. La inclusión de este principio constituye una novedad en la regulación ambiental, siendo la segunda ocasión en que nuestra legislación lo recoge de manera expresa<sup>93</sup>.

A su vez, su reconocimiento expreso se alinea con recientes criterios jurisprudenciales que han reconocido su aplicación en materia ambiental<sup>94</sup>, donde se ha reconocido que “el principio precautorio forma parte del ordenamiento jurídico y que su aplicación por parte de la Administración se hace cada vez más perentoria, pues no es posible desconocer que el nivel de riesgos generados en la sociedad moderna supera a los riesgos tradicionales provenientes de la naturaleza (v.gr. erupciones volcánicas, terremotos, inundaciones, etc.) y que, por lo mismo, la actividad de policía clásica de la Administración requiere de una apertura hacia el reconocimiento de la modificación social que se ha producido tanto por

91 *Ibid.* Artículo 2 letra g).

92 BACHELET, Michelle, *Oficio Indicaciones del Ejecutivo de fecha 16 de septiembre de 2014* [en línea]. 2014, < [http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5030/HLD\\_5030\\_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf](http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5030/HLD_5030_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf)> (Consulta: 18 de agosto de 2016), p 3.

93 Así, por ejemplo, la Ley General de Pesca y Acuicultura ya reconocía este principio en los artículos 1° letra b), 1° letra c), 2° N°64 y 5°.

94 Así, por ejemplo, se ha indicado “Que, por otra parte, es importante señalar, que el principio precautorio no solo ha sido reconocido por la Administración, sino que también ha sido objeto de atención de la jurisprudencia nacional, tanto del Tribunal Constitucional (STC Rol N° 740, voto de minoría en STC Rol N° 2386), como de la Excelentísima Corte Suprema (SCS Rol N° 2463-2012 y N° 2138-2012) y de algunas Ilustrísimas Cortes de Apelaciones (SCA de Rancagua Rol N° 708-2009). Tal vez y más importante que lo anterior, el enfoque precautorio hoy está reconocido expresamente en algunas leyes de la República, lo que demuestra que la voluntad del legislador ha ido encaminándose a despejar las dudas acerca de su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico chileno. El artículo 1° B de la Ley N° 20.657, que modificó la Ley General de Pesca y Acuicultura, por ejemplo, dispone: “El objetivo de esta ley es la conservación y uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguardia de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”. A mayor abundamiento, cabe señalar que se han presentado, o se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional, varios Proyectos de Ley donde el enfoque precautorio está presente como un aspecto principal. Al respecto podemos citar, entre otros, los proyectos de ley sobre Vegetales Genéticamente Modificados (Boletín N° 4690-01), sobre Protección del Patrimonio Genético y de la Diversidad Biológica (Boletín N° 6867-12) y el sobre Organismos Genéticamente Modificados (Boletín 7344-12)”. Segundo Tribunal Ambiental, 16 de diciembre de 2014, Rol N°22-2014. Considerando Décimosegundo del voto de prevención del Ministro Sr. Rafael Asenjo Zegers.

la tecnología –al crearse nuevos riesgos–, como por la percepción que la sociedad tiene del riesgo y su gestión”<sup>95</sup>.

De esta forma, el reconocimiento expreso de este principio constituye un nuevo indicio que permite afirmar que la regulación probablemente se inclinará hacia una protección precautoria por sobre una preventiva en materia ambiental; modificando el régimen imperante a la fecha en el cual se ha tendido a proteger la ocurrencia de riesgos y daños en la medida que exista certeza de su generación.

### **3. Diarios, periódicos y revistas como productos prioritarios**

Entre los productos prioritarios modificados durante la tramitación legislativa, merece especial atención la exclusión de los diarios, periódicos y revistas de la REP; la cual se debe principalmente a los reparos presentados por la Asociación Nacional de Prensa.

Al establecerse en el proyecto de Ley original como sanción imponible a las infracciones gravísima la prohibición de vender el producto prioritario mientras se mantuviese la infracción, dicha asociación gremial consideró que se podrían ver vulneradas las garantías constitucionales de libertad de expresión y libertad de prensa en caso que prohibiera vender diarios, periódicos o revistas; lo que finalmente llevó a su exclusión del régimen general de la REP.

Ante esta posición, se debe tener presente, que dicha sanción fue finalmente eliminada, de tal forma los reparos presentados no tienen asiento en el régimen sancionatorio que fue finalmente aprobado. Pero también llama la atención que la preocupación de dicha Asociación partiese presumiendo el incumplimiento de la Ley. Es decir, las garantías constitucionales que se verían, a su juicio, vulneradas requerían como presupuesto la comisión de alguna infracción. Y no cualquier tipo de infracción, sino de aquellas calificadas como gravísimas.

Como señalamos supra, los productores de diarios, periódicos y revistas terminaron configurando una figura híbrida, pues la Ley los clasifica como productos prioritarios excluidos del régimen general de metas y obligaciones; quedando sólo obligados al deber de informar cierta información a través del RETC previo requerimiento del MMA, cuyo incumplimiento quedó calificado como infracción leve.

---

95 Segundo Tribunal Ambiental, 2 de julio de 2015, Rol N°34-2014. Considerando sexto del voto de prevención del Ministro Sr. Rafael Asenjo Zegers

En razón de lo anterior, atendiendo la fácil segregación y la gran cantidad de residuos producidos por este tipo de productos, estimamos que a futuro debiese revisarse la conveniencia de incorporarlos al régimen de la REP y establecer respecto a aquellos metas y otras obligaciones asociadas al igual que al resto de los productos prioritarios.

#### 4. Reclamación ante los Tribunales Ambientales

Entre las singularidades normativas de la Ley, que pueden determinar la implementación de la misma, se encuentra el establecimiento en su artículo 16 de una reclamación ante los Tribunales Ambientales, en contra de los decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas. Este recurso puede ser ejercido por cualquier persona que considere que los decretos no se ajustan a la Ley y que le causan perjuicio.

Esta nueva competencia de los Tribunales Ambientales se debe entender enlazada con la ya existente reclamación del artículo 17 N°1 de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales.

En tal sentido, consideramos que los requisitos de ilegalidad y perjuicio, deben ser consistentemente interpretados por los Tribunales Ambientales, en la misma línea que ya fue abordada en la sentencia que anuló la Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10, vale decir con un estándar de revisión plena, "el examen de legalidad que debe hacerse respecto de los decretos supremos reclamados no se encuentra limitado a la LBGMA sino que consiste en una revisión completa de legalidad del ordenamiento jurídico ambiental"<sup>96</sup>.

A su vez, el perjuicio debe ser interpretado en un sentido propiamente ambiental, resguardando los objetivos ambientales que la Ley REP busca satisfacer, es decir no limitándose a un mero contenido económico, en otros términos "el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medio ambiente"<sup>97</sup>, de lo contrario se perdería el carácter colectivo que tienen el medio ambiente y la protección ambiental, lo que incluye también la posibilidad de acceder a la jurisdicción ambiental<sup>98</sup>.

96 Segundo Tribunal Ambiental, 16 de diciembre de 2014, Rol N°22-2014. Considerando Décimotercero.

97 BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, 2° Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015. p 529.

98 En este sentido, a propósito del análisis de la legitimación activa de la acción contenciosa administrativa de los artículos 50 de la Ley N°19.300, 17 N°1 y 18 N°1 de la Ley N°20.600 BERMÚDEZ, Jorge. "La legitimación activa en el contencioso ambiental". En: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco. (coordinadores). La Nueva Justicia Ambiental. 1° edición. Santiago: Thomson Reuters, 2015. p.165.

## 5. Modelo chileno: sistemas de gestión individual-colectivo

Tal como señalamos *supra*, en la legislación comparada existe una variedad de instrumentos distintos de implementación de REP. Es así que existen modelos de gestión de residuos que privilegian sistemas de responsabilidad individual y otros permiten que las industrias se asocien para el cumplimiento de las metas de retiro y reciclaje, estos son denominados colectivos.

El modelo chileno optó por ser abierto, permitiendo *a priori* el establecimiento de sistemas de gestión colectivos, disponiéndose en todo caso que los decretos supremos que establezcan metas y obligaciones, podrán restringir la aplicación de uno u otro sistema, a fin de evitar distorsiones de mercado, dejándose así un nivel de incertidumbre sobre cómo será la implementación de los sistemas de gestión colectivos.

Esto último es particularmente importante, pues a nivel comparado se han detectado una serie de ventajas y desventajas en los sistemas individuales y colectivos<sup>99-100</sup>, así por ejemplo, los sistemas individuales establecen mayores incentivos para mejorar el diseño de los productos, pero implican una mayor dificultad a nivel de fiscalización.

Por su parte, los sistemas colectivos pueden generar comportamientos contrarios a la libre competencia, pues resulta complejo establecer contextos para que competidores actúen coordinadamente para la recolección y reciclaje de sus productos y no lo hagan por ejemplo para la fijación de precios o generen entidades de gestión de residuos de carácter monopólicas<sup>101</sup>. Es bajo esta óptica que deben ser comprendidas las diferentes menciones realizadas en la Ley a la libre competencia (artículos 2 letra e), 19, etc.) y que hará requerir a los sistemas colectivos de gestión de diversos informes del TDLC (artículo 24 inciso 4, artículo 26 letra c).

Por los anteriores riesgos, tanto el grado de implementación que adquieran los sistemas colectivos como el desenvolvimiento de los mismos, constituyen un factor de riesgo que puede determinar la percepción ciudadana del éxito de la Ley.

99 OECD. 2006, Op. Cit. (13), p. 11.

100 TOJO, Naoko. *EPR Programmes: Individual versus Collective Responsibility Exploring various forms of implementation and their implication to design change*. Sweden: IIIIEE, Lund University, 2003, p. 67.

101 OECD. Op. Cit. (13), p. 11.

## VI. Conclusión

La nueva Ley REP introduce una serie de modificaciones que estimamos *a priori* positivas a nuestro ordenamiento y crea un sistema nuevo -para el contexto nacional- enfocado en la reutilización, reciclaje y valorización energética de los residuos, con el objeto de evitar la generación de los mismos, considerando su disposición como última alternativa.

No obstante, no se puede obviar que en su carácter de Ley Marco ha dejado abiertas y pendientes el desarrollo de una serie de aspectos importantes que retrasaran su completa implementación y determinarán la eficacia de la misma.

En este contexto, nuestro llamado es a estar atentos como ciudadanos tanto al diseño como a la implementación de estos aspectos, y, principalmente, a aprovechar las instancias participativas expresamente establecidas en la Ley -por ejemplo, la etapa de consulta pública contenida en la elaboración de los decretos supremos que establecerán las metas y obligaciones asociadas de los productos prioritarios-, pues será en las discusiones que han quedado abiertas en la Ley dónde se jugará la posibilidad de que Chile cuente efectivamente con una regulación armónica orientada a la prevención, valorización y minimización del impacto ambiental de sus residuos.

**Recibido:** 17 de mayo de 2016.

**Aprobado:** 8 de julio de 2016.





# Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador

*Environmental constitutional protection: comparative analysis between Chile and Ecuador*

**Nicolás Hernández Araya**

Masterando en Estudios Jurídicos Avanzados

Universidad de Barcelona

Abogado

Universidad de Chile

nicolas.a.h.a@gmail.com

## RESUMEN

En la actualidad chilena se debate acerca de la necesidad de renovar o reformar la Constitución Política. Este debate saca a la luz el rol que debe jugar la protección del medio ambiente en dicho cuerpo normativo. En ese contexto, es conveniente revisar y comparar experiencias análogas a la chilena y que pueden ayudar a nuestro país a optimizar su sistema de protección ambiental. Sin embargo, el proceso ecuatoriano es de particular interés por su sustantiva innovación en el año 2008, pero que presenta diferencias considerables con el proceso actual chileno. Una vez expuestas esas diferencias y similitudes, hacemos una invitación a debatir un cambio constitucional sincero, consciente y que considere los últimos avances institucionales en la materia.

**Palabras claves:** Constitución Política; Derecho Comparado; Medio Ambiente; Chile; Ecuador.

## ABSTRACT

Today in Chile there is a debate about the need to renew or reform the Political Constitution. This debate brings to light the role that the environmental protection should play. In that context, it is appropriate to review and compare similar experiences. That may help our country to optimize its environmental protection system. The Ecuadorian case is of particular interest because of its substantive innovation in 2008, but shows significant differences with the current Chilean process. Once these differences and similarities have been exposed, we make an invitation to discuss a sincere constitutional change and consider recent institutional developments in the field.

**Keywords:** Political Constitution; Comparative Law; Environment; Chile; Ecuador.

## Introducción

Chile ha seguido un método de protección constitucional ambiental estándar según la tendencia trazada por los países occidentales tras la Conferencia de Estocolmo organizada por Naciones Unidas el año 1972<sup>1</sup>. Lo anterior, en lo que se refiere a la consagración como derecho fundamental, la terminología y estructura utilizadas en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, tienen una evidente cercanía formal y sustantiva con sus pares de Grecia, Portugal, España, Argentina, Colombia, entre otros. En ese sentido, es correcto sostener que la constitución chilena es una manifestación típica de inclusión constitucional del elemento medioambiental por los países pertenecientes a la tradición jurídica romana-germánica (o *civil law*).

Por otro lado, el caso contemporáneo de Ecuador resalta por su innovación. La vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador comenzó en el año 2008, y el lector podrá verificar en las próximas páginas que el tratamiento del medio ambiente en dicho cuerpo normativo, así como la inclusión de un nuevo sujeto de derechos (La Naturaleza), es evidencia de una inédita posición del aparato estatal frente a la función que debe cumplir una constitución respecto al desarrollo de la vida de sus regulados.

Dicho aquello, es un ejercicio irresistible y útil comparar ambos métodos de protección constitucional. En efecto, las constituciones de Chile y Ecuador ya tienen varios años de vigencia y sus mandatos medioambientales, como se demostrará a lo largo de este artículo, han permitido que la legislación de cada país se desenvuelva con libertad y creatividad al momento de desarrollar políticas ambientales. Si bien hoy en día en Chile existen debates y medidas concretas tendientes a redactar una nueva constitución<sup>2</sup>, estas exigencias tienen su raíz en asuntos bastante lejanos al derecho ambiental (desde ahora DA). Los argumentos centrales que iniciaron estos debates son: la necesidad de una constitución que cumpla con estándares adecuados de generación democrática<sup>3</sup> y el establecimiento de una estructura de derechos que contribuya a mejorar la distribución de la riqueza y mejorar los servicios de salud, educación y protección social. De esta manera, los motivos de protección ambiental para reformar la Constitución Política de Chile son más bien tangenciales y muy pocas veces aludidos en los debates públicos vigentes sobre constitucionalismo.

1 JARA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. 1° ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011. p. 332.

2 A nivel gubernamental, estas medidas consisten en la institución de Debates Ciudadanos, la creación de un Consejo Ciudadano de Observadores, entre otras. Se pueden consultar con más detalle en el portal electrónico del Gobierno de Chile [en línea] <<http://www.gob.cl/2015/10/13/8-conceptos-del-proceso-para-la-nueva-constitucion/>> (Consulta: 11 de marzo de 2016).

3 La constitución chilena, vigente desde el año 1980, se generó en pleno gobierno de un régimen militar de facto que ostentaría el poder entre los años 1973 y 1990.

El objetivo de este artículo considera todo este cúmulo de circunstancias para plantear un debate que, hasta el momento, no se ha dado en la doctrina nacional<sup>4</sup>. Todo parece indicar que en Chile tendremos una nueva constitución o, al menos, una considerable reforma de la misma. Seguramente en este proceso estarán presentes las ideas relativas al tratamiento del medio ambiente, momento en el cual parece del todo pertinente dar un vistazo a nuestros países vecinos y enjuiciar posibles importaciones jurídicas. El caso ecuatoriano aparece inmediatamente como un interesante sistema para, según nuestras condiciones nacionales, replicar o desechar.

Para asegurar un estudio preciso y efectivo conforme a sus fines, hemos de seguir los criterios de comparación expuestos por el profesor Geoffrey Samuel<sup>5</sup> en su artículo *Comparative Law and its Methodology*. Respecto de la metodología, se ha escogido el método genealógico que "(...) apunta a establecer una relación filial entre los objetos que están siendo comparados (...)"<sup>6</sup> identificando las conexiones históricas y los puntos comunes que pudieron haber tenido las instituciones estudiadas a lo largo de su desarrollo. Aplicado al objeto de estudio en concreto, el método escogido nos ayudará a verificar que Chile representa de manera bastante fiel el modelo típico de "constitucionalización" del medio ambiente propagado a lo largo de Europa continental y los países de Latinoamérica. Pero más importante aún, es la virtud del método genealógico que nos permitirá entender las motivaciones y las justificaciones que tuvo Ecuador para regular el elemento medio ambiente de la manera que lo hizo el año 2008. Su radicalidad acarrea que no sea posible replicarlo adecuadamente por otros sistemas jurídicos sin entender cuáles son sus bases ius-filosóficas, sistema político y contingencias internas desarrolladas en el proceso previo a la redacción de la constitución.

En cuanto al enfoque (que se subsume en una metodología), se seguirá el *causal approach* descrito en los siguientes términos: "(...) fundado en la idea de que un fenómeno (A) es dependiente de otro fenómeno (B)"<sup>7</sup>. Esto se traduce en identificar fenómenos que generen una relación causa-efecto entre sí. Como apreciarán en este punto, la aproximación causal es la más fiel al método genealógico y es con el que más naturalmente convive. En consecuencia, este método nos permitirá entender las motivaciones y las justificaciones que tuvieron ambos países para regular el elemento medio ambiente en la forma que finalmente quedó plasmada en sus constituciones.

4 Creemos que la escasez de doctrina respecto de este tema se debe, esencialmente, a que los especialistas se han concentrado en el análisis de las reformas institucionales llevadas a cabo a partir del año 2010 mediante la Ley 20.417.

5 SAMUEL, Geoffrey, "Comparative Law and its Methodology". En: BURTON, Mandy y WATKINS, Dan (eds.). *Research Methods in Law*. Londres: Routledge, 2013, p. 100-118. Este autor hace un repaso por las tendencias actuales, fortalezas y críticas a las metodologías y enfoques de los estudios de Derecho Comparado.

6 *Ibid.* p. 106. La traducción es nuestra.

7 *Ibid.* p. 111. La traducción es nuestra.

## Ejercicio comparativo

### I. Historia jurídica común. Explicitaciones necesarias

La primera constitución en consagrar un derecho a desenvolverse en un medio ambiente sano y descontaminado fue la del estado norteamericano de Illinois, constitución adoptada en el año 1970, cuyo artículo XI versaba así: "[t]he public policy of the State and the duty of each person is to provide and maintain a healthful environment for the benefit of this and future generations"<sup>8</sup>. Luego de ese hito histórico, también se reformó en el año 1971 la Constitución federal suiza y se incluyó el artículo 24 septies, del siguiente tenor: "1. La Confederación legisla sobre la protección del hombre y de su medio ambiente natural contra las acciones nocivas y molestas. En particular, combate la contaminación del aire y del ruido. 2. La ejecución de las prescripciones federales es responsabilidad de los cantones, excepto que la Ley la reserve a la Confederación"<sup>9</sup>. Estos hitos se insertan en la segunda etapa del derecho ambiental internacional según la categoría establecida por Sands y Peel<sup>10</sup>.

Esos dos antecedentes, del todo valorables por su innovación jurídica, antecedieron al hecho más importante a nivel político mundial acerca de cómo los estados afrontarían la nueva contingencia ambiental: la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada el año 1972 en la ciudad de Estocolmo. Esta fue la primera de las llamadas "Cumbres de la Tierra" y Sands y Peel consideran que a partir de allí se inicia la tercera etapa del DA internacional. Mucho se ha escrito respecto a los debates y conclusiones de esa conferencia, pero en esta parte es importante recordar sus principios y mandatos a los estados, como el siguiente: "Principio 13. A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población"<sup>11</sup>.

De ahí en adelante, la "constitucionalización" del derecho<sup>12</sup> a desenvolverse en un ambiente sano y/o descontaminado se ha esparcido mundialmente sin mayores obstáculos. Hay casos significativos que conviene mencionar, pues influyeron directamente en los

8 Nuestra traducción es: "la política pública del Estado y el deber de cada persona es proveer y mantener el bienestar ambiental para el beneficio de las generaciones futuras".

9 JARA I MANZANO, Jordi. Op. cit. (1), p. 184.

10 SANDS, P. y PEEL, J. *Principles of international environmental law*. 3º ed. Padstow: Cambridge University Press, 2012. 988 p.

11 SÁNCHEZ-SÁNCHEZ, Hernando. *Código de derecho internacional ambiental*, 1º ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 33.

12 Prescindiremos en este trabajo de la discusión acerca de la naturaleza y categorías de los derechos fundamentales, si estos pueden categorizarse, y si cabe denominar a este derecho (medioambiental) como "fundamental" o "humano".

debates constitucionales de Chile y Ecuador. Según expone Jara i Manzano “(...) el gran salto en relación con la protección constitucional del medio ambiente se produciría en las constituciones de los nuevos regímenes liberal-democráticos del sur de Europa (...) en Grecia, Portugal y España, van más allá de la reforma suiza de 1971 y se constituyen en herederas directas, en relación con la protección del medio ambiente, del impulso que ha experimentado la conciencia internacional al respecto a partir de la Conferencia de Estocolmo”<sup>13</sup>. Las constituciones latinoamericanas replicarían, a partir de 1980 con la nueva constitución chilena, el modelo de protección creado por aquellas tres naciones europeas.

De ahí en más, los acontecimientos más relevantes a nivel internacional son la *Constituição da República Federativa do Brasil* del año 1988 (que dispuso un tratamiento integral y esparcido por diferentes instituciones constitucionales como la acción popular, competencia común de la Federación y Estados, atribuciones al Ministerio Fiscal, orden económico y propiedad agrícola, entre otros) y las posteriores convenciones internacionales de carácter global (Río de Janeiro en 1992; Kioto en 1997; Johannesburgo en 2002; Copenhague en 2009 y Río+20 en 2012) que se hicieron cada vez más frecuentes dados los avances incontrarrestables del cambio climático.

Una vez expuesto todo este marco y avance global, podemos abocarnos con mayor propiedad al estudio particular de las constituciones vigentes de Chile y Ecuador, pues qué duda cabe que estos pasos internacionales ayudan a entender y dar contenido a las normas ambientales constitucionales que estudiaremos.

## **II. Sistema constitucional chileno**

### **II.I. Proceso histórico de gestación**

La Constitución de 1980 vigente hoy en día en Chile, inauguró en el catálogo constitucional de derechos protegidos la inclusión medioambiental, pues su antecesora del año 1925 no hacía alusión ni siquiera de manera indirecta a dicha entidad (el medio ambiente). Como se demostrará más adelante con la caracterización de la norma, el tipo de proceso constituyente en que se forjó y el contexto histórico social por el que estaba pasando Chile en ese entonces, fueron del todo determinantes al momento de decidir si debía o no darse espacio a la protección jurídica del medio ambiente. La Constitución Política del año 1980 se estudió y redactó por una comisión cuyos miembros fueron designados por una junta militar que, en ese entonces, estaba al mando del poder ejecutivo

---

13 JARA I MANZANO, Jordi. Op. cit. (1), p. 185.

y legislativo de Chile. Al año 1980 la junta militar ya había definido con claridad un plan de gobierno que podría caracterizarse, omitiendo los existentes matices, como de corte liberal en lo económico y conservador en lo político y moral. En ese sentido, y con el afán de mostrarse como una nación moderna e interesada en las contingencias internacionales, se siguió el camino trazado por Europa en lo referente al tratamiento del medio ambiente en las constituciones, por lo que se abrazó, no sin previa meditación y reflexión<sup>14</sup>, el modelo de las constituciones griega, española y portuguesa. En definitiva, estamos frente a un constituyente de facto que pretendió establecer una constitución que conformase un estado democrático, unitario, de libre mercado (para ese entonces la junta militar estaba aplicando una economía neoliberal basada en la teoría de Milton Friedman), pero atento a las tendencias jurídicas internacionales (situación que justificó la inclusión de derechos de segunda y tercera generación, según la terminología del jurista Karel Vasak<sup>15</sup>) con el afán de ser pioneros en el ámbito latinoamericano.

Más adelante podremos verificar que todos estos antecedentes sirven como causa de las disposiciones constitucionales que repasaremos. Desde el año 1980, no ha habido cambios en lo relativo al tratamiento del derecho constitucional del medio ambiente, hecho que en cierta medida demuestra que la amplitud de su redacción y la ubicación lógica de la norma dentro de la carta magna ha logrado satisfacer nuevas exigencias, que han sido muchas, durante estos treinta y cinco años.

## II.II. Protección del Medio Ambiente

La decisión del constituyente fue incluir el concepto de medio ambiente dentro del catálogo de derechos fundamentales, en el número 8 dentro de un total de 26, sin que exista jerarquía o categorización alguna entre ellos. Es decir, está inserto dentro de lo que algunos juristas de la tradición romano-germánica denominan parte dogmática de la constitución, entendida como aquella que se refiere al establecimiento de los fines, derechos, obligaciones y otros aspectos sustantivos del estado. En la parte orgánica -aquella referida a la enunciación de las instituciones, las competencias, órganos, etcétera- no hay alusión alguna al elemento medioambiental.

Dado lo económico de su tratamiento, creemos útil hacer una transcripción íntegra del derecho en cuestión:

14 Para revisar este proceso, sobre todo las discusiones dentro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, puede consultarse GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, 1º ed. Santiago: Planeta Sostenible, 2012.

15 VASAK, Karel, *Le droit International de Droits de l'Homme*. Paris: Pedone, 1972.

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: N°8: 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.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Como se aprecia de la sola lectura del texto, el derecho consagrado tiene las siguientes características<sup>16</sup>: parte de una visión antropocéntrica; fija un estándar específico de vulneración; reconoce la existencia de conflictos de derechos; y prescribe el deber estatal de preservación. A continuación, pasamos a analizar estas características:

1) La visión antropocéntrica queda manifiesta cuando la otorgación del derecho se hace “a todas las personas”, excluyendo tácitamente a algún otro elemento medioambiental que podría gozar de la titularidad de aquel derecho.

2) El estándar de protección es que el medio ambiente esté “libre de contaminación”. Ese es el umbral que, una vez cruzado, habrá vulnerado el mandato constitucional y los particulares pueden alegar ofendido su derecho fundamental. También mucho se ha discutido acerca de qué debemos entender por “libre de contaminación”<sup>17</sup>, incertidumbre que quedó apaciguada al dictarse la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente el año 1994, la que define el término con claridad<sup>18</sup>.

3) El reconocimiento de conflictos entre derechos fundamentales, tema recientemente tratado por la doctrina internacional<sup>19</sup>, tiene aquí acogida y expresión en el derecho positivo (último inciso del artículo), pues se faculta al legislador a establecer restricciones para asegurar la preeminencia de este derecho. Esta indicación se hace necesaria y natural al no tener el medio ambiente un “titular”, ni un órgano representativo que vele por sus intereses,

16 También para mayor detalle sobre esta caracterización puede consultarse GUZMÁN ROSEN. Op. Cit. (14)

17 GUZMÁN ROSEN. Op. Cit., (14) p. 27 y ss.

18 Ley N° 19.300, artículo 2°: “c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según correspon-da, a las establecidas en la legislación vigente”. Sin embargo, hay autores que estiman que el concepto constitucional de “contaminación” no debiese ser entendido según la definición de la Ley N° 19.300 sino que, aplicando una inter-pretación histórica de la norma, habría de corresponderse con la intención de los constituyentes al redactar la disposi-ción (actas oficiales donde consten las discusiones y alcances). En defensa de esta última posición DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, “El Deber – Obligación del Estado de Proteger el Derecho a la Vida de las Personas”. *Revista Justicia Ambiental*, 2014, N° 6, p. 95-113.

19 FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Vol I. G. Bari: Laterza editore, 2007.



siendo el legislador, por orden del poder constituyente, quien deberá poner las fronteras al ejercicio de otros derechos (típicamente el del libre emprendimiento industrial, comercial y de servicios) que pudiesen vulnerar el medio ambiente.

4) Se le asigna al Estado el deber de tutelar por la preservación de la naturaleza y evitar la afectación del derecho consagrado. Este segundo mandato parece ser una redundancia si consideramos lo dispuesto en el enunciado del artículo y la oración que consagra el derecho. En cuanto al deber de preservación, el Estado ha demostrado entenderlo nada más que como el fundamento de declarar zonas (parques nacionales, reservas, entre otras) y especies (flora y fauna) protegidas. Es decir, la conducta pública de preservar se ha traducido en establecer límites espaciales a los particulares, mientras que la faceta positiva (promover la reaparición de especies postergadas, educar a la población, estudio de las especies autóctonas, velar por su estabilidad futura, entre otras) parece no haberse explotado suficientemente. Sin embargo, un importante paso en este sentido se dio con la publicación de la Ley N° 20.417 del año 2010, y que instauró una nueva institucionalidad pública ambiental (Servicio de Evaluación Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente y Ministerio del Medio Ambiente).

Por último, toca analizar la vía concreta de protección que establece la Constitución para casi todos los derechos fundamentales consagrados, y que incluye el del número 8 en estudio, que es la acción de protección de derechos fundamentales. Al ser también breve en su redacción, transcribiremos el único artículo referido a su tratamiento:

“Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

Como se lee, también es posible extraer ciertas características de este medio de protección. Solamente resaltaremos dos: es judicial y se restringe su interposición a la condición de que la afectación sea ilegal, no siendo posible aludir una mera arbitrariedad por parte de la autoridad o de alguna otra persona. Es decir, la distinción asume que puede haber atentados arbitrarios aún cuando se ejecuten dentro de las exigencias del ordenamiento jurídico, pero si aquellos afectan el derecho del numeral 8 en estudio no podrán dar origen a una acción de protección. Las razones de esta restricción se fundaron<sup>20</sup> esencialmente en el supuesto carácter prestacional del derecho, la dificultad de definir un claro titular de la acción, y la posibilidad de que fuese el legislador quien estableciese las vías de protección más concretas.

La pregunta natural es qué podía hacer un particular cuando el Estado de Chile o una empresa vulneraba su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero sin afectar a ninguna norma jurídica positiva. Este asunto fue durante largos años de difícil solución, pues la única alternativa para el afectado era acudir a otras vías del ordenamiento jurídico para restablecer el imperio del derecho. Estas vías alternativas eran, dentro de las más comunes, las acciones civiles de obra ruinosa u obra nueva (artículos 599 y siguientes del Código Civil chileno); acciones civiles indemnizatorias de responsabilidad extracontractual; solicitud administrativa de suspensión de permisos y licencias otorgados para el ejercicio del negocio en cuestión; acción de protección fundándose en el daño indirecto que podría producirse contra la vida y salud; entre otras.

Todo esto vino a cambiar, según ya anunciamos, con la entrada en vigor de la nueva institucionalidad donde se ponen a disposición del ciudadano una serie de herramientas jurídicas para hacer frente a posibles arbitrariedades que vulneren su derecho. Entre ellas, resaltamos como más importantes la posibilidad de participar como observador en las evaluaciones ambientales de proyectos nuevos (artículo 26 y siguientes de la Ley N° 19.300) y la acción de responsabilidad por daño ambiental ante los Tribunales Ambientales (artículo 51 y siguientes de la Ley N° 19.300). Sin embargo, no entraremos a estudiarlas en particular por ser elementos ajenos a nuestro objeto de comparación, que versa única y exclusivamente sobre los textos constitucionales.

---

20 Extraídas desde GUZMÁN ROSEN. Op. Cit. (14), p. 203 y ss. Más allá de esas restricciones jurídicas, creemos que históricamente a nivel mundial también han existido argumentos fácticos tendientes a disminuir la interposición de acciones judiciales que protejan el medio ambiente. En concreto, creemos que los constitucionalistas chilenos evaluaron la posibilidad de que la ciudadanía abusase de estas vías, aludiendo cualquier conducta como arbitraria, situación que podría provocar atoramientos en el sistema judicial, frustraciones en el desarrollo de emprendimientos económicos, y otras consecuencias presuntamente indeseables.

En definitiva, la norma constitucional chilena ha logrado permanecer intacta luego de treinta y cinco años, situación digna de destacar en medio de una cultura constitucional latinoamericana donde parecen legitimarse los constantes cambios, además del desarrollo inaudito y explosivo de las doctrinas y discusiones contemporáneas relativas al medio ambiente y su relación con el derecho. No obstante, esta inmovilidad no ha sido óbice para la instauración de grandes reformas legales que han instaurado nuevas formas de protección e instituciones estatales de avocación exclusiva y especializada en el medio ambiente.

### III. Sistema constitucional ecuatoriano

#### III.I. Proceso histórico de gestación

El camino seguido por Ecuador en su constitución vigente justifica que nos detengamos previamente en repasar las causas y acontecimientos que dieron forma a la protección actual del medio ambiente. La doctrina y método escogidos son tan novedosos, que hasta dónde sabemos no tienen parangón con otro país occidental. Por ello, enunciaremos en el próximo párrafo ciertos hitos históricos que ayudaron a configurar la inclinación social y política que forjó la Constitución del año 2008. Para hacerlo, haremos un repaso de las ideas expuestas por el Profesor Hernán Salgado Pasantes<sup>21</sup>.

La historia reciente de Ecuador ha estado marcada por dos grandes hitos: un golpe de estado en el año 1997 (que introdujo una nueva constitución al año siguiente) y otro el año 2005. El segundo de ellos terminó en una incertidumbre política de inmensas proporciones, y que muchos líderes políticos trataron de encauzar enarbolando la consigna de una nueva constitución que trajese orden y recogiese todas las inquietudes civiles. Fue así como el año 2006 Rafael Correa ganó las elecciones presidenciales y se estableció al año siguiente como Presidente de la República. En ese mismo año 2007 cumplió con su promesa de constituir una asamblea constituyente. Este proceso estuvo influido por las experiencias constitucionales recientes de Colombia (1991) y Venezuela (1999). Según Salgado “[e]n resumen, con los numerosos precedentes del pasado, en Ecuador la idea de convocar a una asamblea constituyente siempre ha estado latente, especialmente cuando los problemas políticos e institucionales parecen no tener otra solución, porque los hechos desbordan el marco jurídico”<sup>22</sup>.

21 SALGADO PASANTES, Hernán, “El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones”. En: *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina*. México D.F.: Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. pp. 263-284 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/11.pdf>> (consulta: 20 octubre 2015)

22 *Ibid.*, p. 265.

En cuanto al DA, la Constitución del año 1998 categorizaba los derechos constitucionales, estableciendo en el Capítulo V (De Los Derechos Colectivos) la Sección Segunda: del medio ambiente. En este punto, vale la pena hacer presente que la redacción de esta gozaba de considerable amplitud y exhaustividad. El artículo 86 establecía el derecho ("el Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable"), y más adelante se establecía el deber legislativo de establecer procedimientos y sanciones útiles para el ejercicio de ese derecho, además de la obligación de hacer consultas a la comunidad cuando el Estado ejecutase medidas que pudiesen afectarlas. Es decir, el constituyente también se preocupó por replicar las tendencias globales desarrolladas en ese entonces, sobre todo en el aspecto de establecer deberes al estado con tal de que este asegurase una vida exenta de contaminaciones ambientales.

Así las cosas, en el año 2007 el gobierno entrante debía establecer el camino para la nueva constitución prometida. El presidente convocó un plebiscito, de extrema discusión acerca de su legitimidad<sup>23</sup>, para que la población decidiese si quería una nueva constitución y si aceptaba la forma de una asamblea constituyente. La respuesta afirmativa se impuso por amplia mayoría. Entonces, vino la discusión acerca de cómo debía entrar en funcionamiento esta nueva entidad, en concreto, sus funciones, limitaciones y relaciones con otros poderes públicos. Según Salgado Pasantes, "[e]n el actual proceso constituyente ecuatoriano los plenos poderes conferidos a la Asamblea Constituyente han sido interpretados con una amplitud extrema, que, como se ha dicho, transforma a la Asamblea en una instancia omnipotente, que puede dar por terminadas las funciones de los órganos constituidos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y otros de carácter autónomo) y sustituir a sus integrantes"<sup>24</sup>. La tendencia constante por parte del principal promotor del proceso constitucionalista (el poder ejecutivo) fue la de ampliar lo más posible el rango de acción de la Asamblea Constituyente, y que, según expone Salgado, habría de concretar la "(...) revolución ciudadana, en cuyo nombre debían conducir la actividad política y realizar la promesa del cambio (...) pero su contenido nadie lo ha precisado como no sea el acudir a otra idea, la del "socialismo del siglo XXI", cuyos elementos tampoco están claros"<sup>25</sup>.

En noviembre del año 1997 los miembros de la asamblea constituyente, todos electos mediante sufragio universal, se trasladaron a la ciudad de Montecristi a situarse y dedicarse con profundidad al fin. Lo primero que hicieron fue definir sus potestades, para lo que se dictó un reglamento y luego comenzó el ejercicio de expedición de "mandatos".

---

23 Este nivel de discusión provocó, entre otras consecuencias, la destitución de cincuenta y siete parlamentarios del Congreso.

24 *Ibid.* p. 273.

25 *Ibid.* p. 277.

En esta ocasión, Salgado vuelve a aludir ciertas críticas recibidas por el proceso: “[a]demás, mediante este procedimiento de expedir mandatos, los constituyentes han invertido el orden lógico de su trabajo: primero se han dedicado a expedir determinadas leyes y, sólo después, van a elaborar el texto de la Constitución (infra nota 7). Esta forma de actuar ha sido bastante criticada”<sup>26</sup>.

La Asamblea dividió el tratamiento de los temas en diez mesas (una de ellas dedicada a “recursos naturales y biodiversidad”). Finalmente, el proyecto de constitución fue sometido a escrutinio popular, aprobado el 28 de septiembre del año 2008, y entró a regir casi un mes después.

### III.II. Protección del Medio Ambiente

Creemos conveniente incluir en esta parte un párrafo íntegro del dogmático Aparicio Wilhelmi. Por su asertividad, es útil para explicar con certeza y relativa exhaustividad la concepción de los derechos que primó en los constituyentes en la ciudad en Montecristi:

“Merece la pena subrayar que la terminología empleada, además de ayudar a definir con mayor claridad el contenido de los derechos a los que se refiere, sirve para reforzar la intención constituyente de dejar atrás anteriores clasificaciones de derechos que sí han sido jerarquizantes. Al rechazar el empleo de la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, se pretende enterrar la doctrina de las generaciones y de la distinta estructura y valor que la lectura liberal dominante ha tratado de implantar dándola por supuesta. Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo activo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de “derechos del buen vivir”, la traducción del *sumak kawsay kichwa*, que constata la presencia de las aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos”<sup>27</sup>.

Hecho ese diagnóstico, comprendiendo la influencia real de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente mediante miembros electos, las contingencias ambientales

<sup>26</sup> Ibid. p. 279.

<sup>27</sup> APARICIO WILHELMI, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”. En: *Desafíos constitucionales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-39.

clásicas de este siglo (deforestación, cambio climático, emisión de dióxido de carbono, deshielos en los polos, amenazas de extinción de variadas especies, etcétera), y la atención internacional respecto a ellos (ya desarrolladas en el subcapítulo I. de este trabajo), es que podemos lanzarnos en la revisión y comprensión de la normativa constitucional ambiental vigente en Ecuador.

La Constitución de Ecuador tiene un preámbulo y nueve títulos. Cada título está dividido en capítulos, y muchos de estos a veces presentan subdivisiones denominadas secciones. Considerando que el elemento ambiental irradia muchas partes del texto normativo, la enumeración de aquellas partes resulta ser un ejercicio bastante más extenso que en el caso chileno. Insistiremos, sin embargo, en esa forma expositiva dividiendo la explicación en dos ítems: la consagración de los derechos y las garantías para su ejercicio.

### **III.III. Consagración de los derechos<sup>28</sup>**

El Título 2° de la Constitución lleva por nombre "Derechos" y tiene tres capítulos que son de nuestro interés. El Capítulo 2° "Derechos del Buen Vivir" en su Sección Segunda trata el tema del "Ambiente Sano", consagrando en el artículo 14 el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y establece como interés público la preservación, conservación, prevención; en el artículo 15 el deber estatal de promover energías limpias y la prohibición de actividades relacionadas a armas químicas y nucleares, organismos genéticamente modificados, e introducción de residuos nucleares, entre otros.

El Capítulo 7° otorga derechos a la naturaleza siendo esta, creemos, la novedad más importante y que más atención avoca. Entre los artículos 71 y 74 establece que la Pacha Mama tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y, entre otros actos, sus ciclos vitales. Todas las personas podrán exigir al estado el respeto por ese derecho y el estado deberá promover esa actitud y educar a la población en ese sentido. Luego se refiere al derecho de la naturaleza de ser restaurada cuando haya sido dañada, la obligación estatal de aplicar medidas de precaución y restricción, y el derecho de la ciudadanía de beneficiarse de las riquezas naturales que les permitan "el buen vivir".

El Capítulo 9° no establece derechos sino que deberes a las ecuatorianos/as, por lo que creemos que quizás pudo haberse situado en otra parte de la Constitución

---

28 Atendida la cantidad de artículos de la constitución útiles para el estudio que pretendemos, y cuya lectura es esencial para la cabal comprensión de esta exposición, hemos preferido no incorporarlos en este texto, razón por la que se sugiere acudir al sitio web de la Asamblea Nacional de Ecuador y descargar el texto oficial: [en línea] <[www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)> (Consulta: 8 de abril de 2016).

(por ejemplo, en el Título III a propósito de las garantías constitucionales). Entre dichos deberes, el artículo 83 N° 6 ordena: “Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”. Evidentemente, la instauración de obligaciones al estado y a los particulares en defensa de este derecho adquiere acá un matiz especial. Podría argumentarse que la explicitación de estas obligaciones resulta indispensable, pues los titulares del derecho (Pacha Mama) no tienen medios físicos ni intelectuales para ejercerlo, por lo que un medio de paliar esta carencia es la fijación unívoca de obligaciones a sujetos determinados.

### III.IV. Garantías para el cumplimiento de los derechos:

El Título III de la Constitución se llama “Garantías Constitucionales” y en su Capítulo 3° (Garantías Jurisdiccionales) establece como Sección Segunda (artículo 88) la típica acción judicial de protección de derechos constitucionales. La restricción en su interposición consiste en que puede dirigirse casi exclusivamente contra actos del Estado, salvo “(...) si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”, casos que podrá dirigirse contra actos de particulares.

El Título V, denominado “Organización Territorial del Estado”, establece con claridad las competencias que serán exclusivas del estado central, entre las que se encuentran “[l]as áreas naturales protegidas y los recursos naturales”. Es decir, el gobierno será el único ente encargado de administrar y desarrollar, según sus criterios, esas áreas y recursos.

El Título VII es uno de los más interesantes y lleva por título “Régimen del Buen Vivir”. Tiene dos capítulos, uno de ellos se llama “Inclusión y Equidad” y el otro “Biodiversidad y Recursos Naturales”. Este último establece principios ambientales de un estado proactivo; reparación inmediata de daños ambientales; prohibición de utilizar semillas transgénicas; prohibición de actividades extractivas en zonas intangibles y protegidas; propiedad estatal exclusiva de hidrocarburos, agua, yacimientos minerales, zonas marítimas, y otras; apoyo a los agricultores para la conservación y restauración de los suelos; favorecer la optimización del uso de los recursos energéticos; entre otros. No obstante, nos parece que las concreciones más importantes de aquellos principios son las siguientes:

- Art. 395 N°4: que establece el principio ambiental de *In dubio pro natura* cuando haya dudas acerca de cómo interpretar una norma legal.
- Art. 396: Otorga a las acciones de responsabilidad por daños en el medio ambiente el carácter de imprescriptibles, y menciona expresamente que esta

responsabilidad será de tipo objetiva (prescindirá del elemento de culpa para establecer condena).

- Art. 397 N°1: Invierte carga de prueba del daño, es decir, el sujeto pasivo de la acción podrá defenderse ofreciendo los medios probatorios que acrediten que el daño alegado no existe.

Creemos que esto amerita una precisión legal o jurisprudencial importante, pues contradice los principios procesales típicos de que los hechos negativos no pueden probarse.

- Art. 398: Un guiño importante respecto del Convenio N° 169 de la O.I.T., pues establece el deber del estado de realizar obligatoriamente, antes de iniciar actividades que afecten al medio ambiente, consultas previas a las comunidades.

- Art. 399: Si bien hasta la fecha de hoy aún no se ha creado la institución, el artículo ordena la disposición de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental para que defienda el medio ambiente y la naturaleza, algo así como una Defensoría del Medio Ambiente. Hoy en día, esas funciones las está ejecutando el Defensor del Pueblo.

- Art. 408: Propiedad estatal inalienable, imprescriptible e inembargable de los recursos naturales no renovables. Además de tener el control sobre ellos, en caso que el estado licite o delegue la explotación de esos recursos deberá recibir un aprovechamiento no inferior al que reciba la empresa explotadora. Independientemente de quién ejecute la explotación, deberá hacerse respetando los ciclos naturales y permitiendo las condiciones vitales con dignidad.

A esta altura ya podemos ver por qué anunciábamos que el nuevo sistema de protección ambiental constitucional de Ecuador es tan llamativo. Hemos expuesto el proceso constituyente, las influencias más fuertes, y el resultado en el texto escrito. Refiriéndose a la nueva asignación de derechos a la naturaleza, el jurista Ramiro Ávila describe que “[e]l status del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, solo tenían status jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el status a todas las personas. Finalmente, el status se ha extendido a la naturaleza”<sup>29</sup>. Es decir, se dejó atrás la percepción

---

29 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012, p. 124.



clásica<sup>30</sup> y todavía hegemónica de que el medio ambiente no es sino un elemento que debe ayudar al desarrollo y bienestar del ser humano.

Respecto de este salto al "biocentrismo", es destacable mencionar que ni siquiera los mismos constituyentes tenían claro cuáles serían las consecuencias de esta nueva consagración, ni tampoco saben con certeza dónde irá a arribar. Esto no quiere decir que haya que restarle méritos o menospreciarla, pues los mismos juristas ecuatorianos reconocen que es un paso decisivo, concienzudo y medido, pero que no por ello va a ofrecer respuestas acerca de lo que el futuro deparará. Es decir, en Ecuador saben que esta consagración constitucional es un paso de un camino que recién se está empezando a recorrer, pero que era necesario dar con claridad pues así lo dictaba la cultura, influencias y prioridades de esa nación<sup>31</sup>. Y no solo la nación así lo requería, sino también los mismos acuerdos de marco internacional -de los que muchas veces los países hacen adrede caso omiso o divergen en su interpretación<sup>32</sup>- alcanzados por Ecuador daban pie para una consagración de este tipo.

Ya se han enunciado algunas de las dificultades procesales a las que deberán hacer frente los sujetos que se muevan en el sistema jurídico ecuatoriano. Para no excedernos más de lo necesario, y por lo interesante que estos resultan, hago presente que un estudio acabado y razonado de estos desafíos y/o problemas pueden encontrarse en textos del profesor René Bedón Garzón<sup>33</sup> y Ramiro Ávila Santamaría<sup>34</sup>.

30 Bastante se ha escrito acerca de este giro ius-filosófico. Solo como ejemplo, invocamos al sobresaliente artículo escrito por JARA I MANZANO, Jordi, "Si fuera sólo una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4. N° 1, pp. 43-86; donde se expone el siguiente diagnóstico: "Lo visto hasta ahora nos indica que la Constitución ecuatoriana de 2008 tiene un barniz de retórica indígena que cubre una estructura plenamente incardinada en las ideas de la modernidad occidental. La misma idea de los derechos de la naturaleza responde a este esquema, asociado a la satisfacción plena de las pretensiones de despliegue vital que plantea el individualismo occidental" (p. 70). Es decir, bajo la perspectiva de Jara i Manzano, el esquema tradicional de derechos, por mucho que estos se otorguen a titulares nuevos como la *Pacha Mama*, sigue rindiendo culto al sistema jurídico hegemónico impuesto desde Europa, precisamente desde la Revolución Francesa. Por nuestra parte, creemos que esta rigidez en la cultura jurídica hegemónica puede también apreciarse en otros ámbitos jurídicos novedosos y relacionados con el DA, tales como las vías de introducción de los derechos de los animales (en la filosofía de Henry Salt y Peter Singer como emblemáticos exponentes) y la filosofía anti-especista.

31 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 143: "Así como los runas andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya, normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza".

32 Nótese el tenor del siguiente extracto "La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida", extraído desde la "Carta de La Tierra", documento generado por la comunidad internacional en la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo el año 2002 pero aún no acogido por todos los países de la ONU.

33 BEDÓN GARZÓN, René, "Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador", *Ius Humani. Revista de Derecho*. Vol. 2. 2010-2011, pp. 9-41.

34 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. Cit. (29), p. 111.

## Resultado del ejercicio comparativo y conclusiones

Ya analizados ambos sistemas constitucionales, es posible extraer ciertas conclusiones, sobre todo en aquello que se refiere a la metodología (genealógica) y aproximación (causal) que nos propusimos.

Las vicisitudes genealógicas de los países comparados, en aquello que se restringe al ámbito de micro-comparación jurídica, son bastante importantes. Por un lado, la constitución chilena fue generada en la mitad de un régimen militar de facto, teniendo este último un amplio margen para establecer sus preferencias y prioridades, sobre todo en lo que dice relación con la redacción de los derechos fundamentales. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana es casi treinta años más joven que la chilena y fue redactada inmediatamente después de un proceso de confrontación política extrema, pero dentro de un marco de legitimidad democrática aparentemente indiscutible.

Es en esa perspectiva histórico-genealógica donde cobran relevancia las cosmovisiones y posiciones políticas que priman en cada una de las constituciones. Respecto de Chile, la segunda mitad de la década de los setenta fue el periodo en que se trabajó en la nueva constitución chilena, momento que coincide con la aplicación incipiente del sistema económico neoliberal, que buscaba potenciar la inversión de capitales extranjeros, por lo que la estabilidad interna y garantía de seguridad eran ofertas de las que no se podía prescindir. En ese sentido, y como enorme diferencia del proceso ecuatoriano, se omitió cualquier norma constitucional que podría haberse referido a los pueblos autóctonos -cuya expresión más numerosa e importante del país es la de la cultura mapuche- y que en ese entonces habían sido un importante oponente político de los gobiernos centrales de turno, independientemente del color político, situación que se arrastra hasta la actualidad<sup>35</sup>. Al mismo tiempo, se establecieron cláusulas y quórum parlamentarios altísimos para reformar la constitución<sup>36</sup>, y se definió un sistema político electoral binominal que hasta la fecha de hoy se sigue aplicando, aun cuando hay muchas voces que exigen una inclusión más fuerte de los partidos y organizaciones minoritarias.

El proceso constitucional ecuatoriano hizo un recorrido en sentido contrario al

35 Estas oposiciones entre el Estado y los pueblos autóctonos se basan principalmente en la disposición (según la perspectiva de los gobiernos centrales) o arrebato (según la perspectiva de algunos movimientos mapuches) de las tierras que ancestralmente les pertenecían con exclusividad a las culturas nativas. Para mayor detalle sobre este conflicto, se puede consultar BARRIENTOS PARDO, Ignacio. "Conflicto Mapuche en Chile", *Papeles de cuestiones internacionales*, N° 78. 2002. p. 105-116.; BENGOA, José. Historia de un conflicto: El Estado y los mapuches en el siglo XX, Santiago: Planeta/Ariel, 1999. 237 p.; CANIUQUEO, Sergio, "El conflicto mapuche en los tiempos de la Concertación", *Sudhistoria*, N° 4. 2012.

36 Para mayor detalle sobre estas circunstancias se puede revisar ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La Constitución tramposa*, Santiago: LOM Ediciones, 2013.

chileno: establecer las bases del estado directamente desde la opinión de la ciudadanía, preguntándoles a los asambleístas electos qué tipo de constitución y derechos eran los que querían estuviesen allí. Fue así como se terminó estableciendo un paradigma que mira hacia el interior de la frontera territorial de Ecuador, se dio lugar y espacio eminente a los pueblos autóctonos, se empoderó al poder ejecutivo quien deberá velar por el "Buen Vivir" de sus ciudadanos, y se le otorgaron derechos a la Madre Naturaleza (*Pacha Mama*) que irradian visiblemente a todo el cuerpo normativo. Las lecturas que se suelen hacer de este proceso, que contrasta con el chileno, son dos: fue un producto del caudillismo y populismo eficaz del Presidente Rafael Correa, o es una manifestación real de la soberanía nacional que hasta entonces había estado subsumida en las preferencias del segmento social de la élite.

En lo que se refiere netamente al DA, tenemos que la constitución chilena representa el tratamiento clásico de la tradición romano-germánica, según se describe en la obra de Jara i Manzano ya citada, y que no ha necesitado de reforma alguna para demostrar ser capaz de otorgar herramientas suficientes para que el legislador intente regular una real protección al derecho. En efecto, la mejor demostración de esto es la dictación de las siguientes normas: la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, del año 1994, que estableció el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la Acción de Daño Ambiental, Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión; la Ley N° 20.417 del año 2010 que creó el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente; y la Ley N° 20.600 del año 2012 que creó los Tribunales Ambientales. Todas estas modernizaciones fueron hechas paso a paso, siguiendo modelos preexistentes e inventados por la Unión Europea, Australia y Estados Unidos, pero que en su conjunto han creado un marco estatal novedoso del que no conocemos símil.

La concepción ecuatoriana es distinta, y no mira los derechos de la naturaleza como un derecho fundamental de segunda o tercera generación que pudiesen protegerse, como en Chile, mediante Ministerios, Superintendencias o alguna otra agencia administrativa especializada (como suele ocurrir con servicios de salud, educación y protección de consumidores). Es decir, el texto constitucional ecuatoriano consagra este nuevo derecho de la naturaleza como una categoría esencialmente distinta del resto de los derechos constitucionales (o fundamentales, según la posición en que nos situemos). Esta apreciación es clara e indiscutible para cualquier persona con formación jurídica: los derechos constitucionales (fundamentales, humanos, o cualquiera otra categoría usualmente utilizada para referirse a ellos) son susceptibles de asignarse exclusivamente a seres humanos. Cuenta de ello dan todos los listados de derechos constitucionales que rigen a los países de occidente, desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano o la Constitución de Estados Unidos. En ese contexto, Ávila expone que "[l]a Constitución de Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de

derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano (...) la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante<sup>37</sup>.

En ese sentido, el hecho de dotar al medio ambiente de derechos propios implica resguardarlo con una órbita casi intocable, el efecto propio y clásico de los derechos constitucionales, y que solo se puede modificar mediante las más altas exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico. La perspectiva da pie para un interesante desarrollo jurisprudencial y legislativo. Estos poderes estatales deben idear mecanismos que hagan valer la voz del nuevo sujeto (naturaleza), dar audiencia, y tomar las decisiones para las que son competentes, sin considerar -y acá está la novedad- en si alguna persona se verá afectada en su patrimonio material o inmaterial. En Ecuador, uno de los avances en este sentido ha sido la legitimación procesal activa amplísima, por la que todos los ciudadanos pueden representar a la naturaleza según las vías contempladas en la misma constitución.

## Proyecciones

Estamos frente a dos sistemas constitucionales bastante diversos, y que probablemente no se modificarán en el corto plazo. El desafío del DA chileno vigente parece marcar la vía de pulir y dar contundencia práctica a su nueva institucionalidad creada por ley, para que ejecuten el aparato moderno y eficaz para el cual fue pensado<sup>38</sup>. En otros términos, la legislación que configura el marco institucional parece ser, al menos a grandes rasgos, adecuada y coherente con la cultura jurídica chilena. Obviamente, esta posición no es óbice para abogar, como lo hacemos, por la generación de una nueva constitución que modifique los derechos constitucionales, incluyendo el actual artículo 19 N°8. Sin embargo, creemos que los desafíos más urgentes y palpables dicen relación con el fomento de la participación<sup>39</sup>,

---

37 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 142.

38 El sistema fue diseñado para que funcione de la siguiente manera: el Servicio de Evaluación Ambiental evalúa y aprueba los proyectos privados y públicos; la Superintendencia fiscaliza que estos proyectos se ejecuten dentro de los límites fijados en su evaluación; el Ministerio del Medio Ambiente gestiona las políticas; y los Tribunales Ambientales resuelven las discordancias que pueden haber entre estos organismos y los particulares.

39 La contingencia actual en la doctrina ambiental así lo demuestra. La primera evidencia son las actuales negociaciones entre estados latinoamericanos tendientes a la redacción de un instrumento internacional que emule el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus), creado en la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, avances que se pueden consultar en: CEPAL. Derechos de acceso a la información, la participación y la justicia ambientales están en el corazón de la Agenda 2030. Tercera Reunión del Comité de Negociación - Principio 10 [en línea]. 5 de abril del año 2016 <<http://negociacionp10.cepal.org/3/es/noticias/derechos-acceso-la-informacion-la-participacion-la-justicia-ambientales-estan-corazon-la>> (consulta: 8 de abril de 2016). Otra evidencia es el proyecto de ley ingresado en diciembre del año 2015 que propone la instauración de la figura de la Defensoría del Medio Ambiente (ver boletín N° 10.486 de la Cámara de Diputados).

la transparencia, y la aplicación de principios de gobernanza. En esta línea, se ha dicho que “la reforma a nuestra institucionalidad ambiental constituye un salto hacia adelante en términos de la eficacia de la estructura administrativa y permite que la transversalidad se constituya como un instrumento útil y al servicio de la gestión y regulación ambiental (...). No obstante lo anterior, cabe hacer una prevención final: la transversalidad es solo uno de los elementos de un nuevo tipo de gobernanza, necesariamente, debe complementarse con otros factores, tales como monitoreo, transparencia, *accountability*, liderazgo y participación ciudadana, entre otros, si se quiere obtener los beneficios de una estructura administrativa que sea acorde a los desafíos que impone la búsqueda de un desarrollo sustentable”<sup>40</sup>. Estos objetivos pueden cumplirse ahora, con las competencias vigentes repartidas por la constitución y la ley, sin necesidad de un cambio en el artículo 19 N° 8 de la Constitución.

Ecuador ha escogido otro camino, aquel que ya se venía anunciado en el año 1972 cuando Christopher D. Stone (profesor en las facultades de Derecho de las Universidades de Yale, Southern California, entre otras) proponía lo siguiente:

“No es inevitable, ni tampoco es sabio, que los objetos naturales no tengan derecho a hacer reclamaciones en su propio derecho. No es una respuesta decir que las corrientes de agua y los bosques no pueden tener derecho porque las corrientes y bosques no pueden hablar. Las corporaciones tampoco pueden hablar; no pueden los estados, inmuebles, infantes, incompetentes, municipalidades o universidades. Los abogados hablan por ellos, como habitualmente lo hacen los ciudadanos ordinarios con los problemas legales. Se deberían, creo, manejar los problemas de los objetos de la naturaleza como lo hacemos con los problemas legales de los incompetentes – seres humanos que han quedado en estado vegetativo. Si un ser humano muestra señales de volverse senil y tiene asuntos que de iure es incompetente de administrar, quienes se preocupan de su bienestar le harán ver esto a tribunales, y alguien será designado por el tribunal para que goce de la autoridad de manejar los asuntos del incompetente. El “guardián” (o procurador o comité – la terminología varía) entonces representa al incompetente en sus asuntos legales. Los tribunales hacen nombramientos similares cuando una corporación se vuelve “incompetente” – nombran a un fideicomisario en bancarrota o en reorganización para supervisar sus asuntos y representarla en tribunales cuando sea necesario”<sup>41</sup>.

40 MADRID MESCHI, Antonio, “La Transversalidad de la Gestión Pública Ambiental en la Reforma a la Institucionalidad”. *Revista Justicia Ambiental*. 2012, N° 4, p. 168.

41 STONE, Christopher D, “Should trees have standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects”. *Southern Cali-fornia Legal Review*. 1972, N° 45, p. 450-501. El texto original está en inglés y la traducción al español es nuestra.

Siguiendo esa línea, Ecuador prefirió innovar: reconocer jurídicamente derechos a la naturaleza y dotarla de representantes que hagan efectivos sus derechos, dejándolo así claro los artículos 71 (representantes privados en particular) y 399 (representante público general) de la Constitución de la República. La constitución ecuatoriana recoge y consagra la ambición de Christopher D. Stone. Así también lo ha verificado Ávila cuando asevera que “la naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración”<sup>42</sup>.

En las conclusiones de este trabajo ya aludimos a ciertos logros que fluyen naturalmente de este hito en la historia de Ecuador. Sin embargo, mirando ahora al futuro, quedan pendientes las soluciones a otros problemas. Creemos que la “objetividad” en la operatividad de los derechos de la naturaleza, entendida como un valor jurídico independiente del ser humano, debiese favorecer la disminución de riesgos ambientales que hasta entonces eran protegidos solamente en cuanto afectasen un patrimonio individual. Todo este marco constitucional de protección es, hasta el presente año, un avance más promisorio que real. Asumiendo que la constitucionalización de derechos de la naturaleza no es una panacea, sino que requiere de complementos normativos e incluso culturales, queda avanzar en la generación de garantías que aseguren la toma de decisiones más imparciales, ajenas a influencias ilegítimas y que den estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales<sup>43</sup>.

En definitiva, ambos países tienen sus desafíos propios. Creemos inadecuado en este estado de cosas proponer cambios o sustituciones en el ordenamiento jurídico ambiental que pretendan replicar lo ocurrido en su homólogo. Con el tiempo se irán verificando virtudes y defectos que nos permitirán juzgar el nivel de éxito de cada uno. Sin embargo,

---

42 ÁVILA SANTAMARÍA. Op. cit. (29), p. 127.

43 Con esto último nos referimos a las posibles afectaciones basadas en el elemento político, del que mucho se suele hablar en Latinoamérica en periódicos, marchas, protestas, o como insignias de movimientos ambientalistas. A modo de ejemplo clásico: ¿cuántas veces hemos escuchado que el fiscalizador ambiental X seguramente aprobará Z proyecto porque en el pasado integró el *holding* empresarial del titular?; ¿o que el titular de X proyecto financió la campaña del presidente Z quien designó al actual evaluador ambiental?; ¿o que el nuevo Ministro del Medio Ambiente trabajó durante décadas, y seguramente tiene alianzas, con empresas extractoras de minerales e hidrocarburos? Creemos que hasta el momento los juristas no hemos sido capaces de solventar esa encrucijada: cómo garantizar que los agentes públicos, casi siempre designados por el poder ejecutivo o poder legislativo, tomen decisiones de manera imparcial y velando por preservar los elementos que conforman el medio ambiente. A este tipo de problemáticas hacíamos alusión también hace unos párrafos atrás cuando, para el caso chileno, declarábamos la necesidad de ahondar en participación, transparencia y gobernabilidad. Jurídicamente, hoy por hoy, estas vías parecen ser las únicas herramientas aprobadas en derecho comparado para salvar este tipo de conflictos de intereses y otros problemas afines.

en la introducción de este artículo nos propusimos, frente al contingente actuar político para generar una nueva constitución para Chile, analizar el caso de Ecuador para enjuiciarlo como modelo a seguir. Y es en este punto donde creemos que la nueva constitución chilena no debiese incorporar la perspectiva ecuatoriana en cuanto a la protección ambiental. Las razones ya han sido expresadas a lo largo de este análisis comparativo, pero creemos conveniente hacer una relación breve de ellas.

Primeramente, las raíces históricas y genealógicas son muy disímiles: Ecuador entregó derechos a la naturaleza porque así lo entendía su cultura autóctona, mientras que el estado de Chile arrastra una relación con los pueblos autóctonos de roce, indiferencia y vulneraciones que no han tenido solución. Establecer una protección constitucional del medio ambiente basada en perspectivas indígenas debe ser una decisión sincera y consensuada con toda la población. Chile, actualmente, está muy lejos de alcanzar alguna de esas tres condiciones, por lo que consagrar un sistema de protección al estilo ecuatoriano sería extraño y forzado (antónimos de lo que debe ser una Constitución Política). Quizás, y ojalá así sea, el futuro favorezca una situación opuesta.

En segundo lugar, Chile ha invertido recientemente amplios recursos públicos para instaurar un modelo de protección ambiental que se funda en el mandato constitucional ahora vigente, y que ha dado a basto para aplicar políticas importantes. La nueva Constitución debiese poner empeño en optimizar este nuevo modelo, forjado bajo una visión antropocéntrica, y avanzar en los desafíos de gobernanza, participación y transparencia.

En tercer lugar, creemos que los cambios constitucionales deben reflejar la idiosincrasia de una nación, y no al revés. El giro del antropocentrismo estricto, al que está atada la tradición jurídica romana-germánica, hacia visiones jurídicas más abiertas, como el biocentrismo constitucional ecuatoriano, es de una gravedad insospechada<sup>44</sup>. La doctrina jurídica, la población y el derecho comparado tienen aún mucho que evaluar y proponer. Creemos que cambios de este calibre requieren de un progreso cultural previo que anteceda su consagración jurídica. La superación de una sociedad forjada a diseño europeo, antropocéntrica, judía-cristiana y capitalista (como ha sido siempre la chilena) debe provenir de una población consciente, alcanzar un consenso social amplio, y vestir ropajes democráticos. Creemos que la Constitución Política de una nación no puede ser un elemento de experimentación, y menos aún en países con tendencia a la importación -y

---

44 Así también opina Jara i Manzano cuando expone los siguientes cuestionamientos "Pero, entonces, ¿no hemos convertido la naturaleza en un sujeto? ¿Realmente nos lleva a algún lugar hacerlo? ¿Se corresponde ello con una visión alternativa a la hegemónica?" en JARA I MANZANO. Op. Cit. (30), p. 63.

casi nula creación- de innovaciones jurídicas (como ocurre, por antiguas razones históricas, en toda Latinoamérica). El intento ecuatoriano nos parece valiente y noble<sup>45</sup>, pues goza de un reconocimiento real y sincero de sus culturas ancestrales. Ejecuta una mezcla con elementos, mayoritarios, de la tradición jurídica romana-germánica que resulta entendible e interesante. El debate constitucional que se avecina en Chile aún no está preparado para un cambio como aquel, por lo que si se decide importar la perspectiva constitucional ambiental al estilo ecuatoriano, biocéntrico, creemos que sería un acto apresurado y forzado.

**Recibido:** 13 de abril de 2016.

**Aprobado:** 1 de julio de 2016.

---

<sup>45</sup> En este punto, reiteramos nuestra admiración por los apuntes de corte ius-filosófico escritos por ÁVILA SANTA-MARÍA, en especial, el que lleva por título "Los derechos de la naturaleza: fundamentos": ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Op. Cit. (29).



# Autorizaciones Administrativas frente a la Tutela Ambiental

## *Administrative Authorizations according Environmental Protection*

**Mario Peña Chacón**

Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental  
Universidad de Costa Rica  
Profesor de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en  
Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado  
Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de  
Posgrados de la Universidad de Costa Rica  
mariopenachacon@gmail.com

### RESUMEN

El régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares.

**Palabras clave:** Orden público; Interés público; Licencias; Permisos; Autorizaciones; Concesiones.

## ABSTRACT

The regime of the enabling acts of economic activities and services should be tailored according to public interest criteria that make visible the right balance between environmental protection, economic development and activities of individuals.

**Keywords:** Rule of law; Public interest; Licenses; Permits; Authorizations; Concessions.

*“El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros”.*

Alberto Brenes Córdoba

## **Introducción**

El replanteamiento de las dimensiones del concepto de interés público en su calidad de criterio orientador de los actos de la Administración Pública se posiciona como una de las demandas del nuevo orden público ambiental, particularmente, en materia de actos habilitadores de actividades económicas y de servicios.

El nuevo esquema de orden público ambiental aboga por la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante el reconocimiento del carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, así como de su naturaleza de derecho humano y fundamental. Complementariamente, la consolidación de sus principios generales, entre los cuales destacan los principios de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, constituye un insumo indispensable para comprender cómo debe reorientarse el régimen de los actos habilitadores de actividades ante el nuevo esquema.

Pero además, la importancia de posicionar un nuevo enfoque en el régimen de dichos actos, se sustenta en la premisa de que debe primar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados; uno que pondere las opciones de un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras y la protección de la salud humana como parámetros condicionantes para la aprobación, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción de dichos actos.

Al respecto, es posible identificar importantes avances a nivel de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, enfocados por una parte, en reconocer el criterio del justo equilibrio que involucra la tutela del artículo 50 constitucional como un parámetro de aplicación para el régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios que puedan ser potencialmente dañinas para la salud y el ambiente. Pero, además, se comienzan a trazar los alcances sobre cuáles son los nuevos criterios que deben sustentar el otorgamiento, monitoreo, modificación, renovación y extinción de algunos de los actos administrativos catalogados como habilitantes de actividades económicas y de servicios.

En tal sentido, este artículo pretende, primeramente, ilustrar la naturaleza jurídica de los siguientes actos administrativos habilitadores de actividades: la autorización, la licencia, el permiso y la concesión.

Posteriormente, se detallarán los alcances del nuevo orden público ambiental; contexto que permitirá abordar en un tercer apartado, cómo deben concebirse los actos administrativos habilitadores de actividades en función de los alcances del nuevo orden público ambiental.

## I. Actos administrativos habilitadores

Los actos administrativos habilitadores de actividades pueden ser clasificados en: autorizaciones, licencias, permisos y concesiones.

Para Jinesta Lobo,<sup>1</sup> la autorización administrativa es un acto típico de habilitación, por medio del cual la Administración Pública concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes, luego de haber realizado una valoración discrecional sobre su oportunidad y utilidad con respecto al interés general.

Por su parte, Jiménez Meza<sup>2</sup> define al acto de autorización como una declaración de voluntad de la Administración habilitante, a favor de aquella persona pública o privada, que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos reglados, limitándose a ponderar la legalidad de lo solicitado en el ámbito del interés público que la misma Administración debe tutelar. De esta forma, por medio del acto de autorización, la Administración levanta las barreras frente a un derecho que ya se tiene, pero que debe ser necesariamente declarado a favor del sujeto previamente favorecido, siempre que se cumplan con las exigencias vinculantes del ordenamiento jurídico.

Si bien los actos administrativos de autorización y licencia encuentran como punto de coincidencia la declaración de un derecho preexistente, y por tanto, no constituyen *ex novo* un derecho, Jinesta Lobo<sup>3</sup> los diferencia en razón de que el primero de ellos obedece a una petición expresa del administrado, pero que generalmente es discrecional en cuanto a motivo y contenido, mientras que en el acto de licencia, en sentido estricto, el contenido es necesariamente reglado.

---

1 JINESTA LOBO, Ernesto, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, parte General, San José. Editorial Jurídica Continental, 2009.

2 JIMÉNEZ MEZA, Manrique, *Justicia Constitucional y Administrativa*, San José. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.

3 JINESTA LOBO, Ob. Cit. (1).

En cuanto al acto de permiso, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de desarrollar ampliamente su naturaleza e implicaciones jurídicas, destacándose las siguientes características:

- a) El permiso crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica su caducidad;
- b) Se da *intuito personae* en consideración a sus motivos y al beneficiario; es decir, en principio se prohíbe su cesión y transferencia;
- c) Confiere un derecho debilitado o un interés legítimo. La precariedad del derecho del permisionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la Administración Pública respectiva que actúa discrecionalmente;
- d) Es precario, razón por la cual la Administración Pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento o indemnización;
- e) Su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo que la Administración Pública pueda apreciar si el permiso solicitado se adecúa o no al interés general.

Para Jinesta Lobo<sup>4</sup>, si bien tanto la figura de la autorización como la del permiso tienen como objeto común el levantamiento y la remoción de obstáculos para el ejercicio de una actividad determinada, la autorización se distingue en que solo es oponible a la propia administración y sus órganos, mientras que el permiso puede hacerse valer frente a los administrados. Además, en el caso de la autorización, la actividad no se encuentra prohibida; existiendo, en ocasiones, un derecho preexistente. Mientras que en el caso del permiso, siempre se otorga un derecho debilitado nuevo que supone una excepción a una prohibición de orden público.

Finalmente, el acto de concesión ha sido definido por Jinesta Lobo como aquel que la Administración otorga para transferir a otro sujeto, normalmente un sujeto de derecho privado sea persona física o jurídica, un poder o un derecho propio o impropio que el sujeto no tenía antes. En tal sentido, la Administración le confiere al sujeto un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, por lo que se trata de un acto creador y constitutivo

---

4 JINESTA LOBO, Ob. Cit. (1).

de derechos *ex novo*. De esta forma y según el criterio de Jiménez Meza, en la concesión el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo que así lo declara, tras haberse cumplido con el respectivo procedimiento.

En el voto número 1996-3451 del 9 de julio de 1996, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica diferenció claramente entre las figuras de la concesión como acto administrativo creador de derechos subjetivos perfectos, de la figura del permiso como acto unilateral, precario y dador de derechos debilitados. Al efecto, dispuso:

*"(...) La doctrina del Derecho público admite de manera casi unánime, que la trascendencia que tiene la concesión, por ser la forma ordinaria para la satisfacción de la necesidad del servicio, desaparece en el permiso, que al ser otorgado por la administración tiene aplicación en supuestos carentes de esa mayor importancia, de donde se deriva su naturaleza esencialmente temporal. Por ello el permiso tiene un contenido unilateral y precario. Su precariedad es consubstancial con la figura misma, de manera que el permisionario -salvo la prerrogativa de ejercitar su actividad- carece de derechos concretos que pueda exigir al Estado y que vayan más allá de lo que dispone el acto administrativo de autorización. La facultad emergente para conceder un permiso no constituye un derecho subjetivo completo y perfecto y su propia esencia admite que sea revocado sin responsabilidad para la administración, es decir, sin derecho a indemnización, cuando desaparecen las causas que le han dado origen, o cuando la Administración formaliza el contrato de concesión. La posibilidad que tiene la administración de revocar el permiso, sin necesidad de que exista una cláusula especial que así lo establezca es de principio general, pero de todas formas, cuando la revocación sea jurídicamente posible, ésta no puede ser intempestiva, ni arbitraria, conceptos jurídicos que han sido suficientemente desarrollados por la Sala. Se parte de que quien se vincula a la administración sobre bases tan precarias no puede luego quejarse de las consecuencias que de ello se derivan. Ahora bien, el otorgamiento de permisos depende de la discrecionalidad administrativa y la Administración puede apreciar si el permiso que se pide está o no de acuerdo con el interés público y conforme a ello decidir si lo otorga o lo niega". (Sentencia número: 1996-3451 del 9 de julio de 1996, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica)*

Para finalizar este análisis general, también es posible distinguir entre los actos de concesión y autorización. Al respecto, Jiménez Meza<sup>5</sup> establece como criterio diferenciador el momento del nacimiento del derecho subjetivo y la técnica para su declaratoria. El autor explica que en la concesión, el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo

---

5 JIMÉNEZ MEZA, Ob. Cit. (2).

firme y eficaz que lo declara como tal, luego de cumplirse con el procedimiento respectivo; mientras que en la autorización, el derecho subjetivo no se constituye por medio de un acto de igual naturaleza, sino que se consolida en virtud del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, por medio de un acto administrativo posterior, la Administración levanta obstáculos para que el derecho pre constituido sea objeto de disfrute mediante su declaratoria; esto previo al cumplimiento de los requisitos previamente definidos.

## II. El nuevo orden público ambiental

El modelo de Estado social y ambiental de derecho<sup>6</sup>, que surge a partir del reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en 1994<sup>7</sup>, se postula como el medio idóneo para alcanzar el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales; asegurando, a la vez, la tutela del resto de los derechos humanos, con el objetivo máximo de satisfacer el interés público ambiental.

El criterio clásico del interés público<sup>8</sup>, considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser repensado a la luz del nuevo orden público ambiental. Así lo entendió el legislador costarricense, cuando al promulgar la Ley de Biodiversidad<sup>9</sup>, plasmó en su artículo 11 el criterio especial del interés público ambiental, disponiendo lo siguiente:

*“Son criterios para aplicar esta ley; (...) 3. Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de calidad de vida de los ciudadanos”.*

6 “Forma de Estado que se propone aplicar los principios de solidaridad económica y social para alcanzar el desarrollo sustentable, orientado a buscar la igualdad sustancial entre los ciudadanos, mediante el control jurídico del uso racional del patrimonio natural, cuya principal misión es la de estructurar marcos legales que lleven la vida económica hacia un objetivo de solidaridad sustancial” SOUZA BIRNFELD, Carlos André, A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania, alguns subsídios aos operadores jurídicos, Florianópolis, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1997.

7 COSTA RICA. Ley nº 7.412 de 24 de Mayo de 1994. Reforma al artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica, *Diario Oficial La Gaceta*, número 111, 10 de junio de 1994.

8 COSTA RICA. Ley General de la Administración Pública. Artículo 113.

9 COSTA RICA. Ley nº 7788 del 30 de abril de 1998.

El carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, demandan un nuevo enfoque interpretativo de muchos de los institutos clásicos del derecho.

Los actos administrativos habilitadores de actividades económicas y de servicios no escapan de dicha circunstancia: Mediante el otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones, la Administración Pública debe procurar garantizar el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, tomando en consideración la necesaria interrelación entre los elementos del desarrollo económico (turismo, inversión, empleo, infraestructura, finanzas sanas y sistema tributario), de la política social (educación, salud, seguridad) y de la protección ambiental (deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado)<sup>10</sup>.

Por lo anteriormente expuesto, los actos administrativos habilitadores se constituyen como instrumentos esenciales e imprescindibles con los que cuenta el Estado socioambiental de derecho para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible.

### III. Actos administrativos habilitadores frente a la tutela del ambiente

Tomando como sustento el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina CXVIII, 278 y XXXI, 23, Podestá, Santiago y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios, de fecha 14 de mayo de 1887, mejor conocido como el caso de los "Saladeristas"<sup>11</sup>; así como la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires

<sup>10</sup> Entre otros pueden consultarse los votos constitucionales 2009-17155 y 2014-10540.

<sup>11</sup> SUMARIO: Código Civil, art. 2611. Leyes de la Provincia de Buenos Aires del 31 de mayo de 1822 y de 6 de septiembre de 1881. Ley 13, Título 32, Partida 3°. DOCTRINA DEL FALLO: Antecedentes: Los saladeristas de Barracas demandaron a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas ordenada por la ley de la Provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1881. Doctrina: "Que por ellas (N. del A: se refiere a las disposiciones administrativas sobre saladeros dictadas hasta la fecha de la ley que motiva el juicio), no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida". "Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida, por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza y no solamente puede imponer el establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos". "Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado correspondiente (arts. 2611 del Código Civil)".



de Garovaglio y Zorraquín S.A contra la Provincia de Buenos Aires - Obras Sanitarias de la provincia de Buenos Aires - O.S.B.A., del 26 de setiembre de 2007, el jurista argentino FALBO,<sup>12</sup> de manera acertada y precisa, presenta un catálogo básico de los rasgos y perfiles específicos de los permisos o autorizaciones administrativas frente a la tutela del ambiente, caracterizado por los siguientes elementos:

- Inocuidad como fundamento: el permiso o autorización administrativa sólo puede sustentarse en que el establecimiento o actividad será inocuo.
- Inocuidad como primer objetivo: el objetivo del permiso o autorización administrativa es hacer inocuos a los establecimientos o actividades.
- No nocividad como segundo objetivo: la condición —implícita— que permite otorgar un permiso o autorización administrativa, es la de la no-nocividad.
- Provisionalidad de toda autorización administrativa.
- Obligación positiva del Estado de actuar en defensa de la salud pública.
- No obliga al Estado en ningún sentido a favor del autorizado, si la presunción de inocuidad no se comprueba en los hechos.
- Preeminencia —o prevalencia— de los derechos de la colectividad por encima de los derechos individuales y del derecho de propiedad. El permiso se otorga bajo la condición de no ser nocivo para la comunidad, tampoco se puede comprometer la salud pública, ni esparcir la muerte ni el duelo. Se descarta que el permiso o autorización administrativa genere derechos adquiridos.
- Rigor: el abordaje y análisis del permiso o autorización debe estar definido por una actitud de particular rigor en el decisor; rigorismo que impone todo lo que se relaciona con la afectación del ambiente.
- Dimensión intergeneracional: aparecen las generaciones futuras como una nueva dimensión de análisis y validación de la autorización administrativa.

---

12 FALBO, Anibal J., "La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Derecho Ambiental*, número 43, Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 2015.

Del catálogo de Falbo resaltan una serie de aspectos medulares que es preciso desarrollar con mayor detalle a través de la doctrina y la jurisprudencia comparada.

En un primer orden de ideas, desde principios del siglo anterior, el tratadista costarricense Brenes Córdoba,<sup>13</sup> afirmaba:

*"El permiso concedido por las autoridades administrativas para establecer alguna industria u otra cosa que llegue a ser incómoda de modo que produzca daños reclamables, no impide la acción de los perjudicados, porque tales permisos se otorgan siempre, aunque no se diga de manera expresa, sin perjuicio de terceros".*

De lo expuesto por Brenes Córdoba, es posible sustentar la tesis de que todo acto administrativo habilitador de actividades potencialmente dañinas para la salud y el ambiente lleva tácitamente inserta la máxima del *alterum non laedere*, teniendo como consecuencia que tales actos no funcionen como causa eximente de responsabilidad por daño ambiental.<sup>14</sup> Además, es importante destacar que a la luz del nuevo orden público ambiental y su dimensión inter e intra generacional, esos "terceros" se convierten actualmente en las generaciones presentes y futuras.

Por su parte, el ilustre jurista argentino Valls<sup>15</sup>, basado en el fallo de los "Saladeristas" antes citado, reconoce la facultad estatal de aplicar normas ambientales a situaciones creadas. Esto, inclusive a aquellas situaciones que cuentan con autorización administrativa, sin que ello transgreda el principio de retroactividad, tomando como fundamento el deber de proteger la salud pública y el ambiente; circunstancia contra la cual no existen derechos adquiridos.

Complementariamente, el profesor Jordano Fraga<sup>16</sup> expone, de conformidad con la jurisprudencia española, que en materia de licencias de actividad no existen derechos adquiridos<sup>17</sup>. Asimismo, afirma que sin licencia no hay derecho adquirido<sup>18</sup> y que las

13 BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los Bienes*, séptima edición, San José. Editorial Juricentro, 2001.

14 La autorización administrativa de una actividad, obra o proyecto que genera inmisiones no implica per se su licitud desde el punto de vista civil, ni tampoco su carácter de tolerable. El hecho que las inmisiones estén por debajo de los límites administrativamente establecidos, no conlleva su tolerabilidad desde el derecho civil. Por ello, de existir autorización y no sobrepasarse los límites reglamentarios, le correspondería al perjudicado la carga de la prueba del carácter intolerable, mientras que la falta de autorización o al sobrepasarse los límites reglamentarios, la carga se invierte en el responsable generador de la inmisión.

15 VALLS, Mario Francisco, *Derecho Ambiental*, primera edición, Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 2008.

16 JORDANO FRAGA, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", *Revista de Derecho Ambiental*, número 09, Sevilla. Universidad de Sevilla, 2003.

17 STS de 22 de julio de 1996. Ar. 1996/6203.

18 STS de 23 de marzo de 1992. Ar. 1992/3229.

licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar, debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando<sup>19</sup>. Señala, además, que las normas ambientales habitualmente miran al futuro (por ejemplo, se someten a Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) las futuras actividades que se implanten), pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a EIA). Por ello, expone que las autorizaciones ambientales son actos condiciones con *rebus sic stantibus* incorporado, que implican una cláusula de progreso autorizada por el poder transformador propio de un Estado Social, normalmente formulada en el derecho ambiental como *mejor tecnología posible*<sup>20</sup>.

En esa misma línea, Esteve Pardo<sup>21</sup> ratifica la provisionalidad propia de las autorizaciones administrativas relacionadas con lo ambiental, las cuales están siempre abiertas a nuevas exigencias, especialmente a raíz de los constantes avances de la ciencia y la técnica; nuevamente de conformidad con lo que se denomina la *mejor tecnología disponible*.

Para Falbo<sup>22</sup>, todo nuevo avance, conocimiento, descubrimiento dato científico o técnico, impactará directamente y decisivamente en toda autorización o permiso. De manera tal que el sujeto autorizado deberá adecuar su actividad o proceso a los nuevos datos que vayan surgiendo, aportados básicamente por la ciencia y la tecnología (sin que pueda negarse la posibilidad de que provengan de otras áreas del conocimiento), o bien deberá cesar en su actividad.

Coincidiendo con el catálogo expuesto por Falbo, la jurisprudencia constitucional costarricense, basada en los principios ambientales de progresividad, objetivación y precautorio, ha sido la encargada de establecer los rasgos, perfiles, límites, restricciones y condiciones ambientales de los actos administrativos habilitadores de actividades con potencial impacto ambiental negativo.

Con relación a la provisionalidad de los actos administrativos habilitantes, su imposibilidad de generar derechos adquiridos y la prevalencia del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado sobre el interés individual de desarrollar actividades, la Sala

---

19 STSJ de Andalucía, 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, y STSJ de Andalucía, 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo.

20 JORDANO FRAGA, ob. Cit. (16).

21 ESTEVE PARDO, José, Derecho del Medio Ambiente, 3ª ed. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2014.

22 Ibid.

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por medio de la sentencia 2004-14575 del 21 de diciembre de 2004, dispuso:

*“Al respecto, estima la Sala que a pesar de que efectivamente se le está exigiendo al recurrente el cumplimiento de algunos requisitos que no fueron solicitados por la Administración años atrás, lo cierto del caso es que, por encontrarse de por medio el interés público de proteger la salud, la vida, la seguridad de las personas y el ambiente, no puede considerarse válido el argumento del recurrente en el sentido de que por tener veinte años de operar ahí puede continuar haciéndolo ya que precisamente la exigencia de esas nuevas condiciones y requisitos, tiende a preservar el ambiente y a garantizar el derecho a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas que habitan en el lugar que es una zona residencial. En ese sentido y como en otras ocasiones se ha afirmado, estima la Sala que tratándose de materia ambiental y de la preservación de los derechos a la salud, a la vida o la seguridad de las personas, no solo no puede considerarse la existencia de derechos adquiridos sino que, además, el Estado siempre cuenta con la posibilidad de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades que desarrollen los individuos, aún cuando el inmueble o el tipo de labor que se realiza, sea anterior a la modificación de la ley que exige nuevas condiciones. Debe recordarse que esta Sala en cuanto al ambiente se refiere, ha manifestado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural es un derecho fundamental, de modo que frente al interés particular de un individuo a desarrollar una actividad, prevalecerá sin duda alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho éste que también le concierne a aquél individuo. A partir de lo dicho entonces, estima la Sala que el recurrente no puede alegar que ha derivado derechos adquiridos por haber disfrutado del ejercicio de una actividad que ahora no se ajusta a derecho y por el hecho de que no le hubieran exigido en el pasado el cumplimiento de determinados requisitos, pues el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de velar por el derecho que le asiste a toda persona de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado así como también del derecho a la vida, a la salud o a la seguridad de las personas predomina sobre el interés privado de la explotación de la actividad de parqueo de cisternas que se ha estado desarrollando en una zona que en la actualidad no reúne las condiciones para ese tipo de labores, sobre todo si se toma en cuenta que, en todo caso, la actividad no cuenta con permiso sanitario de funcionamiento ni tampoco con patente municipal por lo que es evidente que el ejercicio de esa actividad ha estado al margen del ordenamiento jurídico. Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, en caso de que la actividad deba ser clausurada con fundamento en las anteriores consideraciones, el individuo siempre cuenta con la posibilidad de que se le indemnice cuando ello sea procedente, lo cual, en todo caso, deberá ser determinado por la autoridad competente por cuanto se refiere a un aspecto de legalidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en la especie no se ha producido la violación alegada por la parte*

*recurrente en concordancia con las consideraciones anteriormente señaladas”.*

En sentido similar, la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica dejó claro en el voto número 2006-4746 con relación a autorizaciones y licencias, que es válida la modificación de los requisitos o de las condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados. Inclusive, sería igualmente válida su aplicación retroactiva, a menos que ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas. De esta sentencia es posible destacar el siguiente extracto:

*“Precisamente, en materia de salud pública los permisos son otorgados por períodos cortos con la intención de que el control que ejerza el Estado (a través del Ministerio de Salud) de las actividades potencialmente lesivas de la salud pública, sea un control constante y efectivo. Al acudir la amparada a solicitar prórroga de su permiso, en el fondo lo que hizo fue requerir una nueva licencia, por lo que en ese momento la Administración no solo podía, sino que además debía, exigirle el cumplimiento de toda la normativa vigente a la fecha de su nueva solicitud. En razón de lo anterior, esta Sala estima que en la especie no ha ocurrido una aplicación de las normas referidas contraria a la regla contenida en el artículo 34 constitucional, sin perjuicio de la posibilidad que conserva la amparada de acudir a la vía administrativa o a la jurisdicción común a reclamar en caso de que considere encontrarse ante un supuesto de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, prevista en los artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública.”*

Además, la jurisprudencia constitucional reconoce el poder-deber de la Administración de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos para otorgar o renovar autorizaciones y permisos de actividades económicas y de servicios, en aras de preservar los derechos de incidencia colectiva, sin que sea relevante la fecha en que ha iniciado la actividad, obra o proyecto del que se trate. Este fue el criterio sostenido por la Sala Constitucional costarricense en la sentencia número 1993-2742:

*“Del informe rendido -que se tiene dado bajo juramento- y de la documentación a él acompañada se desprende que la nueva orden de desalojo emitida por el codemandado Inspector Sanitario de Curridabat, de conformidad con lo ordenado en resolución N° DM 1544-92 -de lo que se reclama-, se basa no sólo en el incumplimiento de parte de la empresa recurrente de anteriores Ordenes Sanitarias para que evacuaran sanitariamente las aguas pluviales y desechos sólidos (aceites) de su propiedad para evitar filtraciones a las propiedades de sus vecinos -de lo que éstos se quejaban- y para proteger la Salud Pública, sino en el hecho de operar sin el debido Permiso Sanitario de Funcionamiento, que tenía que solicitar*

*al Departamento de Ingeniería Sanitaria lo cual se negó a hacer -pese a la advertencia en tal sentido se le hizo desde el ocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho por medio de la Orden Sanitaria N° 17343-A-, sin que pueda alegarse -como se pretende que la Ley General de Salud entró en vigencia con posterioridad a la construcción y operación de las instalaciones de la recurrente por lo que ésta tenía derechos adquiridos, pues no sólo dicha ley es de orden público y, por ende, oponible a los intereses particulares, sino que en detrimento de la salud pública no existen derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, de manera tal que toda empresa debe adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en esta materia establezca el Estado, sin importar -como en este caso- que aquella haya estado operando antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, a la que en todo caso, deberá adecuarse dentro de un plazo razonable. De modo que lo actuado por los recurridos no resulta arbitrario, pues además de serlo dentro del ámbito de las facultades y competencias otorgadas por la Ley, lo fue para poner a derecho una situación irregular, situación que no remedió la recurrente a pesar de habersele otorgado al efecto un plazo más que suficiente (...)*"

Por otra parte, mediante el voto número 2013-6615, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tuvo la oportunidad de dirimir una controversia relacionada con la potestad administrativa de control y regulación de actividades económicas frente al derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, disponiendo al efecto lo siguiente:

*"(...) toda actuación del Estado debe guardar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados, siendo que cuando existe un estado de certeza por un bajo impacto ambiental sobre ciertas actividades, podría ser procedente relevar ciertos estudios y evaluaciones técnicas-científicas de impacto ambiental, pero cuando ello no está presente, el Estado debe resguardar otros principios. Toma en cuenta la Sala que el interés por agilizar los trámites administrativos nunca puede ceder ante el principio precautorio, especialmente si se está frente a actividades peligrosas para el ambiente, y para el ser humano"*

Consecuentemente, la potestad administrativa de modificación de permisos para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no imprescindibles en el control y regulación de actividades económicas, se encuentra limitada por el principio precautorio, por las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y especialmente, por el principio de progresividad, en la medida que los niveles de protección ambiental alcanzados deben ser respetados, no disminuidos, sino más bien incrementados con el fin de asegurar a las presentes y futuras generaciones mejores condiciones ambientales.

Cabe destacar que en múltiples ocasiones la Sala Constitucional costarricense ha

anulado actos declarativos de derechos otorgados a particulares mediante autorizaciones, licencias, y permisos, por ser violatorios al derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. A manera de ejemplo, es posible citar el voto constitucional 2008-18529 que anuló todos los permisos de construcción otorgados a propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del Parque Nacional Marino Las Baulas sin que tuvieran la viabilidades ambientales. Asimismo, en materia de protección de acuíferos, la sentencia constitucional número 2004-1923 anuló los permisos municipales y demás autorizaciones mediante los que particulares contaban con viabilidad ambiental expedida por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Este mismo criterio también ha sido aplicado a situaciones patrimoniales consolidadas, incluso interlocutoriamente; tales como madera talada al amparo de actos anulados por violar el derecho al ambiente, donde la Sala Constitucional costarricense por medio del voto número 2002-6446, adicionado por el 2003-02862, no permitió siquiera la movilización ni el aprovechamiento por parte de los permisionarios de una explotación forestal.

## **Conclusiones**

El régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares.

Dichos actos constituyen instrumentos esenciales e imprescindibles para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, razón por la que una tutela efectiva desde el momento de su otorgamiento, así como durante su monitoreo, se traduce en un abordaje oportuno en virtud de la naturaleza preventiva y precautoria que rige la tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Asimismo, la implementación de los principios de progresividad, no regresión y objetivación de las normas ambientales en la toma de decisiones relativa al otorgamiento, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción, así como el control, fiscalización y monitoreo de estos actos, constituye el mecanismo más efectivo para garantizar, tanto al administrado como a terceros, que todas las actividades económicas y de servicios derivadas de un acto habilitante de la Administración, se fundamentan en el corto, mediano y largo plazo, en las premisas del desarrollo sostenible y de seguridad jurídica.

Tal es la orientación que ha sido abordada por medio de la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que la ejecución de actividades económicas y de servicios derivados de

dichos actos, no se encuentra exento de ser objeto del control de las normas ambientales anteriores o posteriores al otorgamiento del acto.

Asimismo, es preciso incorporar criterios como el de inocuidad, no nocividad, provisionalidad, prevalencia de los derechos de la colectividad, rigor; así como las reglas unívocas de la ciencia y la técnicas y el principio de justicia intergeneracional. Estos debiesen ser considerados como componentes esenciales que caracterizan las nuevas dimensiones de la tutela del interés público frente a dichas actividades.

Por lo que más allá del replanteamiento de un esquema clásico, se trata de visibilizar una metodología en la toma de decisiones administrativas que se adecue en su totalidad a las demandas actuales de la sociedad. Es decir, a un interés público que aboga por la implementación de criterios capaces de canalizar, debida y oportunamente, el régimen del justo equilibrio que operativiza los alcances del desarrollo sostenible, en el marco de un Estado social y ambiental de derecho.

**Recibido:** 14 de marzo de 2016.

**Aprobado:** 14 de julio de 2016.



# El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado?

*Trans pacific partnership (TPP) and  
sustainable development: Something new,  
something old and something borrow?*

**Rodrigo Polanco Lazo**

Profesor Asistente

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile  
Docente e Investigador del World Trade Institute

Universidad de Berna

rodrigo.polanco@wti.org

**Sebastián Gómez Fiedler**

Abogado

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales  
Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile

sgomezfiedler@gmail.com

## RESUMEN

El 4 de febrero de 2016, después de casi siete años de negociaciones, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) fue firmado por Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, Estados Unidos y Vietnam, los cuales ya han iniciado el proceso de ratificación del tratado. El TPP ha sido etiquetado por todos los países signatarios como "nuevo", de "alto nivel" y un "acuerdo siglo XXI", pero ¿Qué tan innovador es este tratado realmente? ¿Cuál es la influencia de los Estados Unidos en el texto final de este acuerdo? Este artículo tiene como objetivo describir el grado de novedad del TPP, particularmente en comparación con los acuerdos comerciales y de inversión existentes entre los países signatarios del TPP, especialmente Estados Unidos. La presente

investigación se centra en aspectos relacionados con el desarrollo sostenible, como son la protección del medio ambiente, derechos laborales y ciertos elementos relacionados con la propiedad intelectual. A tal fin, hemos comparado los textos de los tratados anteriores firmados entre los Estados signatarios del TPP con los capítulos del TPP sobre desarrollo sostenible y propiedad intelectual.

El artículo concluye que algunas partes del TPP no son particularmente novedosas para los países signatarios, dado que se basan en los tratados de comercio e inversión existentes, ofreciendo una consolidación de los compromisos que ya están presentes en los acuerdos vigentes. Sin embargo, en ciertos aspectos relativos al desarrollo sostenible, sí ofrece aspectos innovadores, aunque no por ello menos controversiales.

Aunque el TPP ha sido en gran medida “Hecho en América”—lo que puede apreciarse claramente al revisar la estructura y el contenido del tratado, donde se sigue principalmente los textos de los acuerdos previos celebrados por Estados Unidos—la influencia de otros países signatarios también se observa en el texto final, especialmente de Australia, Canadá, Chile y Perú.

**Palabras Claves:** Acuerdo de Asociación Transpacífico; Desarrollo Sostenible; Tratado de Comercio e Inversión.

## ABSTRACT

On the 4th of February, 2016, after nearly seven years of negotiations, the Trans-Pacific Partnership (TPP) was signed by Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, the United States, and Vietnam; all of which have already begun the process of treaty ratification. The TPP has been hailed by signatory countries as a “new”, and “high level” agreement of the 21st Century - but to what degree of innovation has this treaty truly had? What influence has the United States had in the final draft of this accord? The objective of this article is to describe the degree of novelty of the TPP, especially in comparison to previous commercial and investment agreements, focusing particularly on the United States, on issues related to sustainable development – including the protection of the environment, labor rights, and certain aspects related to intellectual property rights. To this end, we have created a comparison between the texts of previous treaties, signed between the signatory states of the TPP, and the TPP chapters on sustainable development and intellectual property rights.

The article concludes that some parts of the TPP are not particularly novel for the signatory countries, given that much of it is based on the pre-existing treaties on trade and investment agreements; offering merely a consolidation of commitments which are already present in existing agreements. However, the TPP does offer certain aspects of innovation in sustainable development; although, this has certainly not been any less controversial.

When reviewing the structure and content of the TPP, the treaty clearly stems from previous agreements from within the United States. However, although the TPP has been largely “Made in America”, the influence of other signatories, especially that of Australia, Peru, Canada, and Chile, can be seen in the final text.

**Key words:** Trans-Pacific Partnership; Sustainable Development; Treaties on trade and investment.

## I. Introducción

El 5 de octubre de 2015, después de casi siete años, los doce países que participaron en las negociaciones para un Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) - Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, Estados Unidos, y Vietnam – anunciaron un tratado cuyo texto definitivo se firmó el 4 de febrero de 2016 en Auckland, Nueva Zelanda. Durante años, las negociaciones del TPP fueron criticadas por haber sido mantenidas en secreto, ya que, desde el inicio de las negociaciones, ninguno de sus documentos fue difundido oficialmente para la revisión pública. Sin embargo, algunos de sus capítulos fueron filtrados y difundidos ampliamente por organizaciones tales como Citizens Trade Campaign<sup>1</sup>, y Wikileaks<sup>2</sup>. Una versión oficial del texto del acuerdo está disponible desde el 5 de noviembre de 2015, y un texto "legalmente verificado" del TPP fue publicado el 26 de enero de 2016<sup>3</sup>.

El TPP ha sido etiquetado por todos los países signatarios como "nuevo", de "alto nivel" y un "acuerdo siglo XXI", pero ¿qué tan innovador es este acuerdo realmente? ¿Cuál es la influencia de Estados Unidos en el texto final de este tratado? Este artículo tiene como objetivo describir el grado de novedad de TPP, especialmente en comparación con los acuerdos comerciales y de inversión existentes entre los países signatarios del TPP, particularmente Estados Unidos. La presente investigación se centra en aspectos relacionados con el desarrollo sostenible, como son la protección del medio ambiente, derechos laborales y ciertos elementos relacionados con la propiedad intelectual. A tal fin, hemos comparado los textos de los tratados anteriores firmados entre los Estados signatarios del TPP con los capítulos del TPP sobre desarrollo sostenible y propiedad intelectual.

En su origen, el TPP comenzó como una actualización y ampliación del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica (TSEP o "Pacífico 4" - P4) celebrado entre Chile, Brunei, Nueva Zelanda y Singapur en 2005. Sin embargo, el TPP también surge en el contexto de varios acuerdos comerciales preferenciales (ACPs) y los acuerdos internacionales de inversión (AIs) celebrados con anterioridad entre los países que negociaron el TPP.

- 
- 1 Citizens Trade Campaign (CTC), NEWLY LEAKED TPP INVESTMENT CHAPTER CONTAINS SPECIAL RIGHTS FOR CORPORATIONS CITIZENS TRADE CAMPAIGN (2012), <http://www.citizenstrade.org/ctc/blog/2012/06/13/newly-leaked-tpp-investment-chapter-contains-special-rights-for-corporations/> (fecha de consulta, 30 jul 2016).
  - 2 Wikileaks - Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), WIKILEAKS (2015), <https://wikileaks.org/tpp-investment/> (fecha de consulta, 30 jul 2016). Wikileaks también filtró otros capítulos del acuerdo sobre propiedad intelectual (noviembre 2013), medio ambiente (enero 2014) e inversiones (marzo 2015).
  - 3 United States Trade Representative (USTR), THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (2015), <https://medium.com/the-trans-pacific-partnership> (fecha de consulta, 12 nov 2015).

Antes de firmarse el TPP, alrededor de 30 ACPs – tanto bilaterales como multilaterales– se han celebrado entre sus signatarios. Estos incluyen, entre otros, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda (AANZFTA), el Acuerdo Regional del Pacífico Sur de Cooperación Económica y Comercio (SPARTECA), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y una serie de tratados de libre comercio (TLCs) bilaterales.

Chile lleva la delantera en la suscripción de acuerdos comerciales y de inversión preexistentes con otros países signatarios del TPP, puesto que ya tiene ACPs con los otros 11 países que lo han negociado, y ha firmado cuatro acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPIs) con Australia, Malasia, Vietnam y Perú (este último terminado el 2009 después de haber sido reemplazado por un TLC). Al mismo tiempo, Estados Unidos declara públicamente que el TPP es “Hecho en América”, y que está diseñado para “nivelar la cancha para los trabajadores y las empresas estadounidenses”<sup>4</sup>. El Presidente de Estados Unidos Barack Obama, declaró incluso que “el TPP significa que Estados Unidos va a escribir las reglas del juego en el siglo XXI. Cuando se trata de Asia, una de las regiones de más rápido crecimiento del mundo, estas normas están a disposición de cualquiera. Y si no aprobamos este acuerdo—si Estados Unidos no escribe esas normas—entonces países como China las dictarán”<sup>5</sup>.

Pero, ¿Cuánto de esto es realmente “nuevo” y cuánto es una consolidación de las normas existentes? ¿Es Estados Unidos realmente la fuerza impulsora detrás de este acuerdo? ¿Cuál es el nivel de contribución de los otros signatarios del TPP, teniendo en cuenta sus acuerdos anteriores?

Con el fin de evaluar lo novedoso del TPP, este artículo se centrará en algunas cuestiones que han sido señaladas como innovadoras o controvertidas en materia de desarrollo sostenible, como son las disposiciones sobre medio ambiente, derechos laborales y ciertos elementos referidos a la propiedad intelectual.

---

4 Ibid.

5 Barack Obama, HERE'S THE DEAL: THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP, WHITEHOUSE.GOV (2015), <https://www.whitehouse.gov/blog/2015/11/06/heres-deal-trans-pacific-partnership> (Consulta: 30 de julio de 2016).

## II. TPP y Medio Ambiente

Como algo propio de un acuerdo del "siglo XXI", los signatarios del TPP afirman que el acuerdo regula adecuadamente la relación entre comercio, inversión y medio ambiente. Esta regulación se encuentra en el capítulo 20 del TPP, titulado "Medio ambiente". El capítulo está compuesto por 23 artículos que abordan aspectos tales como comercio y biodiversidad, protección del medio ambiente, acuerdos ambientales multilaterales, responsabilidad social corporativa, cambio climático, desarrollo sostenible, entre otros.

Sin embargo, incluir compromisos ambientales en ACPs no es algo nuevo para los signatarios del TPP. En la actualidad, existen 19 ACPs entre los países del TPP que cubren temas ambientales. Cuatro de ellos contienen un capítulo especial sobre medio ambiente, los que incluyen como una de las partes a Estados Unidos. El acuerdo más reciente con un capítulo especial sobre el medio ambiente es el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) entre Estados Unidos y Perú (2009). Existen también cuatro ACPs con un acuerdo complementario sobre medio ambiente, como se describe en la tabla de abajo.

El ACP más reciente con un acuerdo paralelo es entre Nueva Zelanda y Malasia, el que entró en vigor en 2010. El resto de los ACP entre las partes del TPP sólo contienen disposiciones sobre cooperación, normas de mejores esfuerzos, cartas adjuntas y declaraciones conjuntas. Sólo Brunei, Japón y Vietnam no tienen previamente un ACP con disposiciones ambientales con los demás países signatarios del TPP.

Tratado	Entrada en Vigor	Modo De Inclusión
APC – Estados Unidos y Perú	01-02-2009	Capítulo Especial
TLC – Estados Unidos y Australia	01-01-2005	Capítulo Especial
TLC – Estados Unidos y Singapur	01-01-2004	Capítulo Especial
TLC – Estados Unidos y Chile	01-01-2004	Capítulo Especial
TLC – Nueva Zelanda and Malasia	01-08-2010	Acuerdo Complementario
TLC – Canadá and Perú	01-08-2009	Acuerdo Complementario

TLC – Canadá y Chile	05-07-1997	Acuerdo Complementario
TLCAN (Canadá, México y Estados Unidos)	01-01-1994	Acuerdo Complementario

El capítulo sobre medio ambiente del TPP ha tenido una dispar acogida entre la comunidad ambiental. Por un lado, el Sierra Club considera que el acuerdo no protege el medio ambiente, al amenazar el aire, el agua y el clima<sup>6</sup>. En tanto, el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) dio la bienvenida al capítulo medioambiental señalando que ningún acuerdo comercial importante antes del TPP ha ido tan lejos en hacer frente a las crecientes presiones sobre los recursos naturales<sup>7</sup>.

El Capítulo 20 del TPP comienza definiendo ley ambiental como “una ley o reglamento de una Parte, o disposiciones de los mismos, incluyendo cualquiera que implemente las obligaciones de la Parte bajo un acuerdo multilateral de medio ambiente, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente, o la prevención de un peligro contra la vida o la salud humana, a través de: (a) la prevención, la reducción o control de: una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; (b) el control de productos químicos, sustancias, materiales o desechos peligrosos o tóxicos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ello; o (c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluso especies en peligro de extinción, su hábitat, y las áreas naturales bajo protección especial”<sup>8</sup>. A pesar de que parece ser una definición bastante amplia, expresamente excluye el manejo de recursos naturales con propósitos de subsistencia o recolección aborigen, así como las normas relacionadas con la seguridad e higiene del trabajador. Algunos autores han señalado, en esta línea, la ausencia de otros temas importantes, como el “manejo racional de los recursos naturales existentes y la gestión de los recursos aborígenes, incluidos los conocimientos tradicionales, la cultura y los recursos genéticos existentes”<sup>9</sup>. Sorprendentemente, el término “cambio climático” no se encuentra en ninguna parte del Capítulo.

6 Sierra Club, TPP TEXT ANALYSIS: ENVIRONMENT CHAPTER FAILS TO PROTECT THE ENVIRONMENT (2015), <https://www.sierraclub.org/sites/www.sierraclub.org/files/uploads-wysiwig/tpp-analysis-updated.pdf> (Consulta: 26 de agosto de 2016).

7 Carter Roberts, WWF STATEMENT ON THE CLOSE OF THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP WORLD WILDLIFE FUND (2015), <http://www.worldwildlife.org/press-releases/wwf-statement-on-the-close-of-the-trans-pacific-partnership-negotiations> (Consulta: 26 de agosto de 2016).

8 TPP, Art. 20.1.

9 Rafael Leal-Arcas, Mega-regionals and Sustainable Development, 6 RENEW. ENERGY LAW POLICY REV. 248–264 (2016).

En comparación con otros ACPs suscritos entre las partes del TPP, el Acuerdo Transpacífico es en principio más ambicioso en cuanto a los objetivos que persigue su capítulo sobre medio ambiente. El TPP destaca como objetivos la “aplicación efectiva de las leyes ambientales”, “fomentar las capacidades de las Partes para tratar asuntos ambientales relacionados con el comercio”<sup>10</sup>, y las partes reconocen además en el artículo 20.2.3 que “es inapropiado establecer o utilizar sus leyes ambientales u otras medidas de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión entre las Partes”. Aunque esto podría interpretarse como que el crecimiento económico no puede ser obstaculizado por la protección del medio ambiente, también se diría que el objetivo principal del artículo 20.2.3 y en general del capítulo ambiental, es lograr un equilibrio entre el comercio, la inversión y la protección del medio ambiente. Esto, considerando que la redacción se asemeja a la parte introductoria del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)<sup>11</sup>.

Con respecto a los niveles de protección del medio ambiente, el TPP reconoce el derecho de sus partes a establecer sus propios niveles de protección y de promulgar o modificar su legislación ambiental, mientras que, al mismo tiempo, busca que prevean y promuevan altos niveles de protección ambiental y continúen mejorando sus respectivos niveles de protección<sup>12</sup>. Esta formulación es similar a la encontrada en el APC entre Estados Unidos y Perú (2009)<sup>13</sup>, pero el TPP simplifica su lenguaje y solo se limita a considerar el tema como parte de los “compromisos generales” y no como un objetivo específico, como ocurre en el APC entre Estados Unidos y Perú.

Esta no es, por cierto, la única similitud entre ambos capítulos y el Capítulo 20 del TPP que parece seguir la estructura del APC Estados Unidos – Perú en su aproximación sectorial a los temas ambientales<sup>14</sup>. Los países signatarios del TPP son miembros de varios Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y en el Capítulo 20 del TPP reiteran sus compromisos, con menciones expresas a acuerdos tales como el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL), que se encuentran

---

<sup>10</sup> TPP Art. 20.2.1.

<sup>11</sup> Rafael Leal-Arcas, *supra* nota 9, p.258.

<sup>12</sup> TPP, Art. 20.3.

<sup>13</sup> APC US – Peru (2009), Article 18.1 Levels of Protection.

<sup>14</sup> Jean-Frédéric Morin & Guillaume Beaumier, TPP ENVIRONMENTAL COMMITMENTS: COMBINING THE US LEGALISTIC AND THE EU SECTORAL APPROACHES BIORES - INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD) (2016), <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/tpp-environmental-commitments-combining-the-us-legalistic-and-the-eu> (Consulta: 1 de agosto de 2016).



entre los AMUMA mencionados. Sin embargo, el capítulo no tiene una lista explícita de todos los "acuerdos cubiertos" al contrario de lo que ocurre en el APC entre Estados Unidos y Perú<sup>15</sup>, supuestamente "porque varios AMUMA no son comunes a las partes del TPP"<sup>16</sup>.

Lejos de lo esperado, el TPP contiene obligaciones vinculantes en relación con la CITES, como los mandatos de cada parte a adoptar, mantener e implementar leyes, reglamentos y otras medidas para cumplir con sus obligaciones en virtud del citado AMUMA<sup>17</sup>. También incluye compromisos generales para combatir el tráfico de vida silvestre más allá de la CITES, mediante la limitación de las subvenciones a la pesca marina<sup>18</sup>. El Capítulo 20 reconoce, igualmente, la importancia de una explotación no sostenible de los recursos pesqueros<sup>19</sup>, con expresas disposiciones sobre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada<sup>20</sup>. Para algunos, estos avances no son suficientes, ya que respecto de los subsidios a la pesca, el TPP solo prohíbe o restringe los que contribuyan a la sobrepesca o la sobrecapacidad<sup>21</sup>. Esto, señalan, disminuye el potencial del TPP en la disciplina de subvenciones a la pesca, ya que brinda cobertura a los recursos que no sean objeto de sobreexplotación<sup>22</sup>.

En otra línea, los países signatarios del TPP se obligan a promover la conciencia pública de su legislación y políticas ambientales, incluyendo procedimientos de cumplimiento y de ejecución, y el fortalecimiento de la sociedad civil y otras partes interesadas para denunciar violaciones de la legislación ambiental. El TPP "innova", en este sentido, al limitar el derecho a solicitar la investigación de presuntas violaciones del derecho ambiental a las personas establecidas o que residan en el territorio de la parte TPP sospechoso de violación, a diferencia del APC entre Estados Unidos y Perú, que permite a cualquier persona interesada solicitar una investigación<sup>23</sup>.

En lo relativo a participación ciudadana, el Capítulo 20 refina lo considerado en los ACPs suscritos anteriormente entre los países signatarios del TPP. Junto con establecer un procedimiento de comunicaciones públicas para las denuncias de una violación de la legislación ambiental, el TPP obliga a las partes a responder "oportunamente a dichas

15 TPA, Art. 18.2.

16 United States Trade Representative (USTR), ENVIRONMENT SUMMARY OF THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT (2015), <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Chapter-Summary-Environment.pdf> (Consulta: 1 de agosto de 2016).

17 TPP, Art. 20.17.2.

18 United States Trade Representative (USTR), supra nota 16.

19 TPP, Art. 20.16.2.

20 Ibid.

21 TPP Art. 20.16.5.

22 Rafael Leal-Arcas, supra nota 9, p.260.

23 TPP, Art. 20.7.2.

comunicaciones por escrito y de acuerdo con sus procedimientos nacionales”, y a poner a disposición del público “las comunicaciones y las respectivas respuestas, por ejemplo, mediante su publicación en un sitio web público apropiado”<sup>24</sup>. Otro punto innovador del TPP es el hecho de ordenar a las partes a elaborar un informe escrito sobre la aplicación de estas normas a más tardar tres años después de su entrada en vigor<sup>25</sup>.

La cooperación, la promoción y el fomento de las leyes y reglamentos ambientales se encuentran ampliamente abordadas en el capítulo 20, específicamente en temas como la diversidad biológica, las especies exóticas invasoras y la responsabilidad social corporativa (RSC). Sobre este último tema, el TPP requiere que las partes alienten a las empresas a adoptar voluntariamente principios de RSC<sup>26</sup>. En cuanto a la diversidad biológica, el tratado dispone que cada parte “promoverá y alentará la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, de conformidad con su ordenamiento jurídico o política”<sup>27</sup>. Respecto a las especies exóticas invasoras, el TPP mandata a su Comisión de Medio Ambiente para “identificar oportunidades de cooperación para intercambiar información y experiencias”<sup>28</sup>. Además, el TPP contiene una disposición para hacer frente a cualquier posible barrera no arancelaria “sobre bienes y servicios ambientales”<sup>29</sup> y considerar los problemas que pueden plantearse en este aspecto por cualquiera de las partes del acuerdo. La inclusión de disposiciones sobre bienes y servicios ambientales en el TPP no es una novedad para todas las partes signatarias del TPP, dado que Australia, Canadá, Japón, Nueva Zelanda, Singapur y Estados Unidos participan en las negociaciones del Acuerdo sobre Bienes Ambientales en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y de acuerdo a sus declaraciones están colaborando para obtener un “acuerdo ambicioso en el momento oportuno”<sup>30</sup>.

Los mecanismos de cumplimiento y solución de controversias son aplicables al capítulo sobre medio ambiente del TPP. Tras agotar consultas ante autoridades ambientales de nivel técnico, de alto nivel y a nivel ministerial<sup>31</sup>, se permite a las partes solicitar el establecimiento de un grupo especial, para resolver la controversia entre Estados<sup>32</sup>. Como

---

24 TPP, Art. 20.9.1-2.

25 TPP, Art. 20.9.6.

26 TPP, Art. 20.10.

27 TPP, Art. 20.13.2.

28 TPP, Art. 20.14.2.

29 TPP, Art. 20.18.3.

30 World Trade Organization (WTO), SEVERAL WTO MEMBERS CALL FOR FURTHER WORK ON TRADE AND CLIMATE POLICY COHERENCE WTO: 2016 NEWS ITEMS (2016), [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/envir\\_30jun16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/envir_30jun16_e.htm) (Consulta: 25 de agosto de 2016).

31 TPP, Arts. 20.20, 20.21 and 20.22.

32 TPP, Art. 28.7.

en otras ocasiones, el marco de resolución de las disputas ambientales sigue de cerca el modelo del APC entre Estados Unidos y Perú. Pero el TPP refina dicho procedimiento de solución de controversias, integrando un rol más destacado de los expertos, por ejemplo, al permitir a las partes en contendientes que busquen asesoramiento o asistencia técnica de una entidad autorizada conforme a la CITES cuando la controversia es sobre conservación y comercio<sup>33</sup>. El tratamiento de los AMUMA en el TPP seguramente informará a los procedimientos de solución de controversias, dado que el TPP reconoce las obligaciones establecidas en dichos acuerdos como vinculantes. Además, el TPP mandata al grupo especial a considerar solicitudes de entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una parte contendiente con el objeto de proporcionar opiniones escritas relacionadas con la denuncia de una violación de las leyes o reglamentos ambientales, en la medida que puedan ayudar al grupo especial a evaluar las comunicaciones y argumentos de las partes contendientes<sup>34</sup>.

Aunque sin duda es un logro que un tratado entre doce países incluya un capítulo sobre medio ambiente que esté sujeto a mecanismos de solución de controversias, con un procedimiento claro establecido para estos efectos, el TPP no innova sustancialmente con respecto a los mecanismos de cumplimiento. Por ese motivo, para algunos, el TPP no proporciona un mecanismo de cumplimiento efectivo en materia ambiental, ya que el informe del grupo especial que se establezca solo tendrá un valor "meramente recomendatorio"<sup>35</sup>. En la misma línea, siguiendo la tendencia de otros ACP suscritos entre los países signatarios del TPP, el acuerdo sólo se refiere a la aplicación de las leyes ambientales que afectan al "comercio o la inversión", lo que también de un alcance limitado del mecanismo de ejecución por cuestiones ambientales<sup>36</sup>. Algunas organizaciones no gubernamentales (ONGs) han considerado que estas disposiciones no han sido aplicadas en la práctica, como se demostraría con el hecho de que mientras otros ACPs suscritos previamente por Estados Unidos han contenido mecanismos de implementación y cumplimiento similares para el capítulo ambiental, "ninguna de las partes ha llevado alguna vez un caso formal basada en esas normas ambientales"<sup>37</sup>.

---

33 TPP, Art. 20.23.2.

34 TPP, Art. 28.13.

35 Rafael Leal-Arcas, *supra* nota 9, p.262.

36 *Id.* en 20.3.4.

37 CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL), *The Trans-Pacific Partnership and the Environment: An Assessment of Commitments and Trade Agreement Enforcement* (November 2015), CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, [http://www.ciel.org/reports/tpp\\_enforcement\\_nov2015/](http://www.ciel.org/reports/tpp_enforcement_nov2015/) (Consulta: 1 de agosto de 2016).

Asimismo, si bien el TPP otorga a los expertos un rol más destacado en la resolución de una disputa<sup>38</sup>, algunos comentaristas han expresado su preocupación por el posible impacto del TPP sobre la evolución del derecho internacional del medio ambiente. La razón principal que señalan es que algunos miembros del grupo especial pueden no ser especialistas en la interpretación de los AMUMA<sup>39</sup>.

En términos generales, el capítulo sobre medio ambiente del TPP innova en diversos aspectos respecto a los acuerdos anteriores celebrados por los países signatarios del TPP, pero se queda corto en otros. En materia de RSC, el TPP innova alentando a las empresas a adoptar voluntariamente los valores de responsabilidad social vinculados al medio ambiente<sup>40</sup>. Además, el TPP incorpora nuevas disposiciones tanto sobre la relación entre el comercio y la diversidad biológica, como del fomento y la promoción de su uso sostenible<sup>41</sup>. El incumplimiento de las obligaciones del capítulo de medio ambiente, por cierto, puede dar lugar a procedimientos de solución de controversias, pero se ha señalado que el TPP podría haber ido más lejos en sus mecanismos de cumplimiento, así como en las obligaciones vinculantes con respecto de los AMUMAs, expandiendo las restricciones sobre subvenciones a la pesca a todas las poblaciones de peces, y proporcionando un mayor alcance a la noción de medio ambiente.

### III. TPP y Derechos Laborales

El capítulo laboral del TPP (Capítulo 19), debe examinarse como parte de una tendencia más amplia, teniendo en cuenta que las disposiciones en materia laboral se han incluido paulatinamente en los ACPs, especialmente durante la última década<sup>42</sup>. Aún así, esta es una de las partes más innovadoras del TPP debido a la amplitud de sus compromisos y su mecanismo de cumplimiento. Algunos autores consideran que el TPP "cambia las reglas del juego" (especialmente para los países asiáticos signatarios del TPP) y forma parte de una "nueva generación de normas laborales con dimensión social en los TLC"<sup>43</sup>.

---

38 TPP, Art. 28.15.

39 Joshua P. Meltzer, *The Trans-Pacific Partnership Agreement, the environment and climate change*, in *TRADE LIBERALISATION AND INTERNATIONAL CO-OPERATION: A LEGAL ANALYSIS OF THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT* 207–230, 211 (Tania Voon ed., 2014).

40 TPP, Art. 20.10.

41 Rafael Leal-Arcas, *supra* nota 9, p.259.

42 Franz Christian Ebert and Anne Posthuma, 'Labour Provisions in Trade Arrangements: Current Trends and Perspectives' 19-20 <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_192807.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_192807.pdf)> (Consulta: 8 de julio de 2016).

43 Ronald C. Brown, *LABOR IMPLICATIONS OF TPP: A GAME CHANGER?* UNIV. OF HAWAI'I LAW SCHOOL (2016), <http://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/filemanager/pubs/pdfs/7-5Brown-rev20160510.pdf> (Consulta: 20 de agosto de 2016).

En el Capítulo 19 del TPP se reconocen los derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente en lo que respecta a la abolición efectiva del trabajo infantil, el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la libertad de asociación y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Por otra parte, incluye compromisos sobre las leyes que rigen los salarios mínimos, las horas de trabajo, la seguridad y la salud en el trabajo<sup>44</sup>, e incluye medidas para prevenir el debilitamiento de protecciones laborales en las zonas francas<sup>45</sup>. El TPP también establece mecanismos institucionales específicos para contribuir a su implementación, dentro de lo que se encuentra un Consejo Laboral integrado por representantes gubernamentales de alto nivel<sup>46</sup>.

El Capítulo 19 del TPP, es considerado como una novedad para muchos países signatarios del acuerdo, dado que solo cuatro tratados previos firmados por estos países abordan el tema laboral en un capítulo especial, todos ellos con Estados Unidos como contraparte. Hasta ahora, el enfoque preferido por los países negociadores del TPP ha sido para tratar los aspectos laborales en un acuerdo complementario (5 acuerdos), existiendo algunos países que abordan esta materia en acuerdos menos vinculantes como un memorándum de entendimiento o una carta adjunta al acuerdo:

Tratado	Entrada en Vigor	Modo de Inclusión
Estados Unidos y Perú	01-02-2009	Capítulo Especial
Australia y Estados Unidos	01-01-2005	Capítulo Especial
Chile y Estados Unidos	01-01-2004	Capítulo Especial
Estados Unidos y Singapur	01-01-2004	Capítulo Especial
Canadá y Chile	05-07-1997	Acuerdo Complementario
Canadá y Perú	01-08-2009	Acuerdo Complementario
Chile y Perú	01-03-2009	Acuerdo Complementario
Malasia y Nueva Zelanda	01-08-2010	Acuerdo Complementario
TLCAN – Canadá, México y Estados Unidos	01-01-1994	Acuerdo Complementario

44 TPP, Art. 19.1.

45 TPP, Art. 19.4.

46 TPP, Art. 19.12.

Australia y Malasia	01-01-2013	Carta Adjunta
P4 – Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam	08-11-2006	Memorándum de Entendimiento

La regulación laboral del TPP incluye además acuerdos complementarios que Estados Unidos ha firmado con Vietnam, Malasia y Brunei (países con un bajo nivel de ratificación de los convenios fundamentales de la OIT)<sup>47</sup>. Estos acuerdos complementarios estipulan que deben ser creadas, modificadas y mejoradas nuevas leyes laborales para permitir la existencia de sindicatos independientes, el derecho a huelga, el tratamiento adecuado de los inmigrantes, e incluir disposiciones sobre la discriminación, las inspecciones de trabajo y otras normas laborales básicas<sup>48</sup>. Más aún, Vietnam, Brunei y Malasia tienen que poner en práctica sus acuerdos paralelos respectivos “antes de que se les permita exportar productos libres de aranceles a Estados Unidos y utilizar de otro modo las disposiciones del TPP”<sup>49</sup>.

Los compromisos en el capítulo laboral son aplicables a través de los procedimientos de solución de controversias. En ellos se recomienda encarecidamente la cooperación y las consultas, y en caso de que estas no sean exitosas, un grupo especial intentará resolver el asunto<sup>50</sup>. El informe final del grupo especial, se pondrá siempre a disposición del público, tras haber llevado a cabo todos los pasos para proteger la información confidencial<sup>51</sup>. En cuanto a las consultas en materia laboral, las partes consultantes pondrán el resultado a disposición del público, a menos que acuerden algo diferente<sup>52</sup>. Las normas sobre solución de controversias del capítulo 19 integran igualmente vías como un diálogo en materia laboral<sup>53</sup>, mecanismos de cooperación<sup>54</sup>, y también concediendo la participación de las partes interesadas<sup>55</sup> y de la sociedad civil<sup>56</sup>. A diferencia del capítulo sobre medio ambiente, las disposiciones laborales tienen un mecanismo de cumplimiento eficaz, ya que permiten sanciones comerciales. Más específicamente, el capítulo 19 considera la aplicación de estas si un Estado parte del TPP no cumple con sus obligaciones<sup>57</sup>, siendo aplicable de manera

47 International Labour Organization (ILO), CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS (2016), <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm> (Consulta: 26 de agosto de 2016).

48 Ronald C. Brown, *supra* nota 45, p.10.

49 *Id.* en p.10.

50 TPP, Art. 19.15.12.

51 TPP, Art. 28.18.1.

52 *Id.* en Art. 19.15.11.

53 *Id.* en Art. 19.11.

54 *Id.* en Art. 19.10.

55 *Id.* en Art. 19.10.3.

56 *Id.* en Arts. 19.8, 19.9, 19.10.2(g) y 19.14.

57 Ronald C. Brown, *supra* nota 45, p.14.

completa todas las disposiciones del capítulo sobre solución de controversias luego del establecimiento del grupo especial, contemplando por ende la suspensión de beneficios<sup>58</sup>.

En suma, el capítulo laboral del TPP incluye obligaciones exigibles en temas como el trabajo infantil, el trabajo forzoso, el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical. Los tres acuerdos laborales complementarios del TPP, suscritos con Vietnam, Malasia y Brunei tienen como objeto mejorar las condiciones de los trabajadores en esos países en desarrollo con una gran industria intensiva en mano de obra (y el rechazo indirecto al ingreso en condiciones preferentes de productos producidos con dumping laboral), mostrando esfuerzos en materia de los derechos laborales que son sin duda bienvenidos. Las disposiciones de solución de controversias son en general claras y van más lejos que cualquier otro acuerdo comercial negociado por Estados Unidos que incluye disposiciones laborales<sup>59</sup>. Este capítulo seguramente orientará las futuras negociaciones de ACPs en materia laboral, entre las partes signatarias del TPP.

#### IV. TPP y Propiedad Intelectual

El tratamiento de la propiedad intelectual en el TPP, es informado por los acuerdos multilaterales existentes sobre el tema (en particular el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC), y el gran número de ACPs celebrados previamente entre los signatarios del TPP.

En la actualidad, existen 25 acuerdos entre los países del TPP que se ocupan de la propiedad intelectual en un capítulo especial, en particular aquellos concluidos por Estados Unidos y Australia:

ACPs con Capítulos de Propiedad Intelectual	Entrada en vigor
Australia y Japón	15-01-2015
Australia y Malasia	01-01-2013
Australia y Nueva Zelanda (CERTA)	01-01-1983
Australia y Estados Unidos	01-01-2005

58 TPP, Art. 19.15.12.

59 Con todo, cabe destacar que las disposiciones laborales de los TLCs suscritos por Estados Unidos con Centro América y República Dominicana (CAFTA-DR), así como del acuerdo con Bahrein, han generado procedimientos interestatales en contra de Guatemala y Bahrein, por incumplimiento de sus obligaciones laborales contenidas en esos tratados. USTR, <https://ustr.gov/issue-areas/labor/bilateral-and-regional-trade-agreements/guatemala-submission-under-cafta-dr> (Consulta: 20 de octubre de 2016).

ASEAN (Brunei Darussalam, Malasia, Singapur, Vietnam) -Australia- Nueva Zelanda (AANZFTA)	01-01-2010
Australia y Chile	06-03-2009
Australia y Singapur	28-07-2003
ASEAN -Australia- Nueva Zelanda (AANZFTA)	01-01-2010
TSEP – (P4) (Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam)	08-11-2006
TLCAN (Canadá, México y Estados Unidos de América)	01-01-1994
Chile y Estados Unidos	01-01-2004
Japón y Chile	03-09-2007
Australia y Chile	06-03-2009
México y Chile	31-07-1999
Chile y Perú	01-03-2009
Malasia y Japón	13-07-2006
ASEAN-Japón	31-10-2008
Japón y Vietnam	01-10-2009
Japón y Singapur	30-11-2002
Perú y Japón	01-03-2012
Malasia y Nueva Zelanda	01-08-2010
Perú y Estados Unidos	01-02-2009
Perú y México	01-02-2012
Estados Unidos y Singapur	01-01-2004
Estados Unidos y Vietnam	13-07-2000

El capítulo del TPP sobre propiedad intelectual (capítulo 18), tal como la mayoría de los ACP celebrados por los signatarios del TPP, sigue en gran medida los derechos y obligaciones legales incluidas en el Acuerdo ADPIC<sup>60</sup>. Sin embargo, el TPP incluye compromisos extra en cuestiones tales como indicaciones geográficas (IG), vinos y licores destilados, derechos de autor y derechos conexos, y productos biológicos. Es precisamente este último aspecto el que se encuentra relacionado con la protección ambiental y que ha sido vivamente debatido.

60 Brook K. Baker, *Trans-Pacific Partnership Provisions in Intellectual Property, Transparency, and Investment Chapters Threaten Access to Medicines in the US and Elsewhere*, 13 PLOS MED e1001970 (2016).



El aspecto que ha sido específicamente controversial ha sido la protección de datos de prueba u otros datos no divulgados desde el registro sanitario de productos farmacéuticos, tanto para los productos de síntesis química como para los biológicos, por un número específico de años. Sin embargo, como ocurre con otras partes del TPP, esta cuestión no es especialmente nueva, ya que Estados Unidos ha negociado este tipo de protección en anteriores ACPs. De hecho, en el TLC con Chile, ambos países reconocen y garantizan un período de protección de datos de prueba u otros datos no divulgados de 5 años a partir del registro sanitario de productos farmacéuticos (tanto para los productos de síntesis química y de productos biológicos)<sup>61</sup>. En principio, el TPP extiende esta protección a 8 años, sin embargo, los artículos 18.50 y 18.51 del acuerdo permiten un cumplimiento “alternativo” que no implica su extensión de tres años, mediante “otras medidas”, “que brinden un resultado comparable en el mercado” – sea lo que eso signifique.

Pero, ¿podría este cumplimiento alternativo gatillar un arbitraje inversionista-Estado basado en una violación del tratado? En nuestra opinión, no va a ser tan sencillo para una empresa extranjera probar el “incumplimiento” de Chile en implementar este aspecto del TPP, ya que la redacción del cumplimiento alternativo es bastante ambigua y deja un margen de maniobra al Estado.

Por otra parte, al tratar la expropiación indirecta el Anexo 9-B del TPP la define como un “acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”. Es difícil (pero no imposible) configurar una omisión como un acto equivalente a una expropiación. Sin embargo, con respecto a las expectativas de ganancias futuras y, de acuerdo al mismo Anexo 9-B, la determinación de si un acto o una serie de actos, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: “(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión”. La nota de pie de página número 36 aclara que expectativas inequívocas y razonables de la inversión depende, en la medida en que sea relevante, de factores tales como “si el gobierno proporcionó al inversionista certezas obligatorias por escrito y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante”. A nuestro entender el gobierno chileno no ha entregado ningún compromiso escrito a un inversionista extranjero acerca de cómo va a implementar la protección de datos de prueba de medicamentos biológicos del TPP.

---

61 A mayor abundamiento, el Art. 89 de la Ley 19.039, incluye un período de protección de 10 años para productos químico-agrícolas.

Además, el Anexo 9-B también agrega que 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, la seguridad y el medioambiente”. La nota de pie de página número 37 expresamente señala que las acciones regulatorias para proteger la salud pública incluyen, entre otras, “las medidas con respecto a la regulación, precio y oferta, así como con el reembolso, de productos farmacéuticos (incluyendo productos biológicos), diagnósticos, vacunas, aparatos médicos, terapias y tecnologías genéticas, apoyos y aparatos relacionadas con la salud y productos sanguíneos o relacionados con la sangre”.

En resumidas cuentas, respecto a propiedad intelectual, el TPP reformula obligaciones ya contraídas por sus signatarios en TRIPS y ACPs previos, con normas más detalladas en temas controversiales tales como biológicos, derecho de autor y derechos conexos.

## Conclusión

Como se explica en las distintas secciones de este artículo, el TPP es un acuerdo que se basa en los tratados de comercio e inversión vigentes entre los diferentes países que lo han negociado. Comparado con este marco ya existente, algunas partes del TPP no son particularmente novedosas para sus países signatarios y en realidad ofrecen una consolidación de los compromisos que ya están presentes en sus acuerdos previos. Como Dawson ha señalado, las normas comerciales tradicionales son más o menos consistentes a través de los distintos acuerdos internacionales, ya que tienden a ajustarse a la plantilla del GATT y el AGCS de la OMC y sus principios de no discriminación y transparencia, aplicados a través herramientas comúnmente aceptadas como la reciprocidad y la liberalización gradual. El TPP es asimismo coherente con los ACPs celebrados anteriormente por las partes del TPP, como el TLCAN, la Alianza del Pacífico, y el Acuerdo entre Corea del Sur y Estados Unidos (KORUS)<sup>62</sup>. Ciertas partes del tratado reflejan claramente esta tendencia, destacando entre ellas el capítulo de inversiones<sup>63</sup>, así como los referidos a competencia, servicios financieros y telecomunicaciones. Esta conclusión no es sorprendente, ya que la literatura existente ya ha sugerido que los ACPs firmados por un país a menudo se superponen de manera

---

62 Laura Dawson, THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP: WHAT'S NEW, WHAT'S NOT, WHAT'S NEXT WILSON CENTER (2015), <https://www.wilsoncenter.org/article/the-trans-pacific-partnership-whats-new-whats-not-whats-next> (Consulta: 20 de julio de 2016).

63 Wolfgang Alschner & Dmitry Skougarevskiy, The New Gold Standard? Empirically Situating the Trans-Pacific Partnership in the Investment Treaty Universe, 17 J. WORLD INVEST. TRADE 339–373, 347, 353 (2016).

significativa, ya que los países utilizan con frecuencia antiguos acuerdos como modelo para los tratados futuros<sup>64</sup>.

Pero TPP también ofrece innovación. Ciertas disciplinas que tradicionalmente no se han integrado en los ACPs han encontrado su incorporación en este tratado como aquellas referidas a la coherencia regulatoria, el comercio electrónico y las empresas estatales.

También podemos concluir que el TPP ha sido en gran medida "Hecho en América", ya que la estructura y el contenido del tratado es claramente similar a los textos de los acuerdos previos celebrados por Estados Unidos y otros países signatarios del TPP, como en los acuerdos de libre comercio con Singapur, Chile y Perú. Esto también está en consonancia con el análisis de otros investigadores en el contexto general de los ACPs. Allee y Lugg, luego de examinar los 74 acuerdos comerciales preferenciales firmados por los miembros del TPP desde 1995 (y no solo los celebrados entre ellos, como en este artículo) – llegaron a la conclusión de que Estados Unidos tiene una gran y frecuente influencia en la redacción del TPP, especialmente en las disciplinas consideradas como de mayor importancia para los intereses políticos y económicos de este país<sup>65</sup>.

Sin embargo, además de la constatación anecdótica de que el TPP utiliza ortografía británica –y no estadounidense– a lo largo de su contenido, la influencia de otros países también se observa en el texto del acuerdo, en temas específicos como la RSC, el medio ambiente, la propiedad intelectual y, en términos generales, el desarrollo sostenible.

El enfoque de Estados Unidos sobre la RSC ha cambiado a través de las negociaciones del TPP. La ubicación de las disposiciones en materia de RSC, ha evolucionado a partir de los acuerdos secundarios o anexos en los ACP que anteriormente concluyó con Chile y Perú, hacia un enfoque que integra plenamente la RSC en el lenguaje de los capítulos laborales y de inversión<sup>66</sup>. La importante influencia de los ACPs celebrados anteriormente por Australia y Perú se puede rastrear en el capítulo sobre medio ambiente<sup>67</sup>.

---

64 Todd Allee & Manfred Elsig, ARE THE CONTENTS OF INTERNATIONAL TREATIES COPIED-AND-PASTED? EVIDENCE FROM PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS (2015), [http://business.gwu.edu/wp-content/uploads/2015/02/IB\\_Seminar\\_ContentsofInternationalTreaties\\_2.11.2015.pdf](http://business.gwu.edu/wp-content/uploads/2015/02/IB_Seminar_ContentsofInternationalTreaties_2.11.2015.pdf) (Consulta: 31 de mayo de 2015).

65 Todd Allee & Andrew Lugg, Who wrote the rules for the Trans-Pacific Partnership?, 3 RES. POLIT. 1-9, 4, 6 (2016).

66 Rafael Peels et al., Corporate Social Responsibility in International Trade and Investment Agreements: Implications for States, Business and Workers, 13 ILO RESEARCH PAPER, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2016, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_476193.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_476193.pdf) (última visita Jul 30, 2016).

67 Todd Allee and Andrew Lugg, supra nota 63, p.6.

El hecho de que el TPP se basa en convenios anteriores, no obstante, puede plantear algunos problemas para sus signatarios. La intención de las partes del TPP ha sido que el TPP "coexista" con los acuerdos internacionales existentes y que ellas buscarán llegar a una solución mutuamente satisfactoria cuando las disposiciones de un acuerdo sean "incompatibles" con otro<sup>68</sup>. Pero, ¿cómo definimos la inconsistencia? ¿Y cuál será el efecto real de las "mejoras" que el TPP trae si estos acuerdos paralelos todavía se mantienen en su lugar?<sup>69</sup>.

Si el TPP será un acuerdo "nuevo", de "alto nivel", o "del siglo XXI", al menos parcialmente, las novedades y mejoras que este tratado introduce deben aplicarse de forma clara, de manera que no se pasen por alto o se diluyan con los compromisos previamente incluidos en los acuerdos anteriores por parte de los signatarios del TPP. Un acuerdo amplio e integral ayudará a avanzar en la mejora de las disciplinas comerciales y de inversión, así como en el desarrollo sostenible, solo si su ámbito de aplicación es claro, y no solo otra adición a la ya enredada maraña de acuerdos comerciales preferenciales.

**Recibido:** 11 de octubre de 2016.

**Aprobado:** 2 de noviembre de 2016.

---

68 Kellie Gryga, HOW THE TPP WILL AFFECT U.S. IMPORTS THOMSON REUTERS TAX & ACCOUNTING (2015), <https://tax.thomsonreuters.com/blog/onesource/how-tpp-will-affect-u-s-imports-part-2/> (Consulta: 26 de agosto de 2016).

69 TPP, Art. 1.2.

# El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente

## *Chilean Water Law from the Perspective of the International Human Rights and Environmental Law*

Oscar Recabarren Santibáñez

Profesor Universidad Academia de Humanismo Cristiano

Abogado Unidad Jurídica, Subsecretaría de Obras Públicas

Master en Derecho Ambiental

Universitat Rovira i Virgili

Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Universidad Diego Portales

recabarrenoscar@gmail.com

### RESUMEN

Este trabajo persigue someter nuestro Derecho de Aguas al estándar fijado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. Así, se analizan los aspectos más significativos del Derecho de Aguas chileno, así como sus principales obstáculos para dar cumplimiento a la pauta internacional. Finalmente se desarrollan los criterios considerados como imprescindibles para respetar el Derecho Internacional.

**Palabras clave:** Derecho de Aguas; Derecho Humano al Agua y al Saneamiento; Derecho Ambiental; Derechos Humanos.

## ABSTRACT

This paper aims to subject our Chilean Water Law to the standard stated by the International Law of Human Rights and Environment. In this way, it analyzes the most significant aspects of the Water Law, as well as its main obstacles to fulfill the International standards. Finally, it develops the criteria considered as essential to respect the International Law.

**Key words:** Water Law; Human Right to Water and Sanitation; Environmental Law; Human Rights.

## Introducción

El presente estudio tiene por objeto el análisis del Derecho de Aguas chileno bajo el estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente, con la finalidad de proponer los criterios mínimos que deban encaminar a toda reforma que pretenda ajustar nuestro ordenamiento jurídico a los parámetros internacionales.

En la primera sección se examina el reconocimiento que la legislación chilena hace del derecho humano al agua y al saneamiento, para posteriormente abordar algunos temas claves de nuestro Derecho de Aguas, tales como la calificación jurídica de los recursos hídricos, el uso privativo de las aguas y la gestión hidrológica.

La segunda sección, por su parte, examina los problemas del sistema de uso de las aguas en Chile, poniendo especial énfasis en los impactos ambientales y sociales, como la sobreexplotación de los recursos hídricos, y la inequidad social. Posteriormente, se hace un análisis de las debilidades más importantes del sistema de uso de aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Por último, la tercera sección desarrolla los criterios generales y específicos que deben marcar la pauta para la adecuación de nuestro Derecho de Aguas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

## I. Las Aguas en el Derecho Chileno

### I.1. El derecho humano al agua y al saneamiento en el derecho nacional

A diferencia del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, la Constitución Política de 1980 no reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento. Sin embargo, la legislación chilena consagra una serie de normas que, sin significar un reconocimiento expreso de este derecho, están destinadas a garantizar el acceso al agua para el consumo humano y para su uso sanitario.

En primer lugar, la Ley General de Servicios Sanitarios de 1989<sup>1</sup> y su Reglamento de 2005<sup>2</sup>, establecen un régimen concesional para la prestación de los servicios públicos

1 CHILE. DFL N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Ley General de Servicios Sanitarios. *Diario Oficial*, 21 de junio de 1989.

2 CHILE. DS N° 1.199 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas. Aprueba el reglamento de las concesiones sanitarias de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas y de las normas sobre calidad de atención a los usuarios de estos servicios. *Diario Oficial*, 09 de noviembre de 2005.

sanitarios referentes a la producción y distribución de agua potable, y a la recolección y disposición de las aguas servidas<sup>3</sup>. Además, se contempla un beneficio para los titulares de proyectos de viviendas sociales de hasta 750 unidades de fomento, a quienes se les exime del pago de los costos de conexión de los servicios de alcantarillado<sup>4</sup>. A su vez, esta normativa se ve complementada por el DFL N° 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, a través del cual se fijan las tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado, las cuales tienen el carácter de precios máximos, calculándose mediante la aplicación de fórmulas determinadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de acuerdo al Reglamento establecido en el Decreto N° 453 de 1989, del Ministerio de Economía<sup>5</sup>.

Por su parte, la Ley N° 18.778 de 1989, establece un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, en favor de usuarios residenciales de escasos recursos. Así, en su artículo 2 se dispone que el subsidio se aplica tanto a los cargos fijos como variables que correspondan a las residencias permanentes de los beneficiarios<sup>6</sup>. Asimismo, el Código Sanitario de 1968<sup>7</sup> y su Reglamento de 1969<sup>8</sup>, contienen importantes normas referentes al consumo humano, a la protección de las aguas y a su uso sanitario<sup>9</sup>.

A su vez, el Código de Aguas de 1981<sup>10</sup> contiene diversas normas destinadas a garantizar el consumo humano<sup>11</sup>, destacando el artículo 56 inciso 1º, que faculta a cualquier persona para sacar de suelo propio agua para “la bebida y el uso doméstico”, entendiéndose por tal el “...aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae de un pozo, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo

---

3 En todo caso, esta normativa se aplica únicamente a los servicios sanitarios prestados dentro de los límites urbanos y, por ende, no a los sistemas de agua potable rural, con excepción de las normas sobre continuidad y calidad de los servicios sanitarios. CHILE. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículos 1º, 35 inciso 2, y 1º transitorio.

4 Siempre que se financien total o parcialmente con subsidios del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y lleven a cabo dentro de la zona urbana pero fuera del territorio operacional. CHILE. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículos 33 inciso 2º, 33 C y 33 D.

5 Además, se contempla la posibilidad excepcionalísima de suspender temporalmente la aplicación de las mencionadas fórmulas tarifarias, estableciendo en su lugar otras fórmulas que signifiquen la aplicación de tarifas inferiores. CHILE. DFL N° 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Sin título. *Diario Oficial*, 30 de diciembre de 1988, artículo 3.

6 Para postular al subsidio, los interesados deben solicitarlo por escrito a la Municipalidad correspondiente, y acreditar que las personas que habitan la vivienda se encuentren imposibilitadas socioeconómicamente de pagar el monto total del valor de los servicios, y que se encuentren al día en el pago de las prestaciones. CHILE. Ley N° 18.778 de 1989, del Ministerio de Hacienda. Ley que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas. *Diario Oficial*, de 2 de febrero de 1989, artículo 3.

7 CHILE. DFL N° 725 de 1967, Ministerio de Salud Pública. Código Sanitario. *Diario Oficial*, 31 de enero de 1968.

8 CHILE. DS N° 735 de 1969, Ministerio de Salud Pública. Reglamento de los servicios de agua destinados al consumo humano. *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1969.

9 Véase CHILE. DFL N° 725 de 1967, norma cit., artículos 1 y 71; y CHILE. DS N° 735 de 1969, norma cit., artículo 2.

10 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, del Ministerio de Justicia. Fija el texto del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 13 de agosto de 1981.

11 Igualmente, destacan los artículos 27, 281, y 314 inciso 4.



personal y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia, sin fines económicos o comerciales”<sup>12</sup>.

Igualmente, el artículo 147 bis inciso 3 del Código de Aguas faculta al Presidente de la República para denegar parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento cuando sea necesario reservar los recursos hídricos para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua<sup>13</sup>. Pudiendo igualmente denegar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo, cuando concurren circunstancias excepcionales y de interés nacional.

De este modo, el ordenamiento jurídico chileno consagra una serie de instrumentos destinados a garantizar el consumo humano de agua para la bebida y el uso sanitario. No obstante, dichas normas no constituyen un derecho subjetivo claramente definido que permita a las personas acceder a la justicia en casos de vulneración del mismo. Así, el Derecho nacional opta por un sistema asistencialista, en donde las personas con mayores dificultades económicas, son consideradas como beneficiarias de algún mecanismo legal que les permita acceder al agua y a los servicios de saneamiento, pero no los reconoce como titulares de derechos. Finalmente, una cuestión importante es que el régimen de concesión de producción de agua potable queda supeditado al marco legal del derecho privativo de aprovechamiento de los recursos hídricos, toda vez que los interesados solicitantes de la concesión deben acreditar la propiedad o al menos el uso de derechos de aprovechamiento de agua, que por regla general, deben ser de carácter consuntivo, permanentes y continuos<sup>14</sup>.

## I.II. El dominio de las aguas y su titularidad estatal

Una gestión sustentable de los recursos hídricos no requiere la titularidad de los mismos, pero su titularidad no es ajena a las decisiones concernientes a dicha gestión. De esta manera, la titularidad de las aguas, y de los derechos sobre ellas, siempre ha tenido una utilidad funcional relativa al manejo de las mismas<sup>15</sup>. Así, mientras más severa sea la escasez que padezca un país, mayor será la necesidad de una titularidad pública que habilite a la

12 CHILE. DS N° 203 de 2013, del Ministerio de Obras Públicas. Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 2014, artículo 51.

13 Debe mencionarse que esta facultad tiene lugar únicamente en los casos de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, por tanto no opera respecto de derechos ya otorgados.

14 Excepcionalmente la Superintendencia de Servicios Sanitarios, mediante resolución fundada, y basada exclusivamente en aspectos técnicos, puede considerar derechos de aprovechamiento eventuales que alimenten embalses o estanques de regulación. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículo 12 N° 3.

15 LUGARESI, Nicola. "La situación en Italia". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*. Zaragoza: Aranzadi, 2009, pp. 26 y 27.

Administración para ejercer un control sobre los usos del recurso<sup>16</sup>.

En el Derecho chileno, aun cuando el Código Civil (artículo 595) y el Código de Aguas (artículo 5) califican jurídicamente a las aguas como bienes nacionales de uso público, la doctrina no es unánime en cuanto a la titularidad estatal de las mismas. Para algunos autores, que las aguas sean bienes nacionales de uso público, significa que son de "dominio exclusivo del Estado"<sup>17</sup>. Serviría de apoyo a esta posición la opinión referente a que es la propia Administración pública quien detenta la titularidad de la Nación, y por ende la de los bienes nacionales de uso público<sup>18</sup>. Sin embargo, para otros, los bienes nacionales de uso público, por pertenecer a la Nación, se alejan de cualquier tipo de titularidad Estatal<sup>19</sup>. Siguiendo esta corriente, se sostiene que la calificación de las aguas como bienes públicos, consiste en que la intervención del Estado no es la de dueño o propietario, sino la de un administrador que ejerce potestades frente a los recursos hídricos, con el propósito de que estos cumplan con la función pública que justifica su inclusión en la categoría de bien público<sup>20</sup>.

Por su parte, la Constitución de 1980 en su artículo 19 N° 23, garantiza a todas las personas "[l]a libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así [...] sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución". Así, para Vergara la norma constitucional sigue una tradicional clasificación de los bienes, distinguiendo entre: a) bienes comunes a todos los hombres (aire y alta mar); b) bienes públicos o nacionales (entre ellos las aguas y minas); c) y bienes apropiables o privados. El autor afirma que los bienes nacionales de uso público están sujetos a un régimen distinto, que se caracteriza por estar fuera del comercio y por ser inapropiables e inalienables. Razón por la cual no podrían ser adquiridos en propiedad por ninguna persona (natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado), salvo que una ley así lo establezca, señalando como única excepción el caso de las minas<sup>21</sup>, por estar contenida en la propia Carta Fundamental<sup>22</sup>. En virtud de ello, el autor concluye que las aguas, como

16 MADRAZO, Enrique. "La regulación internacional de los ríos: el carácter axial del concepto de cuenca fluvial". En: UTRERA, Sebastián (Dir.), *Agua, trasvases y medio ambiente. Las cuencas fluviales y el nuevo plan hidrológico nacional*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 53.

17 GUZMÁN, Alberto y RAVERA, Ernesto. *Estudio de las Aguas*. 2ª ed. Santiago: Congreso, 1998, p. 34.

18 MONTT, Santiago. *El Dominio Público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. 2ª. ed. Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 139 y ss.

19 VERGARA, Alejandro. "La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980". *Ius Publicum*. Universidad Santo Tomás, 2004, N° 12, pp. 110 y 124.

20 ROJAS, Christian. "Las Organizaciones de Usuarios de aguas en España y Chile". En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Comp.), *Nuevo Derecho de Aguas*. 1ª ed, Madrid: Thomson Civitas, 2007, pp. 701 y 702.

21 VERGARA (2004), ob. cit. (20), p. 112.

22 Artículo 19 N° 24, inciso 6 de la Constitución.

bienes nacionales de uso público, deben pertenecer a la “Nación toda”, noción homologable a “pueblo”<sup>23</sup>, siendo ésta la razón por la cual los bienes nacionales de uso público se alejarían de toda titularidad estatal<sup>24</sup>.

Ahora bien, una cosa es la susceptibilidad de apropiación de las aguas como bienes nacionales de uso público y otra cosa es la titularidad de las mismas. Así, es posible estar de acuerdo con que las aguas, en razón de la estructura de la Constitución, no son susceptibles de ser objeto de propiedad por los particulares ni por el Estado. No obstante, lo anterior no significa necesariamente que el Estado carezca de toda titularidad sobre las aguas. Cabe recordar que desde el Derecho Romano, la preocupación por la delimitación de la titularidad de las aguas obedece a su afectación a un uso público, destacando el interés de las autoridades por la protección de las mismas<sup>25</sup>. Es decir, son los fines públicos los que justifican la afectación de las aguas y permiten la protección del patrimonio hídrico. Incluso el régimen de las aguas públicas no obedece tanto al problema de la titularidad como al de la gestión, por lo que no es tan importante que el agua sea pública en la medida que sea propiedad del Estado, como que al Estado se le confíe la regulación de las mismas, para asegurar una gestión racional de los recursos hídricos, así como el acceso a ellos por parte de la ciudadanía<sup>26</sup>. Por su parte, Riquelme deja atrás el enfoque patrimonial del Derecho Civil, y realiza una interpretación de la norma constitucional desde el ámbito del Derecho Administrativo, entendiendo que el único modo de que el Estado pueda destinar dichos bienes al *uso directo del público*, es a través de la figura de la *publicatio*, mediante la cual se entrega al Estado una potestad pública sobre los mismos<sup>27</sup>. Así, para Atria y Salgado la explicación de la calidad de bien nacional de uso público se encuentra en la facultad que el artículo 19 N° 23 de la Constitución le entrega al legislador acerca del mejor modo de servir el interés público<sup>28</sup>.

Para Celume, en cambio, el reconocimiento del carácter público de las aguas encontraría un origen distinto al del Derecho Romano y de los demás sistemas jurídicos europeos continentales<sup>29</sup>. Así la autora concluye que, en el Derecho chileno, ante la falta de la titularidad de la Administración –elemento subjetivo–, la dimensión legal se delimita en

23 Véase artículo 5 de la Constitución.

24 VERGARA (2004), ob. cit. (20), p. 112.

25 GEREZ, Gabriel. *El Derecho de Aguas en Roma*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 225, 226, 242 y 243.

26 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho de Aguas*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 122 y 123.

27 RIQUELME, Carolina. “La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la Constitución Política de la República”. En: *VII Acta de las Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 282.

28 ATRIA y SALGADO. *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. 1ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 62.

29 CELUME, Tatiana. *Régimen público de las aguas*. 1ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 159.

razón de la finalidad de la *publicatio* que estaría dada, de acuerdo al elemento normativo, por el *uso de los administrados*<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución en su artículo 19 N° 8, establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, permitiéndose al legislador establecer "...restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". Es decir, estamos ante una norma constitucional que le impone al Estado la obligación de preservar y proteger los recursos hídricos, como elemento del bien jurídico protegido medio ambiente. A su vez, el artículo 19 N° 24 inciso 2 consagra, como obligación y limitación al derecho de propiedad, la función social que deriva de ese derecho, lo que "...comprende cuanto exijan, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental". De este modo, la Constitución no sólo le impone al Estado el deber de preservar el medio ambiente, sino también le concede los instrumentos básicos como para poder cumplir dicha función. Siguiendo la doctrina española, la calificación de dominio público constituye un mecanismo destinado a garantizar la disponibilidad de ciertos recursos primordiales, por medio de una gestión y administración controlada de los mismos. Igualmente, permite asegurar el fin público constitucional que justifica su consagración, mediante la protección y utilización racional de los recursos hídricos<sup>31</sup>. Igualmente, debe añadirse que si bien el artículo 5 de la Constitución asimila el concepto de *Nación* al de *pueblo*, también lo equipara al de *autoridades*.

De esta manera, se adhiere a la idea de que el dominio público de las aguas queda vinculado al Estado por la norma del artículo 19 N° 8 de la Constitución de 1980, que consagra la tutela ambiental. Así, desde la perspectiva conceptual, el sustrato material del bien es superado por el elemento funcional, que viene a constituir el nexo existente entre la legislación ambiental y el dominio público. Sin embargo, es el componente material del demanio el que constituye el ámbito originario de protección y del ejercicio de la garantía constitucional de disfrutar de un medio ambiente adecuado<sup>32</sup>. En concreto, en el Derecho chileno si bien el Estado tiene la titularidad de los recursos hídricos, en razón del modelo liberal de la Constitución desarrollado por la legislación de aguas, la Administración actúa como un repartidor de los recursos, que si bien persigue el cumplimiento de fines de *interés público*, estos son asimilados al libre y gratuito acceso de los particulares a la

---

30 Ibid. pp. 213 - 214.

31 GARCÍA, María Jesús. *Técnicas preventivas de protección ambiental en el régimen de uso y utilización del dominio público hidráulico*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 37 - 38.

32 Ibid. pp. 40 - 41.

explotación de las aguas, lo que se ve complementado con las débiles facultades que posee la Administración para la gestión de las mismas.

### I.III. El acceso de los particulares a las aguas: el derecho de aprovechamiento

El Código de Aguas de 1981 permite, en ciertos casos, la utilización de los recursos hídricos sin que sea necesario obtener previamente un derecho de aprovechamiento de aguas. Así, por ejemplo, toda persona puede cavar en suelo propio pozos para la bebida y uso doméstico (artículo 56 inciso 1)<sup>33</sup>. Sin embargo, es importante destacar que los casos de autorización legal para usar las aguas, en ningún caso constituyen para el particular un derecho de aprovechamiento. Este alcance no es de menor relevancia, ya que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas tiene las facultades de uso, goce y disposición de aquel derecho, lo que le permite enajenarlo o gravarlo. Además de estar garantizado por la Constitución, en virtud del régimen de propiedad privada, toda vez que de acuerdo al artículo 19 N° 24 inciso final “[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

El régimen chileno de los derechos de aprovechamiento, con la finalidad de establecer un mercado de aguas, se caracteriza, en primer lugar, por el hecho de que la Dirección General de Aguas (en adelante DGA), siempre que exista disponibilidad del recurso y que la solicitud fuere legalmente procedente, se encuentra obligada a constituir los derechos<sup>34</sup> de manera gratuita, a perpetuidad, y sin considerar –por regla general– algún tipo de preferencia en cuanto al uso que se le vaya a dar a los recursos hídricos, ni siquiera el consumo humano<sup>35</sup>. Lo anterior, constituye una medida de carácter regresivo prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), toda vez que el Código de Aguas de 1951 contemplaba un orden de preferencia en el caso de existir dos o más interesados, considerando en primer lugar a la bebida y el servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales, y en segundo lugar los usos domésticos y el saneamiento de la población<sup>36</sup>. Asimismo, tampoco se considera la tradicional norma del

33 Asimismo, el uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio particular corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio y no caigan a cauces naturales de uso público, permitiéndose al propietario almacenarlas dentro del predio por medios adecuados, y siempre que no se perjudiquen derechos de terceros (artículo 10). Por su parte, el dueño de un predio puede usar las aguas pluviales que corren por un camino público y torcer su curso para utilizarlas (artículo 11). Tratándose de los derrames, definidos como las aguas que quedan abandonadas después de su uso a la salida del predio, se permite que mientras escurran en forma natural a predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento (artículo 43 y 44). CHILE. DFL N° 1.122 de 1981.

34 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, artículo 141 inciso final.

35 Excepción a esta regla la constituye el artículo 147 inciso 3º, véase apartado 1 de esta sección.

36 En tercer lugar se contemplaba el abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; en cuarto el regadío; en quinto las plantas generadoras de energía; en sexto las industrias, molinos y fábricas; y en séptimo los demás usos. CHILE. Ley N° 9.909 de 1951, del Ministerio de Justicia. Fija textos definitivos del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1951, artículo 30.

Derecho Comparado sobre el uso efectivo y beneficioso, de acuerdo a la cual: a) el agua no debe ser desperdiciada ni tampoco obtenida con fines especulativos; b) el uso debe ser reconocido y socialmente aceptado; c) los recursos hídricos deben ser aprovechados de manera eficiente; y d) el uso de las aguas debe de ser más razonable que otros<sup>37</sup>. Esta clásica norma del Derecho de Aguas permite la caducidad de los derechos cuando no existe un uso beneficioso continuo por tres o cinco años, o bien cuando los recursos se utilizan en exceso y de manera no beneficiosa por un período determinado<sup>38</sup>. En Estados Unidos, por ejemplo, la atención más relevante en los sistemas de permisos la constituye el hecho de que los usos de las aguas están orientados hacia un interés público, por lo que las leyes estatales generalmente consagran que la asignación de los recursos hídricos debe estar en congruencia con el bienestar público, supeditándose la apropiación y la cesión de los derechos a determinadas condiciones<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la Administración a través de la DGA, se encuentra imposibilitada de imponer algún tipo de condición destinada a un uso social o ecológico de los recursos, que permita caducar o revocar los derechos en caso de incumplimiento<sup>40</sup>. En tercer término, con el especial objeto de sentar las bases para que opere un mercado de aguas, el sistema permite la libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento<sup>41</sup>. Con esto se logra separar el agua de la tierra lo cual genera externalidades, pues las transacciones de los derechos separados de la tierra suponen que las captaciones se pueden realizar en otro sitio, pudiendo afectarse negativamente al medio ambiente<sup>42</sup>. En cuarto lugar, destaca el hecho de que por regla general el solicitante no requiere justificar la cantidad de agua pedida –salvo que se solicite una cantidad de agua manifiestamente superior a la que necesita extraer atendiendo a los fines invocados en la solicitud<sup>43</sup>–, y en ningún caso se contempla

37 SOLANES, Miguel y GONZALEZ-VILLARREAL, Fernando. "Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2002, p. 493.

38 DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei. *El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad*. Santiago: CEPAL, Serie recursos naturales e infraestructura, N° 3, 1999, p. 16.

39 GETCHES, David. "La situación en Estados Unidos de América: Deferencia hacia los Estados; Supremacía Federal". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*. 1ª ed. Zaragoza: Aranzadi, 2009, pp. 60 - 61.

40 La legislación alemana permite la imposición de condiciones basadas en requerimientos ambientales y económicos de la gestión de los recursos hídricos, incluso una vez que el permiso haya sido otorgado. Así, los derechos de aguas pueden revocarse, entre otras causas, por la no utilización de los recursos, por el cambio de uso sin autorización de la Administración, por falta de necesidad, o por su uso más allá de los límites establecidos en el permiso. SOLANES y GONZALEZ-VILLARREAL (2002), ob. cit. pp. 496 - 497.

41 De acuerdo al artículo 21 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento se transfieren, transmiten, y se adquieren o pierden por prescripción, de acuerdo a las reglas del Código Civil.

42 VERGARA, Alejandro. "Medios legales de armonización de los antiguos y nuevos usos del agua con las exigencias medio ambientales: el caso de Estados Unidos y de Chile". En: *Revista de Derecho Económico*, vol. II, N° 1. 2000. p. 273.

43 En dicho caso el Director General de Aguas podrá limitar el caudal, pero en ningún caso denegar la solicitud. DFL N° 1.122 de 1981, artículo 147 inciso 2º.

la obligación de mantener el uso para el cual se solicitaron los recursos. No obstante, los derechos se encuentran afectos al pago de una patente anual a beneficio fiscal en el caso que no se realicen las obras de captación de las aguas para su uso, y las obras necesarias para su restitución en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivo<sup>44</sup>.

#### **I.IV. La gestión hidrológica**

A continuación se aborda la extensión del principio de unidad de cuenca y la planificación de las aguas en el Derecho chileno.

##### **I.IV.I El principio de unidad de cuenca hidrográfica en el Derecho de Aguas nacional**

El Código de Aguas formaliza el principio de unidad de cuenca, en su artículo 3, al establecer que “[l]as aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

En este sentido, existen varias normas que reflejan la existencia de este principio, como el artículo 22 del mencionado texto legal, donde se indica que el derecho de aprovechamiento de aguas deberá constituirse considerando la relación existente entre las aguas superficiales y subterráneas<sup>45</sup>.

También, cabe hacer mención a los artículos 263 y siguientes del texto de aguas que permiten a las personas naturales o jurídicas y a las Organizaciones de Usuarios que aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca hidrográfica, para que puedan organizarse como Juntas de Vigilancia<sup>46</sup>. Lo anterior, con la finalidad

44 *Ibid.* Título XI, artículos 129 bis 4 –129 bis 21. Para lo anterior, la DGA por medio de resolución, debe anualmente confeccionar un listado de los derechos sujetos al pago de la patente, acto administrativo que deberá publicarse en el Diario Oficial, el 15 de enero de cada año o el día hábil siguiente si aquél fuere feriado, debiendo pagarse el tributo dentro del mes de marzo (artículo 129 bis 7). Sin embargo, esta patente no ha sido lo suficientemente efectiva para desincentivar el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento, debido entre otros motivos al precio de mercado de los derechos en comparación al cobro de la patente, y a los mecanismos de evasión. VALENZUELA, Christian, et al. “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso de derechos de aguas?”, en: *Revista CEPAL*, N° 109. 2013, p. 181.

45 En el mismo sentido, CHILE. Resolución Exenta N° 425 de 2007, de la Dirección General de Aguas. Deja sin efecto Resolución D.G.A. N° 341, de 2005, y establece nuevo texto de Resolución que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 16 de abril de 2008, artículos 22 y 25.

46 El Código de Aguas destina su Título III a las denominadas Organizaciones de Usuarios, disponiéndose que si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo cauce natural podrán organizarse como Junta de Vigilancia.

de administrar y distribuir las aguas en sus fuentes naturales, de explotar y conservar las obras de aprovechamiento común. No obstante, el carácter meramente discrecional de estas normas lleva a que en la gran mayoría de los casos estas organizaciones administren las aguas a través de tramos o secciones de ríos, y no al nivel de cuenca hidrográfica, lo que imposibilita claramente una gestión integrada de los recursos hídricos, impidiendo el control de las externalidades y una adecuada planificación a largo plazo<sup>47</sup>.

Además, en ciertas situaciones el legislador concede, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de aguas, desentendiéndose de este principio. Este es el caso del derecho de los titulares de concesiones mineras estipulado en el artículo 56 inciso 2 del Código de Aguas y el artículo 110 del Código de Minería<sup>48</sup>. Por último, no se exige que las cuencas hidrográficas deban ser las unidades básicas para la administración de las aguas, y tampoco contempla la exigencia de planes hidrológicos basados en este principio.

#### **I.IV.II. La planificación de los recursos hídricos**

La planificación hidrológica ha sido un tema bastante ausente en el sistema impuesto por el Código de Aguas, en donde la presencia de los elementos necesarios para la existencia de un mercado hacía presumir la falta de necesidad de este tipo de estrategia<sup>49</sup>. De acuerdo a Bauer, la incapacidad de la Administración para responder a una adecuada gobernanza y gestión integrada de las aguas, constituye la debilidad más importante del modelo chileno<sup>50</sup>.

Así, el mencionado cuerpo legal atribuye a la DGA la potestad para "planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular *recomendaciones* para su aprovechamiento" (artículo 299 letra a). En efecto, el actual sistema entrega directamente la gestión y la planificación de los recursos a los particulares.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.300 de 1993, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se establece una serie de instrumentos de gestión ambiental. Entre ellos, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), y los Planes de Manejo, consagrándose relevantes disposiciones en lo que al aprovechamiento de los recursos hídricos se refiere. Tratándose del SEIA, el artículo 10 de la ley contempla, dentro de los

47 SALAZAR, Carlos. *Situación de los recursos hídricos en Chile*. México DF: Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C. 2003, pp. 93 - 94.

48 CHILE. Ley N° 18.248 de 1983, del Ministerio de Minería. Código de Minería. *Diario Oficial*, 14 de octubre de 1983.

49 PEÑA, Humberto. "Chile: 20 años del Código de Aguas". En: DONOSO, Guillermo, et al. *Mercados (derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*. CEPAL. Serie recursos naturales e infraestructura, N° 80. 2004, p. 23.

50 BAUER, Carl. "¿La ley del péndulo? Conflictos de aguas y gobernanza en Chile desde 2005". En: *VII Acta de las Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 638.



proyectos o actividades que deben someterse a este mecanismo, a determinadas obras hidráulicas, a proyectos de saneamiento y a actividades que apliquen productos químicos cerca de cuerpos de aguas. El principal problema en estos casos, es que la tramitación de los proyectos se inicia una vez que se han obtenido los derechos de aprovechamiento, por lo que al momento de analizarse los impactos sobre los recursos hídricos, el titular del proyecto ya cuenta con el respaldo de sus derechos de aguas. Incluso es posible que un proyecto sea rechazado y de igual forma mantenga sus derechos sobre las aguas<sup>51</sup>.

En cuanto a los Planes de Manejo, la ley N° 19.300 establece que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se debe efectuar asegurando su capacidad de regeneración. Para ello, se concede al organismo público, encargado de regular el uso o aprovechamiento de los recursos hídricos en un área determinada, la facultad de exigir a los usuarios la presentación y cumplimiento de Planes de Manejo<sup>52</sup> de los mismos recursos, a fin de asegurar su conservación (artículos 41 y 42). Sin embargo, no se otorgan a la Administración facultades para limitar la esencia de los derechos de aprovechamiento o para obligar a sus titulares a cumplir las condiciones de respetar un caudal ecológico mínimo<sup>53</sup>. Estos obstáculos se pretendieron soslayar a través de la ley N° 20.017 de 2005, que introdujo reglas para la protección de la naturaleza y la protección del medio ambiente, incorporando un nuevo título al Código de Aguas<sup>54</sup>. De esta forma, el artículo 129 bis 1 dispone que la DGA, al otorgar los derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológico mínimo, teniendo en cuenta las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial, y por regla general no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial<sup>55</sup>. No obstante, este caudal ecológico afecta únicamente a los nuevos derechos y no a los ya constituidos, restringiendo el alcance de la norma, debido principalmente a que, en la mayoría de las cuencas hidrográficas de la zona central hacia el norte, los derechos de aprovechamiento sobre aguas superficiales ya han sido otorgados<sup>56</sup>.

51 ORREGO, Juan Pablo. *Legislación e Institucionalidad para la gestión de las aguas*. Santiago: Terram, 2002), p.18.

52 Los Planes de Manejo son aquellos que regulan las actividades que se realizan en un área determinada a fin de compatibilizarlas con la conservación de los recursos naturales de esa misma área. DOUGNAC, Fernando. "El aprovechamiento ambiental del recurso agua en relación con los planes de manejo que establece el artículo 42 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente". En: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol. III, N° 2. 2001, p. 391.

53 VERGARA (2000), ob. cit. (43), 274.

54 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, Título X, artículos 129 bis 1 - artículo 129 bis 3.

55 Véase CHILE. DS N° 14 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo. *Diario Oficial*, 30 de julio de 2013, artículos 3 ss. El Reglamento dispone una serie de criterios para el establecimiento de este caudal, reglas que deben aplicarse cada mes del año en el punto de captación solicitado.

56 En efecto, las posibilidades reales de establecer exigencias en este sentido son mínimas, y se restringen a que el Estado pueda expropiar los derechos de aprovechamiento de aguas indispensables para la mantención de un caudal ecológico mínimo; o bien a que se conceda a la Administración la facultad para poder comprar los derechos, en cualquier otro caso se vulneraría el principio de propiedad consagrado en la Constitución. MALLEA, María Isabel. "Protección ambiental de las aguas en Chile: avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos". En: *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 25. 2011, pp. 47 - 48.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código de Aguas contempla una serie de casos excepcionales en que la DGA puede intervenir directa o indirectamente en la explotación de las aguas subterráneas. Y que consisten en la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, en decretar áreas de restricción, y finalmente en autorizar la recarga artificial de acuíferos. Además, se permite la intervención de la DGA para decretar el agotamiento de fuentes naturales de aguas superficiales, así como la declaración de zonas de escasez<sup>57</sup>. Debe destacarse que la mayoría de estas figuras fueron modificadas por la Ley N° 20.017.

En síntesis, la legislación nacional no reconoce un derecho subjetivo que permita a las personas garantizar su derecho humano al agua y al saneamiento. Entiende que el interés público que justifica la titularidad de la Administración de las aguas, radica en el libre y gratuito acceso de los particulares al uso de este recurso, y no su gestión sustentable. No consagra un orden de preferencia en razón del uso que se le deba dar al agua, con el propósito de garantizar el derecho humano al agua y al saneamiento, constituyendo una medida regresiva que viola el DIDH. Permite la administración por tramos o secciones de ríos, vulnerando el principio de unidad de cuenca. Y por último, si bien la reforma del año 2005 incorporó la figura del caudal ecológico mínimo, éste se aplica únicamente a los nuevos derechos y no a los ya constituidos. En este contexto, a continuación se examinan las principales debilidades de nuestra legislación de aguas para dar cumplimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

## **II. Los principales problemas del Sistema de Uso de las aguas en Chile**

### **II.I. La contravención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: los efectos adversos del sistema de uso de las aguas en Chile**

La primera parte de esta segunda sección, tiene por objeto hacer una descripción general de los principales impactos ambientales y sociales del Derecho de Aguas nacional.

#### **II.I.I. De la conservación de las aguas a su sobreexplotación**

En el ámbito internacional tanto el bien jurídico protegido medio ambiente como el derecho humano al agua y al saneamiento, constituyen un límite para el desarrollo de las

---

57 Sobre los datos actuales de estas medidas de protección, véase DGA. *Atlas del Agua*. Chile 2016 [en línea], <http://www.dga.cl/atlasdelagua/Paginas/default.asp> (Consulta: 03 de abril de 2016).

actividades económicas en general, y para los usos de las aguas en particular. Lo anterior, con la finalidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales garanticen la protección del medio ambiente, como derecho humano autónomo y como *conditio sine qua non* de los demás derechos humanos y, entre ellos el propio derecho humano al agua y al saneamiento.

Disponer de recursos hídricos en Chile es un fenómeno bastante incierto, debido a las notorias diferencias que existen entre la zona norte y centro del país con la zona sur, y a la variabilidad impuesta por los períodos de sequía y abundancia<sup>58</sup>. Ahora bien, mientras el promedio de disponibilidad hídrica nacional es de 9.245 metros cúbicos por habitante al año, la cosa cambia cuando se analiza desde Santiago al norte, donde la disponibilidad promedio es de 639 metros cúbicos por habitante al año, llegando incluso en algunas regiones a los 200 metros cúbicos<sup>59</sup>. Estas cifras son claramente insuficientes y por lo demás alarmantes, ya que reflejan el valor de la oferta de agua para más del sesenta por ciento de la población nacional<sup>60</sup>, lo que junto al aumento de la intensidad de la sequía en los últimos años agudiza aún más el problema. Lo anterior, hace que las aguas subterráneas cobren gran relevancia, tanto para el abastecimiento de agua potable, como para satisfacer la demanda del sector industrial y minero<sup>61</sup>. Avanzada la zona central hacia el sur, la disponibilidad natural de agua supera los 9.000 metros cúbicos por habitante al año, llegando hasta los 169.500 metros cúbicos, por lo que la disponibilidad hídrica es más favorable en esta parte del territorio debido principalmente a la mayor pluviosidad<sup>62</sup>.

Además de la incertidumbre natural en la utilización de las aguas, el desarrollo de las diversas actividades productivas ejerce una constante presión sobre los mismos. Es así como, ante el incesante crecimiento económico, el sector agropecuario, la minería, la industria<sup>63</sup> y la hidroelectricidad compiten por la utilización del recurso, en desmedro de la sustentabilidad ambiental y el abastecimiento de la población. Este agotamiento del recurso se ve reflejado en el no otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento sobre aguas superficiales, especialmente en la extensión que va desde la zona central hacia

58 DONOSO, Guillermo, et al. "Análisis de los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas del Maipo y el Sistema Paloma en Chile: efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), Monografías, *El derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 109.

59 PIZARRO, Roberto, et al. "Capítulo 2. Aguas Continentales". En: GLIGO, Nicolo (Dir.), *Informe País: El Estado del Medio Ambiente en Chile 2008*. Santiago: Geo Chile, 2010, p. 75.

60 Ibid.

61 MATUS, Nancy, et al. *Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad*. Santiago: Chile Sustentable, 2004, p. 16.

62 PIZARRO, et al, ob. cit. (60), p. 75. Lo anterior, sin perjuicio de las recientes sequías que han afectado a la región de la Araucanía y Los Lagos.

63 A nivel nacional, el sector agropecuario es el que representa la mayor demanda de agua con un 82% del total. Por su parte, la industria y la minería representan el 10 %, mientras que el agua potable para consumo humano equivale al 8%. DGA (2016), ob. cit. p. 125.

el norte del país<sup>64</sup>, afectando directamente la disponibilidad del recurso, lo que se traduce en la violación de la normativa internacional.

En definitiva, y si bien los problemas de escasez afectan las distintas zonas del país, los principales problemas relativos a la sobreexplotación de los recursos hídricos tienen lugar en las zonas central y norte<sup>65</sup>. Esto se debe a que dichas áreas, además de ser áridas, son objeto de una gran actividad económica, un sector minero importante, y una sequía cada vez más intensa. Es así como en la aludida extensión territorial, desde hace años que los derechos de aprovechamiento de aguas ya otorgados no permiten garantizar un caudal mínimo ecológico, pudiendo incluso los usuarios secar literalmente los cauces si todos hicieran uso de sus derechos<sup>66</sup>, generando en consecuencia un grave estrés hídrico, lo que pone en riesgo el bien jurídico medio ambiente y la dimensión material del derecho al agua y al saneamiento garantizados por el DIDH.

### **II.I.II. La igualdad y la no discriminación: la (in)equidad social**

El Derecho Internacional exige que tanto la protección del medio ambiente como la garantía del derecho humano al agua y al saneamiento, se proyecten por el Derecho nacional dando estricto cumplimiento al principio de igualdad y no discriminación. En Chile si bien la cuestión de la equidad social es un tema que escapa a los límites del actual sistema de uso de aguas, resulta conveniente hacer alusión a la intensificación de esta problemática a raíz del Derecho de Aguas vigente. Con la entrada en vigencia del Código de Aguas, las autoridades nunca proporcionaron a la ciudadanía la adecuada información y asistencia que dotase a todos los sectores de la población una igualdad de condiciones. De esta forma, los pequeños agricultores se han encontrado prácticamente marginados del mercado de aguas, ya que generalmente no tienen regularizados sus derechos de aprovechamiento. Asimismo, no tienen los suficientes recursos financieros, ni el peso social y político, para defender sus derechos e intereses, en un sistema donde la principal vía de tratar los conflictos es a través de la negociación<sup>67</sup>.

De esta manera, el libre acceso de los particulares a los recursos hídricos, unido a la falta de regularización que permita condicionar dicho acceso<sup>68</sup>, en atención de un uso

---

64 *Ibid.* p. 114.

65 Entre el año 2008 y agosto de 2015, la autoridad se vio obligada a aprobar setenta decretos de escasez hídrica en las zonas centro y norte, de un total de setenta y cinco para todo el país. *Ibid.* p. 118.

66 ASTORGA, Eduardo. "La valoración ambiental del territorio, uno de los servicios ambientales del agua". En: *Revista de Derecho Ambiental*, año II, Vol. 2. 2006, p. 116.

67 BAUER, Carl. *Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Bilbao: Bakeaz. 2004, p. 144.

68 Véase apartado III.II de la primera sección, de este trabajo.

racional y sustentable de los mismos, genera grandes problemas de desigualdad. En este sentido, debe considerarse que dicha inequidad no es sólo económica, sino también social y ambiental<sup>69</sup>. Asimismo, estas consecuencias negativas se ven acrecentadas ante la ausencia de mecanismos de participación, en donde la población en general, y los más pobres en particular, se ven excluidos de la toma de decisiones relacionadas con la gestión, planificación y uso racional de las aguas, la cual es entregada directamente a los usuarios.

En el presente, muchas comunidades, especialmente de la zona central y norte del país, se han visto significativamente afectadas por la sobreexplotación de las aguas y la desertificación de los suelos, causadas principalmente por el alto desarrollo de la minería y la agroindustria. Así, poblaciones de tradición agrícola y ganadera, y en ciertos casos comunidades indígenas, se han visto privadas de los recursos hídricos fundamentales para el desarrollo de sus actividades, por lo que han tenido que abandonar sus asentamientos sin más opción que migrar a los centros urbanos en condiciones precarias, y con escasas posibilidades de encontrar empleo. De igual forma, numerosos campesinos se han visto obligados a reducir sus cultivos, mermando su productividad e incluso sufriendo la pérdida de sus medios de subsistencia<sup>70</sup>. De acuerdo a cifras oficiales, mientras la población urbana tiene cubierto en un 99,90% el suministro de agua potable, y en un 96,65% el acceso a alcantarillado<sup>71</sup>, alrededor de medio millón de personas que habitan zonas rurales no poseen agua potable en sus viviendas, debiendo conseguir el abastecimiento del recurso por medios insuficientes como son los camiones aljibe<sup>72</sup>. Lo anterior, intensifica aún más el problema, toda vez que la cobertura de agua potable para la población rural semi-concentrada apenas ronda el 2%<sup>73</sup>.

Como corolario, la inequidad social es sin duda un efecto negativo de la legislación de aguas y una vulneración del estándar internacional, que debería ser objeto de un mayor debate a nivel de todos los sectores sociales, y tomada especialmente en cuenta por cualquier política que pretenda mejorar realmente el actual sistema de uso de agua en Chile.

---

69 Sobre justicia ambiental en Chile, véase BERMÚDEZ y HERVÉ, *Justicia ambiental, derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero*. 2013.

70 Véase un completo análisis en LARRAÍN y POO, *Conflictos por el agua en Chile entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*. Santiago, Programa Chile Sustentable, 2010.

71 DGA (2016), ob. cit. (52), p. 126.

72 *Ibid.* p. 4.

73 DGA. *Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025* [en línea], [http://www.mop.cl/Documents/ENRH\\_2013\\_OK.pdf](http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf) (Consulta: 21 de marzo de 2016).

## **II.II. El origen jurídico de las principales debilidades de nuestro sistema de uso de aguas**

A continuación se estructura, resume y caracteriza el Derecho de Aguas chileno, a la luz de los principios fundamentales del Derecho Internacional del Medio Ambiente (en adelante DIMA).

### **II.II.I. La falta de integración existente entre la protección del medio ambiente y el sistema hídrico nacional**

El sistema jurídico chileno se preocupa especialmente de consolidar y estructurar el modelo de una economía de mercado. Es así como la Constitución establece la libertad de adquirir toda clase de bienes, y reconoce y protege la propiedad del derecho sobre las aguas (artículo 23 y 24 inciso final). En este mismo sentido, el Código de Aguas consagra una serie de instrumentos destinados a sentar las bases para el funcionamiento de un mercado de aguas, y que consisten principalmente en fortalecer la propiedad privada sobre los derechos de aguas, en la libertad para acceder y transferir tales derechos, y en la igualdad de condiciones para ejercer las actividades económicas.

Para Yañez y Molina la reforma al Código de Aguas del año 2005, por un lado, no dispuso de mecanismos para asegurar la sostenibilidad y la gestión integrada de las aguas, incluyendo su valoración social, cultural y ambiental. Y por otro, tampoco significó el establecimiento de una normativa que protegiera el derecho de la sociedad civil en general<sup>74</sup>.

Por otra parte, la propia Carta Fundamental dispone como derecho fundamental el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar por la preservación de la naturaleza (artículo 19 N° 8). Asimismo, admite expresamente la restricción del derecho de propiedad cuando lo exija, entre otros valores, la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19 N° 24).

En el caso particular de los recursos hídricos, la Constitución no reconoce expresamente la naturaleza jurídica de dominio público de estos bienes y, sin perjuicio de que este defecto lo subsana la legislación de aguas, ésta última no consagra de manera adecuada los instrumentos indispensables para resguardar la finalidad pública que debería justificar la afectación de las aguas como bien nacional de uso público. Por consiguiente, el abismo existente entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos –

---

74 YAÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl (Comp.). *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2011, p. 155.

como recursos naturales que son— y la escasa extensión de las normas que reconocen la finalidad pública de los mismos, hace que el sistema chileno no provea al Estado de las facultades necesarias para garantizar una conservación mínima de los recursos hídricos, a través de una gestión y planificación que le permita velar por la utilización racional de los mismos.

De este modo, en Chile urge la necesidad de fortalecer la naturaleza pública de las aguas, no sólo a través de un reconocimiento expreso en la Constitución, sino también mediante instrumentos jurídicos destinados a materializar la función pública que sirve de base a la afectación de estos recursos, y que deben responder necesariamente a una gestión pública y racional de las aguas que, en definitiva, permita proteger el medio ambiente como bien jurídico propiamente tal y como dimensión material del derecho humano al agua y al saneamiento. A su vez, cualquier avance sustantivo que se pretenda hacer en la materia deberá tomar en consideración este problema, de tal forma que se integre la protección de estos recursos naturales y las políticas económicas, lo que deberá estar guiado por los fundamentos del DIMA, que se analizan brevemente a continuación.

### **II.II.II. La ausencia de los principios de prevención y precaución**

La primera contra-manifestación de los principios de prevención y precaución la constituye el hecho de que, al momento de otorgarse los derechos de aguas, no existe preferencia legal alguna relativa a la utilización que se le deba dar a los recursos, no contempla medios de solución de conflictos derivados de los múltiples usos del agua y carece de mecanismos adecuados para combatir la sequía y el estrés hídrico<sup>75</sup>. Asimismo, tampoco se exige un uso efectivo y beneficioso que responda a un interés público encaminado al uso racional de las aguas, y que constituya la base, la medida y el límite de los derechos de aprovechamiento.

Igualmente, la Administración se encuentra imposibilitada de aplicar cualquier tipo de cláusula que le permita condicionar los derechos de aprovechamiento a un uso social o ecológico de los recursos, con la facultad de caducar o revocar los derechos en caso de incumplimiento. En el mismo sentido, la amplia libertad que tienen los particulares para transferir los derechos de aprovechamiento de aguas también atenta contra el principio de precaución, pues permite separar las aguas de la tierra posibilitando la generación de externalidades negativas para el medio ambiente.

<sup>75</sup> GUILOFF, Matías. "El derecho al agua como derecho humano: el caso de la provincia de Petorca". En: VIAL, Tomás (Ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2013, p. 287.

Mención especial merece la ausencia de un sólido principio de unidad de cuenca que permita un tratamiento conjunto de las aguas superficial y las subterráneamente, de tal manera que la cuenca hidrográfica sea la base de una gestión y planificación de los recursos hídricos. De esta forma, y entre otros factores, se obstaculiza una gestión integrada de los recursos hídricos, que controle las externalidades y permita una adecuada planificación. Asimismo, la legislación de aguas tampoco contempla la exigencia de planes hidrológicos vinculantes con fundamento legal, basados en el principio de unidad de cuenca.

En cuanto a las atribuciones de la Administración, en todos los casos en que se permite a la DGA intervenir en la gestión de las aguas, ya sea a través de la declaración de zonas de prohibición, zonas de escasez u otra figura, la autoridad únicamente puede actuar una vez que la amenaza al recurso es inminente, y no de forma preventiva, lo que claramente constituye una vulneración del principio de precaución.

En consecuencia, de acuerdo al DIMA resulta necesario asimilar la trascendencia de la delimitación del riesgo como el presupuesto fundamental de este principio, ya que al aceptar algunos y rechazar otros, por medio de una participación de todos los actores involucrados, se define el área de resguardo y custodia de los recursos hídricos –medio ambiente–, así como la responsabilidad del Estado y los particulares.

### **II.II.III. La falta del principio de cooperación**

El Derecho de Aguas chileno, y particularmente el Código de Aguas, fue establecido en ausencia de cualquier tipo de participación de la ciudadanía, y sin un consenso político, lo que demuestra la falta inicial de cualquier tipo de debate que haya permitido a los diversos actores sociales intervenir en la aceptación de los diversos riesgos propios del entonces nuevo modelo. En cuanto al sistema de uso de las aguas en particular, debe sumarse el hecho de que al entregarse la gestión y planificación de los recursos hídricos a los usuarios, la sociedad en general se ha encontrado incapacitada de ejercer cualquier tipo de influencia en el establecimiento de límites que permitan resguardar los intereses sociales y ambientales relativos a los recursos hídricos.

De este modo, el modelo de uso de las aguas en Chile es la antítesis de cualquier sistema que se encuentre estructurado de acuerdo al principio de cooperación. Desde el punto de vista institucional, la situación es bastante preocupante, ya que la intervención de la Administración se reduce prácticamente a otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas, careciendo de todo tipo de herramientas jurídicas que le permitan gestionar y planificar racionalmente los recursos hídricos en atención a unos objetivos ambientales. Y,



si bien el legislador le permite a la DGA intervenir en determinados casos, dicha intervención está destinada principalmente a resguardar intereses privados y no el interés general.

Por otra parte, una vez que la autoridad constituye los derechos de aprovechamiento, la gestión de las aguas pasa a ser una facultad exclusiva de los usuarios, quienes en ningún caso se ven obligados a seguir una planificación determinada previamente por la Administración y que les exija cumplir con ciertos estándares u objetivos ambientales destinados a un uso racional de los recursos. En virtud de lo anterior, las Organizaciones de Usuarios se han dedicado a distribuir las aguas entre sus miembros, y a explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, sin preocuparse de los temas ambientales. Asimismo, gestionan las aguas por tramos o secciones, desconociendo el principio de unidad de cuenca. Desde el punto de vista de la colaboración social, debe recordarse que en este sistema no existen mecanismos de participación ciudadana, marginando a la sociedad de todo tipo de decisiones que puedan afectar a los recursos hídricos, lo que constituye un atentado a este principio.

En síntesis, la colaboración entre los actores sociales que se ven afectados por el uso de los recursos hídricos es, prácticamente, inexistente debido principalmente a la rigidez del sistema que impide una adecuada cooperación.

#### **II.II.IV. Del principio de responsabilidad a la irresponsabilidad**

En definitiva, el Derecho de Aguas chileno en su afán de sentar las bases de un mercado, no prioriza la responsabilidad que le pudiese caber directamente a los particulares e indirectamente al Estado. Es así como el legislador impone a la Administración la obligación de otorgar, a los interesados, derechos de aprovechamiento de aguas de manera gratuita y a perpetuidad, y sin que la autoridad pueda establecer condiciones tendientes a un uso racional de los recursos hídricos.

Asimismo, los usuarios administran los recursos hidrológicos con holgada libertad, sin estar sujeto a mayor control por parte de la Administración, pudiendo la autoridad hacerles únicamente recomendaciones.

Por su parte, el Estado destaca por su irresponsabilidad, no sólo porque no responde por las externalidades provenientes de la sobreexplotación de los recursos hídricos, y que ciertamente repercuten en la sociedad y en el entorno, sino que además elude su responsabilidad que guarda relación con el despliegue del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, que establece el derecho a vivir en un medio

ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar por la preservación de la naturaleza.

Por último, en el capítulo final se hace referencia a los criterios básicos que debiera reunir cualquier reforma a la legislación de agua que tenga por finalidad dar cumplimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

### **III. Criterios indispensables para el cumplimiento del Estándar Internacional en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente**

En esta última sección, se abordan los criterios básicos que deben tomarse en cuenta al momento de pretender adecuar nuestro Derecho de Aguas al estándar fijado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

#### **III.I. Criterios generales desde un enfoque de derechos humanos**

El ajuste de la legislación de aguas al estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente, requiere de una política pública con perspectiva de derechos, que fije los principios transversales consagrados en la Constitución y en el DIDH, como un marco conceptual que posibilite encauzar el proceso de reforma<sup>76</sup>. De esta manera, el enfoque de derechos permite dar cumplimiento a los derechos humanos en las etapas de diseño, implementación y evaluación de la política social, y en donde los derechos como criterios de evaluación jueguen un rol preponderante<sup>77</sup>.

En consecuencia, los criterios esenciales para que la reforma al Derecho de Aguas permita asegurar el cumplimiento de los derechos humanos son: el reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento en los términos del DIDH; y la incorporación de los principios transversales de igualdad y no discriminación, acceso a la información y participación, y acceso a mecanismos de garantía (acceso a la justicia) y rendición de cuentas.

---

76 ROSSI, Julieta y MORO, Javier. *Ganar derechos. Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos*. MERCOSUR: IPPDH. 2014, p. 24.

77 SEPULVEDA, Magdalena. "De la retórica a la acción. Los elementos esenciales para garantizar que las políticas tengan un enfoque de derechos". En: *Seminario Internacional. Indicadores de derechos económicos, sociales, y culturales (DESC). Y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad*. Santiago: INDH, 2013, p. 24.

### III.I.I. El reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento

Una política pública con enfoque de derechos debe ir dirigida a la persona humana como sujeto de derechos, y no como simple beneficiario, por lo que el reconocimiento –a lo menos legal, y de preferencia constitucional– del derecho humano al agua y al saneamiento, aparece como una vía directa para cumplir aquel imperativo. En este sentido, la reforma debe considerar el consumo humano como el uso prioritario de los recursos hídricos<sup>78</sup>.

Asimismo, se debe proceder a definir el contenido jurídico de este derecho fundamental, de tal manera que permita asegurar su cumplimiento progresivo, empoderando a la sociedad civil a través de su promoción y difusión, y fijando los mecanismos de exigibilidad<sup>79</sup>.

### III.I.II. La incorporación de los principios transversales del DIDH

A continuación se aborda la inclusión de los principios de igualdad y no discriminación, el acceso a la información y participación pública, y el acceso a mecanismos de garantía y rendición de cuentas.

#### III.I.II.I. Igualdad y no discriminación

La no discriminación constituye una norma perentoria o *ius cogens*, que no admite "...tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión [...] o cualquier otra condición"<sup>80</sup>. A su vez, el principio de igualdad implica la obligación del Estado de "...eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas"<sup>81</sup>. Así, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades fundamentales no significa identidad de trato en toda circunstancia<sup>82</sup>, por lo que en determinadas ocasiones puede ser necesario o incluso imperativo realizar distinciones para respetar el principio de igualdad<sup>83</sup>. Por tanto,

78 En este sentido, GUILLOF, ob. cit. (76).

79 VÁZQUEZ, Daniel y DELAPLACE, Domitille. *Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción*, en: Sur, Revista internacional de derechos humanos, Vol. 8, N° 14. 2011, p. 42.

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva (2003).

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama con Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas (2005).

82 ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 18: No discriminación* (1989).

83 ONU Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización* (2004).

el principio de igualdad conlleva a que el Estado debe tratar a todas las personas naturales<sup>84</sup> con igual respeto y consideración, de manera que aquellas que se encuentran en una misma situación sean tratadas de igual forma, mientras que los sujetos que se encuentran en una situación diferente sean a su vez tratados de una manera distinta<sup>85</sup>.

De esta manera, la reforma al sistema hídrico chileno debe estar destinada no sólo a garantizar a todas las personas el derecho humano al agua y al saneamiento, sino también a permitir las acciones afirmativas que posibiliten acelerar la igualdad de facto de aquellos grupos vulnerables más susceptibles a la violación de este derecho<sup>86</sup>. En consecuencia, se deben identificar las colectividades que habitualmente se han visto vulneradas en el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento, para posteriormente singularizar los grupos que exigen una atención preferente<sup>87</sup>, como serían las personas que residen en las zona norte de nuestro país y en áreas rurales, y dentro de ellos los miembros de pueblos originarios, las personas dedicadas a la pequeña agricultura, las mujeres, los niños y niñas, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas migrantes, entre otras.

### III.I.II.II. Acceso a la información y participación

El acceso a la información es el instrumento esencial para el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de participación, y el principio de publicidad de los actos de la Administración. Así, las decisiones adoptadas en el ejercicio de la representación política deben ser comunicadas a la sociedad civil. En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso a este derecho, a través de la producción de datos, poniendo a disposición de la sociedad civil los actos del Gobierno, y difundiendo los más relevantes<sup>88</sup>, como aquellos referentes a la disponibilidad y calidad de las aguas, al otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, a los usos que los particulares hacen de los recursos, y todos aquellos indispensables para el rediseño de las políticas públicas. Lo anterior, implica que la entrega de la información, por parte del Estado, se efectúe a través de mecanismos de comunicación utilizables por todas las personas, y de una forma didáctica, precisa y concisa, de manera que sea entendible por todas las personas, especialmente aquellas que no tienen una formación técnica al respecto. La participación, por su parte, es una pieza esencial para

---

84 En conformidad al Derecho Internacional, únicamente las personas naturales poseen la calidad de sujetos de derechos humanos.

85 NASH, Claudio y DAVID, Valeska. "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio (Eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*. 2011, p. 162.

86 Véase, Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto)* (2009).

87 ABRAMOVICH, Víctor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo". En: *Revista de la CEPAL*, N° 88. 2006, p. 45.

88 ROSSI y MORO, ob. cit. (77) p. 83.

garantizar el ejercicio de los derechos humanos al agua, al saneamiento y a un medio ambiente adecuado, así como también para legitimar la reforma. De esta manera, es clave que los diversos instrumentos de participación permitan conducir las demandas sociales, generar un debate de enfoques y alcanzar acuerdos<sup>89</sup>.

De esta manera, el diseño de la reforma al sistema hídrico debe contar con una importante participación de la ciudadanía, permitiendo un amplio debate de todos los actores sociales. Asimismo, y posterior a la adopción de la normativa, se debe garantizar la participación de la sociedad civil en la gestión y la planificación de los recursos hídricos, de manera que la ciudadanía en general pueda colaborar en el resguardo de los recursos hídricos, en general, y del derecho humano al agua, en particular.

### **III.I.II.III. Acceso a mecanismos de garantía y rendición de cuentas**

El reconocimiento y la definición del derecho humano al agua y al saneamiento por parte del Estado, es el presupuesto esencial para facultar a las personas a exigir su cumplimiento a través de mecanismos de tutela y garantía, abandonando con ello la idea asistencialista de las políticas sociales como meros beneficios<sup>90</sup>.

En razón de lo anterior, junto con reconocer y determinar el mencionado derecho, se debe asegurar un mecanismo judicial, ya sea a nivel constitucional o a lo menos legal, que contemple una acción rápida, flexible y gratuita ante los tribunales de justicia, que constituya un dispositivo idóneo para garantizar el pleno disfrute del derecho humano al agua y al saneamiento. A su vez, se deberían fortalecer los mecanismos extrajudiciales, donde el derecho de acceso a la información constituye un derecho procedimental clave a la hora de transparentar las políticas públicas y exigir una adecuada rendición de cuentas. De esta manera, la facultad de los titulares de derechos a solicitar y recibir información pública permite, por una parte, facilitar el derecho de participación y, por otra, otorgar las herramientas necesarias para examinar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado<sup>91</sup>.

---

89 *Ibíd.*

90 ABRAMOVICH, *ob. cit.* (88), p. 40.

91 VÁZQUEZ y DELAPLACE, *ob. cit.*(80), p. 102.

### **III.II. Criterios particulares desde la perspectiva ambiental**

Además de los criterios generales del enfoque de derechos, la reforma al sistema hídrico debe basarse en los principios fundamentales del DIMA, de tal manera que la legislación de aguas provea a la Administración de los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar el uso racional de estos recursos, garantizando directamente el derecho a un medio ambiente adecuado y, en consecuencia, la dimensión material del derecho humano al agua y al saneamiento.

#### **III.II.I. Principios de prevención y precaución**

En cumplimiento de los principios de prevención y precaución, la reforma debe entregar a la Administración la facultad de limitar los derechos de aprovechamiento de aguas, a través de algún tipo de cláusula que permita condicionarlos a un uso efectivo y beneficioso de estos recursos, entregando a su vez la posibilidad de caducar los derechos de aprovechamiento en caso de incumplimiento.

Asimismo, se deben establecer las disposiciones legales que fortalezcan el principio de unidad de cuenca, de manera que sea ésta la base y la medida de la gestión y la planificación de las aguas, prohibiéndose la gestión por tramos o secciones que desconozcan este principio.

Por último, se deben modificar los mecanismos jurídicos que permitan a la Administración gestionar y planificar racionalmente las aguas en atención a objetivos ambientales, de manera que la DGA pueda actuar de forma preventiva y en su caso precautoria, y no solamente en caso de riesgo inminente.

#### **III.II.II. Principio de responsabilidad**

En virtud de este principio, la reforma al Derecho de Aguas debe entregar a la Administración la potestad para otorgar el uso de las aguas, previo pago de una tarifa razonable en atención al uso específico que se le dará al recurso y a la persona del usuario. Asimismo, y en razón del principio de igualdad y no discriminación, la Administración debiera igualmente eximir del pago de la tarifa cuando sea necesario para garantizar cualquier derecho humano en general, y el acceso igualitario al derecho humano al agua y al saneamiento en particular.

Igualmente, la ley debiera limitar el período por el cual se otorgue el uso del recurso,

de tal manera que permita una posterior revisión de las condiciones, los factores externos y los usos prioritarios, eliminando la perpetuidad.

### III.II.III. Criterios específicos

En síntesis, los criterios que fijarán los parámetros y las directrices de las medidas necesarias que debe adoptar el Estado para garantizar el pleno ejercicio de los derechos vulnerados, pueden resumirse en los siguientes:

1. Reconocimiento del recurso hídrico como bien de titularidad pública, quedando en consecuencia fuera del comercio privado<sup>92</sup>.
2. Planificación y gestión de las aguas sometidas al control de la Administración, con fuertes atribuciones que garanticen el abastecimiento para el consumo humano y la protección ambiental del dominio público hidráulico. De tal manera que se faculte a la Administración para adoptar medidas tendientes a evitar la producción de daños, extendiendo su actuación a aquellos casos en que se haya infringido la normativa o se haya producido un daño susceptible de ser reparado<sup>93</sup>.
3. Preponderancia del principio de unidad de cuenca, de tal modo que sobre la gestión unitaria de la cuenca hidrográfica se permita garantizar una administración equilibrada, integrada y global de todos los intereses que concurren en los diversos usos.
4. Acceso a la información que permita garantizar una adecuada participación de la sociedad civil, en todas las etapas de las políticas públicas relacionadas con los recursos hídricos, y especialmente en su planificación, gestión y control.
5. Asegurar los mecanismos de tutela, especialmente a través de la vía judicial, que posibilite asegurar el goce del derecho humano al agua y al saneamiento.
6. Aprovechamiento privativo de las aguas precisamente normado, en base a un orden de preferencia, que consagre en primer lugar al consumo humano.

---

92 CASADO, Lucía. "La intervención administrativa del Derecho de Aguas" [en línea]. *Dirección de Estudios Corte Suprema, Informes Académicos*. 2014. <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos?limitstart=0> (Consulta: 06 marzo 2016).

93 *Ibid.*

7. En cada orden de prelación, la Administración deberá dar preferencia a aquellos usos de mayor utilidad pública y, en su caso, a proyectos que empleen tecnologías que permitan un menor consumo de agua, o una mejora en su mantenimiento y/o calidad.
8. Consideración de los caudales ecológicos y los factores ambientales como un límite general a la explotación de las aguas<sup>94</sup>.

---

94 Ibid.



## Conclusiones

1. El sistema de uso de las aguas en Chile otorga al mercado la facultad de regular el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos y de resguardar la función social. De esta manera, nuestro Derecho de Aguas entrega la gestión de las aguas a los particulares, sin imponer suficientes exigencias ambientales, causando impactos negativos en la equidad social y en el medio ambiente. Por consiguiente, surge la necesidad de fortalecer los objetivos medioambientales en el Derecho de Aguas, de forma que se garantice la gestión racional de los recursos hídricos y su acceso a todos los sectores de la población.

2. Si bien en la legislación chilena todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público, la titularidad pública de los recursos hídricos se limita a la función de la Administración de otorgar los derechos de agua, dando cumplimiento a un fin público que es asimilado al libre y gratuito acceso de los particulares a la explotación del recurso. De este modo, el actual tratamiento jurídico de los recursos hídricos desconoce los fines públicos que justifican su afectación, y que consisten en un uso racional de las aguas, a través de una gestión y administración controlada de las mismas, que permita asegurar una disponibilidad mínima como para garantizar el disfrute del derecho humano al agua y al saneamiento a toda la población.

3. Por otra parte, la gestión hidrológica se encuentra marcada por la ausencia de un principio de unidad de cuenca que constituya la base de una adecuada administración, mientras que la planificación pública de los recursos es prácticamente inexistente, ya que la autoridad carece de los instrumentos normativos para llevarla a cabo. Y si bien existe una serie de figuras que permiten la intervención de la autoridad en la gestión de las aguas, ninguna de ellas es lo suficientemente adecuada para permitir una administración racional de los recursos hídricos. Asimismo, existe una ausencia de los mecanismos de participación que involucren no sólo a todos los usuarios, sino también a todos los sectores de la sociedad, incluyendo a la propia Administración.

4. La sobreexplotación de las aguas, provocada por el incesante crecimiento económico, ha originado diversas consecuencias perjudiciales tanto para el medio ambiente como para los grupos más vulnerables de la sociedad. De esta manera, el Derecho de Aguas chileno constituye una fuente de conflictos ambientales, violando con ello los derechos humanos al agua y al saneamiento, y a un medio ambiente adecuado.

5. El abismo que existe entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos –como recursos naturales que son–, y la precaria magnitud de las normas

que reconocen la finalidad pública de los mismos, se convierte en el quid de la cuestión a la hora de llevarse a cabo cualquier reforma que pretenda adecuar la normativa al estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente. Así, la integración entre la legislación de aguas y la protección del medio ambiente, como sustento material del derecho humano al agua y al saneamiento, se muestra como un imperativo a seguir, del tal manera que se provea al Estado de las facultades necesarias para garantizar una conservación mínima de los recursos hídricos, a través de una gestión y planificación que le permita velar por la utilización racional los mismos. Siendo indispensable que estos cambios estén dirigidos de acuerdo con los principios fundamentales del Derecho Ambiental.

**Recibido:** 11 de abril de 2016.

**Aprobado:** 13 de julio de 2016.

# ¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?

*Is the application of administrative penalties the only path to mandate a project to obtain an Environmental Impact Assessment?*

**Jorge Precht Pizarro**

jorgeprecht@gmail.com

**Alejandra Precht Rorris**

precht.ale@gmail.com

Profesores del Magister en Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile

## RESUMEN

Las facultades correctivas con las que se ha dotado a la Administración, entre éstas las de dictar órdenes de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deben ser ejercidas preferentemente como herramientas para el logro del cumplimiento de la ley, puesto que ésta interpretación responde de manera más eficiente y eficaz al resguardo del ambiente.

La Ley es clara al otorgar la mencionada facultad a la Superintendencia del Medio Ambiente, sin la necesidad que sea ejercida exclusivamente incoando un procedimiento sancionatorio.

**Palabras claves:** Elusión; Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; Cumplimiento; Sanciones Administrativa; Superintendencia de Medio Ambiente.

## ABSTRACT

The power to issue an administrative order in pursuit of the enforcement of the environmental law must be the first approach in order to achieve its compliance, this interpretation responds in a more efficient and effective manner regarding the environment protection.

There is no room for doubts in the Law when it grants the faculty to order a project to be submitted to an Environmental Impact Assessment to the Superintendence for the Environment, without bringing an administrative punitive procedure.

**Key words:** Elusion; Environmental Impact Assessment; Compliance; Administrative Penalties; Superintendence for the Environment.

## I. La función administrativa

El Estado en cuanto Administrador, tiene dentro de sus funciones la de resguardar para los ciudadanos el goce de bienes colectivos que la ley ha puesto bajo su tuición. Para el logro de lo anterior, en algunos casos, se le dota de facultades para autorizar actividades y posteriormente fiscalizar su desarrollo, en aras del cumplimiento de las normas y condiciones bajo las cuales fue autorizado.

Las potestades estatales, recogiendo la definición de Luis Carlos Sáchida consisten en “[e]l ejercicio de los poderes públicos por los respectivos titulares de la respectiva función, dentro del marco constitucional y legal, en orden a obtener el cumplimiento de los fines del Estado”<sup>1</sup>.

Una de las herramientas que se entrega a la Administración es el poder de autotutela, entendiéndose por ella “la posición que tiene la Administración frente al ordenamiento jurídico y a los Tribunales de Justicia para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de terceros, aún en contra de su voluntad y, en su caso para ejecutar materialmente sus propias decisiones (...). Esto permite comprender la forma de actuar que tiene los órganos de la Administración en su relación con los particulares, con el objeto de resguardar los intereses generales que le han sido asignados, lo cual no es óbice para que tales actuaciones sean objeto de revisión ulterior por la vía judicial”<sup>2</sup>. Además, “la Administración resuelve los conflictos que pueden surgir entre ella y otros sujetos, sin necesidad de acudir a los Tribunales, por lo que puede entenderse que en cierto sentido, se está otorgando su propia justicia”<sup>3</sup>.

Con todo, estrictamente hablando, en un Estado de Derecho no hay autotutelas absolutas, puesto que existen derechos públicos subjetivos que permiten ejercer el control externo de la Administración.

En el ámbito del derecho ambiental, el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de nuestro país prevé: “[e]l 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”. Este deber implica, a su vez, derechos de las personas a exigir que se garanticen con prestaciones efectivas lo que la Constitución asegura.

1 OSSA ARBELÁEZ, Jaime. “Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática”. LEGIS. Bogotá. Año 2000, p.33.

2 CORDERO, Eduardo “Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho Chileno”. Legal Publishing. Santiago. Año 2014, p.142.

3 MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director) *Diccionario de Derecho Administrativo*. Iustel. Madrid. Año 2005, p.295.

La Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente viene a concretizar la garantía constitucional creando una institucionalidad dotada, entre otros, de poderes de autorización, fiscalización y sanción. En particular, cabe señalar que la referida Ley enumera en su artículo 10<sup>4</sup> una serie de proyectos o actividades susceptibles de causar impactos y que deben obtener una resolución favorable de la Administración para poder desarrollarse, lo mismo que sus posteriores modificaciones<sup>5</sup>. En este caso particular, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) es el órgano encargado de otorgar dicha autorización.

Luego de iniciada la ejecución de un proyecto, el seguimiento del mismo compete a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), la que cuenta con una serie de atribuciones para la verificación y logro del cumplimiento ambiental.

## II. El enforcement o cumplimiento en materia administrativa

En este artículo utilizaremos el vocablo *enforcement* o cumplimiento para englobar tanto las facultades fiscalizadoras como las sancionadoras. Sin embargo, pondremos en relieve desde ya que la finalidad correctiva es la que nos parece más importante desde el punto de vista de la Administración, pues es aquella que viene a solucionar la presión negativa que un incumplimiento normativo, incluido por supuesto las autorizaciones, produce sobre el bien puesto bajo la tuición de un órgano administrativo. Lo anterior, ya que las potestades con que son dotados los órganos de la Administración tienen su fundamento en los intereses o bienes públicos a los cuales se asocia la creación del órgano<sup>6</sup>.

Este tema ha tomado gran relevancia puesto que en la actualidad el sector privado desarrolla muchas de las actividades y presta servicios que en el pasado eran realizados por el Estado. Sumado a lo anterior, hoy existe un aumento en la preocupación y sensibilidad por el cuidado de los bienes colectivos como el caso del ambiente, todo lo cual ha producido una mayor regulación, destacándose eliminar la dictación del artículo 2 de la Ley

---

4 Lo anterior es precisado por el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, D.S. N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente (D.O. 12.08.2012).

5 Artículo 9 de la Ley N°19.300.

6 La importancia de apreciar como centro de la función administrativa el objeto protegido por ésta ha sido reconocido por la Corte Suprema en materia punitiva: "*En efecto, la infracción administrativa está constituida por una conducta que por acción u omisión vulnera el orden jurídico-en este caso el sanitario- y que se manifiesta en una lesión a un interés que la legislación pretende proteger, por tanto, no es factible de exigir una descripción específica y detallada de todas las posibles conductas constitutivas de infracción. En este escenario, para dilucidar si la conducta es merecedora de reproche, debe estarse al interés o bien jurídico que se pretende proteger en la legislación, y si éste se ha visto amagado por la actuación del actor*" (considerando quinto). Lo subrayado es nuestro. En: Ingeniería y Construcción Valmar Ltda. Con Seremi de Salud (2011). Corte Suprema. 20 de julio de 2011. Rol N°5779-2009.

Nº20.417 (La Ley Orgánica de la SMA o LOSMA) que regula las facultades en el ámbito de la fiscalización y sanción ambiental<sup>7</sup>.

La LOSMA avanzó en la óptica del cumplimiento, aunque de una manera incipiente pues prioriza el procedimiento sancionatorio como vía de lograr el cumplimiento y muy particularmente a través del aumento en entidad y magnitud de las sanciones.

Sin lugar a dudas, existen múltiples razones para lo anterior como, por ejemplo, la disuasión de infracciones futuras, reafirmar la vigencia de la ley y el castigo propiamente tal. Sin embargo, dichas justificaciones no deben olvidar que la finalidad de las facultades radica en la protección del medio y en ese sentido deben priorizarse las medidas más eficaces, pues una vez afectado el ambiente su restauración o reparación es siempre costosa y no carente de incertidumbres técnicas.

La Administración al ejecutar un procedimiento administrativo de cumplimiento no debe olvidar que el eje central es la prevención y la mirada es hacia el futuro o prospectiva: hacia el cumplimiento. Si bien, comparte similitudes e instituciones con el derecho penal, la gran diferencia radicaría en que el procedimiento penal tiene una finalidad represiva por sobre la preventiva y mira hacia el pasado: hacia la infracción. Ello en términos muy generales ya que el penalista puede decir que también mira hacia el futuro buscando el efecto terapéutico de la pena, esto es la rehabilitación del delincuente y el evitar que en el futuro se repitan en la sociedad hechos como los que han sido penados (el denominado fin de la pena de la "prevención general").

Los avances de la Ley Orgánica de la SMA (contenida en la Ley Nº20.417) en materia de instrumentos directos de cumplimiento, pueden ejemplificarse en las mayores posibilidades para el requerimiento de información (artículo 3 letra e); en el establecimiento de programas de cumplimiento (artículo 42); y finalmente en la materia que es objeto del presente análisis: requerir, previo informe del SEA, el sometimiento de proyectos al Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA) que conforme la Ley debieron contar con una Resolución de Calificación Ambiental (artículo 3 letra i).

La importancia de las facultades del artículo 3 antes señaladas radica en que ellas pueden tener una finalidad meramente preventiva sobre la protección del ambiente; y

---

<sup>7</sup> Ley Nº20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación y la Superintendencia del Medio Ambiente y fija su ley orgánica (D.O. 26.01.2010).

además en el caso del artículo 3 letra i) el logro del cumplimiento normativo, lo cual esta en armonía con el Mensaje Presidencial que acompañó al proyecto de Ley.

### III. Casos de estudio

En los casos particulares que veremos mas adelante, el Segundo Tribunal Ambiental (TA) reduce una de las pocas facultades para el logro de cumplimiento directo a la necesidad de un procedimiento sancionatorio, prescindiendo, además, del hecho que la Ley contempla la posibilidad que también dentro del procedimiento de fiscalización la SMA pueda ordenar el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

La mencionada facultad está regulada en el artículo 3 letra i) y j) de la Ley Orgánica de la SMA la que prevé:

*“La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

*i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la Ley N°19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuentan con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente.”*

Lo mismo ocurre en relación a las modificaciones de proyecto:

*j) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental.”*

Además, la Ley prevé una sanción para los proyectos que debiendo ingresar al SEIA no lo han hecho, en particular el artículo 35 de la LOSMA:

*“Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:*



*b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella...".*

Para la finalidad perseguida en este trabajo se revisaron tres requerimientos de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en los cuales existieron pronunciamientos posteriores de los Tribunales Ambientales. Cabe señalar que luego de los pronunciamientos del Segundo Tribunal Ambiental la SMA no ha vuelto a ejercer la facultad de requerimiento de ingreso como facultad meramente correctiva.

### **III.I. Caso Petrobras Chile (2do TA, Rol N°14-2013, sentencia de 23 de abril de 2013)**

Este caso se trata de una reclamación de la Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y del Sindicato de Trabajadores Independientes Pescadores del Morro de Iquique<sup>8</sup> en contra del Oficio Ord. UIPS N°387/2013 de la SMA que dispuso el archivo de la denuncia de los reclamantes en contra de la empresa Petrobras, en tanto estimó que ésta no se vincula a los instrumentos de gestión ambiental que dicha Superintendencia tiene bajo su esfera de competencia.

Los reclamantes señalan que dicho acto no resulta ajustado a la ley por estimar que Petrobras requiere la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental.

El Tribunal Ambiental deja sin efecto el mencionado oficio por estimar que faltaron fundamentos para disponer el archivo de la denuncia y ordena a la SMA que tome las medidas necesarias y conducentes para verificar o descartar la existencia de elusión al SEIA, con lo cual concordamos plenamente.

En cuanto a la materia de este trabajo y, en la cual discrepamos, cabe citar la postura del TA sobre la imperatividad de iniciar un procedimiento sancionatorio, una vez determinada la elusión. Al efecto el TA declara que "*...si la SMA verifica los supuestos de hecho contemplados en la infracción recién descrita, conocida como elusión, debe sancionar*" (considerando décimo octavo)<sup>9</sup>.

8 Esta situación tiene como antecedente el derrame de petróleo ocurrido en enero de 2013, el que fue sancionado por Gobernación Marítima de Iquique mediante una multa de 115.000 millones de pesos.

9 *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.

### **III.II. Caso Santiago Downtown (2do TA, Rol N°15-2013, sentencia de 22 de mayo de 2014)**

En este caso recurre al TA el titular del proyecto inmobiliario Santiago Downtown en contra de la Resolución Exenta N°946/2013 que requiere el ingreso de su proyecto al SEIA en uso de las facultades legales que le entrega el artículo 3 letra i) de la LOSMA.

El recurrente argumenta que el procedimiento que dio origen a la mencionada Resolución se encuentra viciado pues nunca se le notificó la existencia de un procedimiento en su contra, no pudiendo ejercer su derecho a defensa y realizar descargos. Agrega que, si bien la Ley no contempla un procedimiento para el ejercicio de la atribución del artículo 3 letra i), la SMA debió aplicar supletoriamente la Ley N°19.880<sup>10</sup>.

El TA reitera en este caso que la SMA estaba obligada a dar inicio a un procedimiento sancionador y que de haberlo iniciado no hubiese habido cuestionamiento al debido proceso. En este sentido señala que “[N]o resulta posible “constatar” que un proyecto eludió el ingreso al SEIA, si no es mediante un procedimiento sancionatorio previo que de por establecido los hechos que generan una obligación de hacerlo” (considerando décimo quinto)<sup>11</sup>.

En relación a la facultad del artículo 3 letra i) el TA señala que su postura no implica afectar dicha facultad, sino “sólo implica precisar la oportunidad de ejercerla” (considerando décimo séptimo)<sup>12</sup>, es decir, el proceso administrativo sancionador es entendido por el TA como un trámite previo al requerimiento de ingreso.

### **III.III. Caso Tres Bocas, proyecto Loteo Riberas de la Dehesa (3er TA, Rol N°2-2014, sentencia de 30 de mayo 2014, dejada sin efecto por la ECS, Rol N°16.706-2014 de fecha 10 de diciembre del mismo año)**

Los mencionados fallos tienen su origen en la reclamación interpuesta por el titular del Proyecto en contra de la Resolución Exenta N°98 de 14 de febrero de 2014 de la SMA que requiere, bajo apercibimiento de sanción, el ingreso al SEIA del proyecto Loteo Riberas de la Dehesa; y posterior recurso de casación en el fondo interpuesto por la SMA en contra de la sentencia del Tercer Tribunal que resuelve la mencionada reclamación.

---

<sup>10</sup> Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado (D.O. 29.05.2003).

<sup>11</sup> *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.

<sup>12</sup> *Ibid.*

En el presente caso el 3er TA no cuestiona la oportunidad ni la obligatoriedad de realizar un procedimiento sancionatorio como cuestión previa al ejercicio de la facultad del artículo 3 letra i). Sin embargo, resulta interesante analizar lo que acarrearía si se aplicara el criterio del 2do TA al caso en comento<sup>13</sup>.

El asunto trata de la ejecución de obras de loteo y posterior urbanización dentro del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanger (en adelante, "el Santuario") que además tiene la categoría de sitio Ramsar desde el año 1981. En razón de las categorías de protección antes señaladas el proyecto requeriría el ingreso al SEIA según lo señala el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300<sup>14</sup>.

El problema radica en la falta de determinación de los deslindes del área, pues según se desprende de la sentencia del Tercer TA a la fecha de la ejecución de las obras e incluso del requerimiento de ingreso el área no contaba con cartografía oficial. En efecto, sólo después de 30 años fue fijada la cartografía del área por el Ministerio de Medio Ambiente (órgano competente para realizar la cartografía desde enero de 2010<sup>15</sup>). Lo anterior se realizó mediante Resolución Exenta N°120 de 20 de febrero de 2014, esto es con posterioridad a la resolución reclamada. Sin embargo, fue posteriormente invalidada (RE N°49 MMA de 30 de enero de 2015<sup>16</sup>) para ser finalmente fijados los límites mediante la Resolución Exenta N°41 de MMA de fecha 6 de octubre de 2015, publicado en el Diario Oficial el 16 de diciembre del mismo año.

La única información cartográfica del área, con que contaba el titular a la fecha de iniciar su proyecto, había sido elaborada en 1985 por la Corporación Nacional Forestal ("CONAF") que si bien no era el organismo competente, es en muchos casos el administrador de Santuarios de la Naturaleza. Además, el análisis de dicha cartografía por el funcionario de CONAF que había confeccionado el plano señala que el área intervenida se encontraba fuera del Santuario.

13 Se hace presente que el análisis de los hechos se basa en los constatados en la sentencia y no se ha realizado un análisis histórico de la existencia de cartografía del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanger ni de otros antecedentes presentados en los procedimientos administrativos o judiciales.

14 El artículo 10 letra p) señala que requieren ingresar al SEIA la "Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, (...) santuarios de la naturaleza, (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita".

15 Específicamente desde el 26 de enero de 2010 fecha en que se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.417 que modifica la Ley N°17.288 entregando la competencia al Ministerio de Medio Ambiente sobre estas áreas que anteriormente estaba entregada al Consejo de Monumentos, organismo dependiente del Ministerio de Educación. Es así como en la actualidad el artículo 31 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales señala que estos sitios "quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente...".

16 Diario Oficial de 24 de febrero de 2015.

Sin embargo, el TA discurre en una lógica un tanto diversa para fundar su sentencia al señalar que la cuestión no se refiere al hecho de la ausencia de cartografía, sino "*que gira en torno a si la descripción que de ella se expresa en el D.S. N°2.734, que es la representación en prosa de su delimitación oficial, ha sido correctamente aplicada por las partes al fundar la legalidad o ilegalidad*" (considerando sexagésimo cuarto)<sup>17</sup>. En este contexto, el TA estimó que debió haberse consultado al Ministerio del Medio Ambiente ("MMA") sobre los límites del Santuario, lo que no ocurrió y que a juicio del TA vicia la Resolución recurrida. El Decreto N°2.734 de 3 de junio de 1981 corresponde a la creación del Santuario.

Otro antecedente que resulta interesante es que los límites descritos, según la Ficha Informativa de los Humedales Ramsar (versión 2009-2012) elaborada por CONAF, afirma -como responsable técnico-, que el Decreto N°2734 no establece límites precisos.

El TA en definitiva anula la Resolución N°98/2014 y ordena continuar el proceso de fiscalización desde la fecha de la denuncia, no haciendo mención sobre la necesidad o no de un procedimiento sancionatorio<sup>18</sup>.

Posteriormente la SMA recurre de casación en el fondo y la sentencia del Tercer Tribunal es anulada, dictándose en reemplazo sentencia que resuelve rechazar la reclamación interpuesta por el titular del proyecto Loteo Riberas de la Dehesa. En lo que interesa esta sentencia deja sin efecto la nulidad de la Resolución N°98/2014, sin realizar ningún tipo de cuestionamiento a la orden de ingreso emanada de ella ni al modo en que ésta fue realizada, validando en los hechos la facultad correctiva de la SMA, establecida en el artículo 3 letra j) de la LOSMA.

#### **IV. Análisis del Problema**

El asunto de fondo es la posibilidad de ejercer la acción correctiva de requerimiento de ingreso al SEIA fuera del procedimiento sancionatorio ambiental.

---

17 *Montoya Villaroel Carlos Javier con Superintendencia del Medio Ambiente* (2014); Tercer Tribunal Ambiental; 30 de mayo 2014. Rol 2-2014.

18 Cabe hacer presente que unos días luego del requerimiento de ingreso (RE N°98/2014) la SMA dio inicio a la instrucción de un procedimiento administrativo sancionatorio por infracción al artículo 35 letra b) de la LOSMA, esto es elusión de ingreso al SEIA (ORD UIPS N°224 de 21 febrero de 2014). Dicho proceso se encuentra suspendido desde el 25 de marzo del 2014 en virtud de la falta de decreto que fija los límites (RE N°9 en ROL D-004-2014); y no obstante en la actualidad contarse con dicha delimitación, el procedimiento sancionatorio no se ha reanudado. Por su parte, el requerimiento de ingreso se encuentra vigente, pudiendo iniciarse un procedimiento sancionatorio por incumplimiento a una orden emanada de la SMA, lo cual tampoco ha sucedido. <http://www.sma.gob.cl/> (Consulta: 13 de mayo de 2016).

#### IV.1. En primer término nos avocaremos a la pregunta de si la SMA requiere llevar a cabo un procedimiento sancionatorio como supuesto previo al requerimiento de ingreso de un proyecto o actividad al SEIA.

Nuestra respuesta es negativa en atención a los siguientes argumentos:

##### a. Texto legal

Las normas de requerimiento de ingreso se encuentran ubicadas en el Título I, Párrafo 1º: "De la naturaleza y funciones". En particular en su artículo 3 que señala entre las funciones tanto las de requerimiento de ingreso (art. 3 letra i) como la de imponer sanciones (3 letra o), en un mismo nivel, sin establecer ninguna dependencia o jerarquía entre ellas.

Posteriormente, en el Título III párrafo 1: De las infracciones, se hace mención expresa en su letra b) a "*La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia, según lo previsto en las letras i)...del artículo 3º*".

El requerimiento de ingreso del artículo 3 letra i) es "bajo apercibimiento de sanción". Pero qué sentido tendría dicho apercibimiento si es siempre obligatorio llevar a cabo un procedimiento sancionatorio para verificar la elusión de manera previa al requerimiento. Lo anterior torna la norma ineficaz.

Ahora bien, un principio básico de interpretación de una norma jurídica es que en el caso de diversas posibilidades debe preferirse aquella que permita que la norma surta efecto<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Esta regla de interpretación de la ley no se encuentra de una manera explícita en el Código Civil Chileno pero debe recordarse que el Código permite el recurso a la equidad natural y al espíritu general de la legislación (artículo 24). No es conforme a la razón ni al espíritu general de la legislación que el intérprete se superponga al legislador y llegue a la conclusión que el legislador dicto una norma inútil o de aplicación muy restrictiva. Es un antiguo brocardico "*Verba cum effectu sunt accipienda*". La ley debe entenderse siempre de modo que produzca algún resultado. No se ve la razón por la que esta regla de interpretación deba quedar reducida sólo a los contratos, por el sólo hecho de estar colocada en relación a los convenios (Código Civil, artículo 1562), sed contra: CS. Sentencia de abril 26/66, R.L.J. Código Civil y Leyes Complementarias, Editorial Jurídica de Chile. 1997.

## b. Finalidad de la norma

La finalidad de la Ley N°19.300 es sin lugar a dudas la protección del ambiente. Su artículo 1º señala que: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley..."*. Dicha normativa tuvo en su primera etapa (1994/1997-2010) un gran desarrollo y aplicación en el campo de la tramitación de autorizaciones ambientales en el SEIA.

El año 2010 la Ley N°19.300 sufrió una importante modificación mediante la Ley N°20.417. Desde el punto de vista de los proyectos o actividades uno de los principales focos de este cambio fue el poner atención ya no sólo en su fase de aprobación ambiental sino también durante la ejecución de los mismos, dotando a la administración de herramientas en tal sentido y creando la Superintendencia del Medio Ambiente.

El enfoque primario fue desde la mirada del cumplimiento. Así el propio Mensaje expresaba que *"El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación..."*<sup>20</sup>.

El éxito de la función de la SMA debe medirse en el cumplimiento, siendo la sanción una herramienta, pero ciertamente indirecta. Cada vez que la administración impone una sanción se trata de un fracaso en la gestión ambiental. En este sentido sería negativo reducir el uso de las herramientas correctivas y en definitiva medir el éxito de la función fiscalizadora por el número de sanciones impuestas.

El dotar a la función fiscalizadora de herramientas correctivas también fue parte de la modificación legal de la Ley N°20.417 siendo precisamente la posibilidad de solicitar el ingreso una demostración de aquello; por lo que vemos con preocupación, que el 2do TA anule la posibilidad de ejercer la función correctiva del artículo 3 letra i) en forma directa.

---

20 Historia de la Ley N° 20417, [en línea] [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20417&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2014), visitada el 5.05.2016. (Consulta: 5 de mayo de 2016), p.13.

Sin embargo, esta idea no tuvo un adecuado reflejo en el cuerpo del articulado presentado por el Ejecutivo, pudiéndose citar al efecto dos ejemplos: i) el bajísimo incentivo para realizar autodenuncias pues los beneficios que obtiene quien se autodenuncia son menores que para el caso el caso de un procedimiento iniciado de oficio o a petición de parte (se puede ver al efecto: <http://www.nuevamineria.com/revista/autodenuncia-ambiental-dónde-están-los-incentivos/> fecha: 5.09.2014); y, ii) la falta de incorporación de sanciones con repercusión directa en beneficio del medio, que permitan a quien ha sido condenado a una sanción de multa, reemplazar parte del monto a pagar por la realización de un proyecto ambiental (véase al respecto el caso de Estados Unidos a través de "Supplemental Environmental Projects Policy" en <http://www2.epa.gov/enforcement/supplemental-environmental-projects-seps>).

### c. La naturaleza del requerimiento de ingreso y su diferenciación de un procedimiento sancionador

Es necesario hacer una distinción entre lo que es genuinamente un procedimiento de sanción de otras manifestaciones de autotutela administrativa.

José Suay Rincón señala como ejemplo que las medidas coercitivas *"al igual que las sanciones administrativas, se traducen en la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una obligación (ilícito). Sin embargo, tienden a vencer ese incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido"*<sup>21</sup>, agregando dentro de estos casos los de las medidas preventivas y resarcitorias.

Se pueden sumar al requerimiento de ingreso al SEA, como otras medidas de autotutela administrativa el requerimiento de caducidad de la RCA al SEA cuando hubiesen transcurrido mas de cinco años sin que se hubiese iniciado la ejecución del proyecto o actividad<sup>22</sup>.

Las sanciones administrativas son una de las expresiones de la autotutela, pero de carácter mediato y que además requieren de un procedimiento relativamente extenso y costoso, que puede en definitiva diluir la función preventiva y la eficacia de la acción administrativa en la protección del medio.

En este sentido valga citar a Alejandro Huergo Lora<sup>23</sup> quien señala que *"[e]l criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativas con las que suelen confundirse, como las medidas de policía, las de restauración de legalidad, o la revocación de ciertos actos debido al incumplimiento de sus condiciones por los destinatarios de los mismos, es que la sanción castiga o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que estas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos..., con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor, perjuicio que no está en primer plano y que es irrelevante para la justificación de la medida"*<sup>24</sup>.

21 SUAY RINCON, José. *Sanciones Administrativas*. Primera Edición. Publicaciones del Real Colegio de España. Zaragoza. Año 1989, p.60 y ss.

22 Ley N°19.300, artículo 25 ter.

23 HUERGO LARA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Iustel. Madrid. Año 2007, p. 225.

24 Con todo es necesario tener cuidado al emplear conceptos jurídicos indeterminados, como "intereses públicos". Ello no puede facultar a la Administración de una patente de curso jurídico. Véase para una profundización sobre el tema: GONZALEZ NAVARRRO, Francisco. *Derecho Administrativo Español*, Tomo III, EUNSA. Navarra. Año 1997, ps. 605 a 611.

El requerimiento de ingreso al SEIA tiene que ver directamente con la necesidad de un acto de autorización para el desarrollo de determinado proyecto o actividades (función correctiva de restauración de legalidad). Ello es precisamente lo señalado por la SMA en el caso Santiago Down Town, a saber: “[Q]ue el requerimiento de ingreso tiene su fundamento en la potestad fiscalizadora de carácter correctiva, es decir, aquella que habilita a la Administración del Estado para la adopción de medidas para el restablecimiento de la legalidad”<sup>25</sup>. El procedimiento sancionatorio tiene que ver con la sanción (función retributiva).

Existe además otro procedimiento que puede llevarse a cabo independientemente del sancionatorio, nos referimos al procedimiento por daño ambiental que tiene por finalidad la reparación del ambiente a una calidad similar a la que la tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (función reparatoria)<sup>26</sup>.

En todos estos casos puede existir un ilícito administrativo pero ello no obsta a que las medidas correctivas y reparatorias pueden ejecutarse de modo independiente en tanto la naturaleza y finalidad de las mismas es diversa.

#### **d. Jurisprudencia**

Lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en el fallo de 10 de diciembre de 2014, que rechaza el recurso de reclamación y en los hechos deja vigente el requerimiento de ingreso al SEIA ordenado mediante la Resolución N°98/2014 de la SMA, constituye un importante antecedente a favor de la tesis de la SMA y que estos autores suscriben, en orden a no hacer exigible el inicio de un procedimiento sancionatorio como requisito procedimental para ejercer la facultad que la LOSMA le otorga a la SMA en el artículo 3 letra i) y j) antes citadas.

---

25 *Inmobiliaria Alameda 2001. S.A. contra Superintendencia de Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental; 22 de mayo 2014 Rol N°15-2013.Sentencia TA Rol N°15-2013, (vistos, p. 6).

26 Artículo 2 y 51 y ss de la Ley N°19.300 en relación con el Párrafo 4 de la Ley N° 20.600.



## e. Principios de derecho administrativo<sup>27</sup>

Es necesario tener en cuenta que la aplicación de principios, herramientas y garantías establecidas en el derecho administrativo también obligan a preferir y aplicar las instancias correctivas en la fase de fiscalización ambiental.

En primer término, la eficiencia y la eficacia. La eficiencia se encuentra recogido en el artículo 3 inciso segundo<sup>28</sup>, y en el artículo 5 inciso primero de la Ley N°18.575 y dice relación con que *"las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles"*. Por su parte la eficacia tiene que ver con la consecución de un fin<sup>29</sup>. En este sentido, el logro de cumplimiento ambiental con un menor número de recursos (el procedimiento de requerimiento es más simple que un procedimiento sancionatorio) y de un modo directo (el ingreso al SEIA tiene una repercusión directa con la finalidad de protección ambiental, mientras que el procedimiento sancionatorio es mediata) debe siempre preferirse.

A nuestro juicio, los mandatos anteriores dan curso a la aplicabilidad del principio de oportunidad en el ámbito administrativo, incluso en el caso de la existencia de una infracción, más aún en este caso específico en que la Ley entrega una doble atribución en relación a casos de proyectos que debiendo ingresar al SEIA no lo han hecho. La autoridad puede, en aplicación de lo anterior, decidir aplicar el requerimiento de ingreso en forma independiente, conjunta (sanciona y al finalizar el procedimiento requiere, postura del 2do TA) e incluso acumulativa (requiere y en caso de no ingreso inicia un procedimiento sancionatorio por incumplimiento del requerimiento y de la obligación de ingreso).

27 Cabe precisar que sólo alguno de estos tienen la entidad suficiente para ser considerados principios jurídicos, los demás deben ser considerados principios de gestión o administración, siendo éstos herramientas para el resguardo principalmente del derecho a un debido proceso administrativo. En Chile las Leyes N°19.575 y N°19.880 son un claro ejemplo de lo que no hay que hacer en materia "principalista" produciendo en los hechos una devaluación del valor de los principios de la ciencia jurídica en comparación a los principios de otras ciencias. Ver PRECHT PIZARRO, Jorge. *Derecho Público y Derecho Privado*. "Más allá de lo público y lo privado: la buena fe", en el libro colectivo: *Derecho Público-Derecho Privado*. Thomson Reuter. Santiago. 2015, pags. 75 y ss.

28 "La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

29 En este caso resulta interesante citar por ejemplo el caso del Departamento de Recursos Naturales del Estado de Wisconsin, Estados Unidos, que muestra que la gran mayoría de los incumplimientos se soluciona mediante conversaciones y acuerdos fuera de un proceso sancionatorio con la empresa. Es así como para el año 2006 de un total de 407 incumplimientos 335 se solucionaron por esta vía (Data de Environmental Casetrack system de 1/1/2006 a 12/31/2006 para todas las regiones del Estado de Wisconsin).

Alejandro Nieto lo señala con claridad *"la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza para hacerlo"* y señala varias posturas acordes a la recién reseñada. Así por ejemplo, nos dice que *"En Italia, siguiendo a Zanobini, se apunta que si la imposición de penas constituye un deber para el Estado, no así las sanciones administrativas, que expresan un mero derecho subjetivo que, en cuanto tal, puede ser ejercitado o no. Mas moderna y más sencilla parece, con todo, la explicación de la discrecionalidad, sostenida ya por Borsi"*. Agrega luego que *"En cualquier caso el nombre técnico mas usual para designar el ejercicio facultativo de la potestad es el de la oportunidad"*<sup>30</sup>.

Sin embargo, este no es un asunto zanjado en la doctrina y es así como se asevera que muchos *"autores (García Enterria, T.R. Fernández, Rebolledo. Gomez Puentes, Lozano Cutanda, entre otros), defienden, en tanto vinculado al principio de oficialidad, el ejercicio obligatorio de la potestad sancionatoria como exigencia del principio de legalidad"*<sup>31</sup>.

Estimamos que el principio de oportunidad, en el caso particular en análisis, exige a la SMA utilizar la herramienta más eficiente y eficaz, la cual puede traducirse en el ejercicio autónomo del requerimiento de ingreso del artículo 3 letra i).

Cabe hacer presente que estas decisiones son discrecionales y no arbitrarias, por lo cual, además, quedan bajo el control de los Tribunales. En este sentido valga citar a Alejandro Nieto cuando señala que *"la oportunidad debe entenderse como discrecionalidad -y, en cuanto tal, controlable- y, no como arbitrariedad"*<sup>32</sup>.

En este sentido no compartimos la postura del 2do TA que en el caso Petrobras señala que el requerimiento de ingreso es una facultad y sancionar es una función y por lo tanto es *"una acción que la SMA debe necesariamente llevar a cabo cuando se verifiquen los supuestos de hecho que justifiquen el poder sancionatorio del Estado"*, precisando que las funciones *"implican un deber funcionario relacionado con el principio de inexcusabilidad de los órganos de la administración del Estado (artículo 14 de la Ley N°19.880"*<sup>33</sup>).

30 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionatorio*. Tecnos. 4ta edic. Madrid. 2009, págs. 131 y ss.

31 DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (Dirección), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tomo I. Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia-Aranzadi-Thomas Reuters. Pamplona. Año 2009, pp. 400 y ss.

32 NIETO, Alejandro. Op. cit. (30), p. 135.

33 Artículo 14 de la Ley N° 19.880.

En el mismo sentido falla el 2º TA en el caso Santiago DownTown (en el considerando duodécimo), al señalar que lo “*que estaba haciendo era constatar un eventual caso de elusión, y como consecuencia de ello debió dar inicio a un proceso administrativo sancionador*”.

En primer término, la diferenciación entre función y facultad no está fundada en el fallo del TA, no existiendo una nomenclatura unánime ni de la doctrina ni del legislador, tal como se explica más adelante.

En segundo término, se trata de una errada aplicación del principio de inexcusabilidad, en tanto dicho principio se aplica para procedimientos ya iniciados “*La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación*”.

Cabe hacer presente que en el caso particular de una denuncia, la SMA deberá revisar la veracidad de la misma y posiblemente en la mayoría de los casos iniciar un procedimiento de fiscalización, de modo de poder dar una adecuada respuesta al denunciante, pero ello no implica necesariamente el inicio de un procedimiento sancionatorio.

Por último, tampoco a nuestro juicio se vulnera el principio de legalidad. Este principio “[e]xplica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afecten a los derechos y libertades y está conectada igualmente con la idea de *habilitación: los demás poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y en particular, la Administración en los términos concretos que la ley se lo permite y a efectos de que use sus atribuciones para la consecución de los fines generales que la Constitución (...) y las leyes le imponen como objetivos de toda su actuación*”<sup>34</sup>.

No es el objetivo de este trabajo entrar en todas las implicancias del principio de legalidad en materia ambiental y sobre todo en materia de restablecimiento de la legalidad<sup>35</sup>. Pero la solución defendida en estos autores es que la Administración tiene facultades no sólo para sancionar, sino también para aplicar otras medidas de restablecimiento.

---

34 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit. (3), p.1937.

## f. Algunas consecuencias negativas en caso de seguirse la postura del 2do TA

### i) Caso Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter

Recordemos que en este caso, el proyecto inmobiliario no ingresó al SEIA y que a la época de las obras la cartografía del sitio RAMSAR no existía, existiendo sólo la realizada por CONAF.

Estimamos que en el ámbito de un proceso sancionatorio por los hechos que se constatan en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, el infractor pudiese ser absuelto.

Ante todo, en razón del principio de buena fe en su variante de principio de confianza legítima en la Administración. En este caso el infractor se basa en la cartografía existente elaborada por CONAF; y por lo tanto, se cumple con lo que indica Santiago Muñoz Machado "[s]e requiere la existencia de una actuación administrativa previa que funde la actuación de confianza (un acto expreso o presunto, un contrato o una información administrativa) que por condicionar la aplicación futura del ordenamiento que en un caso concreto pueda asimilarse a un acto administrativo"<sup>36</sup>.

Además resulta interesante considerar que "el año 2005, CONAF cumplió el rol de Secretaría Técnica de la Convención de los Humedales en Chile. A partir de ese año y hasta la fecha, con la conformación del Comité Nacional de Humedales, CONAF ha ocupado la Secretaría Técnica de dicho Comité, el cual es coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente"<sup>37</sup>.

A nuestro juicio, haciendo un símil con el derecho penal nos encontraríamos frente a la figura del error de tipo, que trae como consecuencia la inculpabilidad. El error de tipo se da cuando "[o]bre la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal"<sup>38</sup>.

---

35 Para una profundización puede consultarse: de Tomas Cano Campos la voz "Medio Ambiente, Potestad Sancionadora" en la obra de LOZANO CUTANDA, Blanca. *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Iustel. Madrid. 2010, páginas 556 a 578, especialmente página 568-569. Afirma Cano: "La medida de restablecimiento de la legalidad como su propio nombre lo indica tiende a la cesación, revocación o reparación del estado de las cosas (hechos, actos, normas) contrario al ordenamiento jurídico y lo hace bien de forma directa mediante una tutela reintegradora (exigiendo la conducta conforme al ordenamiento, reponiendo los recursos naturales a su estado originario), bien mediante una tutela tipo resarcitoria (indemnización del daño causado o del los costos de las medidas preventivas o reparadoras del daño ambiental)", pág.568.

36 Este sitio Ramsar está bajo responsabilidad de CONAF. [en línea] <http://www.conaf.cl/parques-nacionales/conservacion-de-humedales/> (Consulta: 15 de mayo de 2016). La vinculación de CONAF llega a tal grado, que el propio TA lo ofició solicitándole cartografías del área, incluso las referida a la que se adjunta a la ficha Ramsar del área.

37 Información disponible en <http://www.conaf.cl/>.

38 Palma del Teso, en OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*. Bogotá. Año 2000, p. 350.

La posibilidad de aplicar exenciones de responsabilidad en un proceso administrativo sancionatorio no está regulada en las leyes ambientales. Sin embargo, tal como lo han reconocido el TC, Sentencia Rol N°480-2006<sup>39</sup> y los Tribunales Ordinarios los principios del derecho penal se pueden aplicar de forma matizada por ser la infracción-sanción administrativa manifestación del ius puniende del Estado.

Además debe tomarse en cuenta que la administración no puede aprovecharse de su propia desidia tanto en la falta de elaboración como en el envío de la cartografía, a la Administración del Tratado<sup>40</sup>. Lo anterior debió haberlo realizado el año 1981.

Por otra parte, en este caso se pueden invocar la obligación de coordinación y unidad de acción de la Administración. Al respecto el artículo 5 inciso segundo de la Ley N°18.575 lo señala expresamente. Existe una falta de coordinación en la gestión de las competencias por la elaboración del plano, en tanto no consta ninguna gestión de reclamo de los organismos competentes en contra de CONAF<sup>41</sup>, quien como hemos dicho participa en la gestión del área protegida. En este sentido se puede argumentar que el particular cumple con el estándar de diligencia necesaria al cotejar la información de su proyecto con los planos elaborados por CONAF.

Por último, se puede alegar la violación a la obligación de transparencia en razón de la falta de cartografía del Santuario pues esta atenta contra del mandato que establece la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública<sup>42</sup> que señala en su artículo 3 lo siguiente: "*La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella*". Lo anterior, está agravado pues según lo señalado por CONAF los límites establecido en el D.S. N°2734 que crea el área no son claros, lo que releva aún más la necesidad de la cartografía. Dicho principio se encuentra también consagrado en el artículo 3 de la Ley N°18.575.

En otro orden de ideas, es importante precisar que el hecho que el infractor pudiese ser absuelto por las razones esgrimidas, no es excusa a que deba ingresar su proyecto al SEIA; y para ello es fundamental entender que las facultades del artículo 3 letras i) y j) pueden ser ejercidas en forma independiente de un proceso sancionatorio.

39 Iberoamericana de Energía IBENER S.A. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de de los artículos 3º, N° 17, inciso 4º, y N° 23 inciso 1º; del art 15; 16, N° 2, de la Ley 18,410; y el N° 1 del art. 81 del DFL, N° 1 de 1982 (2006). Tribunal Constitucional. 26 de julio de 2006. Rol 408-2006.

40 Referido a la Convención Ramsar relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, Ramsar, Irán, 2 de febrero de 1971. Fue aprobada como Ley de la República en septiembre de 1980 y promulgada a través del D.S. N°771 de 1981 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

41 La fecha de designación del sitio es el 27 de julio de 1981.

42 Diario Oficial 20 de agosto de 2008.

## ii) Prescripción

La necesidad del procedimiento sancionatorio como supuesto base para el ejercicio de la potestad de requerimiento de ingreso al SEIA, puede limitar su aplicación al quedar sometida indirectamente al régimen de prescripción de las infracciones administrativas. En efecto el artículo 37 de la LOSMA señala que éstas prescriben "a los tres años de cometidas".

La naturaleza diversa de las sanciones administrativas y el requerimiento de ingreso trae consigo determinar que en el caso del requerimiento señalado no se aplica la norma de prescripción. Lo anterior, puesto que ella constituye un régimen de excepción al *ius puniendi* pero no es extensible a otras facultades de autotutela. En este sentido el Dictamen N°22483/2011 de la Contraloría General de la República señala "*que las reglas de prescripción pertinentes no se aplican en materia de reintegros debido a que éstos no comparten la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas*", precisando mas adelante "*que la orden de reintegro dispuesta en las resoluciones en comento, responde a una potestad de resguardo o defensa del patrimonio público que no importa en su esencia la aplicación de una sanción administrativa*".

## IV.II. En segundo término, en cuanto al procedimiento idóneo para ejercer la facultad de requerimiento de ingreso al SEIA, cabe precisar:

El propio artículo 3 letra i) de la LOSMA exige que dicho requerimiento sea mediante una resolución fundada, previo informe del organismo competente (SEA)<sup>43</sup>; y por tanto, se cuenta con hechos determinantes y habilitantes para requerir el ingreso del proyecto o actividad; pudiendo agregarse la garantías de bilateralidad que contempla la Ley N°19.880.

De estimarse que se requiere un procedimiento específico, sería en todo caso aplicable lo dispuesto en el artículo 62 de la LOSMA: "*En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la Ley N°19.880*". Esta última establece igual disposición y regula un procedimiento administrativo en su Capítulo II, el que cuenta con las etapas de iniciación, instrucción y finalización y debe resguardar las reglas procedimentales establecidas en los artículos 4 y siguientes; como por ejemplo la escrituración y la contradictoriedad.

---

43 El SEA tiene entre sus facultades "La administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (artículo 81 letra a de la Ley N°19.300), en este sentido el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental señala que "(...) 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, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (artículo 26 D.S. N°40/2012).

No obstante lo antes mencionado, en este caso en particular debe considerarse especialmente, por tratarse de una orden administrativa, la regla de no formalización del procedimiento establecida en el artículo 13 de la Ley Nº19.880: "*El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares*". En el mismo sentido el inciso segundo del artículo 8 de la Ley Nº18.575 prevé que los procedimientos administrativos "*deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos*".

#### **IV.III. Por último debemos responder a la pregunta si la SMA está obligada a sancionar un proyecto que no ha ingresado al SEIA**

Algunos de los argumentos esgrimidos para responder la primera pregunta referida a si se requiere llevar a cabo un procedimiento sancionatorio como supuesto previo al requerimiento de ingreso al SEIA se pueden utilizar en este caso para constatar que la administración no se encuentra obligada a sancionar el mencionado incumplimiento. En especial los referidos a la eficiencia, eficacia, oportunidad, proporcionalidad y razonabilidad, como de la distinta naturaleza del procedimiento sancionatorio y el acto de requerimiento de ingreso.

Repetimos que el TA hace una distinción entre atribuciones y funciones, señalando que la de sancionar se encontraría en esta segunda categoría y que ello gatilla que sea obligatorio sancionar, es decir, que al estar habilitado el órgano público siempre debe ejercer esa facultad. Hay aquí un salto lógico ya que no siempre el estar habilitado por una norma exige para el órgano público la obligación jurídica de usar dicha facultad. Cabe hacer presente que la Ley no hace distinción alguna, tal como se desprende de la lectura del artículo 3 antes citado, a saber: "*La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones*"<sup>44</sup>.

44 No existe un tratamiento uniforme para dichas expresiones. En varias normas el Legislador ocupa dichos términos como sinónimos. Entendemos por función la finalidad u objetivo para el cual fue creado el órgano y como atribución las facultades con las que se ha dotado al órgano o funcionario públicos para el logro de su función. En este sentido no lo entendemos como algo antagónico (facultativo en contraposición a obligatorio) sino mas bien complementarios. Sin embargo, no hay unanimidad en la interpretación. Una definición de dichos términos la encontramos en: Ministerio del Interior-Universidad Central de Chile. *Diccionario de Administración Pública Chilena*. LOM Ediciones. Santiago. Año 2002. En primer lugar señala que la Función es la "Capacidad de acción o acción propia de una institución o unidad organizacional que, en su conjunto, contribuyen al logro de los objetivos de una organización superior. Es el conjunto de tareas que debe realizar de manera sistemática y reiterada una institución o unidad organizacional". Luego define Función Administrativa como "Conjunto de actividades que tienen por finalidad cumplir las disposiciones de la autoridad política y atender las necesidades nacionales, regionales, provinciales y locales, de manera continua y permanente. Por último, Atribución es definida como la "Facultad, derecho o atributo que posee una persona por el hecho de ocupar un cargo determinado".

En este sentido, queda claro que el ordenamiento no entrega ninguna clase de criterio para atribuirles significado preciso a ninguna de esas expresiones, mucho menos para hacer una diferenciación tan tajante como la que pretende el TA.

De una revisión somera de las leyes de superintendencias, queda en evidencia que no hay fórmulas sacramentales. Por ejemplo, la de la Superintendencia de Electricidad y Combustible (Ley N°18.410), no encabeza el catálogo de potestades con que cuenta, con ninguna de esas expresiones. Dice simplemente que a esa Superintendencia, "le corresponderá" (...) y a continuación viene un catálogo.

Otras leyes, de Superintendencias, como la Superintendencia de Administradoras de Fondo de Pensiones (Ley N°20.255) y la de Casinos (Ley N°19.995) utilizan también la frase copulativa "funciones y atribuciones" (al modo de la SMA). Sin embargo, en ninguno de esos textos se consignan criterios para hacer una distinción entre ambos (al igual que en SMA). De ahí que lo lógico es que se les entienda como sinónimos.

Pero el mejor ejemplo de que no hay una diferencia sustantiva entre ambas expresiones, es que también hay casos en que el legislador las emplea en modo diverso, señalando que las "atribuciones", son medios que tiene el órgano para cumplir sus "funciones". Así acontece en el art. 49 de la Ley N°20.529, que Crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización (materia en la cual crea la Superintendencia respectiva). En este artículo, el catálogo de "potestades" de la Superintendencia, se encabeza con la siguiente frase: "*Art. 49. Para el cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones (...)*". Adherimos a este criterio diferenciador, pero en el caso del artículo 3 de la SMA el Legislador no realizó distinción alguna.

Es en este sentido que opinamos que en los casos en análisis el Segundo Tribunal Ambiental ha efectuado una reducción voluntarista afectando la finalidad ambiental posible y más efectiva.

Por último y sólo como un ejercicio de extrapolación de la aplicación del criterio del TA a otras áreas del derecho y fuera de la competencia de dicho Tribunal daremos un par de ejemplos.

La interpretación del TA que "*si la SMA verifica los supuestos de hecho contemplado en la infracción recién descrita, conocida como elusión, debe sancionar*" (considerando décimo



octavo)<sup>45</sup>, podría concluir que no estaría permitido a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) la dictación, del Oficio Circular N°40 de 14 de abril de 2014 por medio del cual se solicita regularizar la oferta relativa a las "redes sociales gratis" que ciertos proveedores de acceso a internet móvil ofrecen, por ser contraria a la Ley de neutralidad.

En el oficio se indica que *"la conducta descrita, habilita por sí misma para proceder infraccionalmente (...). La presente orden se efectúa bajo apercibimiento de lo previsto en el Título VII de la Ley General de Telecomunicaciones"* (lo subrayado es nuestro). Dicha orden la dicta la SUBTEL en razón de las facultades que le otorga el Decreto Ley N°1762 de 1977, que señala que dicha repartición debe *"Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones", para lo cual puede, entre otras cosas "adoptar todas las medidas que sean necesarias y aplicar las sanciones administrativas que se establezcan en la legislación respectiva"*.

Cabe hacer presente que en este caso la autoridad conoce al menos a algunos de los infractores al señalar en dicho Oficio que *"[e]sta Superintendencia en el marco de sus competencias ha detectado la existencia de ofertas comerciales por parte de las concesionarias que han publicado por diversos medios y en particular en su sitio web como ofertas promocionales, en cuya virtud se ofrece a los usuarios que cuenten con un terminal inteligente, navegación sin costo en redes sociales delimitadas, bajo la única condición de efectuar una recarga o bien comprar una bolsa de internet móvil"* para luego agregar que *"[l]a estructura de la oferta en comento, importan a juicio de esta autoridad una contravención a las normas que en la especie regulan y prohíben conductas discriminatorias de contenido"*<sup>46</sup>.

También podrían verse afectado los cronogramas de cumplimiento aplicados en el ámbito de los servicios sanitarios. Es así como la Ley N°19821 en su artículo 11 letra d) inciso segundo establece: *"Si de la fiscalización, de los informes periódicos que debe emitir el generador de residuos industriales líquidos o de los muestreos y análisis adicionales resultaren infringidas las normas de emisión o la normativa vigente, la Superintendencia le dará un plazo para que subsane la situación, sin perjuicio de las sanciones que le pueda imponer, de conformidad a la ley"*. La práctica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios es que no siempre se sanciona, sino que a veces se espera el cumplimiento del cronograma por parte del regulado.

45 *Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2014); Segundo Tribunal Ambiental. 23 de abril 2014. Rol 14-2013.

46 Oficio Circular N°40/DAP 13221/F-51 de 14 de abril de 2014 de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

## Conclusión

En el caso que un proyecto no ingrese al SEIA debiendo haberlo hecho, la Administración tiene facultades no sólo para sancionar, sino también para aplicar otras medidas de restablecimiento que pueden ser acumuladas con mecanismos sancionatorios, pueden coordinarse entre ellos, o actuar independientes unos de otros.

En ninguno de los supuestos casos nos encontramos ante una situación de inactividad de la Administración, sino muy por el contrario. La Administración dentro de un catálogo de atribuciones escoge la que le parece más adecuada para el logro de sus objetivos. El ejercicio de la discrecionalidad es necesario para hacer frente a necesidades múltiples y cambiantes en materia ambiental. Es por ello que se requiere cierto nivel de flexibilidad, que en ningún caso ampara a la Administración para actuar arbitrariamente, prescindiendo de fundamento y razonabilidad. Lo que debiera importar y por lo que debiera ser evaluada la Administración y sus funcionarios es por el nivel de cumplimiento de las normas y autorizaciones ambientales y no por el número o monto de las sanciones administrativas.

Esperamos que en aras de la protección ambiental, la SMA vuelva a ejercer la potestad de requerimiento de ingreso a proyecto al SEIA, logrando un pronunciamiento favorable del Tercer Tribunal Ambiental y la modificación de la postura del Segundo Tribunal. Lo anterior, en virtud de lo esgrimido en este artículo y muy especialmente de la falta de cuestionamiento de esta potestad por parte de la Excelentísima Corte Suprema.

**Recibido:** 17 de mayo de 2016.

**Aprobado:** 21 de junio de 2016.

# Lectura Verde de los Derechos Sociales: Un análisis de la complementariedad entre los derechos relacionados con la protección de la naturaleza y los derechos sociales en Chile

*Green Reading of Social Rights: An analysis of complementarity between the rights relating to the protection of nature and social rights in Chile*

Francisco Javier Torres Flores  
Estudiante de Derecho  
Universidad Alberto Hurtado  
franciscojaviertorresflores@gmail.com

## RESUMEN

Este artículo presenta la estrecha relación que existe entre los derechos de la naturaleza y los derechos sociales en Chile; análisis inédito y novedoso que hasta el momento nadie había realizado.

**Palabras Claves:** Derechos de Protección de la Naturaleza; Derecho de Educación; Libertad de Enseñanza; Derecho de Salud; Derechos Laborales.

## ABSTRACT

This article presents the close relationship between the rights of nature and social rights in Chile; so this paper represent a new and unprecedented analysis.

**Key Words:** Rights to Protection of Nature; Education Rights; Education Freedom Rights; Health Rights; Labor Rights.

## Introducción

Este trabajo investigativo tiene el propósito de abrir el debate y permitir la discusión madura en torno a la afectación y aporte de las discusiones en torno a los derechos colectivos de tercera generación referentes a la protección y el respeto hacia la naturaleza en relación a los derechos sociales, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento de la teoría de los derechos fundamentales para efectos de potenciar tanto a los derechos sociales como a los derechos asociados a la protección y respeto de la naturaleza, de modo que todos éstos se encuentren mayormente tutelados y protegidos en miras del bien común, el orden público y del interés general de la nación.

Los derechos de protección y respeto por la naturaleza se caracterizan por permitirse dialogar con otras disciplinas jurídicas, así como también con las ciencias sociales y las ciencias naturales, debido a que la naturaleza en cuanto a objeto de estudio es interdisciplinar, lo que torna compleja, desafiante e interesante su análisis y comprensión; y por tanto, en este proyecto de indagación hemos procurado hacer conversar éstos derechos con los derechos sociales consagrados constitucionalmente, y estudiados preferente y principalmente –y no únicamente– por el derecho constitucional, por lo que esta investigación tiene un enfoque neta e inherentemente basado en el derecho público.

La esquematización y orden de este trabajo se distribuye de la siguiente manera; en primer lugar, realizaremos una lectura verde conforme los derechos de educación y libertad de enseñanza, los cuales tienen un correlato respecto al derecho de salud y los derechos laborales, porque para nosotros, el análisis de la complementariedad de los derechos de protección y respeto a la naturaleza con los derechos de educación y de libertad de enseñanza resulta ser la clave para entender la estricta relación de la naturaleza con los demás derechos sociales (de salud y laborales). En segundo lugar, realizaremos una lectura verde del derecho de salud, el cual a su vez se explica a partir del análisis de los derechos de educación y libertad de enseñanza, al existir un correlato entre estos derechos. En tercer lugar, nos propusimos realizar una lectura verde de los derechos laborales en Chile a partir del mismo análisis anteriormente señalado. Entendemos por lectura verde una interpretación ecológica-ambiental de los derechos, la cual no vulnera en absoluto el contenido esencial de los derechos interpretados sino que de lo contrario, los enriquece, acerca, relaciona, coordina y complementa con aquellos derechos de protección y respeto hacia la naturaleza, lo que fortalece la teoría

constitucional de los derechos fundamentales.

Finalmente, cerramos esta presentación por medio de una breve conclusión que tiene como fin retomar lo señalado en el desarrollo de esta exposición de manera abreviada y abstracta a modo de resumir este documento de investigación aclarando el marco teórico general consistente en el nexo jurídico que existe entre los derechos de protección y respeto a la naturaleza con los derechos sociales.

## **I. Propuesta Interpretativa: Lectura Verde de los Derechos Sociales en Chile**

Los derechos colectivos y de tercera generación de protección y respeto de la naturaleza permiten y admiten relacionarse con aquellos otros derechos tales como los derechos de primera generación (derecho a la vida, las libertades, y el derecho de propiedad), y los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales, y culturales (DESC)<sup>1</sup>, tal como concluiremos tras este trabajo de investigación. Dentro de los DESC encontramos a los derechos sociales –denominados también como derechos asistenciales o prestacionales-. En esta investigación nos proponemos indagar y comprender el complemento entre los derechos sociales con los derechos colectivos de protección de la naturaleza, a partir de una lectura verde de algunos determinados y específicos derechos sociales (derecho de educación, derecho de salud, y derechos de los trabajadores), los cuales admiten una interpretación ecológica-ambiental (o lectura verde), vale decir, una interpretación respetuosa tanto de los derechos humanos como de la protección y respeto a la naturaleza, no privilegiando una en desmedro de la otra.

### **I.I. Lectura Verde del Derecho de Educación y de la Libertad de Enseñanza**

El derecho de educación y la libertad de enseñanza son derechos fundamentales reconocidos tanto en el derecho internacional público como en el derecho comparado. En nuestro país, el derecho de educación se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N°10 de la Constitución, mientras que la libertad de enseñanza se ubica en el artículo 19 N°11 de la Carta Fundamental.

---

1 A nuestro parecer, los derechos sociales dejan bastante que desear en la actual Constitución porque no estamos conformes con el tratamiento que los derechos sociales han tenido en Chile, los cuales son en realidad falsos o aparentes derechos sociales debido a que permiten una gran y grotesca intervención del comercio provocando que en nuestro país se entienda a los derechos sociales por medio de una lógica de mercado que convierte –principalmente- a los derechos de educación y salud en un suculento negocio rentable más que ser considerados como derechos prestacionales tutelados y garantizados idóneamente.

### I.I.I. El Derecho de Educación

La educación como derecho fundamental es reconocida como un derecho social o derecho de segunda generación, básico para el desarrollo integral y cultural de las sociedades humanas. La educación y de su mano, el conocimiento, implican la idea del empoderamiento personal y ciudadano, ya sea por criterios de racionalidad, razonabilidad, utilidad, voluntad, libertad, de comunidad o comunitarios, o cualquier otra fundamentación filosófica. La educación tiene un rol fundamental en la subsistencia, progreso y desarrollo de los sistemas sociales y políticos. En Chile no podríamos concebir una república democrática sin la educación de por medio, porque la educación permite que existan ciudadanos conscientes, activos e informados en el porvenir nacional e internacional. Según el artículo 19 N°10 de la Constitución -que consagra constitucionalmente el derecho de la educación-, señala que "la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación<sup>2</sup>. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación".

El artículo 2 de la Ley General de Educación (en adelante LGE) o Ley 20.370 señala que la educación es "el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico (salud e higiene)<sup>3</sup>, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional (territorio, naturaleza, ambiente)<sup>4</sup>, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y

2 En una redacción similar y relacionada, la LOCE o Ley 18.962 señalaba en su artículo 2 inciso cuarto que "es también deber del Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles, en especial la educación parvularia, y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, fomentar la paz, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación".

3 Agregado nuestro entre corchetes.

4 *Ibid.* [La información entre corchetes es nuestra].

para trabajar y contribuir al desarrollo del país”<sup>5</sup>. Respecto a la importancia de la educación para el conocimiento de los derechos fundamentales para lograr su respeto y valoración por los educandos, la LGE en sus artículos 3 y 5 se refiere a este importante sentido. El artículo 3 de la LGE determina que “el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”, y por su parte, el artículo 5 de la LGE expresa que “corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria; estimular la investigación científica, tecnológica y la innovación, la creación artística, la práctica del deporte, la protección y conservación del patrimonio cultural y medio ambiental, y la diversidad cultural de la Nación”, de aquí cobra gran relevancia el conocimiento del artículo 19 N°8 de la Constitución, así como también de los tratados internacionales relacionados que Chile ha ratificado y que se encuentren vigentes hasta la fecha, en conjugación con los artículos 19 N°10 de la Constitución –educación- y especialmente en relación con el artículo 19 N°11 de la Constitución –libertad de enseñanza-. Conforme a esta relación, el artículo 3 de la LGE establece que el sistema educativo chileno además de basarse en los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, se basa además en una serie de principios redactados en esa misma disposición jurídica, y uno de esos principios que –para efectos de esta investigación- nos llama la atención es el principio de sustentabilidad en la educación consagrado legalmente en el artículo 3 letra k) de la LGE. El artículo 3 letra k) de la LGE señala que “el sistema (educativo chileno)<sup>6</sup> fomentará el respeto al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, como expresión concreta de la solidaridad con las futuras generaciones”. Esto implica que el principio de la sustentabilidad educacional tiene como referencia la solidaridad a las futuras generaciones y establece la cláusula de la prohibición a la arbitrariedad del actuar humano ante el ambiente natural cuando considera a la racionalidad como parámetro y límite del uso o utilidad de los recursos

---

5 En una redacción legislativa similar, la LOCE o Ley 18.962 señalaba en su artículo 2 inciso primero que “la educación es el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad”.

6 Agregado nuestro entre corchetes.



naturales. Además la LGE establece en distintas disposiciones legales deberes del Estado asociados con la naturaleza<sup>7</sup>. La Ley 19.300 define en su artículo 2 letra h) la educación ambiental, que es “el proceso permanente de carácter interdisciplinario, destinado a la formación de una ciudadanía que reconozca valores, aclare conceptos y desarrolle las habilidades y las actitudes necesarias para una convivencia armónica entre seres humanos, su cultura y su medio biofísico circundante”. La educación ambiental es considerada como un instrumento de gestión ambiental<sup>8</sup> lo que queda demostrado en texto del artículo 6 de la Ley 19.300 que señala que “el proceso educativo, en sus diversos niveles, a través de la transmisión de conocimiento y de la enseñanza de conceptos modernos de protección ambiental, orientados a la comprensión y toma de conciencia de los problemas ambientales, deberá incorporar la integración de valores y el desarrollo de hábitos y conductas que tiendan a prevenirlos y resolverlos”<sup>9</sup>. La educación ambiental es un proceso permanente de carácter interdisciplinario destinado a la formación de una ciudadanía que forme valores, aclare conceptos y desarrolle las habilidades y las actitudes necesarias para una convivencia armónica entre los seres humanos, su cultura y su medio biofísico circundante<sup>10</sup>, por lo que la educación ambiental resulta ser una herramienta que responde a los principios precautorio, preventivo y reparador para hacer frente a los problemas ambientales con la función de evitar -ex ante- y/o solucionar -ex post- tales

7 Deberes del Estado en materia de Educación Ambiental:

- Es deber del Estado promover políticas educacionales que reconozcan y fortalezcan las culturas originarias (artículo 4 de la LGE)
- Es deber del Estado promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar y estimular la protección y conservación del patrimonio cultural y medio ambiental y la diversidad cultural de la nación (artículo 5 de la LGE)

8 Podemos distinguir además de la Educación Ambiental, otros instrumentos de gestión ambiental reconocidos expresamente en la Ley 19.300. Estos instrumentos de gestión ambiental son: El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Los Planes de Prevención y Descontaminación, La Participación Ambiental Ciudadana, El Fondo de Protección Ambiental, Las Normas de Emisión, y Las Normas de Calidad Ambiental.

9 El Sistema Nacional de Certificación Ambiental de Establecimientos Educacionales (SNCAE) es un programa coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Ministerio de Educación (MINEDUC), la Corporación Nacional Forestal (CONAF) y la Organización de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO) para fomentar la educación ambiental en los recintos educacionales del país que se inscriban en este programa. El programa SNCAE tiene como propósito fomentar la incorporación de variables ambientales en los establecimientos educacionales en tres ámbitos: pedagógico, en la gestión de la escuela y en la relación de la comunidad educativa con el entorno. El SNCAE promueve la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación, promoción y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental; conforme a una lógica medioambientalista. El sistema otorga una certificación a los establecimientos que implementen metodologías y/o estrategias adecuadas a su entorno socio ambiental, acreditación que se da en tres niveles: Básico, Medio y Excelencia. Pueden postular todos los establecimientos educacionales del país. Para mayor información recomendamos consultar en: <http://www.mma.gob.cl/educacionambiental/1319/w3-propertyvalue-16354.html> en calidad de fuente citada.

10 Ministerio del Medio Ambiente, Educación Ambiental [en línea]: <http://www.mma.gob.cl/educacionambiental/1319/w3-propertyvalue-16421.html> en calidad de fuente citada.

problemas ecológicos. Fernando Dougnac, citando a Néstor Cafferata, señala que el principio de prevención se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real, en tanto que el de precaución interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible<sup>11</sup>. Dougnac, esta vez citando a Rosie Cooney complementando lo anteriormente dicho, afirma que la precaución sería un paso más elevado, una mezcla entre el principio preventivo y el principio contaminador-pagador<sup>12</sup>. Dougnac finaliza declarando que el principio precautorio es la aplicación de una alerta temprana basándose en consecuencias hipotéticas, mientras que el principio preventivo se aplica respecto a los posibles efectos esperados respecto de una conducta que puede afectar al medio ambiente basándose en consecuencias reales<sup>13</sup>. Manolo Morales por su parte señala que el principio preventivo consiste en la adopción de medidas que eviten el riesgo ambiental de manera obligatoria en cualquier actividad<sup>14</sup>, mientras que el principio precautorio se refiere a las medidas que deben tomar las autoridades estatales ante daños ambientales<sup>15</sup>. Según Francisca Moya el principio precautorio sólo se produce bajo la hipótesis de riesgo potencial, es decir, de la posibilidad de un riesgo, aun cuando este riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda medirse su amplitud o no sea posible determinar sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos<sup>16</sup>. Antonio Embid, alejándose de las distinciones señaladas por los autores anteriores, señala que la distinción entre precaución y prevención no siempre se justifica basándose en la distinción entre riesgo hipotético y riesgo potencial, o entre posibilidad y probabilidad, sino que además hay veces en que la distinción está dada entre riesgos potenciales afirmativos y riesgos potenciales sobre los que existe disenso científico o incertidumbre<sup>17</sup>. Entonces tanto el principio precautorio como el principio preventivo actúan eficazmente de modo ex-ante con la sutil diferencia que el principio precautorio actúa respecto a posibles y eventuales daños ambientales, mientras que el principio preventivo actúa respecto a existentes y ciertos daños ambientales. En pocas palabras, podemos entender que la educación ambiental está muy relacionada con los hábitos y conductas sociales, valores cívicos, la ciudadanía, la democracia, la cultura, la convivencia, la colaboración, la cooperación, y la comprensión y el respeto por la naturaleza, por lo que la educación ambiental tiene como principal característica ser un proceso

11 Cfr. Dougnac, Fernando; "El Deber-Obligación del Estado de Proteger el Derecho a la Vida de las Personas" (2014); p. 111.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.* p. 112.

14 Cfr. Morales, Manolo; "Derechos de la Naturaleza en la Constitución Ecuatoriana" (2013); p. 79.

15 *Ibid.*

16 Cfr. Moya, Francisca; "El Principio de Precaución" (2014); pp. 244-245.

17 Cfr. Embid, Antonio; "Precaución y Derecho" (2010); p. 177.

cognoscitivo permanente y multidisciplinar o interdisciplinario. El objetivo principal de la educación ambiental es entender el desarrollo sustentable como el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones actuales y futuras<sup>18</sup>.

La educación como derecho impacta a los demás derechos sociales tales como los derechos de salud y los derechos laborales, ya que la educación es la fórmula para alcanzar el conocimiento de la salud humana y de las condiciones óptimas de trabajo. Lamentablemente el derecho de educación no se encuentra garantizado por la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, y sólo le resta las garantías de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad proclamada por el Tribunal Constitucional conforme al artículo 93 N°6 de la Constitución –por gestión proveniente de un tribunal ordinario o especial de justicia- y el artículo 93 N°7 de la Constitución –inaplicabilidad por inconstitucionalidad genérica de un precepto legal- y la acción de nulidad de derecho público que se desprende del artículo 7 inciso segundo y tercero de la misma Carta Fundamental.

Ahora analizaremos brevemente la educación ambiental respecto a la educación formal o institucional correspondiente sólo a los niveles de párvulo, educación básica y educación media; excluyendo de este análisis las demás hipótesis de educación formal como la educación superior, la educación para poblaciones específicas, y la educación para adultos; y excluyendo también de esta investigación la educación informal a cargo de la familia o núcleo familiar –especialmente encomendada a los padres quienes tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos-, lo cual es más interesante para los efectos del derecho de filiación más que para lo que aquí nos reúne.

### **a) Educación Parvularia**

La educación parvularia es el nivel educativo que atiende integralmente a niños desde su nacimiento hasta su ingreso a la educación básica, sin constituir antecedente obligatorio para ingresar a la educación básica. Su propósito es favorecer de manera sistemática, oportuna y pertinente el desarrollo integral y

---

18 Ministerio del Medio Ambiente, Educación Ambiental [en línea]: <http://www.mma.gob.cl/educacionambiental/1319/w3propertyvalue-16421.html> en calidad de fuente citada.

aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, de acuerdo a las bases curriculares<sup>19</sup>, apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora (artículo 18 de la LGE). La educación parvularia no exige requisitos mínimos para acceder a ella, ni constituirá antecedente obligatorio para ingresar a la educación básica (artículo 26 de la LGE). Es deber del Estado promover la educación parvularia en todos sus niveles y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal para el primer y segundo nivel de transición, sin que éstos constituyan requisitos para el ingreso a la educación básica (artículo 4 de la LGE). Esta redacción es muy similar a lo establecido en el artículo 19 N°10 de la Constitución que señala que para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. Quizás en una primera lectura podemos estar de acuerdo con que la educación parvularia no tiene relación con la educación ambiental; pero si interpretamos algunos términos vagos como “nivel educativo”, “desarrollo integral”

---

19 El artículo 31 de la LGE dispone que corresponderá al Presidente de la República, mediante decreto supremo dictado a través del Ministerio de Educación, previa aprobación del Consejo Nacional de Educación, establecer las bases curriculares para la educación parvularia, básica y media. Éstas definirán, por ciclos o años, respectivamente, los objetivos de aprendizaje que permitan el logro de los objetivos generales para cada uno de los niveles establecidos en esta ley. Las bases curriculares aprobadas deberán publicarse íntegramente en el Diario Oficial. El Consejo Nacional de Educación aprobará las bases curriculares de acuerdo al procedimiento del artículo 53, velando por que los objetivos de aprendizaje contemplados en éstas sean relevantes, actuales y coherentes con los objetivos generales establecidos en la ley. Asimismo, deberá constatar que los objetivos de aprendizaje que se le presentan sean adecuados a la edad de los estudiantes, estén debidamente secuenciados y sean abordables en el tiempo escolar disponible en cada nivel y modalidad, y se adecuen al tiempo de libre disposición señalado en el inciso final de este artículo. El Consejo Nacional de Educación tendrá un plazo de 60 días para aprobar, rechazar o hacer observaciones a la propuesta del Ministerio de Educación. En caso de que formule observaciones, el Ministerio de Educación tendrá un plazo de 30 días para dar respuesta a éstas, tras lo cual el Consejo deberá aprobar o rechazar la propuesta en un plazo de 45 días. El Ministerio de Educación deberá elaborar planes y programas de estudios para los niveles de educación básica y media, los cuales deberán, si cumplen con las bases curriculares, ser aprobados por el Consejo Nacional de Educación, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 53. Dichos planes y programas serán obligatorios para los establecimientos que carezcan de ellos. Sin embargo, los establecimientos educacionales tendrán libertad para desarrollar los planes y programas propios de estudio que consideren adecuados para el cumplimiento de los objetivos generales definidos en las bases curriculares y de los complementarios que cada uno de ellos fije. Los establecimientos educacionales harán entrega, a la autoridad regional de educación correspondiente, de los planes y programas propios que libremente elaboren, debiendo dicha autoridad certificar la fecha de entrega. Los planes y programas se entenderán aceptados por el Ministerio de Educación transcurridos sesenta días contados desde la fecha de su entrega, fecha a partir de la cual se incorporarán al registro de planes y programas que el Ministerio llevará al efecto. No obstante, dicho Ministerio podrá objetar los respectivos planes y programas que se presenten para su aprobación, dentro del mismo plazo a que se refiere el inciso anterior, si éstos no incluyen los objetivos de aprendizaje explicitados en las bases curriculares que se establezcan de acuerdo a esta ley. Esta objeción deberá notificarse por escrito, siempre de manera fundada, en ese plazo mediante carta certificada dirigida al domicilio del respectivo establecimiento. La notificación contendrá la expresión de los objetivos de aprendizaje que no fueron incluidos en dichos planes y programas. En todo caso, procederá el reclamo de los afectados por la decisión del Ministerio de Educación, en única instancia, ante el Consejo Nacional de Educación, en el plazo de 15 días contados desde la fecha de la notificación del rechazo, disponiendo dicho Consejo de 45 días para pronunciarse sobre el reclamo. Para los establecimientos que operen en el régimen de jornada escolar completa, las bases curriculares para la educación parvularia, básica y media deberán asegurar una proporción equivalente al 30% de tiempo de trabajo escolar de libre disposición. En ese mismo régimen, los planes y programas de estudios para los niveles de educación básica y media que elabore el Ministerio de Educación deberán asegurar, a lo menos, una proporción equivalente al 15% de tiempo de trabajo escolar de libre disposición.

y “aprendizajes relevantes y significativos” acordaremos que la educación ambiental al ser un proceso cognoscitivo permanente e interdisciplinario o multidisciplinar si está contemplada en las hipótesis de nivel educativo y desarrollo integral, y de aprendizajes relevantes y significativos los cuales comprenden la educación parvularia, la cual no excluye a la educación ambiental, y que recomendamos no excluirla de las bases curriculares de la educación parvularia. En apoyo de esta idea, debemos advertir que la LGE no excluye ni priva el temprano conocimiento de los menores al entorno natural como sí lo hacía la LOCE o Ley 18.962 que excluía y privaba al alumnado de párvulo conocer sobre la naturaleza, sino que la LGE en su artículo 28 contempla que la educación parvularia fomentará el desarrollo integral de los niños y niñas y promoverá los aprendizajes, conocimientos, habilidades y actitudes que les permitan –entre otras cosas-: valerse por sí mismos en el ámbito escolar y familiar, asumiendo conductas de autocuidado y de cuidado de los otros y del entorno; desarrollar actitudes de respeto y aceptación de la diversidad social, étnica, cultural, religiosa y física; explorar y conocer el medio natural y social, apreciando su riqueza y manteniendo una actitud de respeto y cuidado del entorno; desarrollar su curiosidad, creatividad e interés por conocer; y en el caso de establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas se considerará, además, como objetivo general, que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permiten comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena reconociendo su historia y conocimientos de origen. Resulta interesante mencionar y destacar que la Ley General de Educación (LGE) vino a modificar y reemplazar a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) en lo respectivo sólo a las normas generales<sup>20</sup>. En este contexto es necesario saber que la LOCE no precavía ningún interés ecológico-ambiental por la educación parvularia lo que nos parece muy crítico, cuestionable y preocupante porque las enseñanzas y aprendizajes más significativos, relevantes y permanentes para un

20 La Ley General de Educación (LGE) o Ley 20.370 representa el marco para una nueva institucionalidad de la educación en Chile. La LGE deroga, sustituye y reemplaza a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) en lo referente a la educación general básica y media, manteniendo la normativa respecto a la educación superior. La LGE establece principios y obligaciones, y promueve cambios en la manera en que los niños de nuestro país serán educados. Además de los derechos garantizados en la Constitución, tratados internacionales, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la LGE se inspira en el principio de la sustentabilidad –entre otros principios, que para efectos de esta investigación no interesan-. La sustentabilidad de acuerdo a la LGE es asociada como el fomento al respeto al medioambiente y el uso racional de los recursos naturales. La sustentabilidad medioambiental no tiene un enfoque tan ambiental como sí lo tiene la sostenibilidad, ni un enfoque tan ecológico como lo tiene la biomímesis. La sustentabilidad medioambiental obedece a razones de mercado y economía más que razones éticas ambientales de cambio de conciencia. La sustentabilidad como principio que regula esta ley, orienta el alcance de esta norma, direccionando y definiendo la educación a una hipótesis medioambiental por sobre una hipótesis ambiental y/o ecológica, por ende limita legalmente la libertad de enseñanza en pro de la protección al medioambiente –como medio- por lo que sería ilegal un plan educacional –producto de la libertad de enseñanza- que aliente a contaminar y destruir la naturaleza -como medioambiente-.

ser humano se adquieren en los primeros ocho años de vida<sup>21</sup>, esencialmente en la educación parvularia; por suerte y para fortuna de las nuevas generaciones la LGE cambió esta opaca realidad consagrada y permitida por la LOCE, así que a partir de la publicación y promulgación de la LGE tenemos la legítima esperanza que las nuevas generaciones en su niñez puedan comprender y valorar la importancia del ambiente natural de la mano de una enseñanza y educación parvularia ecológica-ambiental. Veremos a continuación que la LGE destaca como un valor esencial para el aprendizaje de los estudiantes y alumnos de la enseñanza básica y media el conocimiento y valoración para con la naturaleza, y también veremos que la LOCE respecto a la educación básica y media le da una ligera y sutil importancia a la enseñanza ecológica-ambiental en contraste de la nula importancia que la LOCE le otorga al conocimiento ecológico y ambiental para los estudiantes.

## **b) Educación Básica**

La educación básica es el nivel educacional que se orienta hacia la formación integral de los alumnos, en sus dimensiones física, afectiva, cognitiva, social, cultural, moral y espiritual, desarrollando sus capacidades de acuerdo a los conocimientos, habilidades y actitudes definidos en las bases curriculares que les permiten continuar el proceso educativo formal (artículo 19 de la LGE). La educación básica no requiere un requisito previo y habilitante ya que recordemos que la educación parvularia no es requisito de la educación básica. La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población, así como generar las condiciones para la permanencia en el mismo de conformidad a la ley (artículo 4 de la LGE) Cabe recalcar la indispensabilidad de la educación básica, ya que la educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población (artículo 19 N°10 de la Constitución). El artículo 29 de la LGE señala que la educación básica tendrá como objetivos generales, sin que esto implique que cada objetivo sea necesariamente una asignatura, que los educandos desarrollen los conocimientos, habilidades y actitudes personales y sociales que les permitan desarrollarse en los ámbitos moral, espiritual, intelectual, afectivo y físico de acuerdo a su edad; actuar de acuerdo con valores y normas de convivencia cívica, pacífica, conocer sus derechos y responsabilidades, y asumir compromisos consigo mismo y con

---

21 Cfr. UNICEF; "Para La Vida: El Desarrollo Infantil y El Aprendizaje Temprano" (2002); p. 21.

los otros; reconocer y respetar la diversidad cultural, religiosa y étnica y las diferencias entre las personas, así como la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y desarrollar capacidades de empatía con los otros; adquirir hábitos de higiene y cuidado del propio cuerpo y salud; entre otros conocimientos, actitudes y habilidades personales y sociales. Así además este mismo artículo 29 de la LGE reconoce conocimientos, actitudes y habilidades culturales como conocer los hitos y procesos principales de la historia de Chile y su diversidad geográfica, humana y socio-cultural, así como su cultura e historia local, valorando la pertenencia a la nación chilena y la participación activa en la vida democrática; conocer y valorar el entorno natural y sus recursos como contexto de desarrollo humano, y tener hábitos de cuidado del medio ambiente; aplicar habilidades básicas y actitudes de investigación científica, para conocer y comprender algunos procesos y fenómenos fundamentales del mundo natural y de aplicaciones tecnológicas de uso corriente entre otros conocimientos, actitudes y habilidades culturales. Tanto los conocimientos, actitudes y habilidades personales, sociales y culturales que debe adquirir un alumno en la educación básica pueden entenderse en un alcance y sentido ecológico-ambiental. Este cambio es interesante porque la Ley General de Educación (LGE) vino a modificar la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) en lo respectivo sólo a las normas generales de la educación parvularia, básica y media. En este contexto es necesario saber que en el artículo 10 de la LOCE se precavía un incipiente interés ecológico-ambiental por la educación básica en lo respectivo a los objetivos de la enseñanza básica, interés ecológico-ambiental mínimo que por lo demás se podría esperar de ella, sin perjuicio, de no dejar de ser una mención no despreciable y llamativa por el interés ecológico-ambiental en la LOCE; que encontraba su complemento en el artículo 11 de la misma LOCE respecto a los requisitos que debe tener un educando que haya cursado dicho nivel escolar, requisitos los cuales volvían a teñirse con novatos tintes ecológicos, lo que daba pie para comprender el ambiente natural durante la educación básica según la LOCE, a diferencia de lo que ocurre con en inexistente interés ecológico-ambiental de la LOCE respecto a la educación parvularia y el casi nulo interés ecológico-ambiental en la LOCE respecto a la educación media, como revisaremos a continuación.

### **c) Educación Media**

La educación media es el nivel educacional que atiende a la población escolar que haya finalizado el nivel de educación básica y tiene por finalidad procurar que cada alumno expanda y profundice su formación general y desarrolle los

conocimientos, habilidades y actitudes que le permitan ejercer una ciudadanía activa e integrarse a la sociedad (artículo 20 de la LGE). Para ingresar a la educación media se requiere haber aprobado la educación básica o tener estudios equivalentes<sup>22</sup> (artículo 26 de la LGE). La educación media es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población, así como generar las condiciones para la permanencia en el mismo de conformidad a la ley (artículo 4 de la LGE) Cabe destacar la indispensabilidad de la educación media debido a que es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. La educación media se extenderá hasta que el educando cumpla los 21 años de edad como tope máximo de este nivel educacional (artículo 19 N°10 de la Constitución). Los alumnos que terminen satisfactoriamente sus estudios de educación media serán merecedores de una licencia –diploma, certificado o título- otorgado por el Ministerio de Educación por el término de sus estudios obligatorios (artículo 40 de la LGE). La licencia de educación media permitirá optar a la continuación de estudios en la educación superior, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por ley y por las instituciones de educación superior (artículo 42 de la LGE). El artículo 30 de la LGE señala que la educación media tendrá como objetivos generales, sin que esto implique que cada objetivo sea necesariamente una asignatura, que los educandos desarrollen los conocimientos, habilidades y actitudes personales y sociales que les permitan alcanzar el desarrollo moral, espiritual, intelectual, afectivo y físico que los faculte para conducir su propia vida en forma autónoma, plena, libre y responsable; desarrollar planes de vida y proyectos personales, con discernimiento sobre los propios derechos, necesidades e intereses, así como sobre las responsabilidades con los demás y, en especial, en el ámbito de la familia; desarrollar capacidades de emprendimiento y hábitos, competencias y cualidades que les permitan aportar con su trabajo, iniciativa y creatividad al desarrollo de la sociedad; tener hábitos de vida activa y saludable; entre otros conocimientos, actitudes y habilidades personales y sociales. Así además este mismo artículo 30 de la LGE reconoce conocimientos, actitudes y habilidades culturales como analizar procesos y fenómenos complejos, reconociendo su multidimensionalidad y multicausalidad; comprender y aplicar

---

22 El artículo 41 de la LGE señala que el Ministerio de Educación deberá expedir un decreto supremo que determine concretamente la validación de estudios o aprendizajes equivalentes y homologaciones de aprendizajes correspondientes a la educación básica y media. Algunos estudios equivalentes a la educación media son los llamados "institutos 2x1", la enseñanza por parte de los profesores particulares, la educación impartida por las instituciones de defensa nacional (carabineros, militares, fuerzas aéreas, marina, etc.), la educación diferencial, la educación intercultural o bilingüe, la educación otorgada en el extranjero, entre otras que determine el decreto supremo que dictará el Ministerio de Educación.



conceptos, teorías y formas de razonamiento científico, y utilizar evidencias empíricas, en el análisis y comprensión de fenómenos relacionados con ciencia y tecnología; conocer la importancia de la problemática ambiental global y desarrollar actitudes favorables a la conservación del entorno natural; comprender y valorar la historia y la geografía de Chile, su institucionalidad democrática y los valores cívicos que la fundamentan; entre otros conocimientos, actitudes y habilidades culturales. Tanto los conocimientos, actitudes y habilidades personales, sociales y culturales que debe adquirir un alumno en la educación media pueden entenderse en un alcance y sentido ecológico-ambiental. Este cambio es interesante porque la Ley General de Educación (LGE) vino a modificar la casi nula aplicación ecológica-ambiental de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE). En este contexto es necesario saber que en la LOCE el interés ecológico-ambiental por la educación media era muy discreto, tanto es así que en el caso de la educación media sólo el artículo 13 letra d) de la LOCE señalaba que los alumnos de la enseñanza media deben alcanzar como requisito mínimo el conocer y apreciar el medio natural como un ambiente dinámico y esencial para el desarrollo de la vida humana; entre otros requisitos que distaban bastante del interés ecológico-ambiental. Por suerte para los intereses globales ecológicos-ambientales, el artículo 13 de la LOCE fue reemplazado por el más completo, óptimo, aceptable, e integral artículo 30 de la LGE que sí le da más prelación e importancia al ambiente natural como un valor preponderante, indispensable y gravitante para el desarrollo educacional y general de los alumnos que cursan y egresan de la enseñanza media en Chile.

Tras analizar estos tres niveles educativos podemos afirmar que la LGE da mayor énfasis al aprendizaje ecológico-ambiental que la LOCE, por lo que con gran entusiasmo estimamos que nos espera un buen devenir en cuanto a nuestra relación con la naturaleza, pensando en el aprendizaje de las futuras generaciones, las cuales serán educadas bajo una formación sólida de conocimiento y promoción de los derechos fundamentales, especialmente aquellos que versan sobre la protección y respeto hacia la naturaleza.

### **1.1.2. La Libertad de Enseñanza**

Respecto a la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 19 N°11 de la Constitución, podemos advertir que la libertad de enseñanza es el complemento del derecho de educación, y en consecuencia la libertad de enseñanza no es un derecho social-prestacional positivo de hacer propiamente tal, sino que más bien, la libertad de enseñanza es un derecho negativo consistente en la no

interferencia ni entorpecimiento para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, llámense colegios, escuelas, institutos, academias, centros de formación técnica, preuniversitarios, universidades, entre otros más. La libertad de enseñanza es un derecho que tiene limitaciones internas –conforme a la tesis de los límites (internos) de los derechos fundamentales-, siendo expresamente estas limitaciones las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional y la prohibición de propagar alguna tendencia político partidista<sup>23</sup> y no otras. La libertad de enseñanza al igual que el derecho de educación se encuentra garantizada por las garantías de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad proclamada por el Tribunal Constitucional conforme al artículo 93 N°6 de la Constitución –por gestión de un tribunal ordinario o especial de justicia- y al artículo 93 N°7 de la Constitución –inaplicabilidad por inconstitucionalidad genérica por precepto legal- y la acción de nulidad de derecho público que se desprende del artículo 7 inciso segundo y tercero de la misma Carta Fundamental, pero a diferencia del derecho de educación, la libertad de enseñanza se encuentra garantizada –además- por la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, el cual señala que debido a un acto u omisión ilegal y/o arbitraria proveniente de un particular o alguna autoridad del Estado que amenace, perturbe o prive el legítimo derecho de libertad de enseñanza, nosotros ya sea como afectados o en nombre del afectado podemos recurrir en un plazo de un mes -30 días corridos desde la vulneración- ante la Corte de Apelaciones respectiva –competente- para exigir mediante la acción de protección el restablecimiento del imperio del derecho irrogado por este acto u omisión que vulneró la libertad de enseñanza.

Ahora analizaremos la lectura verde de los límites internos de la libertad de enseñanza.

### **a) Lectura Verde de la Moral como Límite de la Libertad de Enseñanza**

La moral es un *concepto jurídico indeterminado que emplea la Constitución en relación a los límites de ciertos derechos*<sup>24</sup>. La moral corresponde a un sistema normativo complejo de significación plural y análoga que regula y *enjuicia los comportamientos humanos*, tanto unilaterales como bilaterales, en función de un *proceso valorativo* que comienza por el elemento interno (intencionalidad) y

<sup>23</sup> Estas mismas limitaciones se encontraban señaladas en el artículo 6 de la LOCE.

<sup>24</sup> Cfr. García Pino, Gonzalo; y Contreras Vásquez, Pablo; "Diccionario Constitucional Chileno" (2014); p. 659. [cursiva agregada].

concluye con el elemento externo (comportamiento exteriorizado) en relación a las diferentes circunstancias (modo, tiempo, lugar, etc.) de su realización<sup>25</sup>. En razón de su finalidad, la moral vincula al hombre en el fuero interno de su conciencia exigiendo así una perfecta adecuación o correspondencia entre el comportamiento externo del sujeto (sumisión u obediencia de la norma) y el animus o voluntad (elemento interno) que impulsa ese comportamiento<sup>26</sup>. La moral, como concepto, presenta varios desafíos interpretativos. En primer lugar, *el concepto es vago y, junto a ello, permite una amplia discrecionalidad de los operadores para definir su contenido concreto*<sup>27</sup>. Tal condición se ve reforzada por su carácter de geometría variable; pese a tener una unidad de sentido, el concepto sólo adquiere un contenido y alcance determinado en su aplicación en un caso concreto<sup>28</sup>. Por ello, *pese a que existen definiciones generales de moral, su desarrollo depende de su concreción en grupos de casos y en hipótesis que sean delimitadas por la jurisprudencia*<sup>29</sup>. A su vez, debido a la textura abierta del término, *el adjudicador goza de discrecionalidad para definir el contenido exacto aplicable en el caso concreto*<sup>30</sup>. En segundo lugar, *el concepto de moral cambia en el tiempo*. La arista temporal está ligada al carácter histórico-cambiante de los usos sociales, que determinan la corrección moral pública de ciertas actividades o conductas de la comunidad<sup>31</sup>. En tercer lugar, *el concepto de moral se utiliza para la restricción de derechos fundamentales*<sup>32</sup>. En tal caso, se considera un bien constitucional de carácter colectivo y de rango constitucional que habilita la limitación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental<sup>33</sup>. El constituyente reconoce la existencia de un conjunto de reglas de conducta admitidas de manera predominante por el grupo social, en un momento histórico determinado, adquiridas por la educación y la experiencia, acerca de lo que es bueno, deseable o moralmente correcto en las distintas relaciones que entablan sus integrantes<sup>34</sup>. El concepto de moral no es estático, sino dinámico y evoluciona en la historia condicionada por el desarrollo de las estructuras económicas, sociales, culturales, y políticas<sup>35</sup>. Al ser el grado de concretización de este concepto esencialmente controvertido, son los Tribunales de Justicia los que,

---

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.* pp. 659-660. [cursiva agregada].

28 *Ibid.* p. 660. [cursiva agregada].

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

en el caso de poseer la competencia, deben resolver el problema de interpretación, apreciando la infracción de ese límite<sup>36</sup>. Conforme a esto podemos señalar que debido a la práctica de la realidad, la evolución de la sociedad, el carácter vago y la textura abierta del término "moral" como la manifestación externa del fuero interno, *resulta inmoral vulnerar al ambiente natural en hipótesis de arbitrariedad o exceso*, con empero que este juicio moral debe ser ajustado caso a caso por la judicatura y los legisladores. Nosotros sostenemos –sin ningún tipo de tapujo- que es deber de los operadores jurídicos determinar *si resulta inmoral enseñar con el fin de destruir, depredar y/o contaminar la naturaleza*; a nuestro juicio, el solo hecho de imaginar esta hipótesis ya nos resulta inmoral debido a que el daño ecológico es irracional y no tiene justificación ni siquiera en nombre de la humanidad ya que al dañar arbitrariamente a la naturaleza también se está afectando a las personas, ya sea como ciudadanos individuales, colectividades, comunidades, sociedades, etc. Por ende la destrucción, depredación y/o contaminación de la naturaleza –que debe analizarse caso a caso por los operadores jurídicos- es por regla general arbitraria siendo la justificación de estas actuaciones la excepción a la regla que debe probarse en juicio, arbitraje, mediación o algún otro procedimiento para determinar o descartar responsabilidades por daño ambiental. Afirmamos que el respeto, conservación y protección de la naturaleza es en sí mismo un límite a la libertad de enseñanza que jamás debe tener como fin el educar a los ciudadanos responsables para dañar a la naturaleza de forma injustificada o arbitraria. Esto además encuentra asidero en los fines ecológicos-ambientales que impulsa la libertad de enseñanza y el derecho de educación –en sus distintos niveles- como derechos fundamentales que sirven de molde para la confección de políticas, proyectos y planes públicos orientados a la educación como desarrollo integral y constante del ser humano, que a su vez tiene base en el respeto y conocimiento de los demás derechos fundamentales consagrados tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales que se encuentren vigentes y nuestro país haya ratificado. Por estos motivos la libertad de enseñanza tiene como primer límite la moral, por lo que en consecuencia no podemos concebir una enseñanza que permita, aliente, y premie la destrucción, depredación y/o contaminación de nuestro entorno natural, es decir, nuestra casa común, cuya afectación constituye clara y evidentemente una actuación inmoral que debemos evitar conforme a los principios precautorio y preventivo del derecho ecológico-ambiental.

---

36 Ibid. p. 661.

## b) Lectura Verde de las Buenas Costumbres como Límite de la Libertad de Enseñanza

El concepto de buenas costumbres es un concepto jurídico indeterminado que emplea la Constitución en relación a los límites de ciertos derechos<sup>37</sup>. Por buenas costumbres se entiende un ámbito de la moralidad pública que dice relación con los modos y formas de *convivencia social* imperantes en un momento histórico determinado<sup>38</sup>. El concepto de buenas costumbres posee ciertos elementos. En primer lugar, tiene un carácter espacio-temporal, esto es, se trata de las buenas costumbres de la sociedad chilena y en la actualidad<sup>39</sup>. En segundo lugar, se trataría de modos o formas de convivencia social que se consideran valiosas o correctas por parte de la comunidad<sup>40</sup>. En tercer lugar, las costumbres que se estiman “buenas” se han desarrollado por un número considerable de miembros de la comunidad y no responden a aquellas generadas por individuos aislados o grupos minoritarios<sup>41</sup>. El concepto de buenas costumbres presenta varios desafíos interpretativos. En primer lugar, es vago y, junto a ello, permite una amplia discrecionalidad de los operadores para definir su contenido concreto<sup>42</sup>. Tal condición se ve reforzado por su carácter de geometría variable: pese a tener una unidad de sentido, *el concepto sólo adquiere un contenido y alcance determinado en su aplicación en un caso concreto*<sup>43</sup>. Por ello, pese a que existen definiciones generales de buenas costumbres, *su desarrollo depende de su concreción en grupos de casos y en hipótesis que sean delimitadas por la jurisprudencia*<sup>44</sup>. Conforme a esto podemos señalar que debido a la valoración de la moralidad pública, la convivencia social, la práctica generalizada de la sociedad, y la vaguedad e indeterminación del término buenas costumbres, resulta ser una mala costumbre vulnerar al ambiente natural en hipótesis de arbitrariedad o exceso, con empero que este juicio valorativo debe ser ajustado y estudiado caso a caso por la judicatura. Nosotros sostenemos – sin ningún tipo de tapujo– que es deber de los jueces determinar si destruir, depredar y/o contaminar la naturaleza resulta ser o no la práctica o ejercicio de una mala costumbre, conforme a la evaluación casuística, la cual implica un juicio de valoración consistente en la aprobación o reproche y validación o rechazo

37 *Ibid.* p. 121. [cursiva agregada].

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

de la práctica o ejercicio que se estimará como buena o mala costumbre según sea el caso. No tenemos duda alguna que destruir, depredar y/o contaminar la naturaleza, no es bien visto ni aceptado por la sociedad, por lo que estaríamos por regla general en una hipótesis de un caso que constituye una mala costumbre, siendo su justificación la excepción, la cual debe probarse irrefutablemente. Por estos motivos la libertad de enseñanza tiene otro segundo límite en las buenas costumbres, por lo que en consecuencia no podemos concebir una enseñanza que permita, aliente, y premie la destrucción, depredación y/o contaminación de nuestra casa común, es decir, nuestro entorno natural, cuya afectación constituye clara y evidentemente una mala costumbre que debemos evitar conforme a los principios precautorio y preventivo defendidos por el derecho ecológico-ambiental.

### **c) Lectura Verde del Orden Público como Límite de la Libertad de Enseñanza**

Para la doctrina administrativista y para el derecho administrativo en general, el orden público es el valor que debe ser tutelado por la función y actividad policial del Estado de Derecho mediante un control fiscalizador para garantizar el bien común de la población. El concepto de orden público es un *concepto jurídico indeterminado que emplea la Constitución en relación a los límites de ciertos derechos*<sup>45</sup>. Cuando nos referimos al orden público consideramos –siguiendo a Bermúdez Soto– que se trata de un concepto válvula o flexible que variará de acuerdo con las circunstancias políticas, económicas y sociales de un determinado momento<sup>46</sup>. El concepto de orden público se aplica tanto bajo condiciones de normalidad institucional como de excepcionalidad constitucional<sup>47</sup>. Además, dentro de la técnica normativa constitucional, el concepto de orden público es utilizado como una cláusula restrictiva contemplada en la propia Carta Fundamental<sup>48</sup>. Conforme a la CENC, el orden público es aquel “conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo que configura su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental de un pueblo”<sup>49</sup>. El orden público es un concepto que presenta varios desafíos interpretativos<sup>50</sup>. En primer lugar, el concepto es vago y, junto a ello, *permite una amplia discrecionalidad de los*

45 Ibid. p. 680. [cursiva agregada].

46 Cfr. Bermúdez Soto, Jorge; “Derecho Administrativo General” (2011); p. 271.

47 Cfr. García Pino, Gonzalo; y Contreras Vásquez, Pablo; “Diccionario Constitucional Chileno” (2014); p. 681. [cursiva agregada].

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Ibid. p. 682. [cursiva agregada].

*operadores para definir su contenido concreto*<sup>51</sup>. Tal condición se ve reforzada por su carácter de geometría variable: pese a tener una unidad de sentido, *el concepto sólo adquiere un contenido y alcance determinado en su aplicación en un caso concreto*<sup>52</sup>. Por ello, las definiciones generales de orden público requieren del detalle de grupos de casos en los que se ha aplicado el concepto por la jurisprudencia<sup>53</sup>. A su vez, debido a la textura abierta del término, el adjudicador goza de discrecionalidad para definir el contenido exacto aplicable en el caso concreto<sup>54</sup>. En segundo lugar, el concepto de orden público cambia en el tiempo<sup>55</sup>. La arista temporal está ligada al carácter histórico cambiante de los usos sociales que determinan la corrección moral pública de ciertas actividades o conductas de la comunidad<sup>56</sup>. Respecto al carácter temporal del orden público, Bermúdez Soto señala que los actos que hace poco tiempo se consideraban como vulneradores del orden público hoy día pueden no serlo (ejemplo; el antiguo artículo 8 de la Constitución, que rechazaba la política partidista –de izquierda-. En la actualidad no existe esta prohibición de estas ideologías siempre y cuando no propugnen la violencia como medio de manifestación, ya que la política partidista como tal no es considerada en sí misma como atentatoria al orden público como si lo consideraba el texto constitucional original, sino que al revés, se estima que es expresión de la democracia pluralista). Por el contrario, actividades o productos que hasta hace poco eran considerados como inocuos, por el avance de la ciencia, se consideran (ahora) como atentatorios de la salubridad pública al poner en riesgo la salud y bienestar de la población (ejemplo: los cultivos transgénicos, el uso indiscriminado de pesticidas tóxicos que permiten la eliminación de las abejas como polinizadoras por excelencia y sostenedoras de la vida vegetal, las poco exigentes normas de calificación de impacto ambiental, entre otros)<sup>57</sup>. En tercer lugar, el concepto de orden público se utiliza para la restricción de derechos fundamentales. En tal caso, se considera que es un bien constitucional de carácter colectivo y habilita la limitación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental<sup>58</sup>. Conforme a esto podemos señalar que debido a la sujeción de las leyes –específicamente a las leyes- la importancia de las costumbres sociales y actuales prácticas de la sociedad

---

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Ibid.

57 Cfr. Bermúdez Soto, Jorge; "Derecho Administrativo General" (2011); p. 271. [los ejemplos entre paréntesis son agregados nuestros].

58 Cfr. García Pino, Gonzalo; y Contreras Vásquez, Pablo; "Diccionario Constitucional Chileno" (2014); p. 682.

chilena, y la vaguedad e indeterminación del término buenas costumbres, resulta ser una afectación al orden público la vulneración del ambiente natural en hipótesis de ilegalidad y/o de arbitrariedad o exceso. Nosotros sostenemos –sin ningún tipo de tapujo- que destruir, depredar y/o contaminar la naturaleza resulta ser un descalabro para el orden público. No tenemos duda alguna que destruir, depredar y/o contaminar la naturaleza es contrario a las leyes, costumbres, intereses, usos y prácticas de nuestra sociedad. La destrucción, depredación y/o contaminación del ambiente natural genera una gran preocupación e incertidumbre ciudadana, y por lo cual altera ostensiblemente al orden público. Por estos motivos la libertad de enseñanza detenta un tercer límite en el orden público *natural*, por lo que en consecuencia no podemos concebir una enseñanza que manifiestamente llame a alterar el orden público por medio de la divulgación y fomento a destruir, depredar y/o contaminar nuestra casa común, es decir, nuestro entorno natural, que de ser afectado también nos afecta a nosotros los seres humanos y por ende, la perturbación del *orden público natural* se transforma en un círculo vicioso que debemos evitar conforme a los principios precautorio y preventivo que propugna el derecho ecológico-ambiental.

#### **d) Lectura Verde de la Seguridad Nacional como Límite de la Libertad de Enseñanza**

La seguridad nacional es un bien colectivo, de rango constitucional, que preserva la independencia del país y que obliga a la defensa de la soberanía, su institucionalidad republicana y la integridad territorial de Chile, frente a agresiones externas, calificadas como tales por el ordenamiento nacional e internacional<sup>59</sup>. Es el concepto que más emplea la Constitución para hacer referencia a potestades públicas, deberes del Estado y de los ciudadanos, como cláusula limitativa de derechos. Se entenderá por seguridad nacional toda acción encaminada a procurar la preservación del orden jurídico institucional del país, de modo que asegure el libre ejercicio de la soberanía de la nación en el interior como en el exterior, con arreglo a las disposiciones establecidas, en la Constitución Política del Estado, a las leyes de la República y a las normas del derecho internacional<sup>60</sup>. La seguridad nacional es un concepto que presenta varios desafíos interpretativos. En primer lugar, el concepto es vago y, junto a ello, permite una amplia discrecionalidad de

---

59 *Ibid.* p. 814.

60 *Ibid.* p. 815. [cursiva agregada]



los operadores para definir su contenido concreto. Tal condición se ve reforzada por su carácter de geometría variable: pese a tener una unidad de sentido, el concepto sólo adquiere un contenido y alcance determinado en su aplicación en un caso concreto<sup>61</sup>. En materia de límites a los derechos fundamentales, se considera que es un bien constitucional de carácter colectivo y de rango constitucional que habilita la restricción del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental<sup>62</sup>. Respecto de este cuarto y último límite de la libertad de enseñanza en su relación con el entorno natural no tenemos mucho que decir pues la verdad parece difícil relacionar el orden público natural con la seguridad nacional; las únicas ideas que nos surgen es respecto a las disposiciones del derecho internacional público en torno a la protección ecológica-ambiental, y respecto a que la seguridad nacional constituye una causal o requisito para la declaración de los estados de excepción constitucional, lo que sugiere que la destrucción, depredación y especialmente la contaminación contra la naturaleza puede provocar desastres ecológicos de alto impacto contra la vida humana y el ecosistema natural que impacten en la normalidad pública y que amenacen el bien común de la sociedad, lo que podría eventualmente ser fundamento para que el Presidente de la República declare y decrete estado de catástrofe como estado de excepción constitucional por desastres ecológicos –en hipótesis de calamidad pública que afecta la seguridad nacional- provocados por la acción de la humanidad contra el entorno natural entre muchos otros factores y catalizadores más. Por estos motivos la libertad de enseñanza detenta un último límite respecto a la seguridad nacional sugerida por el derecho internacional público y especialmente por los estados de excepción constitucional, más específicamente por el estado de catástrofe que puede tener su origen, causa o incidencia en la destrucción, depredación y/o contaminación de la naturaleza, por lo que en consecuencia no podemos concebir una enseñanza que manifiestamente llame a alterar la seguridad nacional por medio de la divulgación y fomento de una educación que aliente a destruir, depredar y/o contaminar nuestra casa común, es decir, nuestro entorno natural, que de ser afectado también nos afectará a nosotros como seres humanos y por ende, se provocará una perturbación al orden público natural que se transformará en un círculo vicioso que incidirá en el orden público nacional vulnerando el bien común de la sociedad, y en consecuencia debemos evitar y limitar la enseñanza que propugne valores violentos y agresivos contra

---

61 *Ibid.* p. 816.

62 *Ibid.*

la naturaleza que tarde o temprano atentarán contra nuestra propia seguridad, conforme a los principios precautorio y preventivo que influyen e inspiran al derecho ecológico-ambiental, el cual se basa en ellos.

### **e) Lectura Verde de la Prohibición de Propagar Tendencia o Política Partidista Alguna como Límite de la Libertad de Enseñanza**

Por último, respecto a la libertad de enseñanza cabe destacar que la enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna<sup>63</sup>, por lo que no se puede educar a la comunidad conforme a una orientación política particular que busque fomentar la violencia, la discriminación, segregación, o destrucción, depredación y/o contaminación ambiental, ya que nos encontramos aquí ante una última limitación dentro de la libertad de enseñanza. Cabe advertir que en este sentido tampoco podría ser admitida una enseñanza que busque la protección del entorno natural mediante una tendencia política determinada ya que en lo que respecta a educación y enseñanza, el fomento del respeto, conservación y protección de la naturaleza debe ser un proceso autónomo, reflexivo y crítico, y no producto de un encasillado juicio político perteneciente a algún partido político, ya que de lo contrario alguien podría acusar a los profesores de adoctrinamiento político para con sus alumnos, cuestión que desearíamos evitar pues la educación no debería ser utilizada como herramienta del adoctrinamiento e incidencia política, sino que la educación debe permitir un proceso de desarrollo humano integral que fomente valores, reflexión y crítica respecto a nuestro actuar y nuestros conocimientos, los cuales deben ser enseñados cuidadosamente mediante una metodología metódica y didáctica que permita a los alumnos pensar autónomamente y no por medio de la ayuda de valoraciones políticas provenientes específicamente de las directrices fundantes de los partidos políticos.

---

63 Esta misma limitación se encontraba señalada en los mismos términos en el artículo 6 de la LOCE y en términos similares pero no idénticos en el artículo 77 de la LOCE referido a la educación superior. El artículo 77 de la LOCE señala que "la autonomía y la libertad académica no autoriza a las entidades de educación superior para amparar ni fomentar acciones o conductas incompatibles con el orden jurídico ni permite actividades orientadas a propagar, directa o indirectamente, tendencia político partidista alguna. Estas prerrogativas, por su esencia misma, excluyen el adoctrinamiento ideológico político, entendiéndose por tal la enseñanza y difusión que excedan los comunes términos de la información objetiva y de la discusión razonada, en las que se señalan las ventajas y las objeciones más conocidas a sistemas, doctrinas o puntos de vista".

## 1.2. Lectura Verde del Derecho de Salud

Nuestra Constitución consagra en su artículo 19 N°9 el derecho de acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo y la facultad de elegir el sistema de salud al que se desee acogerse, sea éste estatal o privado; así como una serie de obligaciones y prestaciones estatales en el área de la salud que facilite a las personas naturales la exigibilidad de este derecho. Nosotros consideramos que en sí este derecho no tiene límites internos pero sí podría estar sujeto a límites externos. Estos límites externos del derecho de la salud estarían dados por un bloque de derechos compuesto por el derecho de protección del medioambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8 de la Constitución), el derecho a la vida (artículo 19 N°1 de la Constitución)<sup>64</sup> y el derecho de la salud (artículo 19 N°9 de la Constitución). Conforme a este bloque, de admitirse la contaminación –ilegal o no autorizada- de la naturaleza estaríamos matando arbitrariamente a la población humana afectando por ello sus derechos de salud y vida<sup>65</sup>. Esta interacción en bloque entre estos tres derechos fundamentales se aprecia sutilmente en los derechos sanitarios que buscan promover la salubridad y sanidad pública de la población con la expectativa que la ciudadanía sea saludable y sana; un ejemplo de esto lo configura el artículo 73 del Código Sanitario que señala que “se prohíbe la descarga de las aguas servidas y los residuos industriales o mineros en ríos o lagunas, o en cualquiera otra fuente o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población, para riego o para balneario, sin que antes se proceda a su depuración en la forma que se señale en los reglamentos; en estos casos será la autoridad sanitaria quien podrá ordenar la inmediata suspensión de dichas descargas y exigir la ejecución

64 En este trabajo confiamos en la tesis del derecho a la vida en la cual se entiende por este derecho como “el derecho a que no nos maten arbitrariamente”, sostenido por el profesor Rodolfo Figueroa García-Huidobro. Esta tesis haya su complemento con la protección del medioambiente libre de contaminación, ya que de admitir la contaminación –ilegal o no autorizada- de la naturaleza estaríamos matando a la población arbitrariamente afectando por ello su derecho de salud. Recomendamos y sugerimos la lectura de los textos: “Concepto de Derecho a la Vida” y “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto”, ambos del académico e investigador Rodolfo Figueroa García-Huidobro.

65 Un gran ejemplo de la relación existente entre este bloque de derechos la encontramos cuando se quiere alegar la arbitrariedad de un acto u omisión que afecte nuestro derecho de vivir en un medioambiente libre de contaminación (art. 19 N°8 de la CPR), mediante la invocación de una acción de protección (art. 20 de la CPR) que proteja directamente al derecho a la vida (art. 19 N°1 de la CPR) e indirectamente el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, pues la acción de protección que tutela al art. 19 N°8 de la Constitución sólo permite y admite la hipótesis de ilegalidad y no de arbitrariedad (art. 20 inc. 2 de la CPR), por lo que no existen las acciones de protección que se funden en la arbitrariedad de un acto u omisión que provoca contaminación, por lo que recomendamos superar esta falencia de nuestra legislación mediante este disfraz de recurrir mediante una acción de protección que verse sobre el derecho a la vida como defensa estratégica ante las arbitrariedades que ocasionan episodios de contaminación que vulneren nuestro derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

de sistemas de tratamientos satisfactorios (eficientes y eficaces)<sup>66</sup> destinados a impedir toda contaminación<sup>67</sup>. Destacamos que el bloque del medioambiente, la vida y la salud tienen un correlato con el derecho de educación en lo que respecta a los cuidados del propio cuerpo y salud como objetivos de la educación básica y la adquisición de hábitos de vida activa y saludable como objetivo de la enseñanza media, y también el susodicho bloque tiene un correlato en la libertad de enseñanza en lo correspondiente a la lectura verde del orden público –natural- como límite de la libertad de enseñanza. Debemos recordar que la reserva legal limitativa del inciso segundo del artículo 19 N°8 de la Constitución permite la limitación externa a otros derechos fundamentales cuando el contexto lo amerite, en este caso podría ser limitado el derecho de salud en función de la protección del medioambiente libre de contaminación, como límite externo en este caso al derecho de salud. Por último debemos señalar que los principios pro homine<sup>68</sup>, precautorio y preventivo se encuentran muy presentes en este bloque de derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución pero que la doctrina y jurisprudencia no han sabido como coordinarlos ni interpretarlos en su conjunto.

### 1.3. Lectura Verde de los Derechos Laborales

Debemos dejar de entrada en claro que los derechos de protección de la naturaleza no son excluyentes ni antagónicos con los derechos laborales de los trabajadores, ni con los derechos comerciales, ni tampoco con la libertad de las empresas, y menos con los derechos económicos. Nuestra actual Constitución consagra en sus artículos 19 N°16 y N° 19 algunos derechos –muy generales- de los trabajadores. La relación entre la naturaleza y los derechos de los trabajadores se da a nivel del ambiente laboral y las condiciones mínimas de salubridad y seguridad de los trabajadores que se ven expuestos a los peligros del entorno natural que los rodea mientras realizan sus labores<sup>69</sup>.

---

66 Agregado nuestro entre corchetes.

67 Podemos encontrar más ejemplo de este bloque de derechos en el artículo 74 del Código Sanitario, en los artículos 4 y 6 del Decreto Supremo 59 sobre la Fiscalización por parte de los Servicios de Salud respecto al Pronóstico del MP10, en el artículo 12 del Decreto Supremo 167 sobre la Fiscalización por parte de los Servicios de Salud respecto a la Emisión de Olores Molestos y Tóxicos, y principalmente en las definiciones de los artículos 2 letra d) "contaminante" y 2 letra m) "medioambiente libre de contaminación" de la Ley 19.300

68 Este principio entrega una pauta para los intérpretes de las normas jurídicas –sean operadores, jueces, legisladores, doctrinarios, etc.- para que consideren a las normas jurídico-ambientales conforme al mayor beneficio o satisfacción para el ser humano y su descendencia (futuras generaciones).

69 Un ejemplo de esta relación es representado por el artículo 14 del Decreto Supremo 166 que versa sobre la integración de las Comisiones Regionales por dos representantes del empresariado regional, y por 2 representantes de los trabajadores adheridos a las organizaciones sindicales más representativas de la región, los cuales discuten temáticas laborales en relación a factores educacionales, ambientales, sanitarios, de salubridad y sanidad, entre otros más.

Es un mito la idea de la incompatibilidad entre la naturaleza respecto a las empresas y sus trabajadores, debido a que los antagonismos entre defensa del medioambiente y de las fuentes de trabajo son una ficción política, lo cual se fundamenta en la existencia de lineamientos ontológicos y epistemológicos de la modernidad, sobre los cuales se consolida en un encadenamiento de desigualdades, jerarquías, dominio y poder que se legitima en la ideología del desarrollo y progreso ilimitado<sup>70</sup>, por lo cual consideramos que la tensión entre trabajo y naturaleza es en verdad inexistente, ya que mediante una lectura verde o interpretación ecológica-ambiental se exige que exista un desarrollo complementario entre las empresas –y empleadores–, sus trabajadores, las condiciones laborales y el entorno natural en el cual se trabaja. Los trabajadores pueden y deben exigir mejoras en sus condiciones laborales basados en la inseguridad de laburar en circunstancias insalubres<sup>71</sup> y/o de geografía riesgosa<sup>72</sup>. Estas exigencias pueden solicitarse durante las instancias de formación del contrato individual de trabajo y también en la génesis del contrato colectivo de trabajo en el cual durante la negociación colectiva –y eventualmente huelga– puede solicitarse las mejoras en las condiciones de trabajo –dignas– a nivel de seguridad, sanidad y salubridad, y también podría solicitarse el respeto y protección de la naturaleza que pueda verse explotada por las faenas laborales (industriales). En esta lectura verde de los derechos laborales nos interesa bastante el rol imprescindible de los comités paritarios de higiene y seguridad, los sindicatos y otras organizaciones sindicales superiores, los juzgados de letras del trabajo, las inspecciones del trabajo, la Dirección del Trabajo y el Ministerio del Trabajo que puede acudir en colaboración en conjunto con el Ministerio del Medioambiente. Lamentablemente no se puede solicitar la protección del medioambiente libre de contaminación demandando como trabajador en los juzgados de letras del trabajo porque el procedimiento de tutela o indemnidad laboral del artículo 485 del Código Laboral no contempla al artículo 19 N°8 de la Constitución sino que a otros derechos de afectación estrictamente individual y aquellos de orden estrictamente laboral; no obstante sí podría demandarse en estos juzgados la protección indirecta del medioambiente contaminado por obra de la empresa o

70 Cfr. Olmedo Reynoso, Clara; y Ceberio de León, Iñaki; "Antagonismo: Defensa del Medioambiente vs. Defensa de las Fuentes de Trabajo" (2011); p. 400.

71 Un ejemplo de esta situación fáctica lo encontramos cuando los trabajadores por su rubro deben trabajar en directa manipulación y contacto con materiales y elementos tóxicos, corrosivos, y peligrosos que puedan dañar su salud e integridad física, e inclusive implicar un serio riesgo para sus vidas.

72 Un ejemplo de esta situación fáctica lo encontramos cuando los trabajadores por su rubro deben trabajar en lugares accidentados, inhóspitos, rodeados de fauna salvaje, u otras condiciones y circunstancias que hagan del trabajo una actividad peligrosa para la salud, integridad física y vida de los trabajadores. Para mayor información recomendamos al lector adentrarse al estudio de la geografía de los riesgos naturales, dividanse en geofísicos y biológicos según su fuente de origen.

industria en la cual se encuentra subordinado dicho trabajador mediante la causal de insatisfacción por precarias y pésimas condiciones laborales que conllevan al riesgo de amenazar o afectar directamente la integridad física -e inclusive la vida- del trabajador como consecuencia directa de la relación laboral, hipótesis la cual si se encuentra integrada en el artículo 485 del Código Laboral que atiende también a la protección del artículo 19 N°1 inciso primero de la Constitución, esto es el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas naturales. Debemos recordar que la reserva legal limitativa del inciso segundo del artículo 19 N°8 de la Constitución permite la limitación externa a otros derechos fundamentales cuando el contexto lo amerite, en este caso podrían ser limitados los derechos laborales en función de la protección del medioambiente libre de contaminación. Consideramos que el derecho laboral se relaciona con los derechos de protección de la naturaleza mediante el derecho sanitario, que a su vez lo liga con el derecho de la salud y el derecho a la vida como ya habíamos comentado, y además esta relación tiene un correlato tanto en el derecho de educación como en la libertad de enseñanza en lo que respecta a sus preocupaciones e intereses por la protección y conservación de la naturaleza, el orden público y el orden natural, las relaciones de cordialidad ciudadana, la paz y la seguridad nacional. Entonces, mediante esta reflexión podemos concluir que los derechos de protección a la naturaleza tienen su complemento con los derechos de los trabajadores respecto a los derechos de seguridad laboral y de salubridad y sanidad laboral.

## Conclusión

Esta investigación versó sobre la complementariedad de los derechos de protección y respeto a la naturaleza en su relación con los derechos sociales consagrados constitucionalmente, lo cual representa la principal propuesta de este trabajo consistente en determinar la relación o nexo entre el interés por la naturaleza y los derechos sociales, para ello realizando una lectura verde (o interpretación ecológica-ambiental) de los derechos sociales ya previstos.

La estructura de este trabajo abordó su gran objetivo consistente en realizar una lectura verde de los derechos sociales, partiendo por el derecho de educación –y sus ciclos- y la libertad de enseñanza, teniendo como énfasis a la libertad de enseñanza y sus limitaciones en relación a los derechos de protección y respeto a la naturaleza. El derecho de educación y la libertad de enseñanza a la luz y prisma del derecho ecológico-ambiental resultan muy importantes para ligar esta lectura verde sobre los demás restantes derechos sociales, como es el caso del derecho de salud, el cual se ubica dentro de un bloque de derechos en conjunto al derecho a la vida y el derecho de protección de un medio ambiente libre de contaminación y a su vez asociado a los derechos sanitarios, los cuales tienen una interesante relación con los derechos laborales, sellando este circuito que une tanto a los derechos sociales como aquellos de protección y respeto de la naturaleza. .

Además, se señaló en este trabajo que tanto el derecho de salud como los derechos laborales tienen un correlato realizado por el derecho de educación y la libertad de enseñanza a partir del análisis de los derechos de protección y respeto de la naturaleza, por lo que hemos identificado que existe una gran conexión, congruencia y diálogo entre los derechos sociales y los derechos de protección y respeto de la naturaleza.

Para concluir con este proyecto investigativo hemos hecho uso de esta conclusión para resumir acotadamente lo expuesto en esta presentación la cual tiene como función abrir el debate y permitir la discusión madura en torno a la afectación y aporte de las discusiones ecológicas-ambientales en los derechos sociales, contribuyendo al fortalecimiento de una teoría de los derechos fundamentales robusta para efectos de potenciar tanto a los derechos sociales como los derechos de protección y respeto de la naturaleza, de modo que todos éstos se encuentren mayormente tutelados y protegidos en miras del bien común, el orden público y del interés general de la nación.

Nos interesa que esta discusión sirva de vehículo para la actividad interpretativa de los legisladores, los constituyentes de una eventual nueva Constitución, y de los demás operadores jurídicos como los jueces de los Tribunales Ambientales, las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Bajo este espectro realizamos una advertencia respecto al actual clima constituyente en nuestro país del cual no queremos alejarnos ni pasar por alto, sino que al revés queremos estar presentes y ser partícipes privilegiados de las discusiones en torno a la naturaleza y los derechos sociales que puedan darse en las distintas discusiones constitucionales, y esperamos que muy prontamente esta investigación sea un verdadero aporte y sustento durante el próximo proceso constituyente en proyección de una nueva Constitución que consagre, tutele y garantice eficaz y eficientemente tantos los derechos que versan sobre la protección y el respeto a la naturaleza como los desgastados derechos sociales que actualmente tenemos. Una nueva Constitución debe mejorar y enmendar los errores de la actual Constitución y a su vez promover los aciertos de ésta para lograr establecerse como una Carta Fundamental vigorosa respecto al catálogo de derechos fundamentales que logre representarnos y unirnos; y en lo que respecta a los derechos sobre protección y respeto por la naturaleza, esta nueva Constitución debería optar por una lógica ecológica-ambiental, la cual no se opone al desarrollo económico del país sino que lo complementa con una postura ética de equilibrio y unidad entre la humanidad (la sociedad) y la naturaleza. Si la nueva Constitución optase por una construcción ecológica-ambiental de los derechos de protección y respeto de la naturaleza y también respecto a todos los derechos en general, estaríamos abandonando la extremadamente conservadora, retrógrada, antropocéntrica, utilitarista y dañina postura que actualmente nos rige, gracias a una nueva y próspera legislación ecológica-ambiental que además sea apoyada por la jurisprudencia. Esta futura visión ecológica-ambiental provocaría de por sí un efecto e impacto gravitante en los demás derechos ya sea como límite externo o interno de los derechos fundamentales que sean consagrados en la nueva Constitución que tanto estamos esperando, o por último de no darse un nuevo Código Político, rogaríamos por una eventual modificación o cambio de la actual y endeudada Carta Fundamental que nos rige. De todas maneras creemos que nuestro país se encuentra muy preparado para dar este importante paso tan necesario para coordinar los intereses, necesidades, aprehensiones, desafíos y dificultades que nazcan tanto de la sociedad humana como de la naturaleza en miras del bien común y el orden público nacional, lo que de transformarse en un ejemplo positivo podría ser replicado por otras naciones, lo que generaría el inicio de una nueva era más consciente, ética, respetuosa y responsable para con



la ciudadanía y con la naturaleza que nos acobia como nuestra única casa, la cual debemos cuidar y defender de nuestras mismas acciones que la amenazan, situación que consideramos muy probable pues la naturaleza se ha transformado últimamente en un bien jurídico muy valorado por la ciudadanía como quedó demostrado reciente y latentemente en los resultados de las distintas consultas individuales, encuentros locales, cabildos provinciales y cabildos regionales<sup>73</sup> que arrojan una gran preocupación por parte de los ciudadanos en la protección y respeto por la naturaleza a nivel de principios, derechos y deberes relacionados con ella y su conservación<sup>74</sup>.

**Recibido:** 17 de abril de 2016.

**Aprobado:** 28 de julio de 2016.

---

73 Este es un período de antología, inédito en la historia constitucional de nuestro país, pues mediante estos mecanismos se da la oportunidad a los ciudadanos –sean chilenos o extranjeros residentes en Chile- para que directamente puedan participar e influir en la construcción de una nueva Constitución para Chile.

74 Para mayor información recomendamos consultar en: <http://www.sistematizacionconstitucional.cl/resultados/>



# In the Fight to Stop Climate Change, Forests Are a Vital Weapon\*

*En la lucha contra el cambio climático,  
los bosques son un arma importante*

Aleksandar Stanisavljevic  
Egresado de Derecho de la  
Universidad de Berna  
alexios@gmx.ch

*Quien no conoce el bosque chileno  
No conoce este plantea<sup>1</sup>.*  
Pablo Neruda

## ABSTRACT

Forests are an important ally in the fight to stop climate change. Prominently, this point of view is reflected by the recently concluded Paris Agreement. But how does the legal reality of states match this claim? A comparative review of Swiss and Chilean legislative framework aims at providing some clarification<sup>2</sup>.

**Key words:** Forest Law; Climate Change; Paris Agreement; Switzerland; Chile.

---

\* Este artículo fue elaborado durante mi pasantía en FIMA ente los meses de octubre 2015 y abril 2016.

1 Pablo Neruda, Confieso que he vivido (fragmento). I incidentally came across Neruda's quote and instantly vowed by its force, I decided to use it as a motto to my article. Everyone who did ever enter and experience the Chilean forest will forgive the large portion of national pride embedded in the quote.

2 The narrow and somewhat strange focus on Switzerland and Chile – there are certainly countries of major importance in the fight against climate change – is due to my Swiss nationality and my familiarity with Swiss law and because of my internship with a Chilean NGO. Furthermore, I think that the Swiss legislator enacted a forest law with exemplary character, which could set the forest law standard. At an early stage the legislator recognised the ecological significance of forests and promoted their optimal protection. Yet, there are more reasons justifying a comparison with Swiss legislation. Swiss environmental legislation is (has been) applied subsidiary in Chilean territory. For further information see also: WOESSNER, Bárbara y LILLO, Diego, "Normas suizas de protección ambiental y su aplicación en Chile", Justicia Ambiental, Mayo 2009, N°1, p. 60. Note, the article is not aimed at providing an answer against the background of legal frameworks worldwide but concentrates deliberately on the two countries.

## RESUMEN

Los bosques constituyen un gran aliado en la lucha contra el cambio climático, opinión que ha sido confirmada en el reciente Acuerdo de París. Pero, ¿cómo es la realidad jurídica estatal de esta demanda? Un análisis comparativo entre las leyes de bosques suiza y chilena nos brindará más claridad al respecto.

Después de que el proceso de industrialización provocó una disminución de los bosques, en 1876 la legislación suiza estableció una prohibición de su tala. Dicha legislación hoy en día es considerada como un acto pionero y constituye el núcleo central de la ley suiza de bosques.

La Constitución exige que la superficie forestal no sea disminuida, considerando como tal cada superficie que cuente con árboles donde se puedan realizar actividades relacionadas al bosque (funciones de protección, explotación y bienestar). De acuerdo con esta definición, en cualquier lugar y en cualquier momento, una nueva superficie forestal puede nacer. Por tanto, se dice que la legislación suiza incorpora una definición dinámica de la superficie forestal.

La industria maderera es un empleador importante y sus ingresos ascienden a 6 billones de euros anuales. Una peculiaridad suiza es que su industria maderera incorpora plenamente los conceptos de preservación y cuidado del bosque. Como se prohíbe la tala de bosque por la explotación de éste, la industria forestal evolucionó casi como subproducto del mantenimiento de bosques. Junto con el Estado, sus niveles federales y los propietarios, la industria forestal contribuye esencialmente al desarrollo sostenible de los bosques.

En comparación con la legislación suiza, la legislación chilena tiene un ejército de normas y reglamentos. Por eso es considerada compleja y de difícil comprensión. El legislador chileno oscila entre objetivos económicos y ecológicos sin promover clara ni sustancialmente la protección de los bosques. Es más, tímidos intentos por mejorar la conservación forestal fueron neutralizados por acciones económicas desarrolladas paralelamente.

En las primeras versiones de la legislación chilena sobre conservación forestal, los puntos centrales fueron la protección del suelo y de las aguas. Posteriormente, la conservación forestal ha pasado a ser la prioridad de los legisladores, por lo tanto, los impulsos introducidos recientemente por la Ley N° 20.283 sobre recuperación

del bosque nativo y forestal deben ser vistos con buenos ojos. Pero la nueva ley se intimida al momento de garantizar una protección forestal efectiva.

Hoy por hoy, el bosque chileno solo tiene una protección parcial. A modo de ejemplo, sólo especies individuales de árboles están protegidas. La tala de bosques es permitida, así como también la sustitución de bosque nativo. La ley posee muchos vacíos regulatorios, por lo que se puede decir que aún no se ha eliminado el peligro para el patrimonio natural de Chile.

En conclusión, pareciera ser que el bosque suizo está en un mejor punto de partida para poder cumplir con las exigencias generadas por el cambio climático.

**Palabras clave:** Ley Forestal; Cambio Climático; Acuerdo de París; Suiza; Chile.

## PROLOGUE

At the 21<sup>st</sup> United Nations Climate Change Conference in Paris and following longstanding and difficult negotiations, an agreement was adopted on 12 December 2015. The agreement sets out a global action plan to put the world on track to avoid dangerous climate change by limiting global warming to well below 2°C. On 22 April 2016, a high-level signature ceremony was held at the UN headquarters in New York. A total of 175 countries (among which were also Switzerland and Chile) have put their signature on the document. Following the Friday event, the period for signatures will remain open for one year, so that all parties can sign to validate the Paris Agreement and to ratify it. Article 21 Paris Agreement states that the Agreement shall enter into force on the thirtieth day after the date on which at least 55 Parties to the Convention accounting in total for at least an estimated 55 percent of the total global greenhouse gas emissions have deposited their instruments of ratification, acceptance, approval or accession. It is estimated that this process will be completed by the end of 2017<sup>3</sup>.

In limiting global warming to well below 2°C forests play a vital role<sup>4</sup>. States are willing to strengthen the functions of forests as CO<sub>2</sub> sinks and to lower carbon emissions resulting from deforestation. Conservation and expansion of forests shall be promoted. For this purpose countries have declared their willingness to mobilise huge financial resources.

In the context of the REDD+ program Germany, Norway and the United Kingdom announced to place at the disposal one billion US \$ per annum as of 2020 and five billion US \$ in total for the period between 2015 – 2020<sup>5</sup>.

However, it should not be forgotten that forests also are worthy of protection in itself and not only in their role as vital weapon against global warming. Forests

---

3 SRF <<http://www.srf.ch/news/international/historischer-moment-klima-abkommen-unterzeichnet>> (Consulta: 26 de abril de 2016) [En línea].

4 UNFCCC, *Paris Agreement*, Articles 4 (1) and 5 [en línea] <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>> (Consulta: 6 de mayo de 2016).

5 Deforestation is the second leading contributor of carbon emissions worldwide. It is responsible for about 12% of total greenhouse gas emissions. This amounts to an equivalent of 4.3 – 5.5 gigatonnes of CO<sub>2</sub> emissions. In the tropics alone 13 million ha of forest area are deforested per year. In developing countries deforestation causes as much CO<sub>2</sub> emissions as the transport sector, including air traffic. REDD+ (Reductions of Emission from Deforestation and Forest Degradation) program offers an approach to find a solution to this serious issue. The drafting and implementation of the REDD+ program takes place under the auspices of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), [en línea] <<http://www.bafu.admin.ch/wald/01152/01169/11759/index.html?lang=de>> (Consulta : 05 de mayo de 2016)

render crucial services on a regional, national and global level. They clean our air, filter our drinking water, protect us from natural hazards, are habitats of animals and plants, supply us with wood and invite us for recreation and relaxation.

But are our forests in a position to cope with this task? That is why we take a closer look at the forest legislations of Switzerland and Chile. What importance is given to forests is best expressed in a country's legal regulations. To answer the main question, it is assumed that out of a sound forest protection follows the forest's potential aid to fight climate change.

The article is divided in four sections. The first one deals with the relation between forest and CO<sub>2</sub> and provides an answer to why forests are so important to climate policy. It is followed by a presentation of the relevant Swiss legal framework. The third section is concerned with the Chilean legal framework. Last but not least, a conclusion is drawn.

## **I. Forest and CO<sub>2</sub>**

Ecosystems such as forests, meadows, soils, bogs, lakes or oceans extract CO<sub>2</sub> from the atmosphere and store the carbon as biomass or bind it in the soil or the water. Thus, they play an important role in building up carbon stocks (carbon capture and storage). They contribute in safeguarding a positive greenhouse gas balance, as well as, in the fulfilment of the climate commitments. Their relevance in relation to climate policy cannot be overestimated.

In particular, forest trees resorb huge amounts of carbon during their growth. In fact, the greatest carbon reservoirs in the forest are the soils – the humus contains between 110 and 150 tons of carbon per hectare. In brief, the forest plays a central role in the global carbon cycle<sup>6</sup>.

### **I.I. Political Dynamite**

What role CO<sub>2</sub> sinks will play exactly within the framework of the recently concluded Paris Agreement is yet to be determined. But it is clear, that the strategy of meeting the reduction targets by invoking not only reductions of emissions,

---

6 Forest and timber <<http://www.bafu.admin.ch/wald/01198/01209/01210/index.html?lang=de>> (Consulta: 21 de abril de 2016) [En línea]

but also the capture and storage of carbon from the atmosphere in terrestrial ecosystems as laid down by the Kyoto Protocol still holds.

It appears to be problematical, that by taking sinks into account, effective climate protection measures could be delayed, if the time is not used to put through measures designed to reduce emissions from the use of fossil fuels. Each ton of carbon extracted from the atmosphere potentially reduces the need on emission reduction. Therefore, this creates a situation of political dynamite. Sinks can replace the reduction of the use of fossil fuels, meaning politics does not concentrate on reducing the world's dependence on fossil fuels<sup>7</sup>. In general terms, it can be said, that the promotion of CO<sub>2</sub> sinks can generate a conflict of goals in light of an intended decarbonised economy.

A low-carbon economy as such is not mentioned in the Paris Agreement. But article 4 (1) Agreement speaks of undertaking rapid reductions of greenhouse gas emissions once the global peaking is reached, so as to achieve balance between anthropogenic emissions by sources and removals by sinks of greenhouse gases in the second half of this century.

This means that greenhouse gas emissions between 2050 and 2100 shall fall to zero net. This cannot be done solely by promoting sinks and without reducing the use of fossil fuels. So, with a little of imagination, one can acknowledge that a targeted low-carbon economy is at least implicitly present in the Agreement. However, if it would have been explicitly incorporated into the Agreement, it would have been a powerful message that the age of fossil fuels has definitely reached its end.

## II. Forests in the Swiss Confederation

### II.1. Facts and Figures

Nowadays, about one third of the national territory is covered with forests (1.3 million hectares). 70% thereof are in public domain and 30% are privately owned<sup>8</sup>.

---

7 FISCHLIN, A. & FUHRER, J., „Die Klimapolitik bringt die Wissenschaft an ihre Grenzen – die Herausforderung des Kyoto-Protokolls für die Ökologie“, *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ), November 2000, Nr. 262, Seite 11. [en línea] <[http://www.sysecol2.ethz.ch/publications/pdfs/NZZ\\_Nov\\_2000/HauptArtikel.html](http://www.sysecol2.ethz.ch/publications/pdfs/NZZ_Nov_2000/HauptArtikel.html)> [consulta: 29 de abril de 2016]

8 What are CO<sub>2</sub> sinks <<http://www.bafu.admin.ch/wald/01198/01199/index.html?lang=de>> (Consulta: 21 de abril de 2016) [En línea]



Back in the 19th century, huge forest areas were lost due to excessive use by growing industries. Having been cut down to 0.6 million hectares, the Swiss forest area reached its trough by the middle of the 19th century. Entire hillsides and whole landscapes were cleared in order to enlarge agricultural areas and for the use as fuel, charcoal or construction timber. This invasion of nature, led to environmental problems and natural disasters, such as floodings, landslides, erosion, rockfalls etc. These events placed the political authorities under intense pressure, and put decision makers in a tight spot. In 1876, the legislator answered with the enactment of the first Swiss Forest Act. The law's core content was a general ban on clearcutting. In Swiss legal history, it is usually described as a pioneering act. The forest area has recovered since then<sup>9</sup>. In our days, the forest area is expanding whereby forest ingrowth is primarily observed on no longer used farm land. Between 2006 und 2013 a total ingrowth of 2% has been registered<sup>10</sup>.

## II.II. Legal Basis

The maintenance and protection of the three main functions of the forest, them being a protective, a commercial and a public amenity function, are constitutional duties (Article 77 (1) Federal Constitution (FC)<sup>11</sup>). Article 77 (2) stipulates that the Confederation shall lay down principles on the protection of forest<sup>12</sup>. The responsibility for implementing these provisions lies with the cantons (Swiss administrative federalism).

The following excerpts accentuate some aspects of Swiss forest regime. Of main interest are the Federal Act on Forest<sup>13</sup> (FAF) and the Ordinance on Forest<sup>14</sup> (OF).

9 Región, SUR SELVA, Naturführer <<http://www.regiun.ch/index.php?id=32>> [En línea] (Consulta: 3 de mayo de 2016).

10 Wald und Holz: Das Wich Tigste in Kürze<<http://www.bafu.admin.ch/wald/15225/index.html?lang=de>>[En línea] (Consulta: 3 de mayo de 2016).

11 FEDERAL CONSTITUTION OF THE SWISS CONFEDERATION (FC), 18 April 1999, SR-Nr. 101. [en línea] <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>> (Consulta: 8 de agosto de 2016)

12 FC, Art. 77 (1), Ibid. The Confederation shall ensure that the forests are able to fulfil their protective, commercial and public amenity functions. (2) It shall lay down principles on the protection of the forests.

13 FEDERAL ACT OF FOREST (FAF), 4 October 1991, SR-Nr. 921, [en línea] <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19910255/index.html>> (Consulta: 8 de Agosto de 2016).

14 ORDINANCE ON FOREST, 30 November 1992, SR-Nr. 921.01, [en línea] <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19920310/index.html>> (Consulta: 8 de Agosto de 2016).

### II.II.I. Dynamic Definition of Forest and its Qualitative Approach

Article 2, FAF defines forest as any area that is covered with forest trees or forest shrubs and can fulfil forest functions. Origin, type of use and land registry designation are not decisive<sup>15</sup>.

The legal definition is based on a qualitative conception of what constitutes a forest. What is decisive is the type of vegetation and the fulfilment of forest functions. Quantitative criteria such as area, width and age of land cover, which the cantons may determine within the framework defined by the Federal Council, are merely of a subsidiary importance. If certain thresholds are reached, it is expected for a wood area to count as forest without invoking any further detailed investigation on its forest quality.

Because of its legal definition forest area cannot be laid down spatially once and for all. Rather, a forest area might emerge everywhere and at any time, if the necessary requirements are met and if the owner did not exhaust all possible measures, which he can reasonably be expected to undergo from preventing an area to turn into woodland. As a result, the Swiss forest regime incorporates a dynamic definition of forest<sup>16</sup>.

Any area, regardless of its surface, is regarded as forest if it can fulfil forest functions. By the way, it is sufficient that an area fulfils just one single function out of several possible ones. Aside from establishing room for recreation, the public amenity function includes further interests, namely of immission control, water conservation, landscape and nature conservation.

Although the law focuses on protecting the forest as a near-natural community, as stipulated in Article 1 (1b) FAF, the type of forest vegetation it is not decisive for an area to be qualified as forest. The criteria of forest trees and

---

15 FAF, Art. 2 (1), Op. Cit. (13). Forest is defined as any area that is covered with forest trees or forest shrubs and can fulfil forest functions. Origin, type of use and land registry designation are not decisive. (4) Within the framework defined by the Federal Council, the cantons may determine the width, area and age, from which an area newly colonized by forest shall be defined as forest, and the width and area from which other wooded areas shall be defined as forest. If the wooded area fulfils social or protective functions, in particular, the cantonal criteria are not definitive.

16 HERIBERT RAUSCH, ARNOLD MARTI, ALAIN GRIFFEL, *Umweltrecht – Ein Lehrbuch*, Schulthess Juristische Medien AG,, Rz. 439. [en línea] <[https://webvpn.unibe.ch/Doc/ShowDocView/,DanalInfo=swisslex.ch,SSL+d9e4a0c1-47e9-45ed-aae5-cfb1d50d1e91?SP=3%7Czqcxhp&source=book-toc-document-link&edocTitleGuid=2c5d9597-aea3-4ef2-b85c-1564c7663593&ignoreAssetState=False#edoctitle\\_2c5d9597-aea3-4ef2-b85c-1564c7663593](https://webvpn.unibe.ch/Doc/ShowDocView/,DanalInfo=swisslex.ch,SSL+d9e4a0c1-47e9-45ed-aae5-cfb1d50d1e91?SP=3%7Czqcxhp&source=book-toc-document-link&edocTitleGuid=2c5d9597-aea3-4ef2-b85c-1564c7663593&ignoreAssetState=False#edoctitle_2c5d9597-aea3-4ef2-b85c-1564c7663593)> (Consulta: 21 de abril de 2016).

forest shrubs as set down in 2 (1) FAF include several types of vegetation, be they of artificial or natural growth or even foreign or alien plants. Only pure decorative trees, park trees or ornamental plants may not constitute forest. Moreover, 2 (3) FAF tells us, that isolated groups of trees and shrubs, hedges, avenues, gardens, planted areas, parks and tree plantations established on open ground for short-term use and trees and bushes on check dams and in the immediate foreground of such installations are not defined as forest. On the other side, the forest definition embraces special types of forests, such as alluvial forests and riparian woodland<sup>17</sup>.

### II.II.II. Quantitative Requirements

Within the framework defined by the Federal Council, the cantons may determine the width, area and age, from which an area newly colonised by forest shall be defined as forest, and the width and area from which other wooded areas shall be defined as forest. If the wooded area fulfils social or protective functions, in particular, the cantonal criteria are not definitive (Article 2 (4) FAF). Following Article 1 (1) OF the parameters shall be defined by the cantons within the ranges:

- a. Area, including an appropriate forest margin: 200-800 m<sup>2</sup>;
- b. Width, including an appropriate forest margin: 10-12 m;
- c. Age of stands in newly colonised areas: 10-20 years.

In their implementation provisions and in applying their margin of discretion, the cantons have to differentiate on the basis of regional and climatological parameters<sup>18</sup>. Pursuant to decisions of the Swiss Federal Court, wooded areas from 500 m<sup>2</sup> upwards regularly fulfil forest functions and are considered as forests within the meaning of the law. Anyhow, there is the legal reservation of Article 1 (2) OF (in conjunction with Article 2 (4) FAF), that if the stand fulfils particularly important social or protective functions, it is defined as forest, irrespective of its area, its width or its age.

<sup>17</sup> FAF, Art. 2 (2), Op. Cit. (13). Also defined as forest are: a. grazing forests, wooded pastures and chestnut and walnut groves; b. unstocked or unproductive areas of a forest plot, such as clearings, forest roads and other forest structures and installations; c. plots subject to compulsory afforestation. Art. 2 (3) FAF Isolated groups of trees and shrubs, hedges, avenues, gardens, planted areas and parks, tree plantations established on open ground for short-term use and trees and bushes on check dams and in the immediate foreground of such installations are not defined as forest.

<sup>18</sup> RAUSCH, Heribert ET. AL., Op. Cit.(16), Rz. 444.

### II.II.III. Principle of Forest Conservation

One of the major objectives of the FAF is defined as the conservation of the forest in its surface and spatial distribution. That is why the forest area should not be reduced<sup>19</sup>. Article 5 (1) FAF states explicitly that deforestation is prohibited. As a consequence, deforestation is only permitted in exceptional cases. In order for such permissions to guard their exceptional character, the law sets up a very high barrier (more details below)<sup>20</sup>.

The general ban on deforestation constitutes an ownership restriction. However, the rejection of a requested deforestation permit does not result in compensations<sup>21</sup>.

Deforestation is defined as the permanent or temporary change of use of forest land (4 (1) FAF)<sup>22</sup>. Uses that do not constitute deforestation as defined in Article 4, but which endanger or interfere with the functions or management of the forest are unlawful. The cantons may authorise such uses for important reasons (16 (1, 2) FAF)<sup>23</sup>.

Clearing forest without authorisation is punishable as an offence (Article 42 (1a) FAF). Article 43 (1e) FAF even states, that any person who wilfully and without authorisation fells individual trees in the forest, shall be liable to a monetary penalty not exceeding 20000 Swiss francs. Moreover, there is an obligation to engage in reforestation or replacement afforestation.

---

19 FAF, Art. 3, Op. Cit. (13). Forest area should not be reduced.

20 FAF, Art. 5 (1), Ibid. Deforestation is prohibited. (2) In exceptional cases a deforestation permit may be granted if the applicant proves that there are important reasons for the deforestation that outweigh the interest of forest conservation and, furthermore, the following conditions are fulfilled: a. the proposed site must be essential to the works, for which the deforestation is to be carried out; b. the works must essentially fulfil the spatial planning requirements; c. the deforestation does cause any serious threat to the environment. (3) Important reasons do not include financial interests, such as the potentially profitable use of the land or the low-cost acquisition of land for non-forestry purposes. (4) The protection of nature and cultural heritage must be taken into account. (5) A time limit shall be set for deforestation permits.

21 Swiss law differs between the classic formal expropriation, the material expropriation and the expropriation without compensation. The last type especially pursues public interest issues, for example the prevention of threats to public security. Therefore, ownership rights limited by the FAF are not compensated.

22 FAF, Art. 4, Op. Cit. (13). Deforestation is the permanent or temporary change of use of forest land.

23 FAF, Art. 16 (1), Ibid. Uses that do not constitute deforestation as defined in Article 4, but which endanger or interfere with the functions or management of the forest are unlawful. Rights of use in such cases shall be revoked, if necessary by compulsory purchase. The cantons shall enact the necessary provisions. (2) The cantons may authorize such uses for important reasons subject to certain conditions and requirements.

#### II.II.IV. Deforestation Permit

In exceptional cases a deforestation permit may be granted if the applicant proves that there are important reasons for the deforestation that outweigh the interest of forest conservation, whereby the actual forest condition has no role whatsoever in the balancing of interests. Important reasons do not include financial interests, such as the potentially profitable use of the land or the low-cost acquisition of land for non-forestry purposes (see 5 FAF). Furthermore, the following conditions must be fulfilled:

- a. The proposed site must be essential to the works, for which the deforestation is to be carried out;
- b. The works must essentially fulfil the spatial planning requirements;
- c. The deforestation does not cause any serious threat to the environment.

Last but not least the protection of nature and cultural heritage must be taken into account. Finally, for all deforestation, compensation in kind must be provided in the same region and with species that are predominantly suited to the location<sup>24</sup>.

Deforestation permits in an overall volume of 170 hectares have been granted in 2012. Two thirds were attributable to corrections of water tables, cables, energy and transport. Deforestations for the purpose of the extraction of raw materials are only of marginal importance<sup>25</sup>.

#### II.II.V. Forest Policy

For the purpose of harvesting trees, clearing is not allowed. The wood industry is funded on a sustainable forest management. To put it in an exaggerated nutshell: Sustainable forest management practices promote as a by-product the wood-based industries. Every single tree that shall be felled is previously marked. The selection follows criteria of forest rejuvenation, regeneration and hazard protection.

<sup>24</sup> HERIBERT RAUSCH, ET. AL., Op. Cit.(18), Rz. 454/455.

<sup>25</sup> Total deforestation statistics 2012. [en línea] <<http://www.bafu.admin.ch/wald/01170/01191/index.html?lang=de>> (Consulta: 26 de abril de 2016).

In 2014 the wood based industries had around 100000 employees and generated a gross value added of 6 billion Swiss francs<sup>26</sup>.

The Swiss Confederation's Forest Policy 2020 formulates provisions for the optimal coordination of the ecological, economic and social demands on the forest. It ensures sustainable forest management and creates favourable conditions for an efficient and innovative forestry and wood industry. The primary responsibility lies with the federal authorities, however the role of the cantons and other actors (especially forest owners) is not to be underestimated. Close cooperation is practised in relation to other policy and economic sectors. On an international level, Switzerland engages actively in addressing transnational problems.

### **II.II.VI. Swiss Administrative Federalism<sup>27</sup>**

A Swiss particularity lies in the fact that the federal state does not dispose of an army of officials being occupied and tied up with the implementation of federal law in the cantons.

A significant part of the federal law is being implemented through the federal units itself, the cantons. The federal state depends on the cantons for the implementation of its federal law. This is not seen as a mere administrative act but as crucial element in shaping the relations between the two state levels<sup>28</sup>.

Proper collaboration and only minimal obstructionism on part of the cantons is practiced in areas where cantonal and federal interests coincide. High problem pressure in many cantons concerning the forest sector leads to high rates of proper implementation of federal law and political acceptance. However, this does not mean the implementation is done in a homogenous way, which is a welcome phenomenon. A variable implementation allows to take into consideration variable climatic realities and stresses local expertise and proximity to citizens. For

---

26 [En línea] <<http://folio.nzz.ch/2014/august/im-zahlenwald>> (Consulta: 4 de mayo de 2016).

27 Justicia Ambiental Mayo 2009 N°1, Normas suizas de protección ambiental y su aplicación en Chile" de Barbara Woessner y Diego Lillo Goeffreri, p. 60 ff.

28 The Swiss Confederation has developed in a bottom-up fashion. The cantons enjoyed full sovereignty before uniting into a federal state in 1848. During the formation process the cantons ceded some sovereign rights only to the newly formed state and reserved others. This fact is still expressed in the constitution. For the federal state to gain a new task and to establish new areas of responsibility it is necessary to seek authorization by the constitution and approval of the cantons. A task which is not explicitly assigned to the federal state lies automatically within the sovereignty of the cantons. Therefore, "jurisdiction over jurisdiction" lies within the cantons.

example, in the cantons of the alpine region forest management is practised under different conditions as it is in the cantons of the midlands.

Having in mind the wide cantonal margin in respect to the implementation of federal law, the federal supervision provides the necessary corrective thereto. It enables the federal government to ensure that the tasks imposed on the cantons by federal statute are fulfilled and that the implementation of federal law does actually occur.

Forest management is a joint task and a shared responsibility of the Confederation and the cantons. In important parts the FAF contains directly applicable federal law, such as the definition of forest, ban on deforestation and pedestrian and vehicular access to the forest. Substantive cantonal legislation in the aforementioned sectors is not accepted at all or is assigned to them only on the basis of mandatory legislation instructions.

Large scope for autonomous cantonal legislation exists, in particular, in establishing the principles for the forest management “on the ground”. All cantonal laws on forest management have in common that they oblige above all forest owners, i.e. private persons as well as communities. A sovereign forest office with foresters coordinates and ensures the implementation. State and private forest holdings guarantee in collaboration with the forest owners a sustainable forest management.

## II.II.VII. Differences to EU policy

Swiss national forest policy particularly aims at promoting the different forest functions. The wood based industries act as a service function to that goal, they are just a means of safeguarding the protective, productive and welfare function.

Because of lack of legal basis there is no forest policy as such in the EU. Rather, EU forest policy is part of the stimulus package “Rural Development Policy”. EU policy primarily aims at regional and rural development. It concentrates on economic aspects and is therefore an economic development measure<sup>29</sup>.

29 BASLER UND HOFFMANN, Kurzstudie Förstliche Förderung in der EU im Auftrag (damals noch), BUWAL, 2004, 7.4.  
 [en línea] <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2R1ktTpiNRcj:www.bafu.admin.ch/wald/01152/01169/01876/index.html%3Fflang%3Den%26download%3DNHzLpZeg7t,lnp6iONTU042lZz6ln1ad1Izn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpjCDeXt5fGym162epYbg2c\\_jJKbNoKS6A--+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=ch](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2R1ktTpiNRcj:www.bafu.admin.ch/wald/01152/01169/01876/index.html%3Fflang%3Den%26download%3DNHzLpZeg7t,lnp6iONTU042lZz6ln1ad1Izn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpjCDeXt5fGym162epYbg2c_jJKbNoKS6A--+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=ch)> (Consulta: 4 de mayo de 2016).

### III. Forests in Chile – caught (sacrificed?) in the conflict between financial and ecological objectives

#### III.I. Facts and Figures

In Chile, 17.3 million hectares are covered with forest, which is equal to a fifth of its territory. Out of the total forest area, native forest counts for 80% or 14.2 million hectares. The rest consists of plantations. A Chilean particularity is the geographical distribution of its forests. The major part is located in the south of the country: the tree districts of Aysén, Los Lagos and Magallanes host 75% of the native forest. The ownership is equally divided between the state and private owners<sup>30</sup>.

The crossing of the river Bío-Bío in the 19th century (colonisation), extensive farming, mining industries (firewood for producing saltpetre) as well as the beginnings of the wood industries caused a disappearance of the forest. For a long time, the forest was predominately regarded as a means promoting economic development only. By and by this position changed. Some tentative indications are to be found in the Decreto Ley 4.363 of 1931 which promotes conservation and protection of soils and water. The foundation of the “Comite pro Defensa de la Flora y Fauna (CODEF)” in 1968 can be regarded as a visible testimony to the changing position. However, with the military takeover in 1973 environmental and forest protection issues received a severe blow. Under the “Chicago-Boys” a neoliberal strategy fixed on unconditional economic growth was adopted and left no room for considerations of environmental issues. The wood based industries were regarded as a key factor to the country’s consolidation and development and so forest policy essentially became industrial policy.

Although the newest law, Law N° 20.283 on “Native Forest Recovery and Forestry Development”, dedicates more space to protection issues, it manoeuvres between financial and ecological objectives and finally fails to prioritise protection issues<sup>31</sup>.

---

30 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad, Las Áreas Protegidas de Chile, 2011. [en línea] <[http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613\\_pdf.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf) (29.04.2016); CONAF: <http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosques-en-chile/> (Consulta : 5 de mayo de 2016).

31 MORENO DEL VALLE, Felipe Antonio, Análisis Histórico-Jurídico de la Regulación del Bosque Nativo en Chile: Orientaciones y Finalidades en la Ley 20.283, Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago: Universidad de Chile, 2015, p. 26 ff., [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130039/An%C3%A1lisis-hist%C3%B3rico-jur%C3%ADdico-de-la-regulaci%C3%B3n-del-bosque-nativo-en-Chile.pdf?sequence=1>> (Consulta: 5 de agosto de 2016).



## III.II. Legal and Institutional Framework

### III.II.I. Los árboles no dejan ver el bosque

First and to put it mildly, I showed difficulty in getting an overview of the relevant legal issues concerning forest. In my opinion, an almost impenetrable and uncontrolled growth of legal norms prevails. To put it in Spanish “Los árboles no dejan ver el bosque”.

In the recent history of Chile, different legal norms have directly or indirectly related to the protection of forests. The first legal norm pertinent to the forest sector with continued relevance to date is Forest Law established by Supreme Decree 4.363 of 1931<sup>32</sup>. The most significant attribute of this law was the incorporation of prohibitions which are still applied today, which prevents the cutting of native trees and shrubs close to springs or on terrain with an inclination of more than 45%<sup>33</sup>.

The second legal norm relevant for the forest sector, is the Decree-Law 701 on Forest Promotion<sup>34</sup>. It was promulgated in 1974, starting a forestry policy supported on the two main pillars of incentive for forestation and the protection of the forest resources<sup>35</sup>.

In 1994, Law 19.300<sup>36</sup> (Environmental Framework Act) was passed. It provides a general body of legislation to which all environmental legislation could be referred. It regulates the right to live in a pollution-free environment, the protection of the environment, the preservation of nature, and the conservation of the environmental heritage.

32 MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN, Decreto Supremo 4.363, 30 de junio 1931. Publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1931.

33 CONAF, Forest Reference Emission Level/Forest Reference Level of Native Forests in Chile, 2016, p. 13. [en línea] <[http://redd.unfccc.int/files/2016\\_submission\\_fre\\_l\\_chile\\_english.pdf](http://redd.unfccc.int/files/2016_submission_fre_l_chile_english.pdf)> (Consulta: 29 de abril de 2016).

34 MINISTERIO DE AGRICULTURA, Decreto Ley 701, 15 de octubre de 1974. Publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1974.

35 CONAF, Op. Cit. (32), p. 14.

36 MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Ley 19.300, Ley sobre bases generales del medio ambiente, 1 de marzo de 1994. Publicado en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

In 2010, with the amendment introduced by Law 20.417<sup>37</sup>, the Ministry and the Superintendence of the Environment, the Council of Ministers on Sustainability, the Environmental Assessment Service, and the National System of Information on Environmental Monitoring were created.

At this point, it may be added that in Chile the forest authority is represented by the National Forestry Service (CONAF – Corporación Nacional Forestal) and the Forest Institute (INFOR – Instituto Forestal). Both are dependent subunits of the Ministry of Agriculture.

The most recent law directly having an impact on forests, Law 20.283<sup>38</sup> on Recovery of Native Forest and Forest Promotion, was promulgated in 2008, following a 16 years debate. The law aims at preserving the country's remaining native forests and to promote sustainable use of the national forest resources. There is a whole bunch of implementation rules which were enacted following Law 20.283 (list is not complete and only refers to Law 20.283).

- a. *Decreto que fija tabla de valores que determina monto máximo de las bonificaciones para las actividades a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 20.283 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (23 October 2008).*
- b. *Decreto N° 80 – Aprueba Reglamento del Consejo Consultivo del Bosque Nativo (29 August 2008).*
- c. *Decreto N° 96 – Reglamento de los Recursos destinados a la Investigación del Bosque Nativo (26 November 2008).*
- d. *Decreto N° 95 – Reglamento del Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo (26 November 2008).*
- e. *Decreto N° 93 – Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (26 November 2008).*

---

37 MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA Ley 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 12 de enero de 2010, publicado en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.

38 MINISTERIO DE AGRICULTURA, Ley 20.283, Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, 11 de julio de 2008. Publicado en el Diario Oficial el 30 de julio de 2008.

*f. Resolución N° 381 – Aprueba criterios de evaluación técnica y ambiental, de priorización de los terrenos, de focalización y de asignación de las bonificaciones, para la selección de los proyectos correspondientes a los concursos del fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo de la Ley N° 20.283 (29 October 2009).*

*g. Decreto N° 82 – Reglamento de suelos, aguas y humedales (20 July 2010).*

### **III.II.II. Constitutional Aspects**

The Constitution<sup>39</sup> grants in its article 19 (8) Chapter II. De Los Derechos y Deberes Constitucionales, everyone's right to live in an environment free of contamination. Furthermore, it states that it is the state's duty to ensure that this right is not affected and nature is preserved. Article 19 (8 (2)) emphasises that the law may provide for limitations and restrictions on selected rights and liberties in order to protect the environment.

### **III.II.III. Law 19.300**

As far as forestry is concerned, the main aspects of Law 19.300 are as follows. It declares that the state will administer a National System of Forest Areas in order to ensure biological diversity, supervise the preservation of nature and conserve environmental heritage. In this sense it reaffirms and enriches a historical function of the Chilean State. Indeed, at the present time the National System of Forest Areas protected by the State (SNASPE – Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado) already covers 14 million hectares. This system is composed of 31 national parks, 43 forestry reserves and 14 national monuments. The areas are owned by the state and administered by CONAF<sup>40</sup>.

The law also declares that the use and exploitation of renewable natural resources shall be carried out in such a way as to ensure their capacity for regeneration and conserve the associated biological diversity. One instrument for regulating the use and exploitation of natural resources in a given area are

---

39 MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Decreto 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 17 de septiembre de 2005. Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

40 O'RYAN, Raúl Y FIERRO, Gabriel, International Trade and Sustainability of the Chilean Forestry Sector, p. 24, [en línea] <<http://dii.uchile.cl/progea/publicaciones/forestry%20sector.pdf>> (Consulta: 28 de abril de 2016).

“Management Plans” (planes de manejo), which have to address aspects such as the maintenance of water flows and soil conservation, the maintenance of landscape value and protection of classified species. In addition to management plans, there is a System of Environmental Impact Assessment (SEA – Servicio de Evaluación Ambiental, SEIA – Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental).

#### **3.2.4. Decree Law 701**

Decree Law 701 was passed in 1974. It modified and complemented the old Forestry Law which had governed the sector in Chile since 1931. One of the most important innovations introduced by this law was that all forestry exploitation in Chile must follow a management plan previously approved by the CONAF, with the obligation to reforest or regenerate the exploited forests.

But its primary goal was generating an internationally competitive forest industry and promoting economic development. It provided public subsidies for three-quarters of the costs of planting and tending trees. There were no property taxes and income taxes have been reduced by 50 percent. It primarily benefitted large-scale operations and attracted private capital. It has been very successful in generating an internationally competitive forest industry<sup>41</sup>.

The remuneration incentive for forestation activities under Decree Law 701 expired in 1996, and in 1998 these incentives were extended until 2011. In 2011, the law achieved its last extension until 2012, after which the law no longer held an incentive component. As of 2013, Chile no longer has any legal economic incentives for forestation. It is currently working on developing a new law using a different approach. Projections for the new Law of Promotion propose that by the end of 2016 significant advances in the formulation and parliamentary processing will have taken place<sup>42</sup>.

But the law has also been criticised for its effects on the rural population and native forest ecosystems. Environmental groups have systematically countered the impressive exports obtained through this incentive system with criticism of the resulting environmental costs. Although the law did not allow, in principle, the

---

41 CLAPP, Roger Alex, “Waiting for the Forest Law: Resource-Led Development and Environmental Politics in Chile”, in: *Latin American Research Review*, Volume 33, N°2, p. 4. [en línea] <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/19816.pdf>> (Consulta: 29 de abril de 2016).

42 CONAF, Op. Cit. (32), p. 15.

destruction of native forest for the establishment of forest plantations, there is evidence, that huge areas planted involved forest conversion. Two reasons explain why. First, the law did not distinguish between forest and native forest, so it was easy to replace native trees by foreign species, as both were regarded as forest. Second, the loophole seems to be found in a clause of the decree that gives the CONAF the possibility of approving conversion in areas where the native forest is not suitable for commercial harvesting<sup>43</sup>.

The prohibitions incorporated under Forest Law 4.363 were guarded. For over a half a century, Chile has been developing regulations and institutions to protect soils and water. However, issues relating the replacement of native forests and the protection of biodiversity were not included among the goals of the public regulatory system. In order to expand the surface area covered by native forests, the Government sent a bill in 1991 to Chilean Congress aiming to encourage the increase, protection and recovery of native forests<sup>44</sup>.

### III.II.IV. Law 20.283

The Law 20.283 has been 16 years in the making. Why? The main reason for the delay rests with the Chilean Forest Industry Association (CORMA – Corporación Chilena de la Madera). CORMA has engaged in opposing and slowing down the legislation process from the very beginning. A crucial point of debate has been the ban on conversion of native forests into plantations as foreseen by the draft bill. The political power play led to a compromise. The largely degraded dry forests of no economic value which characterise the landscape from the latitude of 32° north were excluded from the law's protection and promotion measures as xerophytic forests. They are exposed to an especially high pressure on behalf of more profitable forms of land use. However, conversion is not (expressly) prohibited by the law<sup>45</sup>.

43 CASTILLEJA, Guillermo, *Changing Trends in Forest Policy in Latin America: Chile, Nicaragua and Mexico*, [en línea] <<http://www.fao.org/docrep/v1500e/v1500e07.htm>> (Consulta: 29 de abril de 2016).

44 RAÚL O'RYAN, GABRIEL FIERRO, *International Trade and Sustainability of the Chilean Forestry Sector*, p. 25, available at: <http://dii.uchile.cl/progea/publicaciones/forestry%20sector.pdf> (28.04.2016).

45 MÜLLER-USING, Burkhard Y BAVA, Jose, Neue Gesetze zum Erhalt des Naturwaldes in Chile und in Argentinien – Zwei unterschiedliche Wege zu einem gemeinsamen Ziel, in: *Forstarchiv*, N 81, 2010, p. 22. [en línea] <<http://media.repro-mayr.de/08/548108.pdf>> (Consulta: 30 de abril de 2016).

The Law calls for protection, recovery and improvement of native forests; thus ensuring forestry sustainability and environmental policies (article 1). It provides awards to various stake holders including small forest owners to incentivise them to grow native trees which constitutes one of the main improvements compared to Law 701. To this purpose a fund was created (FCRMSBN - Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo). Another fund aims at promoting and increasing the understanding of forestry ecosystems (FIBN – Fondo de Investigación del Bosque Nativo). Additionally, the law established a permanent forestry cadastre (article 4).

### III.II.V.I. Definitions

Article 2 contains a series of definitions, 26 in total, literally starting from Adam and Eve by defining a tree. It then sets out definitions for forest, native forest, native forest to be preserved, native forest to be conserved and protected and native forest of multiple use (bosque, bosque nativo, bosque nativo de preservación, bosque nativo de conservación y protección, bosque nativo de uso multiple) . It further distinguishes between various types of interventions in forests (corta de bosque, corta de cosecha, corta sanitaria, corta no autorizada, quema controlada, incendio forestal).

Let's have a look on some of the definitions.

**Bosque:** *sitio poblado con formaciones vegetales en las que predominan árboles y que ocupa una superficie de por lo menos 5.000 metros cuadrados, con un ancho mínimo de 40 metros, con cobertura de copa arbórea que supere el 10% de dicha superficie total en condiciones áridas y semiáridas y el 25% en circunstancias más favorables.*

**Bosque nativo:** *bosque formado por especies autóctonas, provenientes de generación natural, regeneración natural, o plantación bajo dosel con las mismas especies existentes en el área de distribución original, que pueden tener presencia accidental de especies exóticas distribuidas al azar.*

**Bosque nativo de preservación:** *aquél, cualquiera sea su superficie, que presente o constituya actualmente hábitat de especies vegetales protegidas legalmente o aquellas clasificadas en las categorías de en "peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro"; o que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, cuyo manejo sólo*

*puede hacerse con el objetivo del resguardo de dicha diversidad.*

***Bosque nativo de conservación y protección:*** *aquél, cualquiera sea su superficie, que se encuentre ubicado en pendientes iguales o superiores a 45%, en suelos frágiles, o a menos de doscientos metros de manantiales, cuerpos o cursos de aguas naturales, destinados al resguardo de tales suelos y recursos hídricos.*

The separation between native forest and planted forest is confusing and therefore not operable and practically prevents the devastated or at least degraded native wood lands in Chile from being recovered.

Incomprehension is provoked by this many definitions as the legal consequences of these distinctions are not clearly reflected. It is time to recall the Swiss provisions on the same subject. In Swiss law forest is defined as any area that is covered with forest trees or forest shrubs and can fulfil forest functions. The comparison to Swiss law dramatically shows the complicated approach of the Chilean legislator. Furthermore, the question arises, what happens to areas smaller than 5000 m<sup>2</sup> and which are not considered as "bosque nativo de preservación" or "bosque nativo de conservación y protección"?

### **III.II.V.II. Interventions in Forests**

Article 5 states that every intervention into native forests has to take place in accordance with a previously approved management plan. Therefore, the approval by CONAF is a basic prerequisite.

Article 3 Decree 93<sup>46</sup> specifies that the management plans have to consider environment protection norms as established by law and its subsequent enactments. Furthermore and being in conformity with article 22 Decree Law 701, the intervention obliges the interested person to assure the regeneration, reforestation and protection of native forests and xerophytic formations contained in its scope of action.

46 MINISTERIO DE AGRICULTURA, Decreto 93, Reglamento General de la Ley sobre la recuperación del bosque nativo y fomento forestal, 26 de noviembre de 2008. Publicado en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2009.

### III.II.V.III. Management Plans

Management plans are fundamental environmental management instruments. Introduced by Decree Law 701, the legislator decided to incorporate management plans into the new Law 20.283. Defined in a similar but somewhat different way, according to article 2 N°18 Law 20.283, management plans are understood as *“un instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos.*

*Será plan de manejo de preservación cuando tenga como objetivo fundamental resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción.*

*Será plan de manejo forestal cuando su objetivo sea el aprovechamiento del bosque nativo para la obtención de bienes madereros y no madereros, considerando la multifuncionalidad de los bosques y la diversidad biológica.”*

This definition allows to distinguish between various forms of management plans with different aims. However, it is striking, that within one management instrument two contradictory issues are combined. For preservation purposes as well as for production (commercial) purposes there is just one management instrument. The presentation of a management plan is required for intervening into forests whereas exactly the same is required for preserving the same forest.

By revising the register of the approved management plans it became clear that in the past few years an overwhelming majority of these plans were “forestales” and that the “preservaciones” just played a modest role. If the law aimed at developing both measures in a parallel measure, then this intention has proven as a mistake. It also shows that the fund “FCRMSNB” failed to provide incentives for ecological measures so far<sup>47</sup>.

Changes are in need. The “plan de manejo de preservación” was intended to develop ecological activities which do not grant major compensations to its applicant. It basically pushes aside the opportunity to get a good deal. Instead

---

47 MORENO DEL VALLE, Op. Cit. (30), p. 187.



it promotes activities with no profit and furthermore, the preparation of the management plan and the implementation of the project involves additional costs. On the other hand, the "plan de manejo forestal" is an instrument aiming at developing activities of pretty high profit rate. Therefore, one cannot submit these two types of management plans to the same norms. One has to differentiate between an economic management instrument and an ecological management instrument<sup>48</sup>.

One proposal to improve the instrument is to move it closer to the rural communities and to adapt it to their realities. The management plans as we know them today have been tailored for the forest industry. Interests of little forest owners, on which a grate part of the forest's future rests, have never been invoked in drafting up these instruments<sup>49</sup>.

Article 15 states that clearing of native forest has to be done in conformity with the rules enacted in this body of law without prejudice to the regulations of Law 19.300. The clearing should not interfere with the objectives of safeguarding the quality of the waters, avoiding impairment of soils and the conservation of biological diversity.

Article 16 emphasises that the "plan de manejo forestal" pursuant to article 5 additionally demands that all intended interventions in "bosque nativo de conservación y protección" have to present a sound justification of the clearing techniques as well as of the measures taken in order to protect the soils, the water quality and flow, the conservation of biological diversity and the measures foreseen for preventing forest fires.

In the same way, the management plan has to respect the biological corridors which have been defined by the Ministry of Agriculture.

### **III.II.V.IV. Prohibitions**

Article 17 prohibits every intervention into forests located in the distance of 500 m to glaciers.

---

48 Ibid.

49 Ibid, p. 128.

Article 19 prohibits the cutting of individual trees of classified species, in conformity with article 37 of Law 19.300 and its regulation, if they are categorised as "in danger of extinction", "vulnerable", "rare", "insufficiently known" and "out of danger" as well as the damaging of their habitats. But this ban only counts for trees being part of a native forest. Planted trees of classified species are excluded from the prohibition. Article 19 contains a long list of exceptions which in the end undermines its protective effect<sup>50</sup>.

The most crucial dissimilarities, the big difference, between the Swiss and Chilean legislation lies within the fact that in Chile clearings are basically allowed. Clearings only are subject to previous approval by CONAF whereas in Switzerland clearings are basically forbidden. They only are granted in exceptional cases (very high barriers). In Chile, absolute protection only exists selectively, namely with regard to forests located near glaciers, classified species and close to springs or on terrain with an inclination of more than 45%.

Developments in Switzerland have shown that only a complete ban on deforestation could effectively protect its forests and generate conditions for its recovery. Doubts as to the efficiency of the Chilean protective measures arise when they are compared to the Swiss approach. Generally, there seems to be a lack of future vision which compromises the survival of the native forest. The law contains prohibitions which are not enough to protect the country's ecological patrimony.

---

50 Ley 20.283, Artículo 19 : Prohíbese la corta, eliminación, destrucción o descepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la ley N° 19.300 y su reglamento, en las categorías de "en peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro", que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat. Esta prohibición no afectará a los individuos de dichas especies plantados por el hombre, a menos que tales plantaciones se hubieren efectuado en cumplimiento de medidas de compensación, reparación o mitigación dispuestas por una resolución de calificación ambiental u otra autoridad competente. Excepcionalmente, podrá intervenir o alterarse el hábitat de los individuos de dichas especies, previa autorización de la Corporación, la que se otorgará por resolución fundada, siempre que tales intervenciones no amenacen la continuidad de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella, que sean imprescindibles y que tengan por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinadas a la ejecución de obras o al desarrollo de las actividades señaladas en el inciso cuarto del artículo 7º, siempre que tales obras o actividades sean de interés nacional. Para autorizar las intervenciones a que se refiere el inciso anterior, la Corporación deberá requerir informes de expertos respecto de si la intervención afecta a la continuidad de la especie y sobre las medidas a adoptar para asegurar la continuidad de las mismas. Para llevar adelante la intervención, el solicitante deberá elaborar un plan de manejo de preservación, que deberá considerar, entre otras, las medidas que señale la resolución fundada a que se refiere el inciso segundo precedente. Para calificar el interés nacional, la Corporación podrá solicitar los informes que estime necesarios a otras entidades del Estado.

It is to be regretted that the law did not explicitly prohibit the substitution of native forest with forests as well as the conversion of forest into agricultural land. As for the reasons, we already know why.

Article 33 Reglamento de Decreto Ley 701<sup>51</sup>, which opens the door for the conversion of native forest into agricultural land, inter alia states: "*La obligación de reforestar podrá sustituirse por la recuperación para fines agrícolas del terreno explotado extractivamente, siempre que el cambio de uso no sea en detrimento del suelo y se acredite en el plan de manejo que el área a intervenir satisface esos objetivos, señalando específicamente el plazo y las labores agrícolas a ejecutar.*"

In this way the law terminates in accepting the conversion of forests into agricultural lands and allows for the disappearance of forests<sup>52</sup>.

### III.II.V.V. Reforestation with other Species

There are valid norms which allow reforestation with species that differ from the primal ones and without distinguishing if these are native or exotic. For example, article 42 of Decreto 193 Reglamento General del Decreto Ley N° 701<sup>53</sup>.

*Artículo 42º.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26º del reglamento técnico, la Corporación sólo podrá aprobar planes de manejo que contemplen la reforestación con especies distintas a las cortadas cuando ella no afecte a especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 41º y 42º de la ley N°19.300.*

The norm, to which reference is made and which is to be found in the *Reglamento 259*<sup>54</sup> states on its behalf:

*Artículo 26º: Para los efectos de cumplir con la obligación de reforestar, se podrá cambiar de especie por otra nativa o introducida, previa aprobación de la*

51 Reglamento del Decreto Ley 701, Ley sobre fomento forestal, Ministerio de Agricultura, 12 de junio de 1998, publicado en el diario oficial el 29 de septiembre de 1998.

52 MORENO DEL VALLE, Op. Cit. (30), p. 128.

53 MINISTERIO DE AGRICULTURA, Decreto 193, Aprueba Reglamento General del Decreto Ley N° 701, de 1974, sobre fomento forestal, 12 de junio de 1998. Publicado en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 1998.

54 MINISTERIO DE AGRICULTURA, Decreto 259, Reglamento del Decreto Ley 701, de 1974, sobre fomento forestal, 1 de septiembre de 1980. Publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre de 1980.

*Corporación, salvo que el propietario se acoja a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 13°.*

*La justificación deberá fundarse en antecedentes que demuestren experimentalmente que la especie a introducir está adaptada al lugar siempre que con ello no se produzca erosión del terreno<sup>55</sup>.*

Both regulations permit the substitution of native forest with other types of forest, namely with exotic species, apart from some exceptions. They could serve as a gate for the replacement of native forest and thus endanger the country's patrimonial forests given the fact that only classified species are protected from being cut down and replaced by other species<sup>56</sup>.

Besides the norms being insufficient to protect the native forest, there is yet another worrying phenomenon. The existing protection norms are not being followed. CONAF had and has a broad mandate but a limited staff, and inspections of private forest are a low priority. Studies in the 90ties found that only a third of the registered management plans were being followed and them serving merely as "permission to cut". Rural inhabitants in the Andean foothills confirm that the regulations are not flouted, but neither are they obeyed<sup>57</sup>.

The laps of time has weakened the significance of the cited studies and there have also been certain improvements, however, this does not change the still existing fundamental problem of non-complying with the norms.

---

55 MORENO DEL VALLE, Op. Cit. (30), p. 129.

56 Ibid.

57 CLAPP, Op. Cit. (41), p. 4.

## Conclusion

The legal position of native forests has undoubtedly been strengthened. It is intended to bring into motion a sustainable management of natural forests, which has been neglected so far. To this purpose, funds are elaborated and provided. However, the new momentum and stimulus that have been provided through Law 20.283 are far too weak and avoid a clear decision in the conflict between commercial and ecological objectives. As long as it is not clearly decided to prioritise ecological objectives, protective measures will not go beyond half-measures at best.

Besides, many contradictions and loopholes exist which additionally jeopardise the law and its overall goals. But it appears to be the most problematic, that clearings are still allowed for wood harvesting. Clearings are a serious interference in forest ecosystems, so serious that even management plans are of little help.

On the other hand, the Swiss example shows, that a forest industry which abstains from clearings and which quasi results as a by-product from a sustainable forest management can compete. Thus, it is justified to ask some questions.

Why should the total forest area of Chile not be absolutely protected (which would imply the end of the artificial distinction between forest and native forest) and why should clearings not be banned once and for all?

## 4. Overall Conclusion

Finally, my contention would be that the Swiss forest is in a better starting position to carry out the functions which forests are intended to fulfil by the international climate protection policy. But in Switzerland as well as in Chile, further efforts have to be made in order to comply with the goals set out by the Paris Agreement.

Unlike Chile, Swiss legislation already and clearly opted for prioritising ecological interests. For nearly a century, Chilean forest law has been oscillating between economic and ecological objectives, with a tendency of marginalising ecological aspects. A clear decision has not yet been taken. Even though in recent times there has been an increased tendency in addressing ecological issues, words

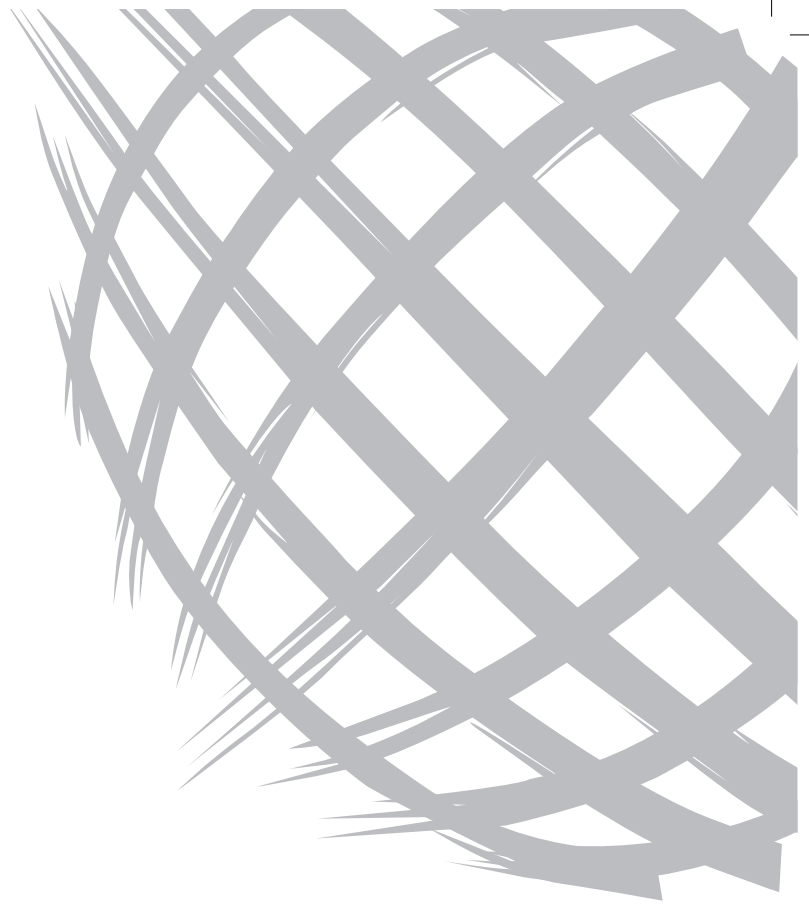
and deeds did not go hand in hand. The law, as it stands, provides for many loopholes and inconsistencies. However, we must not lose sight of a related aspect.

In order to use forests as a vital weapon in the fight against climate change, forests have to be protected against climate change themselves. Climate change poses new challenges for forests, for which existing laws do not have an answer. The legislator managed to sleepwalk through decisive developments. The consolation: Better late than never.

Above all, what is needed are new ideas and visionary approaches. What forest services are threatened by climate change? How can we actively assist the forest's adaptation to new circumstances? And how should the future of forests look like?

**Recibido:** 11 de mayo de 2016.

**Aprobado:** 13 de junio de 2016.



Comentarios de Jurisprudencia ■





# Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N°-1397-2015

**Victoria Belemmi Baeza**  
Abogada ONG FIMA  
belemmi@fima.cl

**Diego Lillo Goffreri**  
Coordinador de Litigios ONG FIMA  
Profesor Universidad Diego Portales  
lillo@fima.cl

## Introducción

El presente comentario aborda una problemática que no ha podido ser resuelta de forma eficaz desde una aproximación normativa y que, por ende, ha debido ser sometida a conocimiento de nuestros tribunales en más de una ocasión. Esta controversia se funda en la supuesta incapacidad del órgano legalmente llamado a administrar el sistema de gestión de aguas vigente en nuestro ordenamiento, esto es, la Dirección General de Aguas (en adelante "DGA"), para promover la preservación del medio ambiente en el ejercicio de las atribuciones que posee, las cuales tradicionalmente han sido constreñidas a una lógica preeminente propietarista.

En el sentido anterior, las funciones de la DGA parecen estar sumamente limitadas ante la intervención de particulares en la gestión, en la noción privatista que emana del sistema de "mercado de aguas" que nuestro Código de Aguas consagra. De acuerdo a esta noción, la tendencia de la DGA es, por un lado, a retirarse de la administración del recurso en la presencia de actores privados (usuarios y organizaciones de usuarios) y, por otro, a limitar su actuación a una lógica sectorial muy hermética que en la práctica genera colisiones con la protección de otros derechos e intereses que confluyen en el ámbito de su competencia.

Siguiendo esta idea, consideramos que en nuestro sistema jurídico existen herramientas que permiten extender la competencia de la DGA para hacerla más armónica con el evidente alcance ambiental que hay detrás de la gestión de las aguas. Lo anterior en el entendido de que se trata de un bien que no solo tiene una importancia clave desde el punto de vista económico y productivo (que es, en efecto, el foco del modelo consagrado por el Código de Aguas), sino que sirve de sustento para la vida humana y de todas las especies que habitan el planeta.

La particularidad del caso que motiva este comentario tiene que ver con la solución que proporciona la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, proponiendo nuevos elementos de interpretación de las funciones de la DGA. A través de estos nuevos criterios es posible conseguir un resultado que conjuga de manera más pacífica, a nuestro juicio, la protección del derecho de propiedad individual del usuario y el límite constitucional que a dicho derecho le establece el artículo 19 N° 8, en razón de la protección del medio ambiente, así como el rol activo que frente a ello tiene el Estado a través de las limitaciones que se encuentra habilitado a imponer para propender a la preservación de la naturaleza.

## **I. SÍNTESIS DEL CASO**

### **I.1 Hechos**

El 27 de mayo de 2015 don Rodrigo Fernández Carbó, vecino del sector Laguna Ancapulli en la Comuna de Pucón, asesorado jurídicamente por la Clínica de Justicia Ambiental de la Universidad Diego Portales, interpuso ante la Dirección Regional de Aguas de la Región de la Araucanía (en adelante, DGA), una denuncia contra la Agrícola y Ganadera San Vicente de Menetúe S.A. por la realización de faenas que significaban el vaciamiento vertiginoso de la Laguna Ancapulli, argumentando que esta disminución tendría relación con el ensanchamiento de un canal preexistente en la orilla noreste del Fundo Menetúe.

La denunciada, por su parte, informó durante el procedimiento de investigación que no había construido ningún canal y que las obras denunciadas correspondían a labores de limpieza y eliminación de obstrucciones, que se habrían formado en los últimos 10 años sobre el estero natural del desagüe de la Laguna que en ningún caso habrían modificado el escurrimiento natural de las aguas.

La DGA, durante la fiscalización, verificó que efectivamente se habían realizado intervenciones en el cauce de la Laguna Ancapulli, que catalogó inicialmente como labores de limpieza, pese a que observó también un ensanchamiento del canal de desagüe.

A la denuncia de Rodrigo Fernández se sumaron otras señalando los mismos hechos e infracciones. Paralelamente, la Ilustre Municipalidad de Pucón interpuso un recurso de protección fundado en los mismos hechos, acción que obtuvo fallo favorable tanto en la Ilustre Corte de Apelaciones de Temuco (en causa Rol N° 4336-2015) como en la Excm. Corte Suprema (en causa Rol N° 33.153-2015). Este fallo cobra importancia para el caso, pues ambas judicaturas coincidieron que, no obstante existe la facultad del propietario de realizar labores de limpieza sobre un cauce artificial, esto no significa que dichas faenas no puedan entrar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 41 del Código de Aguas y, en este sentido, por haberse alterado el escurrimiento natural de las aguas, catalogó las mencionadas labores como un acto ilegal de la parte recurrida. De este modo, el fallo de protección examina el mismo hecho de intervención sobre el cauce y lo califica como ilegal, en tanto la ilegalidad se configura por ser contraria a la intención de protección de bienes como la vida, la salud de las personas y el normal escurrimiento de las aguas, lo anterior, interpretado desde una óptica de protección del medio ambiente.

Las denuncias fueron acogidas parcialmente por la DGA en la Resolución Exenta N° 514 de 9 de julio de 2015. En lo que resulta pertinente con el presente comentario, el organismo se declara incompetente para fiscalizar y sancionar las obras realizadas por Agrícola y Ganadera San Vicente de Menetúe. En la fase de reconsideración, la DGA no modificó su decisión, insistiendo en su incompetencia en la Resolución N°3457 de 29 de octubre de 2015, la cual fue objeto del recurso de reclamación<sup>1</sup>.

Por último, con fecha 4 de diciembre de 2015 se interpuso recurso de reclamación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco con la finalidad de revisar los argumentos que la DGA esgrimió sobre su incompetencia, cuestión que fue resuelta de forma favorable en fecha 16 de junio de 2016 en la causa Rol N° 1397-2015. Esta es la sentencia que este comentario aborda.

La sentencia de reclamación no fue objeto de ningún recurso, por lo que quedó firme y ejecutoriada. Más aún, la DGA de la Región de la Araucanía en cumplimiento de este fallo, dictó la resolución exenta N° 589 de 22 de agosto de 2016, en virtud de la cual da curso a las denuncias que habían sido desestimadas y obliga al infractor a presentar un proyecto de cumplimiento del artículo 41 del Código de Aguas.

---

1 Ver, Resolución Exenta N°3457 de 2015, DGA de Temuco.

### I.I.I Argumentos de la DGA

La DGA tanto en la resolución reclamada como en el informe evacuado ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Temuco, realiza una argumentación fundada en la interpretación literal de diversas disposiciones del Código de Aguas, a través de las cuáles llega a una serie de conclusiones:

- No serían aplicables sobre esta laguna los artículos 171 y siguientes del Código de Aguas, interpretando que las modificaciones de cauces naturales o artificiales que no digan relación con la construcción de obras públicas, edificaciones, urbanizaciones u otras obras vinculadas directamente con aquellas, no son competencia del servicio.
- Por otra parte, la DGA sostiene que respecto a la limpieza del desagüe de la laguna Ancapulli, por ser parte de ese tramo un acueducto artificial de dominio privado, el servicio no tendría competencias en la materia. En este sentido, “al relacionar los artículos 1º, 2º, 30, 35, 39, 282 y 299 letra c) del Código del Ramo, se desprende que la atribución que el artículo 171 otorga a este Servicio dice relación únicamente con los cauces naturales de uso público por los cuales escurren aguas corrientes”<sup>2</sup>.
- Por último, el artículo 91 establece una obligación del dueño de un acueducto de mantenerlo en perfecto estado de funcionamiento, debiendo de este modo efectuar las labores de limpieza necesarias para ellos. Por esta razón, el denunciado habría actuado de forma legítima y la DGA no tiene competencia para sancionarlo.

Es necesario reiterar que, respecto de este último punto, el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en la causa de protección Nº 4336-2015 había calificado el hecho como ilegal, estableciendo que las labores de limpieza no quedan fuera de la nomenclatura del artículo 41, en tanto también tienen como requisito respetar el escurrimiento natural de las aguas y la vida y salud de las personas.

---

2 Ibid.

### I.I.II. Argumentos de la reclamación

La reclamación interpuesta se basa en dos tipos de argumentos. El primer grupo de argumentos, se fundan en la interpretación literal y auténtica dirigidas a demostrar que el artículo 41 del Código de Aguas y sus normas relacionadas, no hacen una distinción respecto de la naturaleza, antigüedad o régimen de propiedad del cauce intervenido:

“[...] es posible señalar que el Código de Aguas, en particular su artículo 41, no exige para que las modificaciones sobre cauces naturales o artificiales sean aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas, se trate de cauces intervenidos con la finalidad de construir obras públicas, edificaciones o urbanizaciones. El precepto en mención, establece la obligación de solicitar autorización para realizar obras en un cauce, y lo hace expresamente extensivo a los cauces artificiales, señalando “el proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales (...)”, aún cuando éstos sean de dominio privado, pues no hay ninguna limitación ni en este, ni en ninguna otra norma del Código de Aguas, para que la Dirección General de Aguas se abstenga de conocer, y no se deba solicitar una autorización previa antes de construir y modificar.

Que por lo anterior, las conclusiones del Servicio en cuestión resultan equivocadas, pues cualquier construcción, ya sea de obras, urbanizaciones o edificaciones, debe ser autorizada previamente por la Dirección de Aguas, ya sea que ésta se ubique en un cauce natural o artificial, y aunque ésta sea de uso público o privado, pues el precepto legal en cuestión no distingue ni hace diferencia alguna en estas circunstancias [...]”

Los reclamantes aducen que el argumento reproducido encuentra un refuerzo en lo decidido por la Excelentísima Corte Suprema en el fallo de su causa Rol Nº 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007, en que señala:

“[...] Cabe reconocer que los jueces del mérito hicieron una errada interpretación del artículo 171 del Código de Aguas al consignar que dicha disposición se refiere sólo a obras que ocupan terrenos que son bienes nacionales de uso público, desde que su tenor literal evidencia que no existe tal limitación, ya que ese precepto no hace distinción alguna en tal sentido. Lo que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no

entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, según se desprende del artículo 172 del Código del ramo, en el que se autoriza a la Dirección General de Aguas a apereibir a quien realizó las obras con infracción de lo anterior, fijándole un plazo perentorio para que las modifique o destruya”<sup>3</sup>

El segundo grupo de argumentos identificados se basa en la necesaria armonía entre la el artículo 41 del Código de Aguas, el deber positivo del Estado de preservar la naturaleza, a partir de lo dispuesto en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, y la existencia de una serie de instrumentos internacionales que hacen completamente evidente la imperiosa necesidad de entender la gestión del agua en un contexto en que la comunidad internacional ha llegado a un consenso de su vulnerabilidad producto del Cambio Climático. De esta forma se apoyan en los convenios Ramsar (sobre protección de humedales, en tanto el informe de fiscalización señala que parte de la laguna Ancapulli es precisamente, un humedal) y en el Convenio 169 de la OIT (por la presencia de comunidades mapuche en el sector de la laguna):

“[...] el informe Aplicación del Índice de funcionalidad lacustre en la Laguna Ancapulli<sup>4</sup>, señala que esta zona ‘presenta la características de humedal y que permite la amortiguación de caudales y concentra vegetación del tipo palustre, que permite dar refugio a aves y mamíferos.’

A mayor abundamiento, en el marco de las obligaciones internacionales adquiridas por Chile por medio de la Convención Ramsar, el año 2005 fue publicada la Estrategia Nacional de Humedales<sup>5</sup>, la cual señala de forma clara los objetivos del Estado en relación con la protección de los humedales. Se destaca su Objetivo Específico 3.4, el cual señala:

3. Implementar un marco de acción legal e institucional para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales. Chile, como país Parte de la Convención Ramsar, adquirió el compromiso ante la comunidad internacional de desarrollar un marco de acción legal e institucional para la conservación y uso racional de los humedales. Para dar cumplimiento

3 Corte Suprema, Rol N° 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007.

4 ETCHARREN, Pablo: “Aplicación del Índice de funcionalidad lacustre (IFL) en la Laguna Ancapulli”. El informe da cuenta que existen características de humedal, además de caracterizar un cambio en las circunstancias de la laguna, catastrando las especies del espacio ecológico, que se dan en este bosque esclerófilo.

5 Estrategia Nacional de Humedales, recurso en línea disponible en: [http://www.sinia.cl/1292/articles-35208\\_recurso\\_1.pdf](http://www.sinia.cl/1292/articles-35208_recurso_1.pdf) (Consulta: 15 de octubre de 2016).

a este objetivo, es necesario desarrollar e implementar las líneas de acción que se detallan a continuación:

[...]3.4. Fortalecer la capacidad de las instituciones con competencia actual sobre los humedales. Se debe reforzar las capacidades de las instituciones y entidades del Estado, con el fin de conseguir la conservación y uso racional de los humedales. En este marco se debe dar prioridad al aumento de la cooperación entre ellos y a la consecución de los recursos económicos, humanos y materiales necesarios. Asimismo, se favorecerá una adecuada formación técnica de los funcionarios encargados de la gestión de los humedales.

Por lo anterior resulta evidente que los órganos de la administración del Estado tienen la obligación de colaborar con los objetivos señalados, ejerciendo sus funciones de la forma que resulte más armónica con ellos, en lugar de omitir de su ejercicio resultando en consecuencias que van directamente en su contradicción."

Además, utiliza la intención del legislador en el proyecto de reforma del Código de Aguas (actualmente en discusión) para demostrar la necesaria incidencia que dicho fenómeno tiene en la renovación de la interpretación de las funciones de DGA en la protección de las aguas.

"En otro orden de ideas, y enmarcando el rol que se le adjudica a la DGA en nuestro ordenamiento como organismo de gestión del recurso hídrico, cabe señalar que aunque el análisis del caso en comento se limite a la existencia de las normas vigentes en nuestro ordenamiento –el ya citado Código de Aguas– no es menos importante configurar estas competencias de la DGA en torno a las reformas que se han estado discutiendo desde hace un tiempo sobre la regulación del recurso hídrico, los derechos de aprovechamiento y su estructura, y por supuesto, el rol que le cabrá a la DGA en un contexto normativo más orientado a la conservación del recurso.

Se hace la prevención que si bien no son normativa vigente, las reformas tienen como finalidad reforzar el rol de la DGA como órgano de la administración del Estado en el marco de la persecución del bien común y, para lo pertinente, basta con dicho organismo interprete sus funciones en concordancia con tal objetivo general de la administración.

[...] se desprende que es una política de Estado que este servicio asuma una posición más activa en la protección y conservación del recurso que administra.”

### **I.I.II. La decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco**

Luego de analizar los argumentos de cada parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en sus considerados 3º a 7º expone su razonamiento para concluir, como se verá, que por una parte la DGA, dado el ámbito de su competencia, tiene la obligación de ejercer sus funciones con arreglo a la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 y, en ese sentido, los hechos de la causa constituyen un abandono voluntario de su deber de preservar el medio ambiente mediante la restricción de determinados derechos; por otro lado, la necesaria conexión entre la preservación del medio ambiente y la protección de la vida y la salud humana, poniendo especial énfasis en la importancia del agua como un bien (o más propiamente “el” bien) fundamental para sustentar la vida.

Esta argumentación es la que permite al Ilustrísimo Tribunal concluir que la DGA si tiene competencias para sancionar un hecho que va en contra del artículo 41, pues la intención subyacente de tal disposición es la protección de la vida y la salud humana, ampliando el ámbito de competencia del organismo en lugar de constituir una norma de asignación restrictiva de su competencia:

“3º.-Que la DGA intenta demostrar que no son aplicables, en la especie, las disposiciones del artículo 32 del Código de Aguas, motivo por el cual se acogió, solo parcialmente, la denuncia en comentario. Basa su afirmación en que el acueducto es artificial de dominio privado, por lo que el Servicio sería incompetente para intervenir en la materia.

4º.-Que la DGA está haciendo abandono voluntario de su deber de restringir el ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

En efecto, el Poder Legislativo otorgó, oportunamente, un mandato al Estado, para que no se vea afectado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Es así como la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 8, inciso final, dispone: “La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.



5°.-Que la primera asociación de este derecho se realiza con el derecho a la vida, contemplado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

6°.-Que el derecho a la vida es presupuesto de existencia para la vigencia de los demás derechos fundamentales y siendo el agua un bien cada día más escaso, valioso y fundamental aquélla, de existencia, tanto humana, como animal y vegetal, deben los órganos del Estado, de manera obligatoria y mediante los organismos correspondientes, velar por su más absoluto y eficiente respeto y protección.

7°.-Que el entorno, el medio ambiente a que se refiere el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental del País, es algo más que lo inmediato que rodea al individuo, es un derecho constitucional que tiene una eficacia jurídica propia y distinta. Es como razona Jorge Bermúdez Soto (Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), "el medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades".

Es así como, si una laguna desaparece por la intervención de un tercero que profundiza un cauce de vaciado, aquellos que se ven afectados, les basta con aducir que se ha visto afectado su entorno adyacente, porque es previsible que, al morir el ecosistema, también se vea afectado el ecosistema fluvial y los humedales del sector, por lo que la calidad de vida disminuye o desaparece.

Y, atendido, además, a lo dispuesto en los artículos 19 N°s. 1 y 8 de la Constitución Política de la República; 41, 171 y 172 del Código de Aguas, se declara:

Que HA LUGAR al recurso de reclamación interpuesto por don Rodrigo Fernández Carbó en contra de la Resolución Exenta N° 3457 de 29 de Octubre de 2015 de la DGA, dejándose sin efecto dicha resolución, acogiéndose la denuncia.

La DGA deberá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, sin perjuicio de la multa correspondiente."

## II. La Competencia De La DGA desde Un Punto De Vista Ambiental

Siguiendo la lógica de lo decidido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco resulta importante destacar algunas ideas que le permitieron determinar que la competencia de la DGA frente a un hecho como el acaecido, es más amplia que aquella que fluye de un examen meramente literalista de las normas pertinentes del Código de Aguas. Estas ideas, para efectos del presente comentario, las podemos dividir en dos grupos: el primero, dice relación con una interpretación sistemática tanto del lugar que ocupa la DGA como órgano de la administración del Estado y ,el segundo, con la complejidad jurídica que implica administrar la gestión de un bien tan transversal a nuestro derecho como lo es el agua. Estas primeras ideas son las que abordaremos en esta sección.

### II.I. La DGA como órgano de la institucionalidad ambiental

La DGA es el organismo administrativo creado para la administración de los recursos hídricos, función que lleva a cabo mediante diversas herramientas de gestión que van desde el otorgamiento de derechos de aprovechamiento, la coordinación general de los sistemas de información sobre el recurso y herramientas de carácter coercitivo para disciplinar la acción de los usuarios. Según señala su sitio web, "es el organismo del Estado que se encarga de promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, como también de proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Público de Aguas con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas"<sup>6</sup>.

La DGA, en conformidad a los artículos 41, 171, 172 y 299 letra c) del Código de Aguas tiene como atribuciones la autorización de las modificaciones que fueren necesarias efectuar en cauces naturales o artificiales, de acuerdo a los proyectos que previamente el solicitante debe presentar ante el organismo. Por otra parte, cuando el usuario infringe tales obligaciones, la DGA tiene la facultad de apercibirlo, fijándole un plazo perentorio para que modifique o destruya (por sí o por medio de terceros) las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes; por último, todo lo anterior se enmarca dentro de las facultades del referido Servicio de ejercer la policía y vigilancia de las aguas en cauces naturales de uso público.

---

6 Descripción de las competencias de la DGA extraída de la sección "Acerca de", del organismo. Disponible en línea en: <http://www.dga.cl/acercadeladga/Paginas/default.aspx> (Consulta: 28 de octubre de 2016).

El fin objetivo del artículo 41 es proteger la vida, salud, bienes de la población y el normal régimen de escurrimiento de las aguas. En esta misma lógica se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en su sentencia de la causa Rol N° 3066-06, antes citado, quien realiza una interpretación finalista del artículo 171 del Código de Aguas, en orden a velar por la protección del recurso hídrico, y hacer valer las atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras que le corresponde aplicar a la DGA, al sostener que “[l]o que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la DGA, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes”<sup>7</sup>.

En este sentido, la funciones de la DGA se despliegan en un contexto en que la gestión del agua se debe ajustar a criterios de interés público, donde resaltan la protección a la salud y la vida de las personas, por lo cual resulta evidente que es un órgano cuyas competencias tienen un predominante componente ambiental. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N°8 de la Carta Fundamental, tiene el deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, junto con tutelar la preservación de la naturaleza utilizando sus facultades para establecer restricciones a derechos y libertades en aquello que resulte pertinente. Esta interpretación sistémica tiene una concordancia patente con lo establecido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en el considerando 4º del fallo en comentario.

Lo anterior encuentra un reflejo evidente en la Historia de la Ley 20.417, que reformó la institucionalidad ambiental. Fluye que la intención del legislador en el diseño elegido para la fiscalización ambiental fue, por un lado, conservar las atribuciones fiscalizadoras de los órganos sectoriales especializados, a quienes se les reconoce un lugar dentro de la nueva institucionalidad ambiental. Entre tales órganos se incluye de forma expresa a la Dirección General de Aguas:

“(…) Aquí se ha señalado, asimismo, que no solo en materia de fiscalización, sino también de planificación estratégica, muchos Ministerios todavía tienen competencia: el de Obras Públicas, con la Dirección General de Aguas (...)”<sup>8</sup>.

Por otro lado, el legislador decidió que la modalidad de aplicación de las facultades fiscalizadoras existentes de los órganos sectoriales formaría parte de la fiscalización

---

7 Corte Suprema, Rol N° 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007.

8 Historia de la ley 20.427, p.872.

ambiental propiamente mediante la coordinación administrativa que se le entrega a la Superintendencia de Medio Ambiente.

En relación a lo anterior es importante recordar que el deber de coordinación de los órganos de la administración del Estado según el artículo 5 de la Ley N°19.575, se expresa en que "los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

Por lo anterior podemos construir que la DGA, al formar parte de la institucionalidad ambiental y estar regida por el deber de coordinación (y el principio de legalidad, por cierto), se encuentra impedida de realizar una interpretación de sus atribuciones basada de forma exclusiva y excluyente en el Código de Aguas. Lo anterior, dado que en su ejercicio no solo intervienen los bienes protegidos por la norma sectorial, sino que también una serie de bienes jurídicos protegidos como la preservación del medio ambiente, la protección de la vida y salud de las personas.

Por ende, para definir el alcance de las atribuciones de la DGA, no alcanza con una interpretación literal aislada de las normas que le asignan competencia, sino que también debe considerarse un enfoque sistemático, concordante con el lugar que se le ha asignado dentro de la institucionalidad ambiental y, por lo tanto, haciéndose cargo activamente del mandato constitucional del artículo 19 N°8).

## **II. II La naturaleza del agua como objeto protegido**

Para hacer este análisis debemos partir de la base que el agua como bien jurídico es de muy difícil clasificación, dadas las múltiples finalidades que cumple en la realidad y a los múltiples derechos, intereses y hechos jurídicos con los se encuentra relacionada. Por ello, decir que el agua "es un bien nacional de uso público", no es una solución suficiente para entender la envergadura del problema, sino solo permite vislumbrar un aspecto de él, que es el régimen de propiedad que le es aplicable.

Aún más, la naturaleza del agua desde el punto de vista del derecho a la propiedad tampoco se encuentra exenta de complejidades, puesto que resulta contraintuitivo que un bien clasificado como nacional de uso público, sea asignado por medio de propiedad privada (derecho de dominio) a quienes la usan para fines económicos, bajo la dicotomía de bien público, versus aprovechamiento privado del mismo bien (y cuyo ejercicio como derecho real es sin respecto a determinada persona).

Haciéndonos cargo de esta insuficiencia normativa, podemos identificar que el agua como bien jurídico tiene estrecha relación con el derecho a la vida, a la salud, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la libertad de culto, a la no discriminación arbitraria, al derecho de propiedad y de libertad económica.

Respecto de la relación del agua con los últimos dos derechos mencionados no entraremos en mayor detalle, dado a que tanto el modelo de gestión plasmado en el Código de Aguas, como la administración del recurso que hace la DGA responden a una bajada normativa directa del derecho de propiedad y de libertad económica.

Sin embargo, si resulta útil destacar que la propiedad constitucional es bastante más amplia que la propiedad civil y ampara otras modalidades distintas al derecho de dominio del Código de Civil. En efecto, ha sido mediante la interpretación directa de la propiedad constitucional que se ha llegado a solucionar la compleja situación de los usos ancestrales sobre el agua por parte de las comunidades indígenas, en tanto la pugna que se produce es de propiedad consuetudinaria versus propiedad inscrita. De este modo, la Excelentísima Corte Suprema ha establecido<sup>9</sup>:

CUARTO: Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, N° 24°, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, añade en su inciso final que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil

---

9 Fallo “Chusmiza-Usmagama”, Causa Rol N° 817-2006 de la Excm. Corte Suprema.

dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

En este sentido la norma constitucional ampara derechos que no han sido adquiridos por los modos que establece el Código Civil, sino que por la costumbre, como es el caso de los derechos que ostentan los pueblos originarios sobre su territorio<sup>10</sup>. Tanto la Ley indígena como la jurisprudencia han entendido que el uso ancestral de un bien o recurso por parte de comunidad indígena implica un tipo de propiedad sobre ella que tiene diferencias sustanciales con el derecho real de propiedad. En efecto, la propiedad indígena no solo protege la relación entre su titular y la cosa, sino que también reconoce protección sobre elementos culturales, religiosos y económicos correspondientes a la idiosincrasia de cada pueblo<sup>11</sup>.

Justamente esto último es lo que determina la relación del agua con los derechos de libertad de culto y de no discriminación, en relación a la protección y reconocimiento de la cultura e identidad de los pueblos originarios. Todo ello emana de lo establecido por el artículo 1º de la Ley indígena, disposición que les reconoce su calidad de pueblos originarios, se les reconoce ciertos ámbitos de autonomía sobre todo en relación a sus costumbres, prácticas culturales, religiosas y económicas.

En este sentido, la relación entre el titular de un derecho ancestral y el recurso sobre el cual lo ejerce es muy distinto al que tienen otros sujetos amparados de forma exclusiva por el régimen del Código Civil. El derecho ancestral por tanto asume una relación estricta con las formas de vida de los pueblos originarios, y se les reconocen características

---

10 Para entender esta idea, cobra importancia lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, en cuanto amplía la noción de territorio indígena a cualquier tipo de ocupaciones sobre el mismo (la Excma. Corte ha señalado como requisitos adicionales que sean libres de clandestinidad y violencia):

Artículo 13.- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

11 Respecto de la relación entre la cosmovisión de los pueblos indígenas en su relación con el agua, los profesores YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl, se han referido de forma holgada y acertada en capítulo primero de su obra "Las Aguas Indígenas de Chile", año 2011, pp 39 a 46.

más amplias que tienen que ver con el uso para el cual han sido destinadas, los cuales generalmente difieren de los usos económicos para los que fueron diseñados los derechos de aprovechamiento del Código de Aguas.

Por último, para observar la relación entre el agua y los derechos a la vida, la salud y a un medio ambiente adecuado, ni siquiera es necesario mirar fuera del Código de Aguas, en tanto el artículo 41 de dicho cuerpo legal precisamente conjuga la protección de esos tres bienes jurídicos. Explícitamente identifica como parámetros el derecho a la vida y a la salud para determinar la concurrencia del permiso respectivo, agregando además que la causa, es, en efecto, la alteración al normal escurrimiento de las aguas. En este sentido el legislador ha protegido una situación en la que un cauce no ha sido intervenido, por lo que resulta evidente que la situación contraria, aquella en que se permite la intervención de dicho cauce, debe ajustarse a las limitaciones respectivas. Así, la intervención de un cauce no puede efectuarse en ejercicio de un derecho de dominio puro, sino que de antemano se encuentra limitado por la garantías constitucionales del 19 N° 1 y 8, siendo el papel de la autoridad administrativa velar porque la intervención no entorpezca o amenace el ejercicio de esos derechos

### **III. El Futuro de la Gestión Ambiental de las Aguas en Chile**

Decíamos que era importante rescatar dos grupos de ideas desde la lógica de la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. Nos referíamos al primero de ellos que responden a criterios de interpretación sistemática, tanto de la DGA como órgano de la administración del Estado y su función dentro de la institucionalidad ambiental, como del agua misma considerada como un bien protegido que importa muchas complejidades para su gestión. En esta sección examinaremos el segundo grupo de ideas que tienen que ver con elementos de interpretación contextual lo cuales, si bien no son explícitamente recogidos en la decisión del Ilustrísimo Tribunal, más allá de incidir en la determinación de la importancia del agua y de los problemas a los que se enfrenta su gestión (como fluye del considerando 6º de la sentencia en comentario), formaron parte de la reclamación y ciertamente tienen una gran utilidad para entender los desafíos actuales y futuros de la gestión de aguas.

En ese orden de cosas, la interpretación contextual permite ajustar las competencias de la DGA a las necesidades reales de la gestión de aguas. Especialmente frente a su creciente y vertiginosa escasez producto del Cambio Climático, propendiendo, si se quiere, a la formulación de un principio de “primacía de la realidad” en materia ambiental.

### **III.I Los desafíos del cambio climático en la administración de recursos naturales**

#### **III.I.I Contexto internacional**

El problema del Cambio Climático ha interesado a la comunidad internacional desde principios de los años 80. Sin embargo, no es sino hasta el año 1988, que se alertó sobre la presencia de altas concentraciones de gases de efecto invernadero en la Atmósfera<sup>12</sup>, y se comenzó a hablar sobre el cambio climático con fuerza, decidiéndose por la creación de un Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) que tuvo por objetivo “proporcionar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta”<sup>13</sup>. Dicho Panel emitió su primer informe en el año 1990, dando impulso a la creación de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la que finalmente fue acordada en el año 1992 durante la realización, en Río de Janeiro, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, en dónde, además, se acordaron el Convenio Sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación (CNULD), ambas relacionadas con el cambio climático.

La CMNUCC, tiene como objetivo “lograr, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”<sup>14</sup>. Desde su instauración hasta ahora, se han realizado más de 20 Conferencias de las Partes y se ha avanzado en la realización de requerimientos a los países que son Parte de la misma, en la línea de combatir y reducir los efectos del cambio climático, debido a los fuertes efectos que este puede tener, no sólo sobre el medioambiente en su sentido natural, sino en el desarrollo y salud de la humanidad, siendo uno de los efectos más dramáticos, constatados por el IPCC, los producidos sobre los recursos hídricos.

Por su parte, la CNULD, tiene como objetivo luchar contra la desertificación y los efectos de la sequía, para lo que exige a sus Estados Partes, “la aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente en el aumento de la productividad de las tierras, la rehabilitación, la conservación y el

---

12 MORAGA, Pilar. “El Nuevo Marco Legal Para el Cambio Climático. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM 2009. p. 11.

13 En línea: [http://www.ipcc.ch/home\\_languages\\_main\\_spanish.shtml](http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml) (Consulta: 21 de noviembre de 2016).

14 Artículo 2, Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.



aprovechamiento sostenible de los recursos de tierras y recursos hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario”<sup>15</sup>. Desde la instauración de la CNULD a la fecha, se han realizado 12 Conferencias de las Partes, con el fin de profundizar las medidas que permitan luchar contra la desertificación y el cambio climático.

Por la relación de los 3 instrumentos mencionados, a los que actualmente se suma la Convención RAMSAR sobre la protección de humedales, es que se ha creado un “Grupo de Enlace Mixto” mediante el cual las secretarías de los convenios se retroalimentan. Así es como, por ejemplo, los resultados obtenidos en la COP 12 de la CNULD fueron sometidos a discusión en la COP 21 de la CMNUCC, desde la que se concretó el Acuerdo de París.

Finalmente, la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR) tiene su origen en el año 1971, mucho antes de la Cumbre de la Tierra en 1992, en dónde se dio vida a la CMNUCC, CNULD y a la CDB, y tiene la importancia de reconocer antes de que se comenzara a hablar sobre cambio climático seriamente, “las funciones ecológicas fundamentales de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una fauna y flora características, especialmente de aves acuáticas” y que “constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable”<sup>16</sup>. Su importancia es clave, porque más allá del listado de sitios RAMSAR, a los que les da especial protección, reconoce la necesidad de proteger todos los humedales existentes, ya que la intervención de ellos implica una pérdida irreparable para la humanidad.

La relación que existe entre esta Convención y las Convenciones aprobadas en la Cumbre de la Tierra, son evidentes, y así se ha reconocido expresamente por las Conferencias de las Partes de los diferentes instrumentos. Ello, porque los humedales cumplen un rol mitigador del cambio climático, ya que:

“los humedales, según el concepto promulgado en Ramsar (2000), sirven de sumidero al 40% del carbono que se genera en el planeta. La destrucción de estos evitaría la eliminación de importantes cantidades de gases de efecto invernadero y por ende aumentaría el potencial de retención del calor en la atmósfera, con implicación en el calentamiento global y el crecimiento de las

---

15 Artículo 2 N°2, Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación.

16 CONVENCION RAMSAR, Consideraciones previas.

temperaturas con todo su efecto sobre el sistema climático en primera instancia y sobre la vida en una óptica más amplia<sup>17</sup>.

Se suma a lo anterior, su capacidad para regular la cantidad y calidad del agua, ya que el mecanismo de funcionamiento de ellos es absorber el exceso de agua en la época lluviosa, y liberarla controladamente cuando hay escasez, de modo que son capaces de amortiguar el efecto de las inundaciones y del oleaje<sup>18</sup>, sin contar sus otros servicios ambientales como ser contenedores de diversa flora y fauna.

En el caso en comento, tal premisa y el hecho de que Chile ha ratificado todos los tratados internacionales señalados, no fue suficiente para que la DGA impidiera que se extrajera agua de un ecosistema al que califica como humedal, al punto de secarlo.

### **III.I.II Cambio Climático y recursos hídricos**

El Cambio Climático es un fenómeno de carácter global por el que "se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables"<sup>19</sup>.

A grandes rasgos, este cambio del clima es producido por un aumento excesivo de ciertos gases atmosféricos que producen el efecto invernadero, el que permite atrapar parte de la radiación emitida por el sol para elevar la temperatura de la tierra a un nivel que permita el desarrollo de la vida. Sin embargo, producto, principalmente, de la actividad del hombre, desde la revolución industrial en adelante, esos gases han aumentado excesivamente, provocando que la temperatura de la tierra se eleve por sobre su equilibrio natural, lo que se conoce como calentamiento global, afectándose fuertemente los ecosistemas terrestres<sup>20</sup>.

Como se señaló más arriba, uno de los efectos negativos del Cambio Climático se produce sobre los recursos hídricos. De ello da cuenta el Cuarto Informe de Evaluación del

---

17 MOYA, Bárbaro V. et. all. Los Humedales ante el Cambio Climático. Investigaciones Geográficas, nº 37 (2005), Instituto Universitario de Geografía Universidad de Alicante. p. 129.

18 AMSTEIN, Samantha. Los humedales y su protección jurídica en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016. p. 23.

19 Artículo 1 nº2, Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

20 El IPCC constata que la temperatura media subió en 0,76°C el último siglo y estima un aumento de entre 1,5 y 5°C para el presente siglo.

IPCC, del año 2007, en el que se señala que el cambio climático provoca<sup>21</sup>:

1. Aceleramiento del proceso de derretimiento generalizado de glaciares y de disminución de la cubierta de nieve, con lo que disminuiría la disponibilidad de agua dulce y el potencial hidroeléctrico.
2. Cambios de la escorrentía y de la disponibilidad de agua, producto de un cambio en las precipitaciones. Se espera para mediados de siglo, un aumento de la escorrentía en latitudes superiores y en ciertas áreas tropicales pluviales, y una reducción en ciertas regiones secas de latitudes medias y en los trópicos secos, producto de la disminución de las lluvias y a unas tasas de evapotranspiración más altas. Además, se estima que numerosas áreas semiáridas verán disminuidos sus recursos hídricos por efecto del cambio climático y que aumentarán las áreas afectadas por sequías, con las evidentes consecuencias negativas que ello aparece en diversos sectores: agricultura, suministro hídrico, producción de energía o salud.
3. Aumento apreciable de precipitaciones intensas en numerosas regiones, en algunas de las cuales disminuirán los valores medios de precipitación, lo que provocaría problemas para la infraestructura física y la calidad del agua.
4. Se aprecia que los aumentos de la frecuencia de precipitaciones y gravedad de las crecidas y sequías afectarían negativamente el desarrollo sostenible, ya que el aumento de las temperaturas afectaría también las propiedades físicas, químicas y biológicas de los lagos y ríos de agua dulce, y sus efectos sobre numerosas especies de agua dulce, sobre la composición de las comunidades y sobre la calidad del agua serían predominantemente adversos.
5. En las áreas costeras, se está produciendo un aumento de nivel del mar<sup>22</sup>, por el derretimiento de las aguas continentales, lo que agravaría las limitaciones de los recursos hídricos, debido a una mayor salinización de los suministros de agua subterránea.

---

21 IPCC. Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Equipo de redacción principal: Pachauri, R.K. y Reisinger, A. (directores de la publicación)]. IPCC, Ginebra, Suiza. p. 49

22 De acuerdo al Cuarto informe del IPCC, del año 2007, el aumento de los océanos desde el año 1991, ha sido de un promedio de 1,8 mm al año.

Además, el informe señalado se refiere directamente a América Latina, señalando que:

"-Hacia la mitad del siglo, los aumentos de temperatura y, por consiguiente, la disminución del agua en los suelos darían lugar a una sustitución gradual de los bosque tropicales por las sabanas en el este de la Amazonia. La vegetación semiárida sería progresivamente sustituida por vegetación de tierras áridas. {GTII 13.4, RRP}

-Podrían producirse pérdidas importantes de biodiversidad debido a la extinción de especies en numerosas áreas de la América Latina tropical. {GTII 13.4, RRP}

-La productividad de ciertos cultivos importantes disminuiría, así como la productividad pecuaria, con consecuencias adversas para la seguridad alimentaria. En las zonas templadas aumentaría el rendimiento de los cultivos de haba de soja. En conjunto, aumentaría el número de personas amenazadas de hambre (grado de confianza medio). {GTII 13.4, Recuadro RT.6}

-Los cambios en las pautas de precipitación y la desaparición de los glaciares afectarían seriamente la disponibilidad de agua para el consumo humano, para la agricultura y para la generación de energía. {GTII 13.4, RRP}"<sup>23</sup>

Las proyecciones anteriores son reafirmadas por el Quinto Informe del IPCC, realizado en el año 2013, y son, dentro de otros motivos, las razones más apremiantes para tomar medidas que vayan en la línea de reducir los efectos negativos del Cambio Climático. Por ello es que en la última Conferencia de las Partes de la CMNUCC, COP 21, se firmó el conocido Acuerdo de París, el que estableció como su compromiso central:

"a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático"<sup>24</sup>

Lo anterior ya que un alza de temperatura, por leve que nos parezca, puede ser

---

<sup>23</sup> IPCC. Op.cit. p. 52.

<sup>24</sup> Artículo 2, N°1, letra a) Anexo, Acuerdo de París.

perjudicial para los ecosistemas, siendo altamente probable la extinción masiva de especies<sup>25</sup> si no se toman medidas para evitar tales alzas de temperatura. El agua en este contexto es vital, por lo que tratarla como un recurso ambiental y no sólo como un recurso económico urge en aras de mantener el ciclo del agua y los ecosistemas en equilibrio.

En esa línea, y cumpliendo con las obligaciones internacionales adquiridas en la CMNUCC y en la CNUCLD, es que Chile se encuentra, actualmente, en la elaboración de una Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV), la que tiene dentro de sus antecedentes<sup>26</sup> "el riesgo de desertificación a nivel nacional expresado en términos de superficie refleja que aproximadamente el 21,7% del país tiene algún grado de riesgo de desertificación en base a sus diferentes categorías (leve, moderado o grave)"<sup>27</sup> y que "el efecto de la sequía a nivel nacional expresado en términos de superficie, señala que aproximadamente el 72% de las tierras del país tiene algún grado de sequía en sus diferentes categorías (leve, moderado, grave), estas cifras corresponden aproximadamente a 55 millones de hectáreas. La población afectada con un grado de sequía asciende aproximadamente a 16 millones de habitantes lo cual equivale al 90% de los habitantes del país"<sup>28</sup>.

Además, se indica que se prevé una intensificación del marcado déficit estructural de la zona norte del país y de la zona central, con ello se indica que el cambio climático se ha manifestado en la intensificación de la reducción de la masa de hielo de los ventisqueros (glaciares), y que pese a que hay un aumento en el tratamiento de aguas servidas y de RILES, sigue existiendo contaminación de ríos y mar como también un manejo "inadecuado de las cuencas ha creado problemas de agotamiento de napas y de desequilibrios de uso, agravado por una ley de propiedad de los derechos que evidencia serias falencias"<sup>29</sup>.

Como se puede apreciar el actual escenario de nuestro país requiere tomar medidas para mitigar los efectos del Cambio Climático, con especial atención en los recursos hídricos,

25 El Cuarto Informe del IPCC señala que "El cambio climático acarrearán probablemente algunos efectos irreversibles. Con un grado de confianza medio, entre un 20% y un 30% aproximadamente de las especies estudiadas hasta la fecha estarían probablemente expuestas a un mayor riesgo de extinción si el aumento del calentamiento mundial excediese, en promedio, de entre 1,5 y 2,5°C (respecto del período 1980-1999). De sobrepasar los 3,5°C, proyecciones de los modelos predicen un nivel de extinciones cuantioso (entre un 40% y un 70% de las especies consideradas) en todo el mundo. {GTII 4.4, Figura RRP.2}" En: IPCC. Cambio Climático. Op.cit. p. 53.

26 La información base la ENCCRV la obtiene del Plan de Acción Nacional contra la Desertificación y Sequía 2016.

27 CONAF, et. all. Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025. Versión 1. 20 de junio de 2016. p. 26.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

para lo que se requieren medidas urgentes, tanto a nivel de compromisos internacionales<sup>30</sup>, como a nivel de reestructuración de la normativa interna y una reinterpretación de la existente con el objeto de otorgar una lectura armónica con la función ambiental del agua.

### III.I.III La reforma del Código de Aguas

A nivel nacional, la ley más importante en materia de regulación de los recursos hídricos es el Código de Aguas de 1981. Dicho Código, instauró una visión fuertemente privatista del recurso hídrico, siendo exitoso en la regulación de los derechos de aprovechamiento de los particulares, pero débil para estampar, en nuestro sistema jurídico, el carácter de bien común del recurso y la necesidad de protegerlo en aras del interés público<sup>31</sup>.

Es por ello que se introdujeron reformas en el año 2005 y en el año 2010, y que actualmente se encuentra en el 1º trámite constitucional una reforma al Código de Aguas, que tiene la ambición, inicial, de modificar el espíritu de propiedad privada del mismo, a una lógica de bien público. El proyecto ingresó en el año 2011, pero no tuvo una efectiva tramitación sino hasta fines del año 2014, en que el ejecutivo realizó una indicación sustitutiva del mismo.

En lo medular, y en lo que aquí nos convoca, el proyecto intenta hacerse cargo de las evidentes falencias del modelo de gestión de 1981 para responder a la multiplicidad de funciones del agua como bien jurídico. Así, el proyecto de reforma es una evidencia de que la DGA se encuentra atrapada en una normativa que no ha considerado las otras dimensiones de protección del recurso, por lo que constantemente colisiona con los regímenes jurídicos que regulan el agua en forma paralela.

Lo anterior puede ser observado en el diagnóstico realizado por el Banco Mundial, en el año 2011, donde se acusa que es necesario que Chile: a) en lo que respecta a la gestión de recursos hídricos: mejore la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados. Esto, debido a que si bien con la introducción de la institucionalidad

---

30 A modo de ejemplo, nuestro país, en el contexto de la realización de la 21 Conferencia de las Partes de la CMNUCC, realizada en París, presentó su Contribución Nacional Tentativa (INDC), comprometiéndose, entre otras cosas:

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

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

31 BANCO MUNDIAL. 2011. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. p. 4.

ambiental en el año 1994, se avanzó legalmente en la dirección de satisfacer los requerimientos hídricos para fines ambientales, poner en práctica dicho avance no ha sido fácil, ya que la introducción de la reforma sucedió cuando los derechos de aguas ya estaban concedidos, lo que impidió establecer caudales ecológicos mínimos en las zonas que lo requerían; además, sugiere hacer la gestión del agua subterránea más sostenible, arguyendo que son muy importantes como fuente de agua potable y que tienen un potencial de almacenamiento que las hace muy importantes para enfrentar los efectos negativos del cambio climático, pero que la sostenibilidad del recurso se encontraría en riesgo debido a que algunos acuíferos tendría más derechos de aprovechamientos de agua otorgados, que capacidad para satisfacer dichos derechos; finalmente, sugiere el informe, profundizar las medidas para evitar la contaminación del agua y asegurar su calidad; y b) en lo que respecta a los aspectos institucionales, sugiere, dentro de otras cosas, fortalecer a la DGA, ya que además de insuficiencia de recursos, la institución no tendría suficiente autonomía para tomar decisiones difíciles, su autoridad podría ser insuficiente para entenderse con autoridades de alto rango institucional, y no posee una presencia a nivel local adecuada<sup>32</sup>.

De este modo, uno de los objetivos primordiales del proyecto de reforma es cambiar la concepción sobre los derechos de aprovechamiento de aguas "pasando de ser un derecho perpetuo, a un derecho con una extensión temporal limitada a un máximo de 30 años, que siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso"<sup>33</sup>.

Aun siendo evidente que el nuevo régimen de derechos no afectará los concedidos anteriormente, resulta manifiesto que el objetivo detrás de esta reforma es dar cuenta del interés público que se ve involucrado en la gestión de las aguas, como también de la necesidad de que el agua deje de ser tratada como un mero bien de mercado, dando cuenta de los problemas que el Cambio Climático obliga a enfrentar.

Lo anterior, se ve reflejado en la propuesta de modificación del artículo 5 del Código de Aguas: "Las aguas, en cualquiera de sus estados<sup>34</sup>, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación". En la misma línea, la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, incorporó al mismo artículo 5°, que el acceso al agua y al saneamiento es un derecho humano irrenunciable que debe ser

---

32 BANCO MUNDIAL. 2011. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Resumen Ejecutivo. página xi.

33 Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7.543-12). p. 2

34 La inclusión de la frase "en cualquiera de sus estados" tiene como relevancia el reconocimiento de los glaciares como bienes nacionales de uso público, cuestión que no es considerada como tal en el actual régimen jurídico, pese a la importancia para el consumo humano y a la importancia ecosistémica que los glaciares poseen.

garantizado por el Estado y que “[e]n el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, plasmando en el Código de Aguas una obligación de reconocimiento que la DGA posee en virtud de la Ley Indígena.

En la misma línea, es que el proyecto contempla, la introducción de prelación de uso de las aguas, destacándose los usos de subsistencia (consumo humano y saneamiento), la preservación ecosistémica (reconociéndose el valor del agua no sólo para los humanos y la producción económica, sino para el sustento de la vida en la tierra) y las productivas. La DGA debe respetar estos usos y dar predominio al uso de subsistencia por sobre los otros.

Para hacer efectivo lo anterior, el mismo Mensaje de la indicación sustitutiva indica que “se permite a la Administración limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público, a través de las facultades de reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas”<sup>35</sup>. Es decir, se faculta a la DGA para que en razón del interés público intervenga los derechos de aprovechamiento de aguas y se la refuerza expresamente al indicar que “[s]e fortalecen las atribuciones de la Dirección General de Aguas, permitiéndole reducir temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, exigir la instalación de sistemas de medición de caudales y niveles freáticos, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga, entre otras”<sup>36</sup>.

Ciertamente, el futuro del proceso de modificación del Código de Aguas es incierto, y el resultado que pueda aprobarse en el Parlamento será el que, en definitiva, rija el devenir del recurso en Chile. Sin embargo, es posible evidenciar que el proyecto muestra una tendencia, no exenta de deudas, hacia el reconocimiento efectivo de la función ambiental y social de los recursos hídricos, lo cual se evidencia en el rol gestor de la DGA. Ello, por la necesidad de acomodar la legislación nacional a los requerimientos internacionales sobre el cambio climático, la desertificación y la protección de los humedales, mostrando la intención del legislador y el espíritu de nuestro sistema jurídico actual en la materia. Hoy a la DGA, ante la falta de un reconocimiento más claro en el Código de Aguas del interés público y de los servicios ecosistémicos del agua, le corresponde al menos interpretar la legislación de forma armónica, incorporando las facultades otorgadas, por ejemplo, por la legislación ambiental.

---

35 Ibid.

36 Ibid.



## Conclusiones

La decisión en comento hace un diagnóstico muy acertado y a la vez muy alarmante. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que la DGA ha hecho un abandono voluntario de sus funciones al no incorporar en su ejercicio criterios de preservación ambiental tal como se lo ordena la Constitución y la ley, la que le otorga facultades para establecer limitaciones y restricciones a derechos y libertades en cumplimiento del mandato constitucional de la garantía del artículo 19 N° 8.

El Ilustrísimo Tribunal se pone en un escenario en que considera que existen suficientes razones tanto normativas como de justicia que dan cabida a que la DGA amplíe la interpretación de sus funciones desde una que se formula con apego hermético y aislado al tenor literal de ciertas normas, a otra que propenda a una protección efectiva del bien jurídico sobre el cual reposa su competencia.

Para ello, la Corte utiliza ciertos criterios que tienen que ver con una visión sistemática y armónica de la gestión de aguas como una parte de la gestión ambiental y que, como tal, debe alinearse con los fines de preservación de la naturaleza y prosecución del bien común. Destaca el avezado análisis que hace respecto de la importancia del agua para la vida, la salud de las personas y la relación que con ello tiene la protección no solo del medio ambiente, sino que de los ecosistemas específicos que dependen de la existencia de ciertos sitios como la Laguna Ancapulli, que es calificada como humedal por la propia DGA en su informe técnico.

De este modo, hemos querido compartir, por un lado, el diagnóstico que ha hecho la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en orden a revelar la vocación predominantemente privatista del Código de Aguas y de la DGA como el órgano administrativo al que se le encomienda su aplicación. Por otra parte compartimos la idea de que existen herramientas interpretativas que habilitan a la DGA adoptar un lugar dentro de la institucionalidad ambiental y a ejercer sus funciones no solo para proteger el derecho de propiedad de los usuarios de aguas, sino hacerse cargo de la importancia del agua para la comunidad toda y para el medio ambiente como el entorno en el que se desenvuelve la vida.

En un contexto en que el Cambio Climático está implicando la necesidad de reformular ciertos aspectos de las políticas de gestión de recursos naturales e incluso la estructura administrativa de los órganos que conforman la institucionalidad ambiental, la importancia del cuidado del agua se erige como un desafío clave que el Estado debe asumir activamente.

En opinión de estos autores, este cambio de una visión privatista a un enfoque más público de la gestión de los recursos hídricos puede comenzar a darse desde ya en la medida que cambien los criterios bajo los cuales la DGA tradicionalmente ha interpretado sus funciones.

# Litigación climática con enfoque de derechos: comentario sobre el caso Leghari v. Pakistán<sup>1</sup>

**Gabriela Burdiles Perucci**

Abogada, Universidad Católica de Chile

Msc en Derechos Humanos

London School of Economics and Political Science

Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile

Directora de Proyectos, ONG FIMA

burdiles@fima.cl

## Introducción

El 14 de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Lahore en Pakistán (o la Corte) dictó un importante fallo en el caso *Ashgar Leghari con Federación de Pakistán y otros* (de aquí en adelante, caso Leghari). En este caso la Corte ordenó al gobierno implementar medidas en materia de cambio climático para proteger los derechos fundamentales del demandante. Esta decisión es un importante precedente para la litigación por la justicia climática que demuestra que los impactos negativos del cambio climático, así como la inactividad de los gobiernos en esta área, pueden afectar significativamente los derechos humanos. En este comentario se analizará, en primer lugar, el vínculo existente entre el cambio climático y los derechos humanos, así como la jurisprudencia reciente de algunas cortes regionales y nacionales en esta materia. Luego se analizarán los hechos principales del caso Leghari y los aspectos clave del fallo. Finalmente, se comentará sobre la importancia de esta decisión para el futuro de la litigación climática.

## 2. La relación entre el cambio climático y los derechos humanos

### 2.2 Los impactos del cambio climático y sus efectos sobre los derechos humanos

La preocupación y el estudio por los impactos del cambio climático en los derechos humanos son relativamente recientes. El año 2008 por primera vez el Consejo de Derechos

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Lahore, *Ashgar Leghari con Federación de Pakistán y otros*, Caso No. W.P. No. 25501/2015.

Humanos de Naciones Unidas, tomando nota de los hallazgos del Cuarto Informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) acerca de los posibles impactos de éste sobre las condiciones de vida de la población<sup>2</sup>, decidió requerir a la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OHCHR) la elaboración de un estudio sobre las posibles relaciones entre el cambio climático y los derechos humanos<sup>3</sup>. En su estudio del año 2009, el OHCHR<sup>4</sup> concluyó que los impactos del cambio climático son distribuidos de manera desigual, afectando desproporcionadamente a regiones y países más pobres, así como a la realización y goce de todos los derechos humanos<sup>5</sup>. Sin embargo, el informe se refiere específicamente a algunos derechos que se relacionan más directamente con los impactos del cambio climático descritos por el IPCC, así como a ciertos grupos vulnerables mayormente afectados.

Entre los derechos humanos mencionados en dicho informe se encuentra el derecho a la vida, consagrado en diferentes instrumentos internacionales y regionales<sup>6</sup>. Al respecto, el IPCC ha pronosticado que el aumento de los desastres naturales vinculados a los cambios en el sistema climático, tales como sequías, tormentas e inundaciones<sup>7</sup>, se vinculan directa e indirectamente con un aumento de la mortalidad, enfermedades y lesiones por dichas causas. Así, según la OHCHR, el cambio climático impactará directamente en el derecho a la vida de las personas, por ejemplo, producto de un aumento de las enfermedades relacionadas con la falta de alimentos y la malnutrición<sup>8</sup>. Estos mismos impactos tienen relación con la vulneración del derecho de las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>9</sup>. Este derecho se ve amenazado al ponerse en riesgo la capacidad de los países de proveer niveles adecuados de alimentación, agua potable y acceso a servicios de salud.

El derecho a un nivel adecuado de vida y alimentación<sup>10</sup>, por su parte, es afectado por el cambio climático al encontrarse en riesgo la producción alimentaria, especialmente

---

2 De acuerdo al AR4 del IPCC, las áreas en las cuales se presentarán los impactos del cambio climático son: ecosistemas, producción de alimentos, disponibilidad de agua, salud, zonas costeras, industrias, asentamientos humanos y sociedades. En IPCC, AR4, Síntesis del Reporte, 2007, pp. 48-53.

3 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 7/23, 2008.

4 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 10/61, 2009.

5 *Ibid.* Resolución 10/61, pp. 5 y 8.

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Artículo 6; Convención de los Derechos del Niño, Artículo 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4; Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 2; y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 4.

7 Tales como olas de calor, inundaciones, tormentas, incendios y sequías.

8 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009, p. 9.

9 Reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Artículo 12 y mencionado en otros tratados internacionales de derechos humanos como la Convención de los Derechos del Niño, Artículo 24.

10 Reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Artículo 11 y en otros tratados internacionales de derechos humanos.

en las regiones más pobres del planeta<sup>11</sup>, así como el derecho al agua<sup>12</sup> por la disminución de este recurso producto de la pérdida y reducción de glaciares y nieve, aumento de sequías y desastres naturales. El derecho a una vivienda adecuada y segura<sup>13</sup> también se ve amenazado producto del aumento del nivel del mar y la ocurrencia de desastres naturales, sobre todo en asentamientos costeros y pequeñas islas, donde se prevé la relocalización y migración de millones de personas en riesgo. Esto impacta por último, el derecho a la libre determinación<sup>14</sup>, ya que la existencia de algunos pueblos se ve amenazada por el agotamiento de sus medios de subsistencia, la disminución de su territorio y el aumento de migraciones o desplazamientos de parte de su población, sobre todo en el caso de pequeñas islas<sup>15</sup>.

Se estima que al año 2050 el cambio climático será el causante del desplazamiento de 150 millones de personas, dentro y fuera de las fronteras nacionales, producto de la desertificación, escasez hídrica, inundaciones y tormentas, entre otros fenómenos<sup>16</sup>. En estos casos, si las personas se encuentran desplazadas dentro del territorio de un Estado, ellas estarán amparadas contra el desplazamiento forzado y arbitrario por el derecho internacional de los derechos humanos, así como por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos<sup>17</sup>. Sin embargo, no existe claridad respecto de si aquellas personas que se desplazan producto de desastres naturales de lenta evolución, tales como sequías y deterioro ambiental, pueden ser catalogados como casos de desplazamientos forzados que requieren protección legal y cómo distinguirlos de aquellas migraciones de carácter voluntarias<sup>18</sup>. Tampoco hay claridad acerca del tratamiento jurídico de aquellas personas que se desplazan forzosamente fuera del territorio nacional y de la aplicación del estatus de refugiados conforme al derecho internacional<sup>19</sup>.

El cambio climático también puede significar un desafío a la paz y la estabilidad global<sup>20</sup>. De acuerdo al mismo estudio, los impactos del cambio climático implican un alto riesgo de

11 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009, p. 10.

12 Definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario general N° 15 de 2002 sobre el derecho al agua (Artículos 11 y 12), y mencionado expresamente en la Convención de los derechos del Niño en su artículo 24, en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW) y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 14 y 28, respectivamente.

13 Reconocido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11 y definido por el CSECR en su Comentario general N° 12, para. 6.

14 Artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

15 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009, pp. 13-15.

16 *Ibid.* p. 19.

17 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998.

18 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009, pp. 20-21.

19 Kalin, Walter, "Conceptualising Climate-Induced Displacement", in J. Mc Adam (ed.) *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, Hart, 2010.

20 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009, p. 21.

agravar conflictos existentes y generar violencia en zonas y países más pobres, amenazando los derechos humanos de las personas. El estudio advierte, además, que los impactos del cambio climático afectarán de manera más extrema a ciertos sectores vulnerables de la población, debido a factores como pobreza, género, edad, condición minoritaria o discapacidad. Así, por ejemplo, las mujeres se pueden ver más afectadas durante la ocurrencia de desastres naturales o desplazamientos por causa del cambio climático, ya que son susceptibles de sufrir, entre otras vulneraciones, violencia de género durante dichos eventos<sup>21</sup>. Los niños también son más vulnerables ante un aumento de enfermedades y malnutrición por causa de eventos climáticos extremos<sup>22</sup>. Por último, los pueblos indígenas, al vivir comúnmente en tierras y ecosistemas frágiles, son más vulnerables a los cambios del clima, encontrándose constantemente en riesgo de ser relocalizados o desplazados a otras áreas, afectándose con ello su estilo de vida tradicional y su identidad cultural<sup>23</sup>.

Finalmente, el estudio de la OHCHR advierte sobre los impactos que las medidas que adoptan los gobiernos para hacer frente al cambio climático pueden generar para el disfrute de los derechos humanos. Esto porque ciertas medidas adoptadas para reducir la concentración de gases de efecto invernadero pueden generar impactos negativos. Un ejemplo es la producción de agro-combustibles, que ha significado una amenaza al derecho a la alimentación para los sectores más vulnerables de la población al contribuir al alza del precio de los alimentos<sup>24</sup>. Otro ejemplo son los programas para reducir emisiones producto de la deforestación y degradación de los suelos (REDD). Al respecto, se ha planteado la preocupación por parte de comunidades indígenas de sufrir la expropiación de sus tierras y ser privados de la utilización de los bosques donde habitan, afectando con ellos sus derechos<sup>25</sup>. Del mismo modo, ciertas medidas de adaptación al cambio climático podrían, también, generar impactos en los derechos humanos de las personas, como es el caso de las decisiones para la relocalización de comunidades ubicadas en zonas de riesgo por la ocurrencia de desastres naturales, así como aquellas zonas costeras o islas en riesgo de sumergirse bajo el mar<sup>26</sup>.

---

21 *Ibid.* p. 15.

22 *Ibid.* p. 16.

23 *Ibid.* p. 17.

24 *Ibid.* p. 22.

25 International Council on Human Rights Policy, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide*, Versoix, Switzerland, 2008, p. 51. [En línea]: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Submissions/136\\_report.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Submissions/136_report.pdf) (Consulta: 26 de octubre de 2016).

26 *Ibid.* pp. 24-25.

## 2.2. El enfoque de derechos humanos en la política climática

El estudio de la OHCHR concluye que las obligaciones que los Estados tienen en materia de derechos humanos pueden proveer un importante marco de protección para las personas afectadas por el cambio climático o por las medidas adoptadas por los gobiernos para combatirlo<sup>27</sup>. Esto porque de acuerdo al derecho internacional, los Estados tienen no sólo la obligación negativa de respetar o no vulnerar los derechos humanos a través de su órganos y agentes, sino también de adoptar acciones positivas con ese fin<sup>28</sup>. Además, los Estados tienen la obligación de impedir que terceros interfieran en el disfrute de los derechos humanos, lo que se conoce como la obligación de proteger. Esta obligación de proteger se traduce en el deber de los Estados de prevenir, investigar, castigar y reparar el daño generado por actores privados<sup>29</sup>. Por último, los Estados tienen ciertas obligaciones de derechos humanos de carácter procedimental aplicables en materia de cambio climático, tales como el acceso a la información, implícito en el derecho a la libertad de expresión y opinión, y el derecho de participación en decisiones públicas<sup>30</sup>, ambos desarrollados por la jurisprudencia de las cortes regionales de derechos humanos específicamente en relación a riesgos ambientales<sup>31</sup>.

Por lo tanto, esta interpretación de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos, así como las obligaciones de proveer acceso a la información y participación en decisiones ambientales, tienen implicancias respecto de los impactos vinculados al cambio climático y a las medidas que los Estados deben adoptar para hacerle frente. Así por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado en el caso *Budayeva y otros con Rusia*<sup>32</sup>, que los Estados tienen la obligación de proteger el derecho a la vida de las personas frente a riesgos previsible tales como avalanchas y otros desastres naturales, y adoptar medidas adecuadas de ordenamiento territorial, planes de emergencia y sistemas de información. Además, la obligación de proteger de los Estados y prevenir daños tiene implicancias respecto de las actividades de privados que contribuyen a causar el cambio climático. La misma Corte Europea de Derechos Humanos, sostuvo en un caso

27 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 10/61, 2009 p. 24.

28 De Schutter, O., (2010) *International human rights law*, Cambridge: Cambridge University Press

29 Rayney, E., E. Wicks, & C. Ovey, (2014) *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

30 Implícito en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza el derecho a "tomar parte en la conducción de los asuntos públicos".

31 Ver por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR), 1998, *Guerra y otros v. Italia*, No. 14967/89 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2006, *Claude Reyes y otros v. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, N° 151.

32 ECHR, *Budayeva y otros v Rusia*, No. 15339/02. El caso se refiere a los eventos del 18 al 25 de julio de 2000, cuando una avalancha arrasó el pueblo de Tyrnauz que amenazó la vida de los demandantes y causó 8 muertos, entre ellos, el marido de una de las demandantes.

relativo a la contaminación atmosférica generada por una planta privada de tratamiento de residuos (*López Ostra v. España*, 1995), que España falló en adoptar medidas razonables para regular y prevenir los impactos provenientes de dicha actividad en las condiciones de vida de las personas, violando con ello el derecho a la privacidad de aquellos que vivían cerca de la planta<sup>33</sup>.

Esta sinergia fue reconocida también por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2014, cuando afirmó que las obligaciones de derechos humanos tienen el potencial de "informar y fortalecer" la formulación de políticas climáticas internacionales como nacionales, promoviendo "coherencia política, legitimidad y resultados sostenibles"<sup>34</sup>. Además, los diversos organismos de derechos humanos internacionales y regionales pueden proveer vías institucionales para monitorear y sancionar las violaciones a derechos humanos asociadas al cambio climático, que se deriven de la implementación o de la falta de implementación de medidas de respuesta al mismo<sup>35</sup>. Esto se conoce como la perspectiva de derechos humanos en la política climática, es decir, aquella que se centra en los impactos del cambio climático en los derechos humanos y en las acciones que los Estados deben adoptar para minimizarlos, en base a sus obligaciones internacionales<sup>36</sup>.

Este enfoque, de acuerdo a Simon Caney, tiene importantes ventajas sobre otros tipos de análisis predominantes hasta ahora en materia de políticas climáticas, tales como los análisis técnicos o económicos de costo-beneficio<sup>37</sup>. Para Caney, el enfoque costo-beneficio al realizar un análisis agregado de la utilidad total que se va a obtener de una determinada regulación, le es indiferente que, como resultado de este análisis, se afecten los derechos de aquellos sectores más vulnerables de la población o incluso de las futuras generaciones. El enfoque de derechos humanos, en cambio, aporta ciertos "umbrales morales mínimos" respecto de los cuales todos los individuos son titulares simplemente en virtud de su "humanidad"<sup>38</sup>. Este enfoque de derechos humanos desagrega entonces los impactos del cambio climático y se ocupa de asegurar de que nadie se encuentre por debajo de ciertos umbrales morales mínimos.

---

33 Joseph, S., & A. Fletcher, "Scope of Application", in Moeckli, D., S. Shah & S. Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 124-125.

34 Consejo de Derechos Humanos, ONU, 2009, Resolución 10/4.

35 Savaresi, A., "The Paris Agreement: a new beginning?", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34: 1, 2016, p. 25.

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

37 Caney, S., op. Cit., p. 71.

38 *Ibid.* p. 73.



El efecto de adoptar este enfoque en las políticas climáticas, es que la determinación de la aplicación de medidas de mitigación y adaptación no debe basarse únicamente en un análisis comparativo de sus costos de implementación *versus* los beneficios ambientales, económicos o técnicos de la regulación. El enfoque de derechos humanos establece que hay ciertos umbrales mínimos de protección de los derechos de las personas y de grupos más vulnerables que deben resguardarse en toda acción climática. Por lo tanto, la determinación de los costos de una determinada medida de adaptación o de mitigación, por ejemplo, no debe ser el elemento decisivo a la hora de adoptarla, sino que también debe considerarse la obligación de los gobiernos de proteger los derechos humanos si ellos pueden resultar vulnerados<sup>39</sup>. Por último, un enfoque de derechos humanos se relaciona con un mecanismo adicional de respuesta al cambio climático, no incluido en los análisis más convencionales centrados en la mitigación de GEI y adaptación a sus efectos, que tiene que ver con las pérdidas y daños derivados del cambio climático, y con la determinación de quiénes y cómo deben repararse<sup>40</sup>.

Sin embargo, en la práctica no se ha dado una conexión entre el régimen internacional del cambio climático y los derechos humanos<sup>41</sup>. Esto se puede explicar, en parte, debido a los diferentes objetivos y mecanismos que cada disciplina emplea. El régimen climático, por un lado, se ha hecho cargo principalmente de resolver cuestiones de justicia entre aquellos países desarrollados que han contribuido más al cambio climático y aquellos países en desarrollo que deben soportar los efectos de cambio climático sin haber aportado mayormente a éste, mediante la utilización de mecanismos de cooperación y negociación<sup>42</sup>. En contraste, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se centra en garantizar derechos universales a todos, utilizando mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales por sobre la negociación<sup>43</sup>. Sin embargo, siguiendo a Humphreys, estas diferencias no deben sobreestimarse, ya que el lenguaje de los derechos humanos puede ser útil para abordar algunas demandas de justicia al interior del régimen climático, especialmente aquellas relacionadas con los mecanismos de reparación de las pérdidas y daños causados por los países que más contribuyen al cambio climático<sup>44</sup>. Además, varios conflictos ambientales han sido resueltos a través de la litigación (principalmente en cortes nacionales), asociando ciertos daños ambientales con la vulneración de determinados derechos humanos<sup>45</sup>.

---

39 Caney, S., *op. cit.*

40 *Ibid.* p. 89.

41 Humphreys, S., "Competing Claims: human rights and climate harms", en Humphreys, S. & M., Robinson, Human Rights and Climate Change, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

42 *Ibid.* p. 38.

43 *Ibid.* p. 39.

44 *Ibid.* p. 41.

45 *Ibid.*

### 2.3. Reconocimiento en el régimen internacional

El reconocimiento de un enfoque de derechos humanos en la política climática ha evolucionado desde la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) que, sin hacer ninguna mención explícita a los derechos humanos, hace un reconocimiento de algunas obligaciones de los Estados en materia de acceso a la información y la participación de la sociedad civil<sup>46</sup>, luego con la incorporación en la decisión de la COP 16 en 2010 de una mención del deber de los Estados de respetar los derechos humanos en todas las acciones climáticas<sup>47</sup>, hasta un reconocimiento expreso en el Preámbulo del Acuerdo de París en 2015. El Preámbulo de dicho instrumento reconoce que: "el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional"<sup>48</sup>.

Este es el primer tratado multilateral ambiental que hace una referencia explícita a los derechos humanos. No obstante, el Acuerdo no contiene ninguna mención a los derechos humanos en su parte operativa, salvo reiterar algunas obligaciones señaladas en la CMNUCC de facilitar la participación del público y el acceso a la información sobre el cambio climático<sup>49</sup>, por lo que esta referencia en el preámbulo no configura ninguna obligación legal nueva o distinta para las partes del Acuerdo. La referencia únicamente pretende recordar a los Estados las obligaciones que cada uno tiene bajo los tratados de derechos humanos, que haya ratificado o que vaya a ratificar<sup>50</sup>. Esto tiene un importante valor político y moral, al establecer un vínculo expreso entre las obligaciones de las partes del tratado y aquellas obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos por

---

46 El artículo 4.1 (letras h) y j) de la CMNUCC establece la obligación de "todas las Partes" de promover y apoyar el "intercambio" abierto de información sobre el cambio climático y de "estimular" la participación "más amplia posible en este proceso". Asimismo, el artículo 6 obliga a todas las Partes a promover y facilitar el acceso del público a la información sobre cambio climático y la participación del público en el estudio del cambio climático y "en la elaboración de respuestas adecuadas", por lo que por ejemplo, se establece en el artículo 7.6, que todo organismo no gubernamental puede ser admitido como observador en las sesiones de la Conferencia de las Partes de la Convención.

47 Decisión 1/CP.16.8.

48 Acuerdo de París, 2015, Preámbulo, párrafo 12.

49 Artículo 12 del Acuerdo de París: "(l)as Partes deberán cooperar en la adopción de las medidas que correspondan para mejorar la educación, la formación, la sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático, teniendo presente la importancia de estas medidas para mejorar la acción en el marco del presente Acuerdo".

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

ellas ratificadas<sup>51</sup>. Esto significa que se espera que los Estados interpreten las obligaciones que tienen bajo el régimen climático, a la luz de sus compromisos en materia de, por ejemplo, participación pública, derechos de las mujeres o de los pueblos indígenas<sup>52</sup>.

Por último, cabe destacar que el mismo preámbulo realiza una referencia a la “justicia climática”, concepto muchas veces resistido por los Gobiernos y asociado a consideraciones de justicia distributiva, estos es, de distribución de cargas y costos para resolver el problema, y correctiva entre culpables y víctimas en relación a los impactos del cambio climático y las respuestas frente al mismo<sup>53</sup>. En materia de justicia correctiva, específicamente, el Acuerdo ha incluido por primera vez el concepto de “pérdidas y daños” causados por el cambio climático<sup>54</sup>. Sin embargo, la decisión de la COP21 establece claramente que su inclusión no pretende constituir una base para ningún tipo de responsabilidad internacional o derecho a compensación por los daños causados<sup>55</sup>. Queda por verse entonces, cómo las partes de este Acuerdo abordarán estos mecanismos para fortalecerlos e implementarlos de una manera “colaborativa y facilitativa”<sup>56</sup>, según los obliga su texto.

### 3. Litigación climática con perspectiva de derechos humanos

Como se señaló más arriba, los diversos organismos de derechos humanos internacionales y nacionales, pueden constituir importantes instancias para monitorear y prevenir los impactos causados por el cambio climático o por las medidas adoptadas por los Gobiernos en los derechos humanos, así como para sancionar a los responsables por su acción u omisión. Además, como se dijo, varios conflictos ambientales se han resuelto exitosamente a través de la litigación ante cortes nacionales y regionales, asociando ciertos daños causados al medio ambiente con la vulneración de determinados derechos humanos<sup>57</sup>. Sin embargo, aún existen muchas limitaciones y dificultades para la litigación en materia de cambio climático<sup>58</sup>. En primer lugar, la litigación en relación a la vulneración de derechos

51 *Ibid.* p. 25.

52 *Ibid.* p. 25.

53 Acuerdo de París, 2015, Preámbulo, pár. 14: “Observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, y observando también la importancia que tiene para algunos el concepto de “justicia climática”, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático”. (Lo destacado es nuestro).

54 Artículo 8 del Acuerdo de París.

55 Decisión 1/CP.21, 50.

56 Artículo 8 n° 3, del Acuerdo de París.

57 Además de los casos ya referidos en la Corte Europea de Derechos Humanos, varios casos relacionados con la afectación del territorio y derechos de pueblos indígenas por el desarrollo de proyectos de inversión, han sido resueltos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, ver el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* (2012), Serie C No. 245, 27 Junio, 2012.

58 Shelton, D., “Equitable utilization of the atmosphere: a rights-based approach to climate change?” en Humphreys, S. & M., Robinson, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

humanos, generalmente aborda daños específicos, causados por responsables específicos y que son sufridos por víctimas específicas. En cambio, en los daños causados por el cambio climático no se dan estas condiciones. Los efectos del cambio climático afectan a millones de personas en diferentes partes del mundo, además estos impactos provienen de múltiples causas y actos desarrollados por diferentes actores públicos o privados, situados en varios países, generalmente desconectados unos de otros. Por último, los daños experimentados por las víctimas del cambio climático, generalmente no guardan una relación directa con un acto, causa o sujeto en particular, sino que corresponden a un conjunto de causas<sup>59</sup>.

Otra dificultad es que, en materia de derechos humanos, los Estados son responsables por actos u omisiones cometidos dentro de sus jurisdicciones. Así, los Estados claramente tienen jurisdicción sobre sus propios territorios respecto de las vulneraciones a los derechos humanos que ahí se cometan por sus agentes<sup>60</sup>. Además, de manera excepcional, los organismos internacionales de derechos humanos han interpretado que la jurisdicción estatal puede tener un alcance extraterritorial bajo algunas circunstancias, principalmente en relación a actos u omisiones cometidos en el extranjero por agentes estatales, mayoritariamente en casos de ocupación militar<sup>61</sup>. Sin embargo, la base para el ejercicio de poderes extraterritoriales, necesaria para responsabilizar a los Estados por estos actos, permanece sujeto a debate, esto es el nivel de control que ellos deben tener sobre un área geográfica o de autoridad sobre los individuos afectados<sup>62</sup>.

En relación a las actividades de actores privados, como se ha señalado, existe claridad respecto de que los Estados tienen una obligación de proteger para que ellos no vulneren los derechos humanos dentro de sus jurisdicciones territoriales, no así respecto de abusos cometidos fuera de sus territorios<sup>63</sup>. Es también ampliamente aceptado que la responsabilidad internacional del Estado puede originarse cuando éste falla en regular la conducta de actores privados respecto de los cuales tiene jurisdicción, y de ello se derivan daños en el territorio de otro Estado<sup>64</sup>. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia

---

59 Humphreys, op. Cit., p. 52.

60 Joseph & Fletcher, op. cit.

61 Ver por ejemplo Corte Europea de Derechos Humanos, *Loizidou v Turquía* (1995); *Issa v Turquía* (2005); *Al-Skeini v UK* (2011); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Saldano v Argentina* (1999); y *Corte Internacional de Justicia en Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004).

62 Augenstein & Kinley, "When human rights 'responsibilities' become 'duties': the extra-territorial obligations of states that bind corporations" en Deva, S., & D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 281.

63 Joseph & Fletcher, 2014.

64 Skinner, G., R. McCorquodale, O. De Schutter, A. Lambe, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR, CORE and ECCJ, 2013.

(CIJ) en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*<sup>65</sup>, existe una prohibición general<sup>66</sup>, bajo el derecho internacional, de no causar daños transfronterizos en el ambiente de otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción<sup>67</sup>. Por lo tanto, incluso cuando una actividad es conducida por actores privados dentro del territorio de un Estado, éste será responsable de prevenir los daños que esta actividad pueda causar fuera de su territorio<sup>68</sup>. Esto es relevante respecto de los impactos del cambio climático, los cuales alcanzan a diferentes lugares del mundo, principalmente aquellas zonas más pobres y vulnerables, mientras que ellos son generados en países más desarrollados y, en su mayor parte, por actores privados.

Pese a las dificultades descritas para exigir responsabilidades en materia de cambio climático por los impactos generados a los derechos humanos, existen algunos antecedentes positivos en materia de litigación relacionada con el cambio climático, principalmente en contra de gobiernos y actores públicos en cortes domésticas<sup>69</sup> por emitir directamente GEI o por fallar en regular a actores privados sus emisiones de GEI. Por ejemplo, el año 2007 en el caso *Massachusetts v. EPA*<sup>70</sup>, la *Environmental Protection Agency* fue demandada por doce Estados y ONGs por negarse a regular los GEI, incluyendo el dióxido de carbono, bajo la "*Clean Air Act*", aludiendo a la falta de competencias en la materia y la incertidumbre del vínculo causal entre los GEI y el cambio climático<sup>71</sup>. La Corte Suprema de Estados Unidos, basada en la evidencia científica del IPCC sobre los riesgos y serios daños producto del cambio climático y las obligaciones internacionales de Estados Unidos, decidió que los demandantes tenían intereses soberanos legítimos en la protección del medio ambiente y ordenó a la EPA regular dichos contaminantes<sup>72</sup>.

Otro caso más reciente, y considerado como un caso histórico, es el caso *Fundación Urgenda v Holanda*<sup>73</sup>, donde una ONG de ese país demandó al Estado actuando por sí y en representación de 886 ciudadanos holandeses, ante el Tribunal Civil de Primera Instancia del distrito de La Haya. La acción civil estaba destinada a obtener la cesación de una práctica ilícita o dañosa que, en este caso, correspondía según los demandantes a la no adopción

65 Corte Internacional de Justicia, Caso *Gabcikovo/Nagymaros*, (Hungría V. Eslovaquia), ICJ Report 7, 25 septiembre, 1997.

66 Por primera vez reconocida en el fallo arbitral del caso *Trail Smelter Arbitration* (U.S. v. Can.), 3 U.N. Rep. *Int'l Arb. Awards* 1905, 1949.

67 Corte Internacional de Justicia, Caso *Gabcikovo/Nagymaros*, (Hungría V. Eslovaquia), ICJ Report 7, 25 septiembre, 1997, p. 41.

68 Birnie, P., A., Boyle, & C., Redgwell, *International Law and the Environment*: Oxford University Press, 2009, p. 214.

69 Humphreys, op.cit.

70 *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S 497, 2007.

71 Shelton, D., op. cit.

72 *Ibid.* 111.

73 *The Urgenda Foundation v The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, C/09/456689/ HA ZA 131396 (Traducción al inglés) (24 de junio 2015).

de medidas de mitigación de gases de efecto invernadero suficientes<sup>74</sup>, y en los niveles definidos por el régimen climático internacional<sup>75</sup> y el consenso científico. Además, Urgenda alegó la obligación positiva del Estado de proteger los derechos consagrados en los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (respeto a la privacidad) de la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH), y su deber de diligencia<sup>76</sup>.

Al respecto, el Tribunal concluyó que el Estado tiene el deber de adoptar medidas de mitigación más exigentes, pese a que la contribución de Holanda a las emisiones de gases de efecto invernadero sea irrelevante en términos globales. Por ello, le ordenó al Estado holandés reducir sus emisiones conforme a la meta establecida a nivel europeo, esto es una meta mínima de reducción de 25% al año 2020, en comparación con el nivel de 1990. Lo anterior, lo hizo defendiendo el principio de división de poderes esgrimido por el demandado y basándose en el deber de diligencia de Holanda. Respecto a las obligaciones de Holanda bajo los artículos 2 y 8 de la CEDH, la Corte consideró que éstas son respecto de personas naturales y no de personas jurídicas, ya que respecto de las personas jurídicas no puede existir una vulneración de estos derechos. Por lo tanto, en este caso no se estableció expresamente una relación directa entre la falta de diligencia del gobierno y la afectación de los derechos humanos de los ciudadanos holandeses. Sin embargo, el contenido de la obligación de proteger bajo estas disposiciones fue utilizado por el Tribunal para interpretar las obligaciones de Holanda en materia de cambio climático<sup>77</sup>.

En el ámbito de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la suerte de los casos de litigación climática no ha sido la misma que a nivel doméstico. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el año 2005 un grupo de pueblos indígenas del Ártico, incluyendo al pueblo Inuit, ingresaron una petición en contra de Estados Unidos por su contribución al cambio climático y el acelerado calentamiento del Ártico<sup>78</sup>. Los peticionarios alegaban que Estados Unidos no ha desarrollado políticas adecuadas para limitar sus emisiones, las que contribuyen de manera sustancial a la producción mundial de gases de efecto invernadero. Esto, de acuerdo a los peticionarios lesionaba sus derechos protegidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, especialmente el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad

---

74 La meta de Holanda en ese entonces era de 16% al año 2020 en comparación con el año 1990.

75 Obligaciones de los países del Anexo I del Protocolo de Kyoto.

76 Cox, R., (2015) *A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation v The State Of The Netherlands*, Centre for International Governance Innovation.

77 *Ibid.*

78 *Petition to The Inter American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting From Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States, 2005*. Petición N° 1413.

de sus medios de subsistencia, a la cultura, a la propiedad y la libertad de residencia, movimiento e inviolabilidad del hogar<sup>79</sup>. En noviembre de 2006, la Comisión Interamericana se negó a dar curso a la petición por considerar que no cumplía con el artículo 26 de sus reglas de procedimiento, en cuanto a contener información suficiente para determinar si los hechos invocados constituían una violación a los derechos consagrados en la Declaración Americana.

Posteriormente, el año 2013 ingresó una petición similar<sup>80</sup> a la Comisión Interamericana, esta vez presentada por el *Arctic Athabaskan Council* en representación de todos los pueblos *Athabaskan* de las regiones del Ártico de Canadá y Estados Unidos, en contra de Canadá por no reducir sus emisiones de carbono negro y por contribuir con ello al cambio climático y al derretimiento del Ártico, afectando sus derechos y medios de subsistencia. Este caso se encuentra pendiente en la Comisión y se espera que a diferencia de la petición del pueblo Inuit, ésta sea declarada admisible. Esto porque, como se mencionó, con posterioridad al año 2006 se han generado nuevos reportes del IPCC y del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, junto con el reciente reconocimiento en el Acuerdo de París, respecto de los impactos del cambio climático sobre los derechos humanos. Además, como veremos en el caso que se analizará a continuación, los avances en la jurisprudencia de algunas cortes nacionales como el caso de Pakistán, pueden servir para dar luz respecto de las obligaciones de los Estados en esta materia.

#### 4. El caso *Ashgar Leghari v Pakistán y otros*<sup>81</sup>

Luego de la sentencia en el caso *Urgenda*, otro importante fallo tuvo lugar en Pakistán. En este caso, un agricultor y ciudadano pakistani, Ashgar Legari, demandó al Gobierno Federal y al Gobierno de Punjab, mediante una acción de interés público, por su "inactividad, retraso y falta de seriedad" al abordar los riesgos y vulnerabilidades asociados al cambio climático<sup>82</sup>. El demandante reclamó específicamente que, pese a que existe una Política Nacional de Cambio Climático del año 2012 y un Marco de Implementación para los años 2014 a 2030<sup>83</sup>, no ha habido ningún avance en la práctica. Esto, de acuerdo al demandante, constituye una seria amenaza a la seguridad alimentaria, energética y de recursos hídricos

79 Ibid.

80 *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada*, 2013.

81 Corte Superior de Lahore, Caso N° W.P. No. 25501/2015.

82 Ibid. p. 2 (traducción propia).

83 *National Climate Change Policy (2012) and the Framework for Implementation of Climate Change Policy (2014-2030)*.

de Pakistán, lo cual vulnera directamente su derecho a la vida, garantizado bajo el artículo 9 de la Constitución de ese país<sup>84</sup>.

El Gobierno Federal, por su parte representado por el Ministro de Cambio Climático, informó durante el juicio sobre el estado de avance del Marco de Implementación 2014-2030 y señaló que, bajo éste, existían 734 puntos de acción a ser desarrollados por diferentes autoridades o puntos focales, respecto de los cuales 232 puntos eran prioritarios que debían completarse en un plazo de dos años (a fines de 2016). Además, el gobierno informó que la principal preocupación del plan era desarrollar la resiliencia al cambio climático mediante medidas de adaptación en los sectores de recursos hídricos, agricultura, ganadería y forestal, además de desarrollar planes de emergencia y planificación ante desastres naturales<sup>85</sup>.

Con ese fin, el Ministerio Federal de Cambio Climático fue establecido en el año 2015, reuniéndose por primera vez en abril de 2015. Desde esa fecha informó que se enviaron comunicaciones y recordatorios a los diferentes departamentos y autoridades, hasta junio de 2015, para que reportaran sus avances en relación a los puntos prioritarios del Marco de Implementación. Sin embargo, el Gobierno informó que la mayoría de los departamentos respondieron negativamente, y agregó que se requiere aún más "sensibilización" y "concientización" al respecto<sup>86</sup>. Esto ya que, pese a que Pakistán no contribuye significativamente al calentamiento global, el país es una "víctima" de él, por lo que se requieren medidas inmediatas de adaptación<sup>87</sup>. En efecto, otros representantes de reparticiones del Gobierno Federal y Provincial que comparecieron durante el juicio, no pudieron demostrar satisfactoriamente avances reales en la implementación de las medidas de adaptación previstas en el Marco de Implementación 2014-2030<sup>88</sup>.

La Corte, luego de escuchar a las partes, en su fallo reconoció, en primer lugar, el vínculo que existe entre los impactos y amenazas asociados al cambio climático y los derechos fundamentales de los ciudadanos de Pakistán. De este modo indicó que "el cambio climático es el desafío que define nuestros días" y que éste ha conducido a "alteraciones dramáticas en nuestro sistema climático global"<sup>89</sup>. Estas variaciones del clima han resultado en "fuertes inundaciones y sequías", suscitando serias preocupaciones respecto de la seguridad hídrica y alimentaria<sup>90</sup>. A juicio de la Corte, en el plano legal y constitucional,

---

84 Corte Superior de Lahore, Caso N° W.P. No. 25501/2015, para. 1.

85 Paras. 4, 5, 7 y 9 del Marco de Implementación 2014-2030.

86 Corte Superior de Lahore, Caso N° W.P. No. 25501/2015, para. 3 (traducción propia).

87 *Ibid.*

88 *Ibid.* para.5.

89 *Ibid.* para.6.

90 *Ibid.*



estas amenazas significan un “llamado a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de Pakistán, en particular, de los segmentos vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”<sup>91</sup>.

Además, la Corte interpretó que los derechos fundamentales a la vida (artículo 9), el cual incluye el derecho a un ambiente sano y limpio y a la dignidad humana (artículo 14), leídos en conjunto con los principios de la Constitución, incluyen, dentro de su ámbito de protección y acción, los principios ambientales de desarrollo sostenible, principio precautorio y equidad intra-generacional, entre otros. Estos principios obligan a avanzar desde una “Justicia Ambiental limitada a nuestros propios ecosistemas y biodiversidad”, hacia la “Justicia Climática”<sup>92</sup>. De acuerdo a la Corte, los derechos fundamentales, que se ubican en la base de estos “dos sistemas superpuestos de justicia”, como son, el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la propiedad y a la información (artículos 9, 14, 23 y 19<sup>a</sup> de la Constitución), pueden proveer “las herramientas judiciales necesarias para abordar y controlar la respuesta del Gobierno al cambio climático”<sup>93</sup>.

De este modo, la Corte concluye que el “retraso y letargo” del Estado en la implementación del Marco, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales requieren ser salvaguardados<sup>94</sup>. Para ello, la Corte ordena a las autoridades federales y provinciales a<sup>95</sup>:

- i. Nominar puntos focales para el cambio climático dentro de sus instituciones, para trabajar con el Ministerio de Cambio Climático para asegurar la implementación del Marco de Implementación 2014-2013, y para asistir a la Corte en el presente caso.
- ii. Las mismas autoridades deberán presentar un listado de puntos de acción en materia de adaptación (del listado de temas prioritarios del Marco de Implementación), que puedan ser logrados hasta el 31 de diciembre de 2015.
- iii. Además, para controlar el avance del marco de Implementación en la fecha ordenada, la Corte ordenó además la constitución de una “Comisión de Cambio Climático” (CCC), compuesto por autoridades y expertos.

---

91 Ibid.

92 Ibid. para.7.

93 Ibid.

94 Ibid. para.8.

95 Ibid.

Un aspecto llamativo de este caso es que mientras en el caso Urgenda el juez aludiendo al respeto del principio de división de poderes, ordenó al gobierno de Holanda tomar las medidas necesarias para reducir las emisiones de GEI en una cantidad suficiente, en este caso el juez ordenó por una parte a las autoridades de Pakistán tomar medidas de adaptación, pero además, la Corte fue más allá y adoptó algunas medidas directamente (como la creación de una Comisión de Cambio Climático).

Otro aspecto relevante, que distingue a este caso de los anteriores, es que se reconoce por primera vez en una sentencia judicial la relación directa entre los impactos del cambio climático y de la falta de actividad del Estado en esta materia, respecto de la plena realización de los derechos humanos, sobre todo de aquellos segmentos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. Esto significa que se incorpora la perspectiva de derechos humanos en la litigación climática, con el objeto de demandar mejores políticas en materia de cambio climático.

Por último, cabe destacar el reconocimiento de las obligaciones del Estado de respetar y proteger los derechos fundamentales, las que sirven como base en este caso para ordenar el avance en la implementación de la política climática en Pakistán. Prueba de ello es que, poco antes de iniciarse la COP22, el Ministerio de Cambio Climático anunció una serie de medidas que se están implementando, entre ellas, la aprobación de una Ley de Cambio Climático, bajo la cual se crea la CCC, la ratificación del Acuerdo de París y la presentación de su *Nationally Determined Contribution* a la Secretaría de la CMNUCC<sup>96</sup>. La importancia de casos como éste queda por verse en los próximos años, sobre todo cómo estos precedentes influirán en las decisiones que se adopten, en el marco de los casos pendientes, ante organismos de derechos humanos y casos futuros que se presenten en otros países.

---

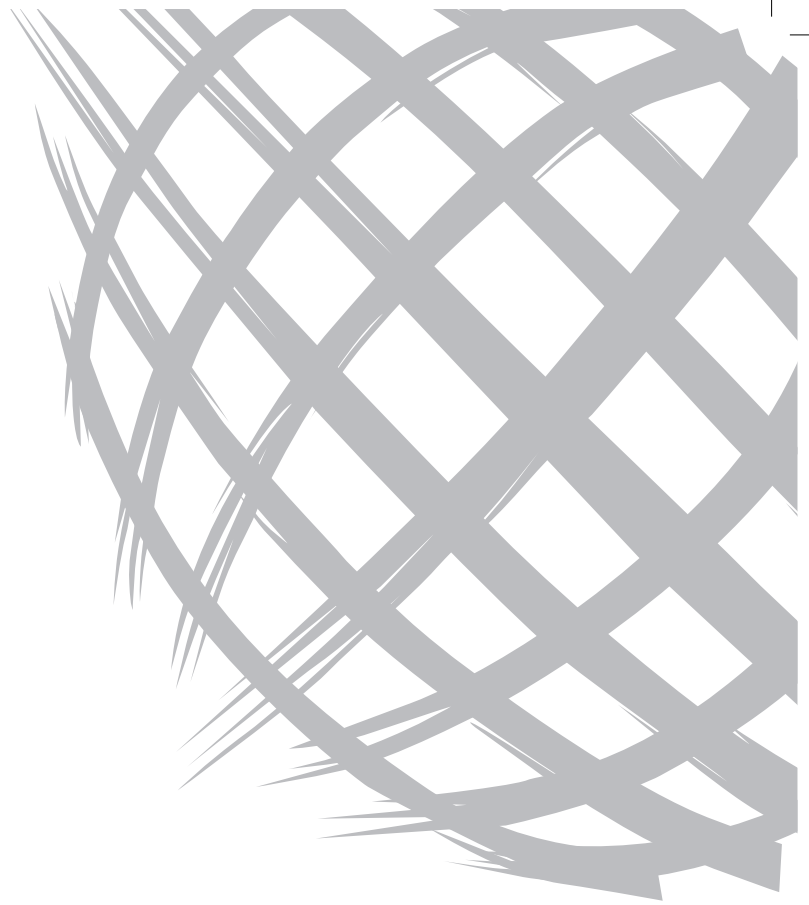
96 Daily Times, *Pakistan at COP22*, (Consulta: 17 de noviembre de 2016) disponible en: <http://dailytimes.com.pk/opinion/17-Nov-16/pakistan-at-cop22> (17/11/16).

## Conclusiones

Las obligaciones que los Estados tienen en materia de derechos humanos pueden proveer un importante marco de protección para las personas afectadas por el cambio climático o por las medidas adoptadas por los gobiernos para combatirlo. Además, la perspectiva de derechos humanos en la política climática tiene importantes ventajas sobre otros análisis, ya que establece que hay ciertos umbrales mínimos de protección de los derechos de las personas y de grupos más vulnerables que deben resguardarse en toda acción climática.

El lenguaje de los derechos humanos puede ser útil, también, para abordar algunas demandas de justicia al interior del régimen climático, especialmente aquellas relacionadas con los mecanismos de reparación de las pérdidas y daños causados por los países que más contribuyen al cambio climático. Esto ha sido reconocido en el Acuerdo de París de 2015, pero aún no hay claridad de cómo ello se implemente. Además, los diferentes mecanismos de protección de los derechos humanos, a nivel regional e internacional, pueden colaborar a interpretar y clarificar cuáles son las obligaciones de los Estados en esta materia. En este sentido, la decisión del caso Leghari es un importante precedente para la litigación por la justicia climática que demuestra que los impactos negativos del cambio climático, así como la inactividad de los gobiernos en esta área, pueden afectar significativamente los derechos humanos. Pero además, este caso y otros posibles, pueden servir para impulsar e implementar mejores políticas climáticas en el futuro.





## Instrucciones a los Autores ■



# Instrucciones a los Autores

Justicia Ambiental, es una revista de la Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA, que tiene por objeto contribuir al desarrollo del Derecho Ambiental, promoviendo la discusión crítica y plural sobre temas jurídicos relevantes en esta materia. La Revista se compone de dos secciones: estudios y comentarios de jurisprudencia, en las cuales se aceptan trabajos inéditos de cualquier autor nacional o extranjero.

El Consejo Editorial de la Revista someterá a evaluación los trabajos recibidos, cuyo resultado será comunicado al autor a más tardar 90 días después de su recepción. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor cambios de forma que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

Las colaboraciones deberán presentarse escritas en idioma español, en páginas tamaño carta, letra Times New Roman 12, a espacio y medio. Aquéllos correspondientes a estudios no podrán tener una extensión superior a 30 páginas.

Tratándose de estudios, el autor titulará su trabajo de la forma más breve posible en español e inglés, y anotará al inicio su nombre y apellidos, grado académico, dirección postal, correo electrónico y la institución a la que pertenece. Además, se deberá incluir un resumen del contenido del trabajo al inicio del texto en español y en inglés y en no más de dos párrafos. Por último deberá contener 5 palabras claves en español e inglés.

La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 15 páginas, incluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, de acuerdo a la norma de citas ISO 690.

Las colaboraciones deben enviarse al correo electrónico **fima@fima.cl**

Toda solicitud de colaboración, canje o suscripción debe dirigirse a:

**Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA**

Mosqueto 491, Oficina 312, Santiago / (56-2) 266 4468

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







Profundizar la democracia y la institucionalización de los derechos humanos en su concepto más amplio, combatir la destrucción del medio ambiente, fortalecer la participación social, económica y política de todos y todas, resolver los conflictos empleando recursos democráticos y civiles, defender la libertad del individuo: estos son los objetivos que determinan el quehacer de Heinrich Böll Stiftung como Fundación política alemana de los Verdes.

Nuestro trabajo se dirige tanto a toda la ciudadanía y la sociedad civil como a instituciones y actores del ámbito público, gubernamental, económico e internacional.

Con su sede en Santiago de Chile, la oficina regional para el Cono Sur refuerza un trabajo de cerca de veinte años en la región y estrecha las cooperaciones con contrapartes argentinas, chilenas, paraguayas, uruguayas y brasileras en diversos temas: sustentabilidad; cambio climático; políticas energéticas y energías renovables; políticas económicas y de desarrollo sustentable; democracia y derechos humanos.

**EDITORIAL**  
Raul Campesino Broggett

**ESTUDIOS**

1. Ley de Fomento al Bredidaje: Hacia la Responsabilidad Extendida del Productor.  
*Jean Paul Dussabert y Claudio Tapia Avel*
  2. Protección Constitucional del Medio Ambiente: Análisis Comparado entre Chile y Ecuador.  
*Wicela Hernández Rojas*
  3. Autorizaciones Administrativas: Frente a la Turbulencia Ambiental.  
*Mario Fierro Chuaco*
  4. El Acuerdo Tampachico (TPA) y Desarrollo Sostenible: ¿algo nuevo, algo viejo y algo prestado?  
*Rodrigo Polanco Lazo y Sebastian Gomez Freiler*
  5. El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.  
*Oscar Recabarren Santibañez*
  6. ¿Es el procedimiento sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingresos de proyectos al SERA?  
*Loree Brecht Bizarro y Alejandra Precht Bortis*
  7. Lectura verde de los Derechos Sociales: Un análisis de la complementariedad entre los derechos relacionados con la protección de la naturaleza y los derechos sociales de Chile.  
*Francois Javer Torres Flores*
  8. In the Fight to Stop Climate Change Forest are a Vital Weapon.  
*Alexander Stanislavjevic*
- COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**
1. Hechura, Interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en el rol N° 13.972.015.  
*Victoria Beatriz Bascay Diego Lillo Goffinet*
  2. Litigación climática con enfoque de derechos: comentario sobre el caso Leighton v. Pakistan.  
*Catherine Burdiles Paez*

Patrocinio: HEINRICH  
HERRICH  
STIFTUNG  
CONO SUR

# JUSTICIA AMBIENTAL

Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA



DICIEMBRE 2016 / N° 8

Editorial  
Estudios  
Comentarios de Jurisprudencia



Corporación FIMA  
ONG SIN FINES DE GANANCIA

RESEÑA HISTÓRICA DE LA ONG FIMA

La ONG FIMA (Corporación Fiscalía del Medio Ambiente) es una organización no gubernamental sin fines de lucro, creada en 1998 con el propósito de expandir y definir la política ambiental chilena.

En estos dieciocho años de trabajo inintermitente, FIMA ha trabajado para proteger el patrimonio natural de nuestro país, representando a los ciudadanos y habitantes de Chile, prestando asesoría en litigación tanto en tribunales nacionales como internacionales, consolidándose como una institución serbia y responsable, llegando a ser la más importante organización jurídica ambiental de interés público del país.

Por otra parte, la corporación posee una completa independencia de todo órgano gubernamental o político partidista, lo cual la dota de una autonomía suficiente para poder detener casos ambientales sin presiones de ningún tipo.

En el ámbito internacional FIMA es miembro de importantes organizaciones aünadas en la defensa y protección del medio ambiente como la Alianza de Derecho Ambiental Mundial (ELAAM) y la Iniciativa Acceso (TAA) y participante activo de las problemáticas ambientales globales, estando acreditada por la ONU como observador de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC).

www.fima.cl