

JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL
AÑO IV, N° 4 - DICIEMBRE 2012

Con derecho al ambiente



FIMA







Consejo Editorial:

Enrique Navarro Beltrán, Ana Lya Uriarte Rodríguez, Fernando Dougnac Rodríguez, Francisco Ferrada Culaciati, Alvaro Fuentealba Hernández.

Director general:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci, Jorge Ossandón Rosales, Rodrigo Polanco Lazo.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll.

Publicado por:

Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA
ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile

Representante Legal:

Fernando Dougnac Rodríguez.
La Concepción 141, oficina 901, Providencia/(56-2) 22355007/www.fima.cl

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros Muñoz.

Impresión:

Jorge Luis Roque.

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



ÍNDICE DE CONTENIDOS |





ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL

Ezio Costa Cordella.....	11
--------------------------	----

ESTUDIOS

1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....	21
John E. Bonine y Svitlana Kravchenko.	
2. REFLEXIONES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL.....	73
Alcides Francisco Antúnez Sánchez y Carlos Justo Bruzón Viltres.	
3. ¿QUÉ PUEDE APRENDER CHILE DE LA EXPERIENCIA DE OTROS TRIBUNALES AMBIENTALES EN EL MUNDO?.....	93
Cassandra Burdyslaw.	
4. COMPLEJO INDUSTRIAL VENTANAS: EXCLUSIÓN DE LA CIUDADANÍA y PROBLEMAS DE GOVERNABILIDAD. EL CASO “CAMPICHE” ENTRE LO LEGAL Y LO LEGÍTIMO.....	121
Josefina Correa Pérez.	
5. DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: EL CASO DE LA POTESTAD DE DICTACIÓN DE MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SOCIOAMBIENTAL.....	137
Leonardo Cofré Pérez.	
6. LA TRANSVERSALIDAD DE LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL EN LA REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD.....	151
Antonio Madrid Meschi.	
7. DIVERSIFICACIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN CHILE: PERSPECTIVAS PARA LOS PLANES DE REPARACIÓN.....	169
Bastían Pastén D. y Gonzalo Parot H.	
8. EL MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS COMO SOLUCIÓN JURÍDICO-TERRITORIAL EN LA ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL DEL AGUA.....	191
Jorge Ossandón Rosales.	

7

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONVENIO 169 Y LA
VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. 217
Ximena Insunza Corvalán.

2. COMENTARIO A LA SENTENCIA SOBRE EL PROYECTO
HIDROLÉCTRICO RÍO CUERVO. 243
Ezio Costa Cordella y Luis Cordero Vega.

3. EL RESGUARDO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A VIVIR EN
UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN. COMENTARIO
Y ANÁLISIS DE ALGUNOS FALLOS RECIENTES. 257
Fernando Dougnac Rodríguez.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 297

EDITORIAL |





EDITORIAL

Actualidad del Derecho Ambiental: La necesidad de un nuevo acuerdo.

Este año tuvo una agenda nacional muy cargada de temas ambientales. Como siempre, y en algo que constituye nuestro orgullo institucional, FIMA estuvo al frente en algunos de esos temas, portando la bandera de la Justicia Ambiental e intentando ampliar la visión del derecho ambiental en Chile.

Pensar que el 2012 podría resultar en simplemente un año atípico en materia ambiental me parece triste, pues la esperanza es que haya representado un quiebre que perdure en el tiempo y que a la larga nos permita construir un acuerdo social más adecuado al concepto de desarrollo sustentable.

Experimentamos durante este año conflictos ambientales de gran relevancia social y jurídica y que avanzaron desde dos veredas distintas como son la tramitación de proyectos dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y los problemas provocados por procesos productivos ya instalados, problemas de contaminación y la presión sobre los recursos naturales de algunas zonas del país.

En lo que se refiere al SEIA, a nivel judicial el año partió movido para FIMA con la interposición del Recurso de Protección en el caso de Río Cuervo, rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Coyhaique pero que después sería acogido por la Corte Suprema. A él nos referimos en conjunto con el profesor Luis Cordero Vega en uno de los artículos de la presente revista, titulado *“Comentario a la Sentencia sobre el Proyecto Hidroeléctrico Río Cuervo”*.

En abril, y en el intertanto de la primera y segunda instancia de Río Cuervo, fue conocido por la Corte Suprema el caso Hidroaysén, uno de los más grandes casos ambientales del último tiempo no sólo por el interés ciudadano y de los medios en el tema, sino también porque se discutían 7

recursos de protección interpuestos por distintas personas y con diversos argumentos, dos de ellos fueron patrocinados por FIMA. El caso, además, fue defendido por el Estado en conjunto con dos terceros coadyuvantes; la propia empresa Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. y la empresa de transmisión Hidroaysén Transmisión S.A. A este caso se refiere don Fernando Dougnac Rodríguez en su artículo *“El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes”*, dando cuenta de cómo en ese momento la Corte Suprema falló en contra de los recurrentes en un estrecho 3-2 que consideraba entre otras cosas al principio preventivo como motor fundamental del voto de minoría.

La aceptación de los principios de derecho ambiental en la interpretación de los derechos humanos fue algo muy presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el 2012. Siendo un tema que no es pacífico en los sistemas jurídicos de corte continental, en la presente revista se da cuenta de cómo los ha interpretado la Corte Europea de Derechos Humanos, de acuerdo a los profesores de la Universidad de Oregon, USA, John E. Bonine y Svitlana Kravchenko en el artículo *“La Interpretación de los derechos humanos para la protección del medio ambiente en la Corte Europea de Derechos Humanos.”* En especial relevante en este artículo el repaso que los autores hacen sobre alguna jurisprudencia relevante de la Corte Europea de Derechos Humanos que vincula el derecho a un medio ambiente adecuado con la participación pública, el acceso a la justicia, el derecho a la vida y el principio precautorio, cuestiones de gran interés a nivel mundial y de creciente interés en nuestras aulas.

El derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano y su reconocimiento a nivel internacional, es también analizado por los profesores de la Universidad de Granma, Cuba, Alcides Antúnez Sánchez y Carlos Bruzón Viltres, en el artículo *“Reflexiones en torno a la protección de los Derechos Humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional”*.

Por otra parte, en el análisis de la jurisprudencia relativa al SEIA del año 2012 se vislumbra cierta continuidad en términos de control intenso de expediente, de lo que se había comenzado a fallar desde el caso Campiche (2009). A esta lógica se le sumó lo relativo a la aplicación de principios,

como vimos. Lo anterior, visible en los fallos de Río Cuervo, Dunas de Con-Con, Bocamina y Castilla, lo cual revivió una discusión de larga data en el derecho administrativo y que va escribiendo su propio capítulo en el derecho ambiental como es la de los límites de la discrecionalidad administrativa y el rol del juez frente a la misma.

En este sentido, resulta interesante el análisis de Leonardo Cofré Pérez en *“Discrecionalidad de los actos administrativos: El caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental”*, que se refiere precisamente al rol de la discrecionalidad, aplicada en materias ambientales y especialmente en el SEIA, en lo relativo al modelo de compensación ambiental, tema de suyo importante y que por lo demás es una de las aristas necesarias de estudiar para dar curso a un nuevo acuerdo de relación entre los ciudadanos y el medio ambiente.

Por último, en materia de SEIA, una de las cuestiones que con mayor fuerza remeció la jurisprudencia ambiental y que además es hoy objeto de gran incertidumbre regulatoria, es la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas. A esta jurisprudencia se refiere la profesora Ximena Insunza Corvalán en su *“Análisis jurisprudencial del convenio 169 y la vulneración de garantías constitucionales.”*

13

No hay lugar a dudas que este tema seguirá constituyendo una fuente de incertidumbre mientras no se adecúe la normativa nacional a los estándares que el Convenio impone en materia de pueblos indígenas, cuestión particularmente importante en una economía basada en los recursos naturales como la nuestra.

Y es esta base de nuestra economía, sumada al crecimiento experimentado en los últimos años, lo que ha puesto un alto grado de presión sobre los recursos naturales y con ello en la relación entre los proyectos de inversión y las comunidades cercanas, que es el segundo tipo de problemas al que me referí en un comienzo. Especialmente importante en este sentido han sido los innumerables problemas de uso de aguas que se han dado en el último tiempo, y en este año en especial en cuencas como Maipo, Tinguiririca, Laja, Huasco y Petorca.

Un acercamiento al problema lo hace el Investigador de FIMA Jorge Ossandón Rosales, al tratar *“El manejo integrado de cuencas como solución jurídico territorial en la administración ambiental del agua”*. Tema que estará en la agenda ambiental de los próximos años con mucha fuerza, en la medida que la escasez del recurso propiciada tanto por su sobre explotación como por el cambio climático, sumada a la falta de certeza sobre algunos de sus atributos jurídicos y su propiedad, sean fuente de conflictos.

Además de la problemática del agua, la presión sobre los recursos naturales se ha hecho sentir en las llamadas áreas de sacrificio; lugares de Chile donde la contaminación alcanza niveles muy altos producto de la instalación de diversas fuentes de la misma. Parte del conflicto que se vivió en valle del Río Huasco tiene que ver con eso, a propósito de la aprobación de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde por parte del Comité de Ministros, cuestión que tendremos que ver como decanta.

Una zona que lamentablemente ha alcanzado ese estatuto es el área de Ventanas en la comuna de Puchuncaví, en relación de lo cual Josefina Correa Pérez nos ilustra en su artículo *“Complejo industrial Ventanas: Exclusión de la ciudadanía y problemas de gobernabilidad. El caso Campiche, entre lo legal y lo legítimo”* en que describe especialmente las condiciones de vida en el sector y los procesos en torno a la aprobación y construcción de la Central Termoeléctrica Campiche.

14

Es necesario observar si el impacto que se ha provocado en estas zonas de sacrificio está revestido de legitimidad o si por el contrario constituye daño ambiental pues en ese caso lo que correspondería es que este se reparase. A propósito de este tema, Bastián Pastén y Gonzalo Parot nos hablan sobre la *“Diversificación de la reparación del daño en Chile, perspectivas para los planes de reparación”*.

Entre este escenario de conflictos ambientales, me parece interesante dar cuenta de que esta aparente proliferación tiene mucho que ver con una mayor conciencia de las personas en sus derechos, lo que las ha llevado a exigir que se cumplan al menos con las garantías que el Estado otorga a sus ciudadanos en nuestra Constitución.

Hay sin embargo, una falta de adecuación de las normas de fondo a un

escenario más igualitario, pues observamos como las normas en general están apuntadas hacia el crecimiento económico sin contrapeso, en tiempos en que resulta evidente que éste debe ser acompañado de las adecuadas herramientas para que sea sustentable. Esto abre el panorama a la necesidad de un nuevo acuerdo nacional en ese sentido, cosa que se ha hecho especialmente relevante en temas como la generación de energía. Mientras nadie niega que un país requiere de energía para avanzar (aunque se discuta la cantidad), si hay una conciencia ciudadana de que ese avance no puede ser a cualquier costo y que el sacrificio de recursos naturales y personas en pos de la producción de esa energía no es aceptable en este estadio de desarrollo.

Pero mientras ese sentido de acuerdo se irriga en la sociedad, otras voces insisten en llamar “excesiva judicialización” a la defensa legítima que las personas hacen de sus derechos, y a pedir normas aún más laxas para facilitar la inversión, cuestión que no parece ser un buen negocio a mediano plazo porque va deslegitimando el sistema económico y la institucionalidad en la medida que ellas no cumplen con sus objetivos de repartir escasez y garantizar derechos, respectivamente.

Ya en 2005 la OCDE advertía en sus recomendaciones que nuestra institucionalidad requería de una adecuación y en ese camino es que Chile emprendió modificaciones en la materia, proceso aún inconcluso pero que ya debiera comenzar a tomar mayor forma con la entrada en funciones de la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales.

15

A la institucionalidad y específicamente a *“La transversalidad de la gestión pública ambiental en la reforma a la institucionalidad”* se refiere en su artículo Antonio Madrid Meschi, quien hace un análisis de cómo funcionaba el modelo coordinador de CONAMA y como éste fue modificado con la ley 20.417. En esta misma línea, y previa a su entrada en funciones, la abogada norteamericana y pasante de FIMA, Cassandra Burdyslaw nos ilustra sobre *“¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros Tribunales Ambientales del Mundo?”*, donde repasa precisamente cómo se han llevado adelante los procesos en otros tribunales ambientales establecidos con anterioridad, a efecto de considerar dichas experiencias en la nuestra que recién comienza.

Pasada esta discusión sobre institucionalidad, es hora de que nos pongamos pantalones largos en temas de gobernanza de recursos naturales, donde claramente tenemos una falencia que pasa por una parte por un estatuto que privilegia la propiedad privada y la libertad de emprendimiento por sobre casi toda otra consideración y por otra, por la falta de voluntad en lograr acuerdos que sirvan de marco en la materia, y que en la búsqueda de la paz social necesariamente deberán reconocer ciertas limitaciones al derecho de dominio, así como cuestiones relativas al valor de los servicios ecológicos de ciertos recursos y en especial al valor de la biodiversidad.

Pero este año 2012 no solamente ha sido movido en la agenda nacional, pues en la agenda propia de FIMA también hemos tenido importantes novedades. Constituimos nuestro primer Directorio conformado en parte por socios de la Corporación y en parte por Directores externos, todos ellos abogados de reconocida trayectoria y prestigio. Fue así como el Directorio quedó conformado por nuestro presidente y fundador don Fernando Dougnac Rodríguez más los abogados fundadores y profesores de la Universidad de Chile Francisco Ferrada Culaciati y Rodrigo Polanco Lazo. A ellos se sumaron Ana Lya Uriarte Rodríguez, abogada de la Universidad de Chile, investigadora del CDA de dicha Universidad y quien fuera la primera Ministra de Medio Ambiente; Enrique Navarro Beltrán, abogado de la Universidad de Chile, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y ex Ministro del Tribunal Constitucional, y; don Álvaro Fuentealba Hernández, abogado de la Universidad de Chile y Director de Escuela de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Se completa el directorio con mi persona, con el honor de haber sido elegido como Director Ejecutivo de esta Corporación, para trabajar junto a Gabriela Burdiles Perucci como Directora de Proyectos, y a todo el equipo ejecutivo de FIMA en continuar con la labor que desde hace ya 14 años ha ido marcando pauta en materias de derecho ambiental en Chile.

Y en las tareas que emprendemos y que continuamos, es esencial agradecer a quienes dieron su tiempo y esfuerzo para la consecución de este cuarto número de la Revista Justicia Ambiental, en especial a Rodrigo Polanco Lazo, Gabriela Burdiles Perucci y Jorge Ossandón Rosales, cuyo trabajo es esencial en el logro de esta publicación. Agradecemos también a los autores, quienes con su alto nivel prestigian a esta publicación. Por último,

agradecemos el apoyo de la Fundación Heinrich Böell, que es la que hace posible esta publicación y en especial a Michael Álvarez y Regine Walch, quienes han apoyado con entusiasmo este cuarto número de Justicia Ambiental.

Pero no podemos dejar de lado las malas noticias, pues una querida amiga de FIMA nos dejó durante este año, no sin antes asegurarse de dar su último y valioso aporte a nuestra revista y con ello al derecho ambiental. En efecto, Svitlana Kravchenko falleció el 10 de febrero de 2012, a los 62 años de edad, dejando como legado y marca de su paso por esta existencia una vasta lista de publicaciones académicas que demuestran no sólo su fuerza vital, sino que también su pasión por el derecho ambiental y por desentramar las normas que permitieran de hacer de este un mundo mejor. Nos sentimos orgullosos e infinitamente agradecidos de que ella y John E. Bonine, nos eligieran para hacer la publicación del trabajo que en esta revista contiene, y que fue uno de los últimos en que invirtió su energía. Esperamos que su huella marque a nuestras generaciones en el significado de luchar por nuestros ideales.

Ezio Costa Cordella
 Director Ejecutivo
 FIMA



ESTUDIOS |





La Interpretación de los Derechos Humanos para la Protección del Medio Ambiente en la Corte Europea de Derechos Humanos

Svitlana Kravchenko¹
John E. Bonine²

Sumario:³

En un grado notable, las cortes Europeas han reconocido que los derechos humanos engloban los derechos ambientales – un desarrollo jurisprudencial que permanece por ahora poco reconocido en Estados Unidos y en muchos otros países. Una cantidad sustancial de decisiones judiciales de tribunales transnacionales ha expandido dramáticamente el alcance de los derechos humanos, ofreciendo la protección del derecho internacional contra los daños ambientales. Este artículo describirá las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos durante las últimas dos décadas (incluyendo los antecedentes de hecho de cada caso, esenciales para entender las sentencias), propone algunas áreas para profundizar la investigación y describirá algunos problemas que aún deben ser tratados. Nuestra sugerencia es que las cortes alrededor del mundo deberían atender estos desarrollos y argumentamos que, dentro de Europa, las cortes nacionales deberían poner mayor atención a los principios ambientales enunciados por la Corte Europea de Derechos Humanos. Al hacer esto, las cortes nacionales asegurarían el reconocimiento de estos principios

21

1 Ex Directora de la Maestría en Derecho (Master of Laws) del Programa de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad de Oregon, Eugene, EE.UU. Si bien, lamentablemente la Profesora Svitlana Kravchenko falleció el 10 de febrero de 2012, durante su vida dejó frutos y huellas profundas en abogados de muchos países, que ahora también hacen su propio camino hacia el logro y la protección de los derechos ambientales. Esta edición de Justicia Ambiental se encuentra dedicada a su memoria.

2 Profesor de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad de Oregon, Eugene, Oregon, EE.UU.

3 Este artículo ha sido traducido de su original en inglés por Florencia Ortúzar Greene, Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Política y Regulación Medio Ambiental de la London School of Economics (LSE), e integrante del equipo de litigación e investigación de FIMA desde 2011.

como parte integral de su jurisprudencia nacional. Los abogados pueden desempeñar un papel importante en la consecución de estos fines, a través del uso de la litigación estratégica.

Abstract:

To a remarkable degree, European courts have come to recognize that human rights include environmental rights—a development in jurisprudence that remains little known in the United States and in many other countries. A substantial body of transnational court decisions has dramatically expanded the scope of human rights, offering the protections of international law against environmental harms. This Article will describe the decisions of the European Court of Human Rights over the past two decades (including the factual backgrounds of the cases, which are essential to understand the rulings), suggest some areas for further research, and describe some problems that have yet to be thoroughly addressed. We suggest that courts around the world should pay attention to these developments and argue that, within Europe, national courts should pay closer attention to the environmental principles enunciated by the European Court of Human Rights. By doing so, national courts will ensure recognition of these principles as an integral part of their national jurisprudence. Lawyers can play a role in advancing these goals through the use of strategic litigation.

I. LA EVOLUCIÓN AMBIENTAL DE LA CONVENCIÓN EUROPEA

Lamentando la falta de un derecho al medio ambiente explícito, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (“Asamblea”) ha insistido por más de una década, en que los europeos debieran tener un derecho ejecutable a un medio ambiente sano.⁴ La Asamblea ha recomendado en varias oportunidades que el Comité de Ministros del Consejo “diseñe un protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, reconociendo el derecho a un ambiente sano y viable”.⁵ Sin embargo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha rechazado cada una de estas peticiones, siendo la última de 2010.⁶ Al intentarlo nuevamente en el 2011, la Asamblea Parlamentaria insistió en “la importancia de asegurar... el derecho a un medio ambiente saludable, como uno de los derechos sociales fundamentales directamente relacionados con el derecho a la vida”.⁷ La petición cayó en los oídos sordos de los políticos.

Pero los oídos de los jueces no han sido tan sordos. A pesar de que en 1976 la Comisión Europea de Derechos Humanos (una institución que ya no existe) desestimó una solicitud para un derecho ambiental basado en el derecho a la vida por tener un argumento legal “manifiestamente infundado”,⁸ durante los 80’s y 90’s la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos interpretaron la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹ (el tratado de derechos humanos más importante de Europa, más tarde referido como la

4 Eur. Parl. Ass., Drafting an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights Concerning the Right to a Healthy Environment, Doc. No. 12003 (2009), disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC12003.pdf>. Anteriormente, la Asamblea Parlamentaria recomendó oficialmente el “derecho humano a un ambiente sano y limpio” en la Convención Europea e hizo referencia a este y otros enfoques de derechos humanos a las cuestiones ambientales en las Recomendaciones PA 1130 (1990), 1431 (1999) y 1614 (2003). El Comité de Ministros negó los tres intentos. Regional Treaties and Legal Provisions, RIGHT TO ENV’T, <http://www.righttoenvironment.org/default.asp?pid=82> (visitado por última vez 18 de marzo 2012). Nota: Las citas de pie de página han sido revidadas y reescritas por el equipo editorial de la Revista Justicia Ambiental, que asume responsabilidad por su estilo y precisión.

5 Véase, por ejemplo, Eur. Parl. Ass., Drafting an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights Concerning the Right to a Healthy Environment, 32d Sess., Recommendation 1885 (2009), disponible en <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/EREC1885.htm>.

6 Eur. Parl. Ass., Reply from the Committee of Ministers, 27th Sess., Doc. No. 12298 (2010), disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/workingdocs/doc10/edoc12298.htm>.

7 Eur. Parl. Ass., The Role of Parliaments in the Consolidation and Development of Social Rights in Europe, Doc. No. 12632 (2011), disponible en <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc11/EDOC12632.htm>.

8 X & Y v. Fed. Rep. of Germany, App. No. 7407/76, 5 Eur. Comm’n H.R. Dec. & Rep. 161, 162 (1976) (rechazando la afirmación de que la actividad militar en un humedal violaba un pretendido derecho a un medio ambiente sano).

9 Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, disponible en <http://www.echr.coe.int/echr/index.htm> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012) [en adelante Convención Europea de Derechos Humanos].

Convención Europea), como que se aplicaba a la degradación ambiental.¹⁰

A. La Convención y la Corte

La Convención Europea no se refiere explícitamente al medio ambiente. Las atrocidades cometidas por la Alemania Nazi y el surgimiento del comunismo en la Unión Soviética y en Europa del Este llevaron a su adopción en 1950,¹¹ cuando aún no había conciencia de los problemas medioambientales. En los ojos de la Corte Europea de Derechos Humanos (“CEDH” o “la Corte”), sin embargo, la Convención Europea ha sido vista como el último recurso que tienen aquellos desprovistos de poder cuya salud se ve afectada por la contaminación ambiental. Así, la Corte ha estado defendiendo derechos ambientales a partir de derechos tradicionales fundamentales por casi dos décadas.

A pesar de la carencia que existe en la Convención Europea¹² de una enunciación explícita del derecho a un medio ambiente saludable, otros derechos que sí han sido reconocidos han sido usados para proporcionar protección en caso de daño ambiental. La mayoría de los casos ambientales de la CEDH han interpretado el Artículo 8 – el derecho al respecto a la vida privada y familiar – como fundamento legal para detener la contaminación y degradación del medio ambiente o para otorgar compensación cuando ha habido contaminación o degradación. Otros casos han usado el Artículo 2 – el derecho a la vida.¹³

La Convención Europea ha sido ratificada por las 47 naciones que son miembros del Consejo Europeo, un cuerpo cuya membresía se extiende desde el océano Atlántico hasta el Pacífico y desde el Mar del Norte hasta el Mediterráneo.¹⁴ Al haber aceptado la Convención Europea, estos países

10 Ver texto infra que acompaña las notas 24-55.

11 En una reunión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1949, la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Administrativas elaboró un informe que se convirtió en la base de la Convención. Eur. Consultar. Ass., Measures for the Fulfilment of the Declared Aim of the Council of Europe, 1st Sess., Doc. No. 77 (1949), disponible en <http://assembly.coe.int/Conferences/2009Anniversaire49/DocRef/Teitgen6.pdf>. El presidente de la comisión, Sir David Maxwell-Fyfe, había sido fiscal en los Juicios de Nuremberg para los criminales de guerra Nazis. Las primeras propuestas de la Convención “eran para un tipo de pacto colectivo europeo contra el totalitarismo”. ED BATES, 45-49 (2010).

12 Tatar contra Rumania, App. No. 67021/01, Eur. Ct. H.R. (27 enero, 2009), disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=67021/01%20%7C%2067021/01&sessionid=88957626&skin=hudoc-en> (reconociendo el derecho a disfrutar de un ambiente sano y protegido en una suerte de obiter dictum). Ver discusión infra Parte I.B.2. (d) y nota 200.

13 Los casos usando los artículos 6 (Garantías Judiciales) y 10 (derecho de información) están fuera del alcance de este artículo.

también se han sometido a la jurisdicción de la CEDH. La Corte acepta demandas alegando violaciones a derechos humanos presentadas por individuos en contra de Estados.¹⁵ Cuando la CEDH encuentra infracciones a los derechos consagrados en la Convención, otorga una “satisfacción justa”,¹⁶ obligando al gobierno en cuestión a adoptar las medidas necesarias para enmendar la situación del individuo solicitante.

En cierto sentido, un tratado que protege los derechos humanos debería ser considerado como una Constitución – un documento que expresa los principios fundamentales de una sociedad y cuya aplicación no está confinada a la resolución de los problemas específicos que dieron lugar a su dictación. Esto es lo que sucedió con la Convención Europea en las manos de la CEDH. De hecho, la Corte ha declarado que la Convención Europea se trata de un “instrumento constitucional del orden público europeo”.¹⁷ Ha reconocido que la Convención es un “instrumento vivo (...) que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales de hoy en día”.¹⁸ El Director General de Derechos Humanos del Consejo Europeo ha señalado que la Corte aplica el Artículo 8 (así como otros artículos) “caso por caso, dándole a los conceptos un significado autónomo de la Convención”.¹⁹

14 Para los miembros del Consejo de Europa, *Navigate by Country*, COUNCIL EUR., <http://www.coe.int/portal/web/coe-portal/home/country> (última visita el 19 de marzo 2012). La región abarcada por el Consejo de Europa no debe confundirse con la región que comprende la Unión Europea. Mientras que la publicidad y el hábito entre los estadounidenses y los europeos occidentales tratan a los veintisiete países que son miembros de la Unión Europea como “Europa”, la UE solo cubre la mitad occidental de Europa. Muchos consideran que el continente europeo se extiende desde el Atlántico hasta, al menos, los Montes Urales en Rusia. El presidente francés, Charles de Gaulle lo manifestó así en 1962 y en otras ocasiones, causando gran consternación en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética, pues se interpretó como un deseo de romper con la Unión Soviética, cuya más de la mitad estaba en Asia. Yuri Dubinin, *About a 'Europe from the Atlantic to the Urals'*, RUSS. GLOBAL AFF. (17 de noviembre, 2007), http://eng.globalaffairs.ru/number/n_9784. De hecho, ya en 1887, un gran mojón de piedra fue erigido por los geógrafos del imperio Austro-Húngaro en lo que ellos calcularon como el “centro de Europa”. Está ubicado en el oeste de Ucrania, al este de la UE, y contiene la siguiente inscripción de 1887, en latín: “Locus Perennis Diligentissime cum Libella quae est liberationis de Austria y Hungría confecta cum et mensura gradum meridionalium paralleloumierum Europeum. . . MDCCCLXXXVII.”

15 Ver, *The Centre of Europe*, RAKHIV, http://www.rakhiv.com/index_en.php?page=CenterOfEurope&lang=en (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

A modo de comparación, los casos pueden ser llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no por individuos. Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 61, 21 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 143. Cuando el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue adoptado por primera vez en 1950 (entró en vigencia en 1953), creó la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto se discute en *Eur. Consult. Ass., Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby: Explanatory Report*, ETS 155 (1994), disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/155.htm>. Los casos involucrando ciudadanos podían ser llevados a la Corte solo por la Comisión. Id. en 1998, el Protocolo 11 abolió la Comisión, lo que llevó a que los casos se presentaran directamente ante la Corte por ciudadanos a lo largo de toda Europa. *Eur. Consult. Ass., Steering Committee for Human Rights (CDDH) Explanatory Report to the [draft] Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention*, 114th Sess., Doc. No. CM (2004) 65, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=739765>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012). Véase también la Convención Europea de Derechos Humanos, supra nota 7, en el art. 34.

16 Convención Europea de Derechos Humanos, supra nota 7, en el art. 41.

17 *Loizidou contra Turquía*, 310 Eur. Ct. H.R. (ser. A) en 27 (1995). Estas palabras fueron, por cierto, obiter dicta.

18 *Tyrer contra Reino Unido*, 26 Eur. Ct. H.R. (ser. A) en 15 (1978).

Esta “flexibilidad” quiere decir que el significado de la Convención Europea es “capaz de evolucionar” y que tiene “el potencial de abarcar una gran variedad de materias”.²⁰

B. Artículo 8 - Derecho al Respeto a la Vida Privada y Familiar

La mayor parte de la jurisprudencia que involucra asuntos ambientales se ha desarrollado bajo la Sección 1 del Artículo 8 de la Convención Europea que dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”²¹

A primera vista, este lenguaje pareciera no involucrar daños ambientales. ¿A qué se refiere “la vida privada y familiar” de una persona? ¿Cómo puede considerarse el daño ambiental dentro de una carencia de “respeto” por esa vida? ¿Cómo puede el “respeto por (...) su domicilio” traducirse en protecciones ejecutables contra la contaminación? ¿Otorga este artículo protección contra infracciones de privados, de cuerpos gubernamentales o de ambos? ¿Son acaso los fuegos artificiales ruidosos una falta de “respeto” a la vida privada? Si un cuerpo gubernamental no entrega información a los residentes acerca de un peligro cercano, ¿constituye eso una violación que requiera protección de la Convención? ¿Constituye la falta de participación en decisiones gubernamentales una falta de dicho respeto?

Muchos de los primeros casos de la CEDH interpretando la parte de “privacidad” del Artículo 8 se enfocaron en asuntos personales, tales como la relación entre una madre soltera y su hijo,²² la exigencia de someter a un prisionero a exámenes de sangre,²³ o argumentos sobre derechos de visitas del padre cuando se trata de hijos nacidos fuera del matrimonio o producto de una relación adúltera.²⁴ Los casos interpretando la parte del “domicilio”

26

19 URSULA KILKELLY, HUMAN RIGHTS HANDBOOK, NO. 1, THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE AND FAMILY LIFE: A GUIDE TO THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 10 (2001).

20 Id. en 10-11.

21 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 8, 4 Nov., 1950, 213 U.N.T.S. 221, disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG> [de ahora en adelante “Convención” o “Convención Europea”]. La sección 2 del Artículo 8 continúa: No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Id. (énfasis añadido).

22 Marcx contra Bélgica, 31 Eur. Ct. H. R. (ser. A) en 8 (1979).

23 X. v. Austria, App. No. 8278/78, 18 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 154 (1979) (examen de sangre).

han involucrado mayormente cuestiones de registro y confiscación.²⁵ Desde el año 1994, se ha reconocido que el daño ambiental tiene el potencial de violar el Artículo 8.²⁶ Esto ha abarcado la contaminación acústica, de aire y agua, entre otras materias.

Además del reconocimiento de un derecho sustancial a ser protegido de la contaminación bajo el Artículo 8, la Corte ha desarrollado jurisprudencia de protección procesal que incluye el reconocimiento a una obligación firme de los gobiernos de proveer de información y análisis a los ciudadanos y el derecho que tienen los ciudadanos a desafiar las decisiones gubernamentales en tribunales.

1. UN DERECHO AMBIENTAL SUSTANCIAL

a) La Semilla de un Derecho Ambiental: López Ostra contra España (1994)

Desde principios de los 80's, distintos litigantes han intentado usar el Artículo 8 como base de un derecho medio ambiental. En *Arrondelle contra Reino Unido*²⁷ – un caso acerca de la contaminación acústica generada por el aeropuerto de Heathrow en Londres – luego de que se argumentó por el Artículo 8, las partes llegaron a un supuesto “acuerdo amistoso” que terminó con la posibilidad de que el asunto fuera resuelto por la Corte Europea. Más adelante, en *Powell y Rayber contra Reino Unido*, un solicitante argumentó con el Artículo 8 en un caso que se decidió en 1990, pero la Corte no consideró que hubiese violación. En dicho caso la Corte estableció que “la calidad de la vida privada del solicitante y las posibilidades de disfrutar de las comodidades de su hogar han sido negativamente afectadas por el ruido generado por los aviones.”²⁸ La Corte concluyó, “El Artículo 8 es, por ende, una disposición material (...)”²⁹ Sin embargo, a pesar de la aplicabilidad de la sección 1 del Artículo 8, la Corte concluyó que “no hay razones serias

27

24 Jolie & Lebrun contra Bélgica., App. No. 11418/85, 47 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 243 (1986).

25 Ver, e.g., Smirnov contra Rusia, App. No. 71362/01, Eur. Ct. H.R. párraf. 49 (12 Nov, 2007), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=71362/01&sessionId=88960742&skin=hudoc-en> (dar a la policía discrecionalidad sin trabas viola el Artículo 8).

26 López Ostra contra España, 303 Eur. Ct. H.R. 41 (1994).

27 *Arrondelle contra Reino Unido*, App. No. 7889/77, 26 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 5 (1982).

28 *Powell & Rayner contra Reino Unido*, 172 Eur. Ct. H.R. (ser. A) en 18 (1990).

29 *Id.*

para determinar que el enfoque de la política al problema o el contenido de la medida regulatoria particular adoptada por las autoridades del Reino Unido den lugar a la violación del Artículo 8 (art. 8)” y “No puede decirse que el gobierno del Reino Unido haya excedido el margen de apreciación que le corresponde o alterado el justo balance requerido para considerarse bajo el Artículo 8 (art. 8).”³⁰ La Gran Sala de la Corte entregó una sentencia similar en 2003, también a propósito del aeropuerto Heathrow en Londres,³¹ pero esta vez sí concedió compensación a los solicitantes.³²

El primer caso que claramente sostuvo que la Convención Europea de Derechos Humanos si incluye derechos ambientales, fue el caso *López Ostra contra España*, en 1994.³³ La Señora Gregoria López Ostra vivía en un pueblo llamado Lorca, en la Región de Murcia en España. Ella y su familia – su esposo y dos hijas – vivían a pocos cientos de metros de una gran concentración de instalaciones de confección de cuero. Varias curtidurías pertenecientes a una compañía llamada SACURSA, tenían una planta, construida con subsidio Estatal, para el tratamiento de los residuos líquidos sólidos; ésta se encontraba como a doce metros de la casa de la solicitante. La planta empezó a operar en 1998 sin la licencia requerida por las regulaciones de las actividades clasificadas como causantes de molestias insalubres, nocivas y peligrosas para la salud. La contaminación del aire resultante de las operaciones de la planta causaba problemas de salud y molestias a muchas de las personas de Lorca, particularmente a aquellas que vivían más cerca de las curtidurías.³⁴

Luego de numerosas quejas y a la luz de informes de las autoridades de salud y la Agencia de Medio Ambiente y Naturaleza de la Región de Murcia, el municipio ordenó la cesación de una de las actividades de la planta. Sin embargo, permitieron que se continuara con el tratamiento del agua contaminada con cromo.³⁵ Como respuesta a esta decisión, la Señora López Ostra presentó una demanda en los tribunales locales³⁶ y prontamente sus

30 Id. en 19-20

31 *Hatton contra Reino Unido*, 2003-VIII Eur. Ct. H.R. 191.

32 Ver texto infra acompañando nota 68

33 *López Ostra contra España*, 303 Eur. Ct. H.R. 41 (1994).

34 Id. en 43. Nota: en este y otros párrafos, a efectos de facilitar la lectura, los autores han optado por no poner comillas en algunas palabras tomadas directamente de opiniones de la Corte, citando los párrafos de origen de las opiniones.

35 Id. en 43-44

dos cuñadas hicieron lo mismo.³⁷

Entre otras pruebas, el Instituto de Medicina Forense del Ministerio de Justicia “indicó que las concentraciones de gas en las casas cercanas a la planta excedían los límites permitidos”.³⁸ Se hizo notar que la hija de la demandante, Cristina, y su sobrino, Fernando López, “presentaban síntomas típicos de absorción crónica de gas, síntomas que se manifestaban periódicamente en la forma de infección bronco-pulmonar aguda”.³⁹ Se creía, basado en la evidencia, que había una relación entre la enfermedad de los niños y los niveles de gas. Además de esto, según pediatras, el diagnóstico de Cristina mostraba que ella sufría de “nauseas, vómitos, reacciones alérgicas, anorexia, etc., que solo podían explicarse por el hecho de que ella estaba viviendo en una zona altamente contaminada.”⁴⁰

Los derechos reconocidos por la Convención Europea se reflejan en la Constitución Española⁴¹, pero varias cortes rechazaron los argumentos basados en derechos de la Señora López Ostra. La Corte Suprema de España sentenció que no había violación de sus derechos porque “ningún oficial público había entrado a su casa o había atacado su integridad física.”⁴² La Corte Constitucional de España sentenció que el tema del respeto por la vida privada no había sido argumentado en cortes de primera instancia y que la presencia de gases, olores y ruido no significaban una infracción al derecho a la inviolabilidad del hogar.⁴³

29

Luego de agotar todos los esfuerzos en las Cortes de España, la señora López

36 Id. en 44

37 Id. en 46

38 Id. en 47

39 Id.

40 Id.

41 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, B.O.E. n. 311, Dec. 27, 1978, §§ 15, 17-19 (España), disponible en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf. Extractos de esta sección pueden encontrarse en López Ostra, 303 Eur. Ct. H.R. at 23. Ver, e.g., la decisión de 2004 de la Corte Constitucional de España en el caso de Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, sosteniendo la posición de que la invasión al hogar por un ruido externo puede constituir una violación a los derechos privados del hogar. S.T.S., Feb. 23, 2004 (S.T.C. No. 16/2004) (España).

42 López Ostra, 303 Eur. Ct. H.R. at 45. La Corte Suprema Española ha invertido posteriormente su posición acerca de esto. Moreno Gómez contra España, 2004-X Eur. Ct. H.R. 327

43 López Ostra, 303 Eur. Ct. H.R. at 45-46. En un caso posterior, el Tribunal Constitucional español aceptó que la contaminación acústica podía equivaler a una violación. S.T.S., Feb. 23, 2004 (S.T.C. No. 16/2004) (España), disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=8215> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012). (“Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental de la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario”). Id. Los autores agradecen a Eduardo Salazar, Abogado de Murcia, España, por proveer este y otros casos españoles.

Ostra solicitó protección ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La Comisión consideró que había violación del Artículo 8 de la Convención, que protege “la vida privada y familiar”.⁴⁴ El caso pasó entonces a la CEDH. La brevedad con la cual la Corte se ocupó de la interrogante acerca de si la contaminación puede considerarse una infracción al Artículo 8 fue excepcional. Sobre este tema clave para la jurisprudencia, no gastó energía analítica, sino que sencillamente dijo: “Naturalmente, la contaminación severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles el goce de sus hogares, de manera que podría afectar negativamente su vida privada y familiar (...)”.⁴⁵

El caso también planteó la interrogante respecto de si se podía responsabilizar a España, cuando la causa inmediata de la contaminación era una compañía privada, y no el Estado. La Corte no tuvo mayor problema para encontrar que sí se podía. A pesar de que España y las autoridades “teóricamente no eran directamente responsables” por la contaminación, “el pueblo permitió que la planta se construyera en sus tierras y el Estado subsidió la construcción de la planta”.⁴⁶ Luego de que algo (pero no toda) la contaminación que emanaba de la planta se previno, “los miembros del consejo no podían ignorar que los problemas ambientales continuaban (...)”.⁴⁷ Con este comentario da la impresión de que la Corte pasó a reconocer que la inacción del Estado puede dar pie a responsabilidad. La Corte también se refirió a “si es que las autoridades nacionales tomaron las medidas necesarias para proteger el derecho del solicitante del respeto de su vida privada y familiar consagrado bajo el Artículo 8”.⁴⁸ Consideró que la Municipalidad “no tomó las medidas necesarias” para proteger a la Señora López Ostra y que además “se resistió a las decisiones judiciales” que podrían haberla ayudado.⁴⁹ Además, consideró que otras autoridades del Estado “contribuyeron a prolongar esta situación”.⁵⁰ Al participar en la litigación desde el lado de la fábrica. En todo caso, la Corte no elaboró un completo análisis de la responsabilidad del Estado de proteger a sus ciudadanos de la contaminación.

30

44 López Ostra, 303 Eur. Ct. H.R.en 50.

45 Id. en 54

46 Id. en 55

47 Id. en 55

48 Id.

49 Id. en 56

50 Id.

La determinación de que si hubo intrusión por medio de la contaminación a la vida privada y familiar de la Sra. López Ostra, no fue el final de la discusión. Al interpretar el Artículo 8 de la Convención la Corte estableció que “se debe prestar atención al balance justo que debe existir entre los intereses en competencia del individuo y de la comunidad como un todo.”⁵¹ Al evaluar una situación que tiene que ver con la toma de decisiones y la responsabilidad del Estado (y más aún, cuando se está considerando la mejor protección en tal situación), la Corte usa una doctrina de “margen de apreciación”. Bajo esta doctrina la Corte permite al Estado un cierto grado de discreción. A pesar del margen de apreciación, la Corte sentenció, en el caso de la Sra. López Ostra, que el Estado no logró un “balance justo entre los intereses del bienestar económico del pueblo(...) y el efectivo goce, por parte de la solicitante, de su derecho al respeto por su hogar, su vida privada y familiar.”⁵² Así las cosas, consideró que el Artículo 8 había sido violado.⁵³

La Corte ordenó compensación, a pesar de que no se pudo establecer un valor pecuniario por las pérdidas que sufrió la solicitante. Además de las molestias causadas por los gases, ruidos y malos olores de la planta, la Corte consideró la aflicción y angustia que sintió la solicitante cuando veía como la situación persistía y la salud de su hija se deterioraba. La Corte le concedió a la Sra. López Ostra la cantidad de 4,000,000 pesetas españolas.⁵⁴

31

Pero este no fue el final de la disputa por la contaminación de las instalaciones de SACURSA. En 1993 y 1994, el Alcalde de Lorca concedió una licencia que permitía a las instalaciones continuar con sus operaciones luego de aplicar “medidas correctivas” para el tratamiento de fango y aguas servidas.⁵⁵ Cuando dos residentes presentaron una demanda reclamando por la continua contaminación, el caso pasó otra vez a la Corte Suprema de España. Dicha Corte sentenció que el caso López Ostra de 1994 de la CEDH no se controlaba con el posterior otorgamiento de una licencia para

51 Id. en 54-55

52 Id. en 56. Para un análisis del “margen de apreciación” y “justo equilibrio”, ver Richard Desgagné, Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights, 89 AM. J. INT’L L. 263, 276 (1995).

53 López Ostra, 303 Eur. Ct. H.R. en 56-58.

54 Id. en 58.

55 Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 4 Jul. 2002, rec. 4705/1997, Roj: STS 4967/2002, en “Primero” disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (buscar en Centro de Documentación Judicial), (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012)

contaminar junto con medidas correctivas. Como los demandantes no discutieron las medidas correctivas, no se pudo establecer una violación al derecho a la privacidad en este caso.⁵⁶

Sin embargo, *López Ostra* representa un importante punto de transición para las demandas ambientales bajo el régimen de la Convención.⁵⁷ Fue el primer caso en el que la CEDH reconoció una infracción a la Convención como consecuencia del daño ambiental. La decisión de la Corte no dejó claro, en todo caso, si es que el resultado se basó primordialmente en las acciones de las autoridades (por ejemplo, subsidio estatal, permiso local para construir la planta, prolongación de la situación al litigar del lado de la fábrica), en sus omisiones (inacción por parte de los miembros del Consejo, el fracaso de las autoridades nacionales en tomar las medidas necesarias, la insuficiencia del municipio en tomar medidas), o en ambas. Así, la pregunta de si ambos, el deber de actuar y de no actuar, fueron violados, permanece. Aquellos temas de responsabilidad fueron discutidos más claramente en un caso decidido por la Corte cuatro años más tarde, *Guerra contra Italia*.⁵⁸

b) Deber de actuar y de no actuar del Estado: Guerra contra Italia (1998)

32

Pocos años después del caso *López Ostra*, la Corte Europea dio otro paso hacia el reconocimiento de los derechos ambientales y la responsabilidad estatal, bajo el referido Artículo 8. En este caso determinó de lleno que el derecho al respeto por la vida privada y familiar podría considerarse violado tanto por la omisión del Estado como por su actuación. Más aún, sentenció que la falta del gobierno de proveer información a la ciudadanía sobre riesgos ambientales constituye una violación al Artículo 8. La Corte también insinuó que otros artículos de la Convención podrían en el futuro ser usados para casos de contaminación. De hecho, algunos jueces habrían ido aún más lejos aplicando inmediatamente los Artículos 2 y 10 al caso.⁵⁹

El caso *Guerra contra Italia* se dio por la contaminación emitida por una

56 Id. en "Cuarto"

57 Varios autores han señalado este punto, incluyendo, más recientemente, Ole W. Pedersen, *European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?*, 21 *GEO. INT'L ENVTL. L. REV.* 73, 86 (2008).

58 *Guerra contra Italia*, 1998-I Eur. Ct. H.R. 210; verifra notas 51-67 y texto que acompaña.

59 *Guerra*, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 232, 234-35, 236 (Votos concurrentes del Juez Walsh, Juez Jambrek, y Juez Vilhjálmsson); verifra notas 52-57.

fábrica en Italia que producía fertilizantes y otros químicos. La fábrica había sido calificada como “de alto riesgo”, según el criterio establecido en un decreto presidencial que se adoptó para implementar la “Directiva Seveso”, del Consejo de las Comunidades Europeas.⁶⁰ La fábrica emitió contaminación atmosférica por varios años, como un subproducto de la manufacturación de fertilizantes y caprolactama, un componente químico. En 1976, un serio accidente ocurrió cuando la torre depuradora para los gases de síntesis de amoníaco explotó, y varias toneladas de carbonato de potasio y bicarbonato conteniendo trióxido de arsénico se liberaron a la atmósfera. Como resultado, 150 personas entraron al hospital con grave envenenamiento de arsénico.⁶¹ En razón de las emisiones contaminantes que se trasladaron desde la fábrica hacia el pueblo, 420 residentes del pueblo de Manfredonia interpusieron, en 1985, acciones legales en el tribunal local en contra de los directores de la compañía, por varias infracciones. Iniciaron diferentes acciones legales, incluyendo procedimientos criminales por no cumplimiento de varias regulaciones ambientales. Por muchos años no sucedió nada.⁶²

En 1988, la Señora Anna María Guerra y treinta y nueve otras mujeres que vivían en el pueblo de Manfredonia, todas a aproximadamente un kilómetro de la fábrica, acudieron a la Comisión Europea de Derechos Humanos pidiendo ayuda. Las solicitantes alegaron que las autoridades locales no habían tomado las acciones apropiadas para reducir la contaminación de la fábrica y prevenir el riesgo de otro accidente. Argumentaban que esta omisión infringía sus derechos a la vida y a la integridad física, consagrados bajo el Artículo 2 de la Convención Europea.⁶³ También reclamaban que el Estado no había entregado información sobre los riesgos de la contaminación y de cómo proceder en caso de accidentes. Esto, alegaban, constituía una infracción a su derecho a la información consagrado en el

60 Guerra, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 216. La primera “Directiva Seveso” fue emitida por la Comunidad Europea (posteriormente la Unión Europea) en respuesta a una explosión química en una fábrica en Seveso, Italia, en 1976, en la cual una amplia área resultó contaminada por dioxinas y otros contaminantes. Directiva del Consejo 82/501/EEC, 1982 25 O.J. (L 230) 1 [en adelante Seveso I]. Se reemplazó el 9 de diciembre, 1996, por “Seveso II.” Directiva del Consejo 96/82/EC, art. 18, 1996 O.J. (L 10) 13 (EU) [en adelante Seveso II]; verinfra nota 173 y texto que acompaña nota 174.

61 Guerra, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 216

62 La sentencia finalmente salió en 1991. Ver id. en 217. Dos directores fueron sentenciados a prisión por tiempos cortos y otros se salvaron de las penas de prisión por un estatuto de prescripciones y amnistías. Las dos penas de prisión fueron anuladas en 1992 por una Corte de Apelación. Id.

63 Id. en 214-17, 222.

Artículo 10 de la Convención.⁶⁴ En el intertanto, la fábrica había cambiado y ahora solo producía fertilizantes. Aún estaba categorizada como de alto riesgo, pero no existía plan alguno para notificar al público en caso de accidente. Siete años pasaron antes de que la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos finalmente pasara el caso a la CEDH, en 1995.⁶⁵

Mientras tanto, la planta cesó la producción de fertilizantes en 1994, pero aún funcionaba ahí una planta para el tratamiento de alimento y aguas servidas, junto con una planta de generación termoeléctrica y la producción de caprolactama podía reanudarse en cualquier momento.⁶⁶ Cuando el caso pasó a la CEDH, la Señora Guerra junto con sus co-demandantes argumentaron que su derecho al respeto por la vida familiar consagrado en el Artículo 8 de la Convención había sido infringido, en parte como resultado de la falta de las autoridades de proporcionar información relevante.⁶⁷

Tres años más tarde, la Corte, constituida en la Gran Sala con veinte magistrados, sentenció unánimemente que Italia “no cumplió con su obligación de asegurar el derecho de los solicitantes al respeto a la vida privada y familiar”, violando el Artículo 8 de la Convención.⁶⁸ Al hacerlo se apoyó en la sentencia de *López Ostra* diciendo: “la Corte reitera que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles que disfruten de sus casas de tal forma que afecte su vida privada y familiar (ver, *mutatis mutandis*, la sentencia de López Ostra...)”.⁶⁹ Con tal conclusión, sin embargo, los hechos forzaron a la Corte a ir aún más lejos de los asuntos discutidos en *López Ostra*, obligando a dictar que el Artículo 8 no solo prohíbe actuaciones del Estado sino que también provee protección para las omisiones del Estado. Así, el Artículo 8 impone un mandato al Estado de tomar acciones de protección ambiental.⁷⁰ La

64 Id. en 221.

65 Id. en 216, 222.

66 Id. en 216.

67 Id. en 221

68 Id. en 228. Habiendo encontrado una violación al Artículo 8, la Corte sentenció que no era necesario considerar una demanda adicional bajo el Artículo 2, el derecho a la vida, al que nos referiremos en la parte II-C de este artículo. Id. en 228-29. La Corte tomó una decisión similar en *Öçkan* contra Turquía, no. 46771/99, párraf. 50, 57 Eur. Ct. H.R. (28 Mar. 2006), en la cual consideró innecesario examinar una demanda de violación a la protección del derecho a la vida del Artículo 2 pues ya había una violación al derecho a la vida privada y familiar. El caso trataba de amenazas a un acuífero subterráneo y su correspondiente ecosistema por la lixiviación de cianuro en la minería del oro. Id. en párraf. 6, 7, 10.

69 Guerra, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 228.

Corte comenzó cautelosamente dictando que “pueden haber obligaciones positivas inherentes al respeto por la vida privada y familiar(...)”⁷¹ Esto significa que simplemente no interferir con la vida privada o familiar no es suficiente. El hacer “efectivo”, el requerimiento de la sección 1 del Artículo 8 en relación a que el Estado “respete” la vida privada y familiar puede implicar “obligaciones positivas”, dijo la Corte.⁷² Posteriormente la Corte se puso más firme: consideró necesario determinar “si es que las autoridades nacionales dieron los pasos necesarios para asegurar la efectiva protección de los derechos de los solicitantes.”⁷³

La Corte determinó que la omisión por la que el Estado no protegió el derecho consagrado en el Artículo 8 fue la falta en el otorgamiento de información a Guerra y los otros “que les hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y sus familias podían correr si seguían viviendo en Manfredonia, un pueblo particularmente expuesto a peligro en caso de un accidente en la fábrica.”⁷⁴ Este “derecho a la información”, un elemento del derecho al “respeto” consagrado en el Artículo 8, será discutido en mayor detalle en la parte II-B de este artículo.

La Corte otorgó una compensación monetaria por la violación de los derechos de la Señora Guerra y otros,⁷⁵ pero no ordenó, sin embargo, la limpieza del complejo industrial donde ocurrió la explosión:

70 Este deber de acción positiva, de protección para salvaguardar la interferencia privada con los derechos humanos fue ampliamente discutido por primera vez en dos decisiones de la CEDH en 1979. *Marckx contra Bélgica*, 31 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1979), y *Airey contra Irlanda*, 32 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1979). En este último caso, una mujer no podía pagar el costo de un abogado para llevar el proceso de separación judicial de su marido. Id. en 6. La Corte dijo:

La Corte no considera que se pueda decir que Irlanda haya “interferido” con la vida privada o familiar de la Sra. Airey: la sustancia de su queja no es que el Estado ha actuado, sino que ha dejado de actuar. Sin embargo, aunque el objeto del Artículo 8 (Art. 8) es esencialmente el de la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de toda injerencia: además de esta tarea principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar....

Id. en 17. Esta posición fue reiterada en *X e Y contra Holanda*, 32 Eur. Ct. H.R. (Ser. A), (1985), que trató sobre el fracaso del gobierno de proteger a una joven con retraso mental de ser violada en una institución. Id. en 8. Para una discusión sobre el deber del Estado de adoptar medidas positivas, de protección en las Cortes de derechos humanos y también en las instituciones de otras regiones, ver Aoife Nolan, *Addressing Economic and Social Rights Violations by Non-State Actors Through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the ‘Obligation to Protect’*, 9 HUM. RTS. L. REV. 225 (2009).

71 *Guerra*, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 227 (énfasis añadido) (citando *Airey*, 32 Eur. Ct. H.R. (ser. A) en 67).

72 Id.

73 Id.

74 Id. en 228

75 Id. en 229

“La Corte señala que la Convención no le da el poder para acceder a tal solicitud. Reitera que el Estado debe escoger, dentro de su sistema legal doméstico, los medios para cumplir con las provisiones de la Convención o para reparar la situación que ha dado lugar a la violación de la Convención(...)”⁷⁶

La reticencia a dar una orden amplia para solucionar el problema ambiental identificado en el caso es entendible para una Corte que tiene pocos medios para hacer cumplir sus decisiones y que probablemente se preocupa de evitar el estar diciéndoles a los gobiernos lo que deben hacer. Pero por otro lado, el dejar de ordenar más que compensaciones puede disminuir dramáticamente el respeto que se le da a las decisiones de la CEDH. Es improbable que la cantidad limitada de la compensación pueda, por sí misma, impactar significativamente el comportamiento de los gobiernos o corporaciones contaminantes.

c) Equilibrando Impactos Ambientales: Hatton contra Reino Unido (2003)

Si para algunas personas la Corte, luego de los casos *López Ostra y Guerra*, parecía estar en una misión de reforma ambiental a través del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el Artículo 8, esta visión seguro se hizo menos sostenible luego de la sentencia en el caso *Hatton contra Reino Unido*, en 2003.⁷⁷

Ocho personas miembros de una asociación ciudadana presentaron una solicitud a la Comisión Europea de Derechos Humanos que fue derivada a la Corte. Su reclamo consistía en que el ruido excesivo de los despegues y aterrizajes en el aeropuerto de Heathrow, cerca de Londres, interfería con su sueño. En 2001 una sala de siete jueces sentenció, por 5 votos contra 2, que el Artículo 8 había sido violado.⁷⁸ Sin embargo, el asunto fue remitido a la Gran Sala – un panel de diecisiete jueces. En su sentencia del año 2003, la Gran Sala señaló que en un caso previo, *Powell y Rayner contra Reino*

76 Id. en 230 (citando varios casos anteriores de la CEDH)

77 *Hatton contra Reino Unido*, 2003-VIII Eur. Ct. H.R. 189. La decisión de Hatton fue enérgicamente criticada en David Hart & Marina Wheeler, *Night Flights and Strasbourg’s Retreat from Environmental Human Rights*, 16 J. ENVTL. L. 100, 132-39 (2004).

78 *Hatton*, 2003-VIII Eur. Ct. H.R. en 195-97.

*Unido*⁷⁹, que también involucraba reclamos por el ruido de aviones “la Corte había sostenido que el Artículo 8 era relevante, siempre que la calidad de la vida privada de cada solicitante, y el goce de las amenidades de sus hogares (hubieran) sido adversamente afectadas por el ruido generado por los aviones que usaban el Aeropuerto de Heathrow”.⁸⁰

La Corte también citó *López Ostra y Guerra*, respecto de cómo la contaminación puede violar el Artículo 8.⁸¹ Pero luego reiteró “el rol fundamentalmente subsidiario de la Convención” en sociedades sujetas a ello. Y consideró que las “autoridades nacionales”, con “legitimación democrática directa” estaban “en principio mejor posicionadas que una corte internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales.”⁸² Por ende, “al rol del legislador debería dársele un peso especial y la Corte debería conceder un “amplio” margen de apreciación” (rango de deferencia) a las decisiones legislativas nacionales.⁸³ También hizo hincapié en “el justo equilibrio que debe existir entre los intereses competitivos del individuo y de la comunidad como un todo.”⁸⁴ Todo esto llevó a que la Corte considerara que no había violación del Artículo 8.⁸⁵

La Corte elogió el hecho de que las restricciones a los patrones de vuelo y al ruido de motor dictadas en 1993 fueran “las últimas en una serie de restricciones a los vuelos nocturnos en Heathrow, que se iniciaron en 1962,(...)”⁸⁶ Señaló que el compromiso del gobierno “de no permitir un empeoramiento de ruido por la noche e idealmente mejorarlo” se mantuvo y que “las autoridades continuaban vigilando la situación con miras a posibles mejoras”⁸⁷ Aunque la Corte no tenía “ninguna duda de que la aplicación del régimen de 1993 era susceptible de afectar negativamente la calidad de la vida privada de los demandantes y la posibilidad de disfrutar las comodidades de sus respectivos hogares, y por ende, los derechos

79 Powell & Rayner contra Reino Unido, 172 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1990).

80 Hatton, 2003-VIII Eur. Ct. H.R. en 216 (citando Powell & Rayner, 172 Eur. Ct. H.R. (ser. A) en 18).

81 Id.

82 Id.

83 Id.

84 Id. en 217

85 Id. en 228

86 Id. en 223

87 Id.

protegidos por el Artículo 8 de la Convención”⁸⁸, esto no fue suficiente para decretar que hubiese responsabilidad.

A pesar del reconocimiento de la pérdida de los demandantes de la posibilidad de disfrutar la vida, al Tribunal le correspondió determinar si acaso en la ejecución del Plan de 1993, “se mantuvo un justo equilibrio entre los intereses de las personas afectadas por el ruido de la noche y la comunidad en su conjunto.”⁸⁹ Esto fue diferente a la situación del caso *López Ostra y Guerra*, donde las autoridades no cumplieron con las leyes nacionales. Los demandantes en el caso de Heathrow no sugirieron que la política de ese aeropuerto fuese “de alguna manera ilícita a nivel nacional”.⁹⁰

En cuanto a la política misma, la Corte observó que la sección 2 del Artículo 8 establecía una prueba de equilibrio⁹¹: Al decidir si es que el Estado había mantenido “un equilibrio justo” entre los intereses económicos y las personas afectadas por las perturbaciones de ruido, la Corte puso especial esfuerzo en reducir las consideraciones ambientales a un solo factor entre muchos - de ninguna manera el más importante ni uno que merezca un estatus especial:

38

“La protección del medio ambiente debe ser considerada por los Estados al actuar dentro del margen de su apreciación y por la Corte en su revisión de ese margen, pero no sería apropiado para la Corte adoptar un enfoque especial en este sentido por referencia a un estatuto especial de derechos humanos ambientales.”⁹²

Además de destacar los beneficios para la competitividad económica del Reino Unido que implica el permitir la llegada de vuelos nocturnos procedentes de países lejanos, la Corte dijo que el gobierno podía válidamente “tomar en cuenta la capacidad de los individuos de abandonar la zona.”⁹³ La Corte dijo que las autoridades no se habían excedido en su margen de apreciación permitido, y que tampoco habían ocurrido “faltas procesales fundamentales en la preparación de los reglamentos de 1993”

88 Id.

89 Id. en 224

90 Id.

91 Id.

92 Id. en 225

93 Id. en 227

sobre el ruido del aeropuerto.⁹⁴

d) Limitando la Consideración de los Impactos Ambientales: Kyratos contra Grecia (2003)

En otro caso, decidido el mismo año que *Hatton*, la Corte decidió que, si bien algunos impactos sobre el medio ambiente podían afectar negativamente el “bienestar” de una persona, otros no - al menos si solo se trata de un “pantano”. En *Kyratos contra Grecia*,⁹⁵ una mujer y su hijo, viviendo en Alemania, eran dueños de una casa en Grecia cerca de un humedal protegido donde habitaban aves; ellos vacacionaban ahí de vez en cuando. Las autoridades locales habían redibujado el límite de crecimiento urbano para permitir que se construyera sobre el humedal. El Sr. Nikos Kyratos y su madre, la señora Sofía Kyratou, desafiaron el plan de desarrollo en los tribunales Griegos, junto con la Sociedad Griega para la Protección del Medio Ambiente y el Patrimonio Cultural.⁹⁶ El Tribunal Administrativo Supremo de Grecia declaró que las actividades de rezonificación y desarrollo violaban las disposiciones de protección ambiental de la Constitución griega. Cuando las autoridades locales no respetaron la decisión del tribunal nacional, tomando medidas para restaurar el humedal mediante la remoción de los edificios, los demandantes presentaron su caso ante la CEDH.⁹⁷

La impugnación presentada por los demandantes, basada en el Artículo 8, no tuvo éxito.⁹⁸ La Corte estuvo de acuerdo en *López Ostra* con que el daño al bienestar de una persona podía constituir una violación al Artículo 8, sin requerir que la actividad en cuestión pusiera la salud en grave peligro. Sin embargo, la Corte no pudo concebir que el daño a las especies que habitan un humedal (refiriéndose continuamente a un “pantano”) pudiera afectar el bienestar de los vecinos. La Corte dijo que podría haber sentenciado de manera diferente si el daño hubiese sido a un bosque:

“Los demandantes no han presentado ningún argumento convincente que muestre que el supuesto daño a las aves y a otras especies protegidas que

94 Id. en 228

95 *Kyratos contra Grecia*, 2003-VI Eur. Ct. H.R. 257.

96 Id. en 262-63

97 Id. en 263

98 Id. si obtuvieron, en todo caso, una sentencia estableciendo que el derecho a un proceso justo había sido violado bajo el Artículo 6 de la Convención. Id. en 270.

habitan el pantano fuera de tal naturaleza pudiese afectar directamente sus derechos establecidos en el Artículo 8 § 1 de la Convención. Podría haber sido de otro modo si, por ejemplo, el deterioro al medio ambiente hubiese sido con respecto a la destrucción de un área de bosque en las cercanías de las viviendas de los demandantes, una situación que podría haber afectado de forma más directa el bienestar de los demandantes”⁹⁹

Esta notable división entre lo ecológico (y psicológico) - o la imposición de los estándares estéticos de la Corte- provocó la fuerte disensión del Juez Zagrebelsky, quien escribió que “difícilmente se podría decir que el deterioro al medio ambiente no se traduce en un deterioro a la calidad de vida de los demandantes(...)”.¹⁰⁰ El juez disidente se mostró especialmente crítico ante la distinción pantano/bosque, escribiendo, “No veo mayor diferencia entre la destrucción de un bosque y la destrucción del extraordinario medio ambiente pantanoso del que los demandantes podían disfrutar cerca de su casa”.¹⁰¹

No podremos saber si la intrusión visual y el daño a la sensibilidad estética están completamente fuera del ámbito del Artículo 8, hasta que un futuro caso de destrucción de bosques sea llevado a la Corte. Parece probable, sin embargo, que los litigantes podrían tener mayor oportunidad de éxito si el daño ambiental presentado a la Corte implicara contaminación.

40

e) La Corte como Ejecutora de Leyes Nacionales: Fadeyeva contra Rusia (2005) y Ledyayeva contra Rusia (2006)

Mientras que *Hatton* y *Kyrtatos* impusieron límites claros en la voluntad de la Corte para poner el Artículo 8 al servicio del medio ambiente protegido, algunas causas decididas poco después mostraron que el Artículo 8 dista de estar muerto. Un continuo número de casos han surgido en los que un gobierno ha prometido, pero no ha cumplido, frenar la contaminación o alejar a la gente de ésta. La Corte ha decretado, con relativa facilidad, violaciones en tales situaciones.

99 Id. en 268-69

100 Id. en 272 (Zagrebelsky, J., disidente)

101 Id.

Los países que antes formaban parte de la Unión Soviética o que estaban dentro de la órbita de su influencia heredaron del pasado el concepto de “zonas de protección sanitaria” (también llamadas “zonas de seguridad sanitarias”, “zonas de exclusión sanitarias”, o, en occidente, simplemente “zonas de amortiguación”). El propósito de estas zonas es la creación de áreas o zonas de seguridad donde no se permite que vivan personas, por estar demasiado cerca de fuentes de contaminación.¹⁰² Si la concentración de un contaminante emanado de una fábrica en el ambiente fuera de la fábrica supera el “límite máximo permisible” (“LMP”)¹⁰³ establecido para un contaminante, la fábrica debe establecer una zona de protección sanitaria, que cubre toda la zona donde el LMP se supera.¹⁰⁴ Fuera del límite de la zona, los LMPs deben cumplirse. No así en el interior, pero se prohíben las viviendas, escuelas y hospitales dentro de la zona.¹⁰⁵ A modo de comparación, en los Estados Unidos las normas nacionales de calidad del aire para los contaminantes atmosféricos deben cumplirse en todo lugar fuera del “cercado” de un establecimiento industrial.¹⁰⁶

En los países que utilizan el concepto de zona de protección sanitaria, las personas que viven dentro de una zona sanitaria deben ser reubicadas fuera de ella. En teoría, esto significa que los ciudadanos comunes no serían expuestos a concentraciones de contaminantes por encima de los LMPs.¹⁰⁷ Pero, debido a la ineficacia de las políticas de reasentamiento, la realidad es diferente. En 2004, Rusia tenía 72,786 empresas con zonas de protección sanitaria, pero solo 144.524 personas habían sido reubicadas fuera de dichas zonas.¹⁰⁸ Esto equivalía a un promedio de menos de dos personas por zona. En otras palabras, en promedio menos de una familia por cada zona había sido reasentada. Cuando surge el problema de la reubicación,

102 Una explicación sencilla del concepto puede encontrarse en Victor Davydov, *Russia: Sanitary Protection Zone Requirements*, EHS J. (Nov. 24, 2010), <http://ehsjournal.org/http://ehsjournal.org/victor-davydov/russia-sanitary-protection-zone-spz-requirements-overview/2010/>.

103 LMPs (llamados PDKs en ruso) son los niveles permisibles de diversas sustancias contaminantes, según lo establecido por la legislación rusa. Ver Dep't para la Ejecución de Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Industrial Pollution in Breach of the European Convention: Measures Required by a European Court Judgment*, COUNCIL EUR. Parraf.6-8 (2007), [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1094807&Site=DC\[en adelante DEP'T EXECUTION JUDGMENTS\]](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1094807&Site=DC[en adelante DEP'T EXECUTION JUDGMENTS]) (Describiendo la ley y política rusa en este sentido).

104 Id.

105 Ver id. en parraf. 8.

106 Las normas de calidad del aire en los Estados Unidos se aplican al “aire ambiente”, que se define como: “El aire ambiente significa la porción de la atmósfera, externa a los edificios, a la que el público general tiene acceso.” 40 C.F.R. § 50.1 (e) (2011). La Protección Ambiental de los EE.UU. incluso tiene un “Programa de Monitoreo” para su ejecución. Ver *Clean Air Act National Enforcement Initiatives*, ENVTL. PROTECTION AGENCY, <http://www.epa.gov/oecaerth/civil/caa/caaenfpriority.html#Fence.compliance/civil/caa/caaenfpriority.html> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

107 Ver Davydov, supra nota 100.

108 DEP'T EXECUTION JUDGMENTS, supra nota 101, en parraf. 9.

una típica reacción es reducir el tamaño de la zona de protección a fin de excluir a personas del deber de reasentarlas.¹⁰⁹ Estas reducciones pueden ocurrir sin ningún tipo de control de la calidad del aire que justifique tal reducción.¹¹⁰

La Señora Nadezhda Mikhaylovna Fadeyeva vivía en la ciudad de Cherepovets en Rusia, donde se ubica “Severstal”, una importante planta productora de acero. En 1982 su familia se mudó a un departamento ubicado a 450 metros de los límites de la fábrica. La planta es la fundidora más grande de Rusia y la “mayor contribuyente de contaminación ambiental de todas las plantas metalúrgicas de Rusia”.¹¹¹ La “zona de protección sanitaria” alrededor de la planta cubría 5.000 metros de ancho.¹¹² A pesar de que se suponía que dicha zona debía separar la planta de las áreas residenciales del pueblo, miles de personas, incluidas la familia de la demandante, vivían ahí.¹¹³ Un Decreto del Consejo de Ministros de la República Soviética de Rusia, fechado 10 de Septiembre de 1974, obligaba al Ministerio de Metales Pesados a “reasentar a los habitantes de la zona que vivían en los distritos número 213 y 214 antes de 1977”.¹¹⁴ Sin embargo, esto no se había hecho.¹¹⁵

En 1990, el Gobierno de la República Soviética de Rusia adoptó un programa que decía:

“La concentración de sustancias tóxicas en el aire de la ciudad excede por mucho las normas aceptables”; y que la tasa de morbilidad de los residentes de Cherepovets es mayor al promedio. . . La planta de acero fue obligada a reducir sus emisiones tóxicas a niveles seguros antes de 1998. . . A la planta de acero también se le ordenó financiar la construcción de 20.000 metros cuadrados de propiedad residencial cada año, para el

109 Ver, e.g., Lukpan Akhmediarov, Karachaganak’s Sanitary Protection Zone Must Be Expanded, URALSK WKLY.(Apr. 6, 2006), <http://www.crudeaccountability.org/en/index.php?mact=News,cntnt01,print,0&cntnt01articleid=12&cntnt01showtemplate=false&cntnt01returnid=69> (señalando que el Fiscal de la provincia occidental de Kazajstán desafió la reducción del radio de la zona de saneamiento, con exclusión de la aldea de Berezovka, y por tanto la necesidad de proporcionar reasentamiento) (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

110 Id.

111 Fadeyeva contra Rusia, 2005-IV Eur. T. H.R. 257, en 262-65

112 Id. en 262-63

113 Id. en 263

114 Id.

115 Id.

reasantamiento de las personas [que] estaban viviendo dentro de su zona de seguridad sanitaria.¹¹⁶

Dos años más tarde, en 1992, las autoridades locales redujeron el tamaño de la zona a mil metros, lo que, por supuesto, tuvo el efecto de reducir el número de familias que tendrían que ser reubicadas.¹¹⁷ En 1996, el Gobierno de la Federación Rusa aprobó un programa para reducir las emisiones y reasentar a las personas. El segundo párrafo de la directiva del programa declaró:

“La concentración de determinadas sustancias contaminantes en las zonas residenciales de la ciudad es entre veinte a cincuenta veces superior a los límites máximos permisibles (LMP). . . El mayor ‘contribuyente’ a la contaminación atmosférica es Severstal PLC, responsable del 96% de las emisiones. El más alto nivel de contaminación del aire se registra en los distritos residenciales adyacentes al polígono industrial de Severstal(...) La situación se ve agravada por una superposición casi completa de las áreas industriales y residenciales de la ciudad, en ausencia de una separación por zonas de seguridad sanitarias.¹¹⁸

El decreto declaró además que “la situación ambiental en la ciudad ha dado lugar a un continuo deterioro de la salud pública”.¹¹⁹

43

La demandante, Señora Fadeyeva, hizo varios intentos por ser reasentada fuera de la zona sanitaria. En 1995, interpuso una demanda en el tribunal local buscando el reasentamiento. Alegó que la situación ambiental en la zona era peligrosa para la salud y la vida. En abril de 1996, el tribunal examinó la situación y no ordenó reubicar a la demandante, pero declaró que las autoridades locales debían ponerla en una “lista de espera prioritaria” para obtener una vivienda nueva.¹²⁰ A pesar de un fallo favorable de la Corte de Apelaciones, no se hizo nada. En febrero de 1997, “el agente judicial suspendió el procedimiento ejecutorio en razón de que no había” lista de

116 Id.

117 Esto no se hizo con la adopción del Decreto Municipal No. 30. Id. en 263.

118 Id. en 263-264 (énfasis añadido)

119 Id. en 264

120 Id. en 265-66.

espera prioritaria” para las nuevas viviendas de los residentes de la zona de seguridad sanitaria”.¹²¹

En 1999, la demandante interpuso una nueva demanda en el tribunal local en contra del municipio solicitando que se ordenara la ejecución de la sentencia de abril de 1996 y pidiendo que se le proveyera de un nuevo departamento o de los fondos para comprar uno. “La demandante alegó (...) que las sistemáticas emisiones tóxicas y el ruido de las instalaciones de Severstal PLC violaban su derecho fundamental al respeto de su vida privada y el hogar, [que eran] garantizados por la Constitución de Rusia y la Convención Europea”.¹²² El tribunal local desestimó la acción sobre la base de que no existía una “lista prioritaria de espera” ni tampoco una vivienda alternativa. Esta resolución fue confirmada más tarde por el tribunal regional.¹²³

Por último, la Sra. Fadeyeva presentó una solicitud a la CEDH en 1999. Después de que la Corte remitió una copia de la solicitud al gobierno ruso, el municipio acudió a los tribunales locales en 2002 y sostuvo que, para empezar, carecía de la autoridad para establecer una zona.¹²⁴ El tribunal local estuvo de acuerdo y canceló la zona de 1.000 metros.¹²⁵ Por lo tanto, cuando el caso llegó a la CEDH para su decisión, ya no había ninguna zona definida. El gobierno argumentó que esto significaba que los solicitantes ya no tenían un caso judicial. La Corte hizo caso omiso a dicha maniobra, señalando que la zona existió en los tiempos pertinentes que dieron lugar a la solicitud original.¹²⁶

La Corte consideró que el Estado estaba violando el Artículo 8.¹²⁷ Para llegar a dicha conclusión, primero señaló que no todos los efectos adversos sobre el medio ambiente ni todos los que una persona pueda sufrir necesariamente sirven para presentar un caso basándose en el Artículo 8. Por el contrario, los efectos adversos de la contaminación ambiental

121 Id. en 266.

122 Id.

123 Id. en 266-67.

124 Id. en 261, 264, 288-89.

125 Id. en 264.

126 Id. en 288-89.

127 Id. en 293.

“deben alcanzar cierto nivel mínimo para entrar dentro del ámbito del Artículo 8”¹²⁸ Más aún, los efectos adversos deben ser mayores que los “riesgos ambientales inherentes a la vida en toda ciudad moderna”¹²⁹ Algún “nivel de gravedad” debe ser alcanzado.¹³⁰ La Sra. Fadeyeva no pudo probar que su enfermedad había sido causada por la contaminación de la planta de acero.¹³¹ Sin embargo, la Corte recibió pruebas de que los niveles ambientales de varios contaminantes superaban los LMP¹³², y que un experto había concluido que los niveles de formaldehído y disulfuro de carbono llevarían a un exceso de cáncer y a otros efectos adversos en los residentes de la zona, en comparación con otras áreas sin tales niveles de contaminación.¹³³ La Corte dijo que era “concebible” que la demandante no sufriera ningún daño especial y extraordinario¹³⁴, pero la combinación “muy fuerte de evidencia indirecta y las presunciones, permitían concluir que la salud de la solicitante si se había deteriorado como consecuencia de la exposición prolongada a emisiones industriales(...)”.¹³⁵ Incluso si esto no fuera así, “no puede haber ninguna duda de que [la contaminación] afectó negativamente su calidad de vida en el hogar.”¹³⁶ En consecuencia, la Corte aceptó que “el perjuicio real para la salud y el bienestar de la demandante había alcanzado un nivel suficiente para incluirse dentro del ámbito de aplicación del Artículo 8 de la Convención”¹³⁷

Significativamente, la Corte reiteró la doctrina de la actuación positiva de *Guerra*. Señaló que la planta de acero “no estaba en posesión ni era controlada u operada por el Estado”,¹³⁸ como había sido el caso de *Guerra*.

45

Al mismo tiempo, la Corte señaló que la responsabilidad del Estado en los casos ambientales puede derivarse de la falta de regulación de la industria privada (ver *Hatton y otros...*). En consecuencia, las reclamaciones de la demandante deben ser analizadas en términos de una obligación positiva

128 Id. en 277 (citando López Ostra and Hatton).

129 Id.

130 Id.

131 Id. en 279.

132 Id. en 280-81.

133 Id. en 280-81. Resulta que el experto Dr. Mark Chernaik, es ex-alumno de uno de los autores de este artículo.

134 Id. en 281.

135 Id.

136 Id.

137 Id.

138 Id. en 282.

del Estado a tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de la demandante, en virtud del artículo 8 § 1 del Convenio (véase *Powell y Rayner contra el Reino Unido...* y *Guerra y otros contra Italia...*). En estas circunstancias, la primera tarea de la Corte consiste en determinar si el Estado podía razonablemente actuar a fin de prevenir o poner fin a la supuesta violación de los derechos de la demandante.¹³⁹

Dado que los problemas eran “de larga data y bien conocidos” y “las autoridades municipales estaban al tanto de los continuos problemas ambientales,”¹⁴⁰ las autoridades estaban “en condiciones de evaluar los riesgos de contaminación y tomar las medidas adecuadas para prevenir o reducirlos.”¹⁴¹ Eso fue suficiente para “plantear la cuestión de la obligación positiva del Estado en virtud del Artículo 8 de la Convención.”¹⁴² Finalmente, la Corte concluyó que, a pesar de cualquier margen de apreciación que debe permitírsele a un Estado, aquí no se había ofrecido ninguna “solución eficaz.”¹⁴³ Por lo tanto, el Estado “no ha logrado encontrar un justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y el goce efectivo de la demandante de su derecho al respeto de su hogar y su vida privada. Consecuentemente ha habido una violación al Artículo 8(...).”¹⁴⁴

46

La Sra. Fadeyeva pidió a la Corte que ordenara al gobierno Ruso ofrecerle una nueva vivienda o, subsidiariamente, 30.000 euros para poder adquirir una vivienda fuera de la zona de protección sanitaria.¹⁴⁵ Una opinión concurrente insistió en una solución más amplia, expresando preocupación por todo el concepto de zona de protección sanitaria y reasentamiento:

“En el presente caso el reasentamiento de las personas viviendo cerca de la planta puede ser considerado como una de muchas posibles soluciones, y, en mi opinión, no la mejor: si las autoridades hubiesen sido más rigurosas y coherentes en la aplicación de las normas ambientales nacionales, el problema se habría resuelto sin necesidad de reasentar a la población

139 Id.

140 Id.

141 Id. en 283.

142 Id.

143 Id. en 292-93.

144 Id. en 293.

145 Id. en 294.

y con un impacto positivo sobre la situación del medio ambiente en general”¹⁴⁶

Sin embargo, la Corte decidió no dictar las medidas que el gobierno debía tomar en respuesta a la sentencia. Se limitó a decir que “le ha impuesto al Gobierno la obligación de adoptar medidas apropiadas para remediar la situación individual de la demandante.”¹⁴⁷ La Corte si le concedió 6.000 euros por concepto de daño moral por “los muchos inconvenientes, estrés mental e incluso un grado de sufrimiento físico.”¹⁴⁸ También le concedió 10.308 euros en costas por el tiempo que los abogados rusos y británicos de la Sra. Fadeyeva dedicaron al caso.¹⁴⁹

Un año después del caso *Fadeyeva*, la Corte consideró reclamaciones similares de varios solicitantes viviendo en el mismo complejo habitacional y dentro de la misma “zona de seguridad sanitaria”, cerca de la planta de Severstal, en una serie de casos recogidos bajo el nombre de *Ledyayeva contra Rusia*.¹⁵⁰ Los abogados que presentaron el caso *Fadeyeva* habían presentado estos otros casos al mismo tiempo. Después de examinar las pruebas y argumentos de ambas partes, la Corte dijo:

*“La Corte no ve ninguna razón para apartarse de las conclusiones del juicio Fadeyeva(...) La Corte concluye que el perjuicio real para la salud y bienestar de los demandantes alcanzó un nivel suficiente para incluirlo dentro del ámbito de aplicación del Artículo 8 de la Convención.”*¹⁵¹

47

Después de encontrar la violación al Artículo 8, la Corte abordó la cuestión de si las autoridades habían “alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los solicitantes y los de la comunidad en su conjunto.”¹⁵² La Corte recordó su reacción en el caso *Fadeyeva*:

“[En Fadeyeva,] la Corte reconoció que, dada la complejidad y la escala del

146 Id. en 298-99 (Kovler, J., concurrente).

147 Id. en 294 (Kovler, J., concurrente).

148 Id. en 293.

149 Ver id. en 296.

150 *Ledyayeva contra Rusia*, App. Nos. 53157/99, 53247/99, 53695/00, 56850/00, Eur. Ct. H.R. (Oct. 26, 2006).

151 Id. en párraf. 100. En *Ledyayeva* los demandantes no presentaron evidencia de daños a la salud como consecuencia de la contaminación de la fábrica y la Corte tampoco la requirió. Id. en párraf. 37, 100.

152 Id. en párraf. 101.

problema medioambiental alrededor de la planta de acero de Severstal, este problema no podía resolverse en un período corto de tiempo. Sin embargo, esto no significaba que las autoridades pudieran permanecer pasivas.”¹⁵³

La Corte concluye que, a pesar del amplio margen de apreciación permitido al Estado demandado, las autoridades no tomaron las medidas adecuadas para proteger el derecho de los demandantes al respeto de sus hogares y sus vidas privadas, contra los graves daños al medio ambiente. En particular, las autoridades no han reasentado a los solicitantes fuera de la zona de peligro, ni han compensado a aquellos que buscan el reasentamiento. Aún más, pareciera que las autoridades no han desarrollado ni implementado una política pública eficiente que induzca a la planta de acero a reducir sus emisiones a los niveles de seguridad dentro de un plazo razonable. Por tanto, ha habido una violación al Artículo 8 de la Convención.¹⁵⁴

Las decisiones en *Fadeyeva y Ledyayeva* se basaron en gran parte en la prueba de que los niveles máximos de contaminantes del aire se habían superado. Sin embargo, la Corte reforzó sus decisiones, para encontrar violaciones al Artículo 8, citando varios hechos y testimonios indicando que los niveles excesivos de los contaminantes en cuestión podían constituir un perjuicio para los seres humanos.¹⁵⁵

48

Volviendo a la pregunta de la justificación bajo la Sección 2 del Artículo 8 (“justo equilibrio”), un académico afirmó que *Fadeyeva* demuestra que el incumplimiento de la legislación interna es, en sí mismo, suficiente argumento para privar al Estado de cualquier argumento de justo equilibrio.¹⁵⁶ En efecto, en *Fadeyeva* la Corte dijo, “la interferencia directa de parte del Estado en el ejercicio de los derechos del Artículo 8 no será compatible con el párrafo 2, a menos que sea ‘de conformidad con la ley. El incumplimiento de la legislación nacional, en estos casos, llevaría

153 Id.en parraf. 104.

154 Id.en parraf. 110.

155 Ver, e.g., *Fadeyeva contra Rusia*, 2005-IV Eur. Ct. H.R. 257en 280-81 (“Combinación muy fuerte de evidencia indirecta y presunciones”, niveles 10 veces más altos que los LMPs; declaración jurada del Dr. Mark Chernaik; conclusiones de los tribunales locales de que el reasentamiento era necesario).

156 “Los Estados no pueden pretender persuadir a la Corte Europea de que las necesidades de la comunidad se pueden alcanzar mejor en estos casos al no hacer cumplir la ley.” Alan Boyle, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, 18 FORDHAM ENVTL L. REV. 471, 489 (2007).

necesariamente a la constatación de una violación de la Convención”.¹⁵⁷ Es, sin embargo demasiado pronto para determinar si la mera infracción de la legislación nacional, junto con algún daño es suficiente para fundar una denuncia al alero de la Convención.

f) ¿Hay Alguien que esté Prestando Atención? Dubetska contra Ukraine (2011)

En un caso de 2011, *Dubetska contra Ucrania*, el problema de la contaminación industrial cerca de las casas de la gente se manifestó nuevamente, esta vez en el contexto de infracciones a la legislación nacional por el gobierno y evidencia adicional mostrando, como consecuencia, un problema grave.¹⁵⁸ Los demandantes eran la señora Ganna Pavlivna Dubetska y otras diez personas, que formaban dos familias. Sus dos casas estaban ubicadas en la aldea Vilshyna, Región de Lviv, Ucrania, en la cuenca de la minera de carbón Chervonograd.¹⁵⁹ En 1960, el Estado había puesto la mina de carbón Velykomostivska nº 8 en funcionamiento. Un montón de escombros de la mina fueron colocados a 100 metros de las viviendas familiares de los demandantes. En 1979 el Estado abrió también la fábrica de procesamiento de carbón Chervonogradska, en las cercanías de la aldea. Durante su funcionamiento, la fábrica acumuló un nuevo montón de escombros de sesenta metros, a 430 metros de la casa de la familia Dubetska-Nayda y 420 metros de la casa de la familia Gavrylyuk-Vakiv.¹⁶⁰

49

Según lo explicado por la Corte:

“De acuerdo a una serie de estudios por parte de entidades gubernamentales y no gubernamentales, el funcionamiento de la fábrica y la mina han tenido efectos ambientales adversos (...) Las acumulaciones de escombros de la mina y de la fábrica provocan la infiltración continua de aguas subterráneas, provocando inundaciones. Según una evaluación encargada por el Comité Estatal de Geología y Utilización de Recursos Minerales,(...) la fábrica contribuyó importantemente a la contaminación

157 Fadeyeva, 2005-IV Eur. Ct. H.R. en 283.

158 Dubetska contra Ucrania, App. No. 30499/03, Eur. Ct. H.R. (Feb. 10, 2011)..

159 Id. en párraf. 1, 6-9. Los intereses de los solicitantes fueron representados por varios años en los tribunales nacionales por Yaryna Ostapyk, un abogado del bufete de abogados de interés público ambiental Environment-People-Law.

160 Id. en párraf. 10, 12.

de las aguas subterráneas(...) Los autores de la evaluación sostuvieron, en particular, que:

Las rocas de las acumulaciones de escombros contienen una variedad de metales pesados tóxicos(...)

La minería del cobre(...) ha estado afectando negativamente al medio ambiente de la región por más de cuarenta años(...) El área general de la subsidencia del suelo es de unos 70 kilómetros cuadrados(...)

En la aldea de Vilshyna, cerca de las pilas de escombros de la fábrica de procesamiento de carbón y de la mina nº 8, en los pozos del Sr.T. y el Sr. Dubetsky, se encontraron niveles de contaminación extremadamente altos(...) Podemos dar testimonio de que incluso la apariencia del agua no daba motivos para considerarla apta para ningún uso. La gente de esta comunidad debería ser abastecida de agua potable o reasentada(...).¹⁶¹

50

Los demandantes alegaron que sus casas habían sido dañadas “como consecuencia del hundimiento del suelo causado por las actividades mineras y presentaron un reconocimiento de esto firmado por el director de la mina”, en enero de 1999.¹⁶² “La mina se comprometió a pagar la reparación de sus casas, pero nunca lo hizo”.¹⁶³ Los demandantes también alegaron que “continuaban adoleciendo de falta de agua potable”.¹⁶⁴ Sostuvieron que la aldea no tuvo acceso a una tubería de agua potable hasta el año 2009. “El uso del pozo local y del agua corriente para lavar y cocinar causaba comezón e infecciones intestinales”.¹⁶⁵

Algunos de los demandantes alegaron que habían desarrollado enfermedades crónicas “asociadas con la operación de la fábrica, especialmente con la contaminación del aire”.¹⁶⁶ “Presentaron certificados médicos donde afirmaban que estaban sufriendo de bronquitis crónica y

161 Id. en párraf. 13-15.

162 Id. en párraf. 24.

163 Id.

164 Id. en párraf. 25.

165 Id.

166 Id. en párraf. 28.

enfisema,” o que habían sido diagnosticados con carcinoma.¹⁶⁷ Asimismo, alegaron que los factores ambientales creados por la minería afectaban las comunicaciones entre los miembros de la familia, cónyuges e hijos y, por lo tanto, afectaban la vida familiar en violación del Artículo 8.¹⁶⁸ “Los demandantes se quejaban de que las autoridades Estatales no habían protegido sus hogares y sus vidas privadas y familiares de la excesiva contaminación generada por las dos instalaciones industriales de propiedad del Estado”.¹⁶⁹ Encima alegaron la violación del Artículo 8 de la Convención sobre la base de que la mina y la fábrica eran propiedad del Estado, y el Estado no estaba cumpliendo “su obligación positiva de regular la actividad industrial peligrosa”.¹⁷⁰

Teniendo en cuenta una amplia variedad de pruebas, incluidas fotografías, la Corte consideró que había habido violación al Artículo 8 de la Convención.¹⁷¹ El argumento del Estado, de que había incurrido en un justo equilibrio, fue rechazado. La Corte sostuvo que “el enfoque del Gobierno para hacer frente a la contaminación en el presente caso(...) ha estado marcado por numerosos retrasos y aplicaciones inconsistentes.”¹⁷² El Tribunal concedió la totalidad de la indemnización por daños no pecuniarios. La familia Dubetska-Nayda pidió 32.000 euros y la familia Gavrylyuk-Vakiv 33.000, como compensación, tanto por el sufrimiento físico de los demandantes que resultó de vivir en un ambiente inseguro, como por la angustia psicológica consecuencia de las complicaciones en la comunicación familiar e interpersonal, y “la frustración de hacer esfuerzos prolongados para obtener la reparación de parte de las autoridades públicas.”¹⁷³

51

En cuanto al daño material, los demandantes pidieron 28.000 euros en total— que constituye el valor de mercado de dos casas comparables, una para cada una de las dos familias — en el área vecina no afectada por la contaminación. Argumentaron que “sus casas habían perdido valor y que no podrían ser vendidas”.¹⁷⁴

167 Id.

168 Id. en párraf. 29.

169 Id. en párraf. 73.

170 Id. en párraf. 88.

171 Id. en párraf. 109-24. 146-56.

172 Id. en párraf. 151.

173 Id. en párraf. 163.

174 Id. en párraf. 158.

La Corte se negó a conceder compensación por daños y perjuicios pecuniarios; sosteniendo que la afirmación de que “sus casas habían perdido valor de mercado” debería haberse hecho y examinado, no bajo el Artículo 8 de la Convención, sino en virtud del Artículo 1 del Protocolo N° 1, que protege los derechos de propiedad. No había, por consiguiente, relación de causalidad entre la violación constatada (Artículo 8) y la supuesta pérdida de valor de mercado.¹⁷⁵

2. DERECHOS PROCESALES EN EL ARTÍCULO 8

Una de las novedades más interesantes de los últimos años ha sido la importación de principios procesales que la Corte ha hecho hacia la jurisprudencia del Artículo 8. El caso de 1998 de *Guerra contra Italia* introdujo el concepto de que el incumplimiento de la obligación positiva del Estado, en relación con el suministro de información que el público necesita, podría constituir una violación al Artículo 8. El concepto de deberes procesales inherentes al Artículo 8 se ha ido desarrollando en varios casos, empezando por el derecho a la información y, posteriormente, ampliándose para incluir el derecho a la participación pública y el acceso a la justicia. El derecho a la información se ha desarrollado en gran medida en el contexto de los desastres, pero también se ha expandido más allá.

52

a) La obligación de suministrar información: Guerra contra Italia (1998)

En 1976, una densa nube de vapor conteniendo tetra-cloro-dibenzo-paradioxina (TCDD, comúnmente conocido simplemente como “dioxinas”) fue liberada de un reactor de una planta química en Seveso, Italia. La dioxina contaminó una amplia zona; 600 personas fueron evacuadas de sus casas y más de “2.000 fueron tratadas por envenenamiento por dioxina.”¹⁷⁶ En 1982, el Consejo Europeo emitió la llamada “Directiva Seveso”, exigiendo a los Estados miembros de la Unión Europea a adoptar leyes y políticas para proteger a los ciudadanos contra tales eventos y proporcionar un cierto nivel

¹⁷⁵ Id. en párraf. 160-61.

¹⁷⁶ Chemical Accidents (Seveso II) - Prevention, Preparedness and Response, EUR. COMM'N, <http://ec.europa.eu/environment/seveso/index.htm> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

de información a los mismos.¹⁷⁷ A pesar de que el objetivo de la Directiva era obtener información y exigir a las autoridades locales el desarrollo de planes para informar y proteger al público, la información efectivamente recogida por las autoridades de los establecimientos industriales se mantendría en secreto del público.¹⁷⁸

Un encubrimiento gubernamental de información de magnitud aún mayor, se produjo, en este contexto, a consecuencia del desastre nuclear de 1986, en la planta nuclear de Chernobyl en Ucrania. A pesar de saber que una explosión había ocurrido en Chernobyl el 26 de abril de 1986, y que las partículas radiactivas estaban siendo liberadas a la atmósfera a un ritmo significativo, el gobierno de Ucrania retuvo la información del público durante varios días. Incluso se realizó el desfile programado para el Primero de Mayo, cinco días más tarde, en Kiev, la capital, a pesar de los elevados niveles de radiación que se ocultaba a los ciudadanos de Ucrania.¹⁷⁹ Adultos y niños (incluidos familiares de los autores) recibieron una lluvia de partículas radiactivas, aún sin saberlo. Cuando los ciudadanos de Ucrania se enteraron de lo que había sucedido, se indignaron. El evento dio pie a la creación de un movimiento ecologista que desempeñó un importante papel en el colapso de la Unión Soviética.¹⁸⁰ Condujo también a la adopción de una disposición en la Constitución Ucraniana que declara la información como derecho fundamental y a la retención de la información como un crimen.¹⁸¹

En el décimo aniversario de la catástrofe de Chernobyl, el 26 de abril de 1996, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1087, que no solo se refirió a los riesgos asociados a la producción y al uso de la energía nuclear en el sector civil, sino que además afirmó que “el

177 Seveso I, supra nota 58. Después de desastres posteriores, tales como la desastrosa fuga de isocianato de metilo, ocurrida en 1984, en una planta química en Bhopal, India, que causó más de 2.500 muertes y un derrame que contaminó el río Rin en 1986, la Directiva Seveso fue modificada dos veces en 1987 y 1988. Chemical Accidents (Seveso II) - Prevention, Preparedness and Response, supra nota 174.

178 Seveso I, supra nota 58, en art. 13.

179 Ver Will Englund, Chernobyl a Milestone on the Road to Ukrainian Independence, WASH. POST (24 Abr., 2011), http://www.washingtonpost.com/world/chernobyl-a-milestone-on-the-road-to-ukrainian-independence/2011/04/22/AFRghNdE_story.html. La sobrina de uno de los autores participó en ese desfile cuando era niña. Ver Maggie Keenan, Reflections on Three Mile Island and Chernobyl, <http://www.elaw.org/book/export/html/5704> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

180 Ver Englund, supra nota 177.

181 Конституція України [Constitution] 1 Dec., 1991, art. 50 (Ukr.), disponible en <http://www.president.gov.ua/en/content-constitution.html> (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012); Véase Svitlana Kravchenko, Is Access to Environmental Information a Fundamental Human Right?, 11 OR. R. INT'L L. 227, 239-40 (2009).

acceso público a la información clara y completa (...) debe ser vista como un derecho humano básico”.¹⁸² Podría decirse que el hecho de que el derecho a la vida privada y familiar en el Artículo 8 del Convenio Europeo incluya el derecho a la información ambiental, es atribuible a estos eventos. De hecho, en *Guerra contra Italia* la CEDH hizo hincapié al citarla Resolución 1087 calificándola como “de particular relevancia (...) para el presente caso”.¹⁸³

Podría haberse esperado que la parte más relevante de la Convención fuera el apartado 1 del Artículo 10, que habla de la “libertad (...) de recibir o comunicar información e ideas sin interferencia de las autoridades públicas”.¹⁸⁴ Pero esa libertad, señaló la Corte en *Guerra*,¹⁸⁵ no puede interpretarse como la imposición a un Estado, en circunstancias como las del presente caso, a estar obligado a reunir y difundir la información de oficio”.¹⁸⁵ Sin embargo, este no fue el final del asunto. La Corte sostuvo que el fracaso de proporcionar a los ciudadanos de la zona la “información esencial que les permitiera evaluar los riesgos que ellos y sus familias podrían correr si seguían viviendo en Manfredonia” dio lugar a que el Estado incumpliera con su obligación de asegurar el “derecho al respeto de su vida privada y familiar”.¹⁸⁶

54

La posición de la Corte, respecto de que los derechos fundamentales en el Artículo 8, incluido un derecho implícito procesal a la información, resultó ser una interpretación significativamente amplia del Artículo 8. Sin embargo, la Corte no proporcionó un análisis de por qué esto era así. Simplemente se limitó a decir que el artículo 8 así lo dispone. Al dar este paso, la Corte abrió la puerta para el futuro reconocimiento de otros derechos procesales (como por ejemplo, la participación pública y posiblemente el acceso a la justicia), como parte del Artículo 8. *Guerra* fue el primer paso en lo que se ha

182 Eur. Parl. Ass., On the Consequences of the Chernobyl Disaster, 16th Sess.Doc. No. 7538 (1996), disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc96/EDOC7538.htm>. Luego, en *Öneryıldız contra Turquía*, la Gran Sala fue más allá, señalando que dicho derecho humano a la información había sido reconocido por la Corte como parte del derecho a la vida privada y familiar, en virtud del Artículo 8 de la Convención Europea, citando la decisión de *Guerra*. *Öneryıldız contra Turquía*, 2004-XII Eur. Ct. H.R. 79.

183 *Guerra contra Italia*, 1998-I Eur. Ct. H.R. 210, 221.

184 Convención Europea de Derechos Humanos, supra nota 7, en art. 10(1).

185 *Guerra*, 1998-I Eur. Ct. H.R. at 226. Desde el momento de *Guerra*, las naciones Europeas han impuesto tareas sobre los gobiernos para la transparencia de la información. Por ejemplo, en el Protocolo de Kiev sobre Emisiones de Contaminación y Registros de Transferencia. Kiev Protocol on Pollutant Release and Transfer Registers, UNECE, <http://www.unece.org/env/pp/prtr.htm> (visitado por última vez 19 Mar., 2012).

186 *Guerra*, 1998-I Eur. Ct. H.R. en 244.

convertido en una interpretación cada vez más amplia del Artículo 8 para apoyar derechos procesales. Otros casos le siguieron.

b) Deberes de la EIA y el Acceso a la Justicia: Taskin contra Turquía (2004)

La Corte volvió al tema del derecho a la información estando implícito en el Artículo 8 en *Taskin contra Turquía*.¹⁸⁷ Fue uno dentro de una larga serie de casos de lixiviación con cianuro en la minería del oro. Los residentes cercanos a una mina operada por Eurogold argumentaron que el cianuro planteaba un riesgo significativo para la flora, la fauna, las fuentes subterráneas de agua y la salud humana.¹⁸⁸ La Corte dejó de lado la cuestión de si la mina violaba sustantivamente el Artículo 8, sobre la base de que el permiso de la mina había sido anulado en otro litigio, por el Tribunal Supremo Administrativo de Turquía.¹⁸⁹ A pesar de varias sentencias judiciales, el Gobierno de Turquía continuó emitiendo permisos y autorizaciones,¹⁹⁰ lo que llevó el caso ante la CEDH.

La Corte consideró que el derecho al respeto a la vida privada y familiar del Artículo 8 requería que el proceso de toma de decisiones fuera “justo” y con “el debido respeto” a los intereses protegidos por el Artículo 8, a pesar de que “el Artículo 8 no contiene requisitos procesales explícitos”.¹⁹¹ La Corte a continuación, le puso contenido al concepto de equidad y debido respeto al exigir que, antes de tomar una decisión de política ambiental, “el proceso de toma de decisiones debía incluir, en primer lugar, investigación y estudios apropiados” para que el gobierno pueda “predecir y evaluar de antemano los efectos de las actividades que puedan dañar el medio ambiente y atentar contra los derechos individuales”.¹⁹² Suena como si el proceso de evaluación de impacto ambiental (“EIA”), que normalmente se utiliza para evaluar los efectos de potenciales actividades de antemano, fuera un requisito necesario para cumplir con el Artículo 8 para cualquier toma de decisión.

Tampoco puede una EIA hacerse en secreto. El Tribunal fue más lejos

187 *Taşkin contra Turkia*, 2004-X Eur. Ct. H.R. 179.

188 *Id.* en 189.

189 *Id.* en 206.

190 *Id.* en 192-98.

191 *Id.* en 206.

192 *Id.* en 206-07.

y, citando a *Guerra contra Italia*, requirió que el público tuviera “acceso a las conclusiones de dichos estudios y a la información que permita a los miembros del público evaluar el peligro al que están expuestos”. Esto tiene una importancia “fuera de toda duda”.¹⁹³

Por último, la Corte hizo el acceso a la justicia obligatoria. Las personas afectadas “también deben ser capaces de recurrir a los tribunales en contra de cualquier decisión, acto u omisión, cuando consideren que sus intereses o sus comentarios no han sido dotados del suficiente peso en el proceso de toma de decisiones”, citando a *Hatton*.¹⁹⁴

Estas son interpretaciones extraordinariamente amplias de la garantía más bien sencilla impuesta en el Artículo 8, al derecho a la vida privada y familiar. Dos años más tarde, como veremos a continuación, la Corte continuó descubriendo derechos procesales en el Artículo 8.

c) Deberes de los EIA y de suspender la actividad: *Giacomelli contra Italia* (2006)

Después de haber descubierto el deber de investigar los posibles impactos ambientales y el deber de proporcionar acceso a la justicia en el Artículo 8, la CEDH insistió en la observancia de las leyes nacionales que exigen la suspensión de actividades frente a impactos negativos. En *Giacomelli contra Italia*, la propietaria de una casa se quejaba de la contaminación de un almacenamiento de residuos y planta de tratamiento que quedaba a unos treinta metros de su casa.¹⁹⁵ Las autoridades regionales le habían concedido a la planta el permiso para operar y para aumentar la cantidad de residuos tratados allí sin llevar a cabo un EIA, requerido para asegurar el cumplimiento de las leyes ambientales de Italia, por parte de la planta.¹⁹⁶ Eventualmente, cuando el operador de la planta solicitó la renovación de licencias cinco años más tarde, se llevó a cabo un EIA (siete años después de que la planta comenzó a operar).¹⁹⁷ A pesar de que el EIA indicó que la planta violaba dos leyes ambientales italianas, las autoridades no suspendieron su

56

193 Id.

194 Id. *Hatton contra Reino Unido*, 2003-VIII Eur. Ct. H.R. 191.

195 *Giacomelli contra Italia*, 2006-XII Eur. Ct. H.R. 345.

196 Id.

197 Id.

operación, como lo exigía la ley y como lo habían ordenado las sentencias de los tribunales italianos en la materia.¹⁹⁸ La CEDH consideró que la conducta del Estado violaba el Artículo 8, porque las autoridades administrativas habrían privado a la propietaria de sus derechos procesales, al no completar un EIA en primera instancia y habrían violado el principio del imperio de la ley al no suspender la operación de la planta cuando el EIA demostró consecuencias negativas.¹⁹⁹

La ampliación del Artículo 8, tanto en *Taskin* como en *Giacomelli*, para incluir la obligación de completar un EIA, constituye un acontecimiento notable. Puede que en los Estados de la Unión Europea, donde los EIA se han convertido relativamente en rutina, esto tenga un efecto limitado; sin embargo, en Europa del Este, esto podría tener mayor incidencia. Por ejemplo, en 2011 Ucrania aprobó una nueva Ley de Construcción Urbana, que eliminaba la participación pública en los procedimientos de EIA para la mayoría de los proyectos.²⁰⁰ Podría especularse acerca de si un cuestionamiento a la derogación de los requisitos de los EIA, sobre la base de *Taskin* y *Giacomelli*, podría llevarse con éxito ante los tribunales nacionales de Ucrania, y eventualmente a la CEDH.

d) Obligación de Utilizar el Principio Precautorio en la Provisión de Información: *Tătar contra Rumania* (2009)

57

En otro caso de supuestas deficiencias procesales por parte del Estado, la Corte explícitamente utilizó el principio precautorio por primera vez.²⁰¹ *Tătar contra Rumania* se relaciona con la mina de oro Baia Mara.²⁰² En el año 2000, un dique conteniendo agua cargada de cianuro se derrumbó, contaminando

198 Id.

199 Id. en 365-67.

200 Закон України про регулювання містобудівної діяльності, (La Ley Ucraniana sobre Regulación de Desarrollo Urbano), 3395-VI art. 21 (19 May, 2011) (Ukr.), disponible en <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3038-17>.

201 La Corte se negó a utilizar el principio de precaución en *Balmer-Schafroth contra Suiza*, rechazando el recurso que se oponía a una planta nuclear operando cerca. La Corte dijo que para demostrar una violación al Artículo 8, era necesario demostrar peligro personal "grave, pero también específico y, sobre todo, inminente". Esto provocó chispas de parte de los ocho jueces discrepantes. Ver la opinión disidente del juez Pettiti. *Schafroth v. Switzerland*, 1997-IV 43 Eur. Ct. H.R. 1346, 1361. Se negó de nuevo en *Asselbourg contra Luxemburgo*, 1999-VI Eur. Ct. H.R. 399.

202 *Tătar contra Rumania*, App. No. 67021/01., Eur. Ct. H.R. párraf. 69 (Jan. 27, 2009), disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=846165&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (en francés). A partir de 2007, algunas de las audiencias de la Corte Europea de Derechos Humanos están disponibles por Internet. En este caso, la audiencia está disponible en http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN_media?id=20071018-1&lang=en&flow=high (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012)

amplios lugares en Rumania, Hungría y Serbia-Montenegro.²⁰³ Un hombre y su hijo se quejaron de que los niveles elevados de gases de cianuro habían agravado el asma del hijo. En cuanto a esta queja, la Corte dijo que no se había probado “relación de causalidad entre la exposición a ciertas dosis de cianuro de sodio y el agravamiento del asma”.²⁰⁴ Por lo tanto, no hizo concesión de indemnización pecuniaria.²⁰⁵

La Corte, sin embargo, pasó a evaluar si Rumania tenía la obligación de advertir al público sobre los posibles efectos adversos del proceso de lixiviación con cianuro y otros problemas, si es que había cumplido con ese deber, y si el público tenía información adecuada que le permitiera participar en la toma de decisiones respecto de la propuesta. Señaló que “*le principe précaution*” (el principio precautorio) recomienda que los Estados no retrasen la adopción de medidas preventivas, simplemente debido a la incertidumbre científica.²⁰⁶ La Corte declaró que Rumania debería haber abordado el riesgo potencial de la mina sobre el medio ambiente y la salud de la población con antelación. Sin embargo, no concedió compensación alguna. Con respecto al daño moral (no pecuniario), simplemente se negó a conceder compensación, sin explicación alguna.²⁰⁷

C. Artículo 2-Derecho a la Vida

58

Aunque la mayoría de la jurisprudencia de la CEDH ha aplicado el Artículo 8, en algunos casos la Corte ha decidido recurrir al Artículo 2, que garantiza el derecho a la vida.

1. Haciendo a un lado la cuestión: Guerra (1998) y LCB (1999)

En *Guerra contra Italia*, la Corte le dio vueltas al Artículo 2, pero en última instancia (pese a la oposición de dos jueces) optó por basarse solo en el Artículo 8.²⁰⁸ En una opinión concurrente con *Guerra*, sin embargo, el juez Walsh escribió que, a pesar de que “la Corte en su sentencia ha mencionado

203 Id. en párraf. 111.

204 “La Cour constate donc que les requérants n’ont pas réussi à prouver l’existence d’un lien de causalité suffisamment établi entre l’exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l’aggravation de l’asthme.” Id. en párraf. 106.

205 Id. en párraf. 106.

206 Id. en párraf. 109.

207 Id. en párraf. 107, 132.

208 Ver discusión *supra* en texto en notas 58-74.

brevemente el Artículo 2, pero no se ha pronunciado sobre él, yo soy de la opinión de que esta disposición también ha sido violada”.²⁰⁹ Asimismo, el juez Jambrek escribió en su opinión concurrente con *Guerra* que la protección de la salud y de la integridad física está tan asociada al “derecho a la vida”, como lo está al “respeto a la vida privada y familiar.” También escribió:

“Si la información sobre las circunstancias que, previsiblemente y por motivos importantes, presentan un riesgo real de peligro para la integridad de la salud física, es retenida por un gobierno, entonces dicha situación también puede ser protegida por el Artículo 2 de la Convención: “Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente.”

Por tanto, puede ser el momento para que la Corte desarrolle jurisprudencia respecto del Artículo 2 (derecho a la vida) para empezar a evolucionar, a desarrollar los derechos implícitos respectivos, articular las situaciones de riesgo real y grave para la vida, o diferentes aspectos del derecho a la vida.”²¹⁰

El momento llegó poco después. En un caso decidido en 1999, la Corte se negó a encontrar una violación al derecho a la vida consagrado en el Artículo 2, como resultado de la exposición a radiación de que fue víctima un miembro de la Fuerza Área Real, durante ensayos nucleares al aire libre.²¹¹ La Corte basó su decisión en la conclusión de que el gobierno del Reino Unido había hecho todo lo que pudo para evitar un riesgo a la vida. En otros casos decididos en 2004 y 2008, sin embargo, la Corte consideró que no podía dejarse de lado la aplicación del Artículo 2, al menos en situaciones dramáticas donde había ocurrido la pérdida real de la vida.

2. Pérdida de la vida: Öneriyildiz contra Turquía (2004)

La primera ocasión para el reconocimiento del derecho a la vida del Artículo 2 en un contexto ambiental, se produjo en el caso *Öneriyildiz*

209 *Guerra contra Italia*, 1998-I Eur. Ct. H.R. 210, 232 (Walsh, J., concurrente).

210 *Id.* en 234 (Jambrek, J., concurrente).

211 *LCB contra Reino Unido*, App. No. 23413/94 Eur. Ct. H.R. párraf. 41 (9 Junio, 1998).

contra Turquía.²¹² El solicitante vivía con doce familiares cercanos en el barrio Karabekir Kazim, en Estambul. “Desde la década de 1970, un pozo de desechos domiciliarios había estado en funcionamiento” en el barrio.²¹³ Situado en una pendiente, el basural “se extendía a lo largo de una superficie de aproximadamente 35 hectáreas y (...) se usaba como vertedero de basura” de varios barrios “bajo la autoridad y responsabilidad del consejo municipal y las autoridades ministeriales. Cuando el vertedero comenzó a ser utilizado, la zona estaba deshabitada y la superficie construida más cercana estaba a aproximadamente 3,5 km(...)”.²¹⁴ Sin embargo, más tarde las viviendas “fueron construidas sin autorización en la zona que rodeaba el vertedero de basura, eventualmente convirtiéndose en los barrios pobres de Ümraniye”.²¹⁵

De acuerdo con un informe de expertos fechado 7 de mayo de 1991, “el vertedero en cuestión no se ajustaba a los requisitos técnicos” establecidos en la normativa aplicable y representaba un peligro y un “riesgo importante para la salud de los habitantes del valle, sobre todo para los que vivían en los barrios más pobres”.²¹⁶ El informe hizo hincapié en que:

*“En cualquier sitio de recogida de residuos se forman gases tales como metano, dióxido de carbono y sulfuro de hidrógeno. Estas sustancias deben ser recogidas y quemadas bajo supervisión. Sin embargo, el pozo en cuestión no está equipado con tal sistema. Si el metano se mezcla con aire en una proporción particular, puede explotar. Esta instalación no contiene ningún medio de prevención de una explosión del metano que podría producirse como resultado de la descomposición [de los residuos]”.*²¹⁷

“El informe fue presentado ante los cuatro municipios”, y más tarde “se le pidió al gobernador que informara al Ministerio de Salud y a la Oficina de Medio Ambiente del Primer Ministro”.²¹⁸ La Oficina de Medio Ambiente hizo una recomendación “instando a la Oficina del Gobernador de Estambul,

212 Öneriyıldız contra Turquía, 2004-XII Eur. Ct. H.R. 79.

213 Id. en 89.

214 Id.

215 Id. en 89.

216 Id. en 91.

217 Id.

218 Id.

la municipalidad y al distrito de Ümraniye a remediar los problemas identificados en el presente caso”.²¹⁹ Mientras los distintos organismos gubernamentales le daban vueltas al problema, el Consejo Municipal de Ümraniye informó al alcalde de Estambul, que a partir del 15 de mayo de 1993, el vertimiento de desechos ya no contaría con autorización.²²⁰

El 28 de abril de 1993 “se produjo una explosión de metano en el sitio. Después de un deslizamiento de tierra causado por la creciente presión, la basura estalló en erupción desde la montaña de residuos arrasando una decena de viviendas situadas debajo, incluida la del demandante. Treinta y nueve personas murieron en el accidente”.²²¹ “El demandante alegó que la muerte de nueve de sus parientes cercanos en el accidente constituía una violación al Artículo 2 de la Convención [Europea]”.²²² Dicha disposición establece lo siguiente:

*“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.*²²³

La Corte reconoció que la protección del derecho a la vida “podía ser invocada en relación con la operación de los sitios de recolección de residuos” y sostuvo que existía una obligación positiva y vinculante “de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas dentro de su jurisdicción, según los propósitos del Artículo 2”.²²⁴ Por tanto, la Corte sostuvo “por unanimidad” que había habido una violación al Artículo 2 de la Convención en su aspecto fundamental, a causa de la falta de medidas adecuadas para evitar la muerte accidental de nueve de los familiares cercanos del demandante”.²²⁵

Asimismo, la Corte continuó sus esfuerzos por integrar el derecho a la información en las disposiciones de la Convención, además del Artículo

219 Id. en 92

220 Id.

221 Id. en 92-93

222 Id. en 108.

223 Convención Europea, supra nota 19, en art. 2.

224 Önerildiz contra Turquía, 2004-XII Eur. Ct. H.R. en 109.

225 Id. en 145-46

10. Volviendo a la Resolución aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a raíz de la catástrofe de Chernobyl, la Corte dijo:

“Cuando se trata de actividades peligrosas, el acceso público a la información clara y completa pasa a ser un derecho humano básico; por ejemplo, la mencionada Resolución 1087 (1996) deja claro que este derecho no debe limitarse a los riesgos asociados con el uso de la energía nuclear en el sector civil.”²²⁶

Öneryildiz encontró un nuevo lugar para el “derecho humano básico” a la información clara y completa. Además del reconocimiento previo del derecho como parte del Artículo 8, la Corte dijo que el derecho a la información debe considerarse un elemento del Artículo 2, que garantiza el derecho a la vida:

“Este derecho, que ya ha sido reconocido bajo el Artículo 8 (véase Guerra y otros, citado anteriormente, p.228, § 60), también puede, en principio, ser invocado para la protección del derecho a la vida, particularmente pues esta interpretación ha sido apoyada por los últimos desarrollos de los estándares europeos.”²²⁷

62

La Corte concluyó que el derecho del demandante a la información había sido ignorado, y por lo tanto, el Artículo 2 había sido violado.²²⁸

3. MÁS PÉRDIDAS DE VIDAS: BUDAYEVA CONTRA RUSIA (2008)

El Tribunal volvió a la invocación del Artículo 2 *en Budayeva contra Rusia*.²²⁹ Aunque este caso no implicó peligros medioambientales, sí demostró que la Corte se toma en serio el deber que tienen los gobiernos de no dejar a los ciudadanos expuestos a sufrir daños graves. La Sra. Khalimat Budayeva y los demás demandantes que participaron en el caso vivían en la ciudad de Tyrnauz, en Rusia, junto al Monte Elbrus. La región es propensa

226 Id. en 108.

227 Id. en 115.

228 Id. en 121-22.

229 *Budayeva contra Rusia*. Apps. No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 & 15343/02 Eur. Ct. H.R. (20 Mar. 2008), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=830135&portal=hbk&source=externalbydocnumbr&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

a deslizamientos de tierra –registrados todos los años, desde 1937.²³⁰ Los demandantes alegaron que en julio de 2000 las autoridades rusas no advirtieron a la población local de la probabilidad de un gran e inminente deslizamiento de tierra que finalmente devastó Tyrnauz sin que se hubiesen implementado políticas de evacuación y de socorro de emergencia. En julio del año 2000, un flujo de lodo y escombros cayó sobre la ciudad de Tyrnauz e inundó parte de la zona residencial.²³¹ Debido a que no hubo aviso previo, los solicitantes apenas lograron escapar. Después de la avalancha, una alarma se escuchó por altavoz, pero los demandantes alegaron que no había habido fuerzas de rescate o cualquier otra ayuda de emergencia después del desastre. A la mañana siguiente, el nivel de lodo había bajado; algunos residentes, entre ellos Khalimat Budayeva y su familia, volvieron a sus casas porque no había señales de socorro de emergencia u orden de evacuación de parte del gobierno. Sin embargo, un segundo alud de lodo aún más potente impactó la ciudad a la 1 pm, ese mismo día. La Sra. Budayeva y su hijo mayor lograron escapar. Su hijo menor fue rescatado, pero resultó gravemente herido. Su marido, Vladimir Budayev, murió cuando el edificio en el que él y su familia vivían se derrumbó. Ocho personas fueron reportadas oficialmente muertas, pero los demandantes alegaron que diecinueve personas estaban desaparecidas.²³⁴ Todos los demandantes alegaron que sus casas fueron destruidas y que sus condiciones de vida y salud se habían deteriorado a causa del desastre.²³⁵

Basándose en los Artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), los demandantes alegaron que, como resultado del fracaso de las autoridades rusas de mitigar las consecuencias de los deslaves de julio de 2000, las autoridades pusieron las vidas de los demandantes en riesgo y fueron responsables de la muerte del señor Budayev y de la destrucción de todos los hogares de los demandantes. También se quejaron, de conformidad con el Artículo 2, que las autoridades no llevaron a cabo una investigación judicial acerca del desastre. El Tribunal constató violación

230 Id. en párraf. 7, 14.

231 Id. en párraf. 3, 25-26.

232 Id. en párraf. 55.

233 Id. en párraf. 28.

234 Id. en párraf. 33, 41, 44.

235 Id. en párraf. 52, 62, 70, 88.

al Artículo 2, y decidió que, por tanto, no era necesario examinar el Artículo 8.²³⁶

4. ¿ES PERTINENTE EL ARTÍCULO 2?

Los casos *Oneryildiz* y *Budayeva* podrían ser vistos como acotados a sus hechos- se les permitía a las personas vivir en zonas peligrosas a pesar del claro conocimiento por parte del gobierno que tales peligros existían y de que se produjeron muertes reales. ¿Estaría dispuesta la Corte a usar el Artículo 2, en una situación de gran riesgo, donde aún no se han perdido vidas? *Guerra* sugiere que no lo haría, si puede aplicarse el Artículo 8.

Pueden surgir situaciones, sin embargo, en las que “la vida privada y familiar” no se vea afectada, pero donde si existe un alto riesgo para la vida. Parece lógico para estos autores que el Artículo 2 debería estar disponible para estos casos.

II. INTRODUCIENDO LAS DECISIONES DE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE

64

Los casos mencionados en este artículo revelan varias cosas. En primer lugar, la Corte no está dispuesta a ordenar acciones concretas para mitigar el daño ambiental. En lugar de aquello, se satisface con otorgar pequeñas compensaciones o incluso ninguna, sino simples declaraciones de que la Convención Europea ha sido violada. Esta confianza en la buena fe de los funcionarios, el gran desvelo por la soberanía nacional, o una combinación de ambos, raya en la ingenuidad. Pero parece poco probable que esto cambie. Como resultado, para ver el impacto real que han tenido las decisiones de la Corte, es necesario mirar a otro ejecutor: los tribunales nacionales.

Llama la atención que varios tribunales nacionales se hayan abstenido, al menos inicialmente, de otorgar recursos bajo las disposiciones de sus constituciones nacionales, que son casi idénticas al Artículo 8, Apartado

236 Id. en parraf. 3, 142, 201.

2 de la Convención Europea.²³⁷ El resultado es que los ciudadanos solo puedan buscar alivio en la CEDH, lo que trae como consecuencia que ésta cuente con una cartera de miles de casos.²³⁸ Como otra consecuencia, las doctrinas enunciadas por la Corte no se han integrado en el imperio de la ley de los países que son miembros del Consejo de Europa. Por otro lado, los sistemas jurídicos de algunos países sí han adoptado la Convención Europea y las interpretaciones de la Convención realizadas por la CEDH en las decisiones de sus casos, como se muestra a continuación.

A. Aplicación de la Convención en el derecho interno

En algunos países, la Convención se aplica directamente. Es decir, los tribunales nacionales de esos países aplican el Convenio Europeo de la misma forma en que aplican su propia constitución y leyes nacionales.²³⁹ En el Reino Unido, por ejemplo, la Ley de Derechos Humanos de 1998 da a la Convención efecto directo en el derecho interno.²⁴⁰ En Ucrania, el efecto directo de la Convención se establece en la Constitución nacional.²⁴¹ Por sí mismo, esto simplemente ofrecería otra fuente de derecho para el uso de los tribunales nacionales. Lo que resulta más interesante es la siguiente pregunta: ¿qué relevancia tiene la jurisprudencia de la CEDH en los tribunales nacionales? Esto lo discutiremos a continuación.

B. El uso de los precedentes de la CEDH

¿Tienen las sentencias emitidas por la CEDH, que se encuentra en Estrasburgo, un impacto como precedentes en el país donde surge el conflicto o, incluso, en otros países miembros del Consejo de Europa? Algunos países utilizan la jurisprudencia de la CEDH como precedente vinculante, mientras que otros

²³⁷ Ver, e.g., Fadeyeva contra Rusia, 2005-IV Eur. Ct. H.R. 257, 284; López Ostra contra España, 303 Eur. Ct. H.R. 41, 56.

²³⁸ El Consejo de Europa ha anunciado planes para agilizar los procedimientos ante la Corte Europea de Derechos Humanos, para ayudar a lidiar con el atraso de 120.000 casos. Ver Mammoth Backlog Prompts European Rights Court Reforms, BBC NEWS (19 Feb., 2010), <http://news.bbc.co.uk/2/mobile/europe/8525524.stm>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012)

²³⁹ Un estudio de la variedad de los estatutos de la Convención Europea en los sistemas jurídicos nacionales de Europa se presenta en Georg Ress, *The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*, 40 TEX. INT'L L.J. 359 (2005).

²⁴⁰ Ley de Derechos Humanos, 1998, c. 42, § 4 (Ing.), disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

²⁴¹ "Los tratados internacionales que están en vigor, cuando se ha acordado que sean vinculantes por la Rada Suprema de Ucrania, son parte de la legislación nacional de Ucrania". КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ [CONSTITUCIÓN] 28 Junio, 1996, art. 9 (Ucr.), disponible en <http://www.rada.gov.ua/const/conengl.htm>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012)

simplemente le muestran respeto y deferencia.²⁴²

En la mayoría de los sistemas jurídicos de Europa occidental, las decisiones de la CEDH no solo constituyen obligaciones legales para el país en cuestión, sino que también son al menos autoridad persuasiva para los demás miembros del Consejo de Europa. Como consecuencia, la jurisprudencia de la CEDH debería ser central en la cuestión de si los daños ambientales tienen una dimensión de derechos humanos en países de Europa occidental.

A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha sido receptivo, tanto a la Convención Europea como a las decisiones de la CEDH. Esta receptividad puede manifestarse simplemente a través de la forma en que el Tribunal Constitucional ve la Convención Europea y las decisiones de la CEDH; esto es como apoyo, más que determinantes, de un resultado jurídico al que está dispuesto a llegar. Por ejemplo, en la decisión de 2004 del caso de *Manuel Jiménez de Parga y Cabrera*, la Primera Sala del Tribunal Constitucional rechazó un caso presentado por el dueño de un bar que había sido multado por contaminación acústica.²⁴³ El dueño del bar puso en duda el derecho del alcalde de la ciudad de Gijón de imponer la multa en virtud de una ley municipal. La Corte respondió que la ley municipal se justificaba, entre otras cosas, por el derecho Español sobre contaminación atmosférica (que la Corte dijo podía incluir ruido), el derecho a la privacidad personal y familiar consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, y en el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁴⁴ Más aún, la Corte citó *López Ostra y Guerra* en apoyo de su decisión de hacer cumplir la ley municipal.²⁴⁵

66

Estos puntos de vista también han penetrado ampliamente la jurisprudencia interna de España. Por ejemplo, en un caso de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, dijo:

242 Un interesante y reciente artículo intenta evaluar el grado en que las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos tienen un impacto en las decisiones nacionales legales y políticas. R. Helfer & Erik Voeten, Do European Court of Human Rights Judgments Promote Legal and Policy Change? (Documento de Trabajo, 2011), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1850526. Un manual publicado por la Dirección General de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2001 declaró sin titubear que "los jueces deben evaluar las denuncias que presenta la Convención mediante la aplicación de los principios que se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos...". KILKELLY, supra nota 17, en 5. La carencia de ambigüedad en dicha declaración puede simplificar la realidad en algunos sistemas jurídicos.

243 S.T.S., 23 Feb., 2004 (S.T.C. No. 16/2004) pt. I, sec. 2(b) (España) (en archivo con los autores).

244 Id. en pt. II sec 3.

245 Id.

Así, en S.92/01 del 21 de febrero, dijimos que “el derecho fundamental a la privacidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, de acuerdo a las sentencias invocadas por los demandantes, incluida la Corte Europea de Derechos Humanos, presuponen el respeto a una amplia gama de garantías y facultades, que incluyen la restricción de todo tipo de invasión en el hogar, no solo las relacionadas con la penetración física directa, sino también indirectamente, por medios mecánicos, electrónicos o similares, producto del ruido, e incluso a través de la emisión de olores que perturben la privacidad de las personas en ese lugar que es su casa, que debería estar exento e inmune de invasiones o ataques externos de otras personas o autoridades (STC 22/1984, de 17-2 (RTC 1984 \ 22)).²⁴⁶

En Rusia se da un enfoque similar. Una resolución (Постановление, *postanovleniia*) emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Federación Rusa en octubre de 2003, establece:

“La Federación Rusa, como estado miembro de la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, reconoce la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos como obligatoria con respecto a la interpretación y aplicación de la Convención y Protocolos. Por tanto, en caso de incumplimiento por parte de la Federación Rusa de las disposiciones de estos tratados, cuando la infracción tiene lugar después de su entrada en vigor con respecto a la Federación Rusa [Por consiguiente] la aplicación de dicho Convenio por parte de los tribunales debe tener en cuenta las prácticas de la Corte Europea de Derechos Humanos para evitar cualquier violación a la Convención sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.”²⁴⁷

67

²⁴⁶ T.S.J. Oct. 25, 2010 (R.J.C.A. 898/10, párraf. segundo) (España), disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/contencioso-administrativo/sentencia-del-tribunal-superior-de-justicia-region-de-murcia-de-25-octubre-2010>, (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

²⁴⁷ Resolución “sobre la aplicación por los tribunales de jurisdicción general de los principios y normas generalmente reconocidos en el derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa”, *Rasporiazheniia Bюллетень № 12 sec. 10* [Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Federación Rusa N° 5] 10 Oct., 2003, disponible en <http://www.supcourt.ru/catalog.php?c1=English&c2=Documents&c3=&id=6801> (Inglés) (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012). Hemos citado la traducción en inglés que se presenta en la página web del Tribunal Supremo de Rusia. La resolución original en ruso es “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации,” *Rasporiazheniia Bюллетень № 12* [Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Federación Rusa N° 5] 10 Oct., 2003, disponible en http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1961 (ruso). (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

(...) Los tribunales dentro del ámbito de su competencia, deben actuar a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de la participación de la Federación Rusa en la Convención(...).”²⁴⁸

Más aún, una resolución de diciembre 2003 del Pleno de la Corte Suprema estableció expresamente que los tribunales deben tener en cuenta, no solo las decisiones de la Corte Constitucional de Rusia y las resoluciones sumarias del Pleno de la Corte Suprema, sino también las decisiones de la CEDH, cuando las disposiciones de la Convención Europea deban aplicarse a un caso.²⁴⁹ Un profesor de derecho y director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de San Petersburgo, Rusia, además miembro *ad hoc* de la CEDH, señala que esta disposición no se limita solamente a la jurisprudencia de la CEDH en casos que involucren a Rusia: “Los tribunales rusos deberían ser conscientes de los [juicios] de la Corte Europea, interpretando las normas de la Convención tal como se aplican para el caso en cuestión. Esto es independiente de si los [juicios] de la Corte Europea sean emitidos en relación con Rusia u otro país [sic].”²⁵⁰ El apoya este punto de vista, citando las decisiones de la Corte Constitucional de Rusia, que hacen, de hecho, referencia a las resoluciones judiciales de la CEDH en casos involucrando a Bélgica, Grecia y Rumania.²⁵¹

68

Los tribunales de todo el poder judicial ruso están citando decisiones de la CEDH como parte de la base de sus decisiones. Ya en el año 1995, el Pleno del Tribunal Supremo de Rusia emitió una resolución declarando que las fuentes externas de la ley (incluidos los tratados internacionales) debían ser utilizadas por los tribunales y que la legislación en conflicto con las

248 Id. en sec 11. Además, la Resolución de la Corte Suprema establece lo siguiente:

Si en la audiencia de un caso la Corte ha establecido las circunstancias que contribuyeron a la violación de los derechos y libertades de los ciudadanos garantizados por la Convención, la Corte tiene el derecho de emitir su fallo (o decisión) llamando la atención de las organizaciones y funcionarios pertinentes a las circunstancias y hechos de la violación de los derechos y libertades exigiendo que se adopten las medidas necesarias.

Id. En las manos de un juez ruso creativo y valiente, esta autoridad podría conducir a acciones de tipo cautelar más allá de la mera compensación personal ordenada por la CEDH. Para una discusión de esta disposición ver Valeriy A. Musin, Recent Case Law of the European Court of Human Rights: An Overview, 35 INT’L J. LEGAL INFO. 262 (2007).

249 ПостановлениеПленумаВерховногоСудаРоссийскойФедерации № 23 [Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Federación Rusa N ° 23] Res. No. 23, 19 Dic., 2003, párraf. 4 (Rus.), disponible en http://www.supcourt.ru/vscourt_detalle.php?id=4729. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012)

250 Musin, supra nota 246, en 263.

251 Id. en 264

fuentes externas debía ser ignorada.²⁵² Una resolución posterior de la Corte Suprema, del 19 de diciembre de 2003,²⁵³ incrementó la atención prestada por los tribunales, no solo a los tratados internacionales, sino también a las decisiones de la CEDH que interpretaran la Convención Europea. Por ejemplo, un académico que ha estudiado una serie de decisiones de los tribunales inferiores en casos de difamación en Rusia, observó que una práctica cada vez más común es la de citar a la CEDH interpretando el Artículo 10 de la Convención Europea.²⁵⁴

En Ucrania, el Artículo 9 de la Constitución da a todos los tratados internacionales ratificados por Ucrania el estatus de legislación nacional.²⁵⁵ Más aún, los países que ratifican la Convención Europea están obligados a aceptar la jurisdicción de la CEDH y de cumplir con sus sentencias en los casos en los que el país es parte.²⁵⁶ Por ejemplo, el Parlamento de Ucrania ratificó la Convención Europea el 17 de julio de 1997,²⁵⁷ y por lo tanto, aceptó la jurisdicción de la CEDH.

La cuestión de los efectos como precedentes de las sentencias de la CEDH sigue estando abierto en Ucrania. En 2006, el Parlamento de Ucrania aprobó la Ley de Ucrania sobre la ejecución de resoluciones judiciales y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que dice: “En casos judiciales, los tribunales aplican la Convención y [la práctica de la Corte Europea] como autoridad legal”.²⁵⁸ ¿Significa esta ley lo que dice? Si lo hace, ¿es constitucional en Ucrania? El Comisionado del Parlamento

252 Rasporiazheniia O nekotorykh voprosakh primeneniia sudami Konstitutsii Rossiyskoi Federatsii pri osushchestvlenii pravosudiya [Resolución sobre ciertas cuestiones de la aplicación por las Cortes de la Constitución de la Federación Rusa en la Administración de Justicia] Res. No. 8, Oct. 31, 1995, disponible en http://www.supcourt.ru/vscourt_detalle.php?id=3863. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

253 Ver supra nota 245.

254 Peter Krug, Internalizing European Court of Human Rights Interpretations: Russia's Courts of General Jurisdiction and New Directions in Civil Defamation Law, 32 BROOK. J. INT'L L. 1 (2006).

255 КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ [CONSTITUCIÓN] 28 June, 1996, art. 9 (Ucr.), disponible en <http://www.rada.gov.ua/const/conengl.htm>. (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

256 The European Human Rights System, HUMAN RIGHTS EDUC. ASSOC., http://www.hrea.org/index.php?doc_id=365 (visitado por última vez el 19 de marzo, 2012).

257 Закон України Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції [Ley de Ucrania sobre la ratificación de la Convención sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, el Primer Protocolo y los Protocolos de los números 2, 4, 7 y 11 de la Convención], Відомості Верховної Ради України [VVR] [Consejo Supremo de Ucrania] N 40, st. 263, 1997 (Ucr.), disponible en <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>.

258 “Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.” Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [Ley de Ucrania sobre la ejecución de resoluciones judiciales y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos], Відомості Верховної Ради України [VVR] [Consejo Supremo de Ucrania] N 30, st. 260, Art. 17, 23 Feb., 2006 (Ucr.), disponible en <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3477-15>.

de Ucrania para los Derechos Humanos (también conocido como el defensor de los derechos humanos) ha cuestionado si esta disposición de la legislación de Ucrania en realidad obliga a los tribunales de Ucrania a seguir las decisiones de la CEDH como precedentes de sus propias decisiones. En un informe de 2010 escribió:²⁵⁹

“El análisis sistémico de la Constitución de Ucrania, en particular, de sus artículos 8, 9, 92, 93, etc., da motivos para concluir que la Constitución no prevé que el precedente judicial sea fuente de ley en Ucrania. Por esta razón, el papel de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos se pone a veces en duda cuando [sic] se refiere a la aplicación de determinadas disposiciones de la Convención por los tribunales de Ucrania.”²⁶⁰

¿Qué tan fuerte es este argumento? En realidad, los tribunales de Ucrania citan frecuentemente las decisiones de la CEDH en sus propias decisiones. Pareciera que lo hacen, sin embargo, sobre todo cuando la decisión de la CEDH está en consonancia con la opinión del órgano jurisdiccional de la legislación nacional de Ucrania.²⁶¹ ¿Qué pasa si no está de acuerdo con la CEDH? Considerando los diversos casos decididos en virtud del Artículo 8 citados anteriormente en este artículo, ¿podrían tribunales de Ucrania de alto rango rechazar el punto de vista adoptado por la CEDH, de que el daño ambiental puede ser una invasión al derecho a la vida privada y familiar? Si lo hicieran así, una persona que sufra un daño por contaminación ambiental podría ser incapaz de obtener una reparación por parte de los tribunales de Ucrania, mientras que si podría obtenerla de la CEDH. ¿Qué efecto tendría esto sobre la doctrina bajo la cual se espera que los denunciantes primero agoten los recursos nacionales antes de acercarse a la CEDH? Tales intentos parecerían ser en vano. Presumiblemente, la CEDH tendría que dictaminar que los que litigan por el medio ambiente no tienen la obligación de entablar recursos inútiles. Eso, sin embargo, iría en contra de todo el propósito de

70

259 NINA KARPACHOVA, THE STATE OF OBSERVANCE OF THE EUROPEAN STANDARDS ON HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN UKRAINE: SPECIAL REPORT OF THE UKRAINIAN PARLIAMENT COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2010).

260 *Id.* en 47.

261 Conversación con Aleksyeyeva, Abogado, Environment-People-Law (15 Sept., 2011). En la vecina Moldova, el Tribunal Constitucional regularmente cita las sentencias de la Corte Europea como precedente. Alexei Barbaneagra, Case-Law (Theoretical and Practical Aspects), [http://refugiati.org/ attachments/PrecedentJudiciar_RDAU_en.pdf](http://refugiati.org/attachments/PrecedentJudiciar_RDAU_en.pdf) (visitado por última vez 19 Mar., 2012).

la doctrina de agotamiento de la Convención, que está supuestamente destinada a impregnar los sistemas jurídicos de los países que son Partes de la Convención Europea con las normas de derechos humanos contenidas en la misma.

El Comisionado de Ucrania sugiere una manera distinta para incorporar las normas europeas de derechos humanos en la práctica de los tribunales de Ucrania, es decir, para educar a los jueces acerca de la Convención Europea.²⁶² Sin embargo, si los jueces ucranianos tienen la libertad de formular sus propias interpretaciones del Artículo 8, interpretaciones que podrían excluir la compensación por daño ambiental, un programa de educación no sería solución suficiente. El Comisario Europeo de Derechos Humanos parece tener un enfoque diferente. En un informe de 2008, recomendó que cada país debiera realizar un estudio de base centrado en los problemas recurrentes o estructurales. Entre las recomendaciones para realizar dicho estudio estaba la siguiente: "Evaluar los esfuerzos para proporcionar educación en derechos humanos. Muchos gobiernos no están prestando atención y recursos suficientes para garantizar que las personas conozcan sus derechos y sepan cómo reclamarlos."²⁶³ En otras palabras, mientras que el Comisionado de Ucrania está diciendo que los *jueces* deben ser educados acerca de la Convención Europea, el Comisario Europeo está diciendo que las *personas* debieran ser educadas acerca de cómo "reclamar" sus derechos bajo la Convención Europea. Por cierto, hay dos maneras de reclamar los derechos propios: insistir sobre ellos en encuentros con funcionarios del gobierno, e insistir sobre ellos en casos judiciales. Pero si los tribunales ucranianos se niegan a reconocer los precedentes de la CEDH como precedentes de jurisprudencia nacional, la educación a los ciudadanos parece un enorme desperdicio de tiempo.

262 Ver Council of Europe Action Plan for Ukraine, COUNCIL EUR. (25 June, 2008), <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1317485&Site=CM>.

263 Thomas Hammarberg, Recommendation on Systematic Work for Implementing Human Rights at the National Level, COUNCIL EUR, parraf. 3.2(18 Feb., 2009), <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1408617&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679>.

III. CONCLUSIÓN: UN LLAMADO AL LITIGIO ESTRATÉGICO

¿Podría disponerse de recursos más completos en los tribunales nacionales? Si así fuera, ¿sería posible para un litigante en un tribunal nacional usar una resolución de la CEDH sobre una violación al Artículo 8, para pedir que conceda una compensación más radical de lo que la CEDH ordenó, como por ejemplo, una orden judicial para limpiar la planta de acero o para reasentar a los residentes? Si la Federación Rusa ignora los precedentes y resoluciones de la CEDH, ¿qué puede hacer el demandante? ¿Importa si la Convención Europea tiene aplicación directa sobre el sistema jurídico de una nación? Si la solicitud directa es posible, ¿habrá esperanza para los futuros demandantes, de poder acceder a una protección interna después de una sentencia de la CEDH?

Aunque se ha sugerido que una forma de incorporar la interpretación que tiene la CEDH de los derechos humanos en la legislación nacional es educando a los jueces, los autores creen que el litigio estratégico puede lograr, además de la educación, una incorporación más efectiva. Una manera de educar a los jueces acerca de la Convención Europea sería teniendo abogados presentando casos ante los tribunales nacionales en que se aleguen violaciones a la Convención – que incluyan solicitudes a los tribunales de respetar las interpretaciones de la Convención Europea, declaradas con autoridad por la CEDH. En este sentido, el litigio estratégico puede ser más exitoso que la interposición desconectada de casos específicos.

Reflexiones en torno a la Protección de los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional

Carlos Justo Bruzón Viltres¹
Alcides Francisco Antúnez Sánchez²

Sumario:

El presente artículo aborda, de manera general, algunos aspectos relacionados con la protección internacional de los derechos humanos y los derechos ambientales en particular, a partir de la configuración del Derecho Ambiental Internacional, sus principales retos y perspectivas y su papel complementario de las normas jurídicas internas en materia medioambiental. Se analizan elementos relacionados con la regulación normativa convencional de las principales problemáticas globales que ponen en peligro al medio ambiente, como concepto amplio, y su carácter protector en torno a los derechos humanos en su proceso de evolución.

73

Abstract:

The article addresses, in a general manner, aspects of the international protection of human rights, in particular environmental rights, through the formation of an international environmental law framework, its principle challenges and perspectives, and the complementary role such a framework has with internal environmental judicial standards. The paper analyzes the conventional regulation of the main global issues endangering the environment and the protection of human rights during the evolution of environmental laws.

1 Máster en Derecho Internacional Público. Profesor Principal de Derecho Internacional Público y Teoría General del Estado. Vicedecano de Investigaciones y Posgrado de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma, Cuba.

2 Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derecho de Empresa. Profesor de Derecho Ambiental. Universidad de Granma, Cuba.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Una de las problemáticas más trascendentales de los tiempos actuales es la relacionada con la necesidad de protección del medio ambiente, ante los graves peligros y daños que la propia actividad humana ha generado sobre la naturaleza y el entorno. Debido al insoslayable enfoque holístico que esta situación posee, debemos particularizar que para el Derecho, tanto la tutela de los derechos medioambientales, como la regulación normativa de la actividad estatal y privada sobre los recursos bióticos y abióticos que conforman, en sentido amplio, el medio ambiente, constituyen elementos indispensables a los efectos de la preservación de la propia especie humana, y la mitigación de los perjuicios causados a los componentes que le rodean.

En tal sentido, elevar a la condición de *derecho humano o fundamental*, el disfrutar de un ambiente sano y de un desarrollo social sostenible, representa un importante paso que tiene un origen histórico y se debe a circunstancias concretas dentro del propio proceso de evolución social. Tiene que ser al mismo tiempo, en función de la garantía que esto representa para la supervivencia del ser humano, un *deber* de carácter colectivo, general.

74

Por tanto, en función de ampliar los mecanismos para lograr tal propósito, la comunidad internacional ha creado normas de naturaleza declarativa o convencionales obligatorias para los Estados y de más sujetos internacionales, así como un conjunto de instituciones de alcance regional o universal, para reforzar la protección de los derechos medioambientales. Sin embargo, no todas las metas propuestas en el escenario internacional han logrado concretarse, por lo que hoy, para el Derecho Ambiental Internacional se perfilan grandes retos, en consonancia con el desarrollo acelerado de algunas sociedades y las crecientes desigualdades y desequilibrios entre las naciones, con peculiar impacto en los países subdesarrollados.

Sobre este camino pretendemos acercarnos a la tutela de los derechos humanos desde la óptica del papel del Derecho Internacional, en el caso específico de la protección del medio ambiente, como un imperativo en las condiciones actuales de la evolución de la humanidad.

II. UN BREVE ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, SU PROCESO DE EVOLUCIÓN Y LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

No es objeto de este acercamiento un estudio exhaustivo de la génesis y definición de los *derechos humanos* como categoría. Sin embargo, debe hacerse énfasis en el carácter polisémico de este término y en las frecuentes e inacabadas polémicas doctrinales que sobre la determinación de su origen y alcance siguen manifestándose.

Así, bajo la denominación “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “derechos subjetivos”, “derechos individuales” o “derechos del ciudadano”, entre otras, se ha construido una prolífica teoría, que aborda los más disímiles temas en torno al reconocimiento de esas facultades o potestades pertenecientes al individuo o a una colectividad determinada, ya bien por su carácter inherente a la condición humana, o por su positivación en los ordenamientos jurídicos, defendibles u oponibles ante la autoridad estatal u otra persona física o jurídica.

No obstante, como apunta el profesor ATIENZA, “el concepto e incluso la expresión “derechos humanos” solo puede comprenderse si se contempla históricamente”,³ por lo que la primera distinción que nos permite acercarnos a la esencia del término es la que se produce entre la visión iusnaturalista, por un lado, y la concepción positivista por otro.

75

Asociados a los ideales de justicia y equidad propios del Derecho Natural, surge una noción clásica de *derechos humanos* que puede comprenderse desde el estoicismo griego, seguida por Cicerón y Séneca a través de la visión “humanista” sostenida en el respeto del uno al otro por la igualdad y dignidad de todos los hombres, desarrollada luego por la doctrina cristiana hasta que se sientan las bases de un *ius gentium* moderno, con la irrupción de la idea, sobre todo en la Escolástica española, de “la necesidad de revalorizar la dimensión universal o internacional y los derechos del hombre, por encima de la razón de Estado y las exigencias de la colectividad”.⁴

3 ATIENZA, M. Introducción al Derecho. 2ª ed. México, Ediciones Fontamara, 1995. p. 156. (Serie Doctrina Jurídica Contemporánea).

4 BEA, E. Los derechos humanos. En: DE LUCAS, J. (Ed.). Introducción a la Teoría del Derecho. La Habana, Félix Varela, 2006. p. 375.

Entendiendo luego que la mayor discusión en torno a la definición de esta categoría subyace en los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, debe recordarse, siguiendo a la profesora BEA, que estos últimos “son, sin duda, una creación histórica moderna, pues los primeros reconocimientos por el Derecho Positivo de los derechos humanos se dan a partir del siglo XVIII”;⁵ si bien no pueden obviarse antecedentes importantes como la Carta Magna inglesa de 1215, de Juan Sin Tierra. Resultan paradigmáticos desde entonces declaraciones y textos como el *Bill of Rights* inglés de 1689, precedido por la *Petition of Rights* de 1628 y el *Acta de Habeas Corpus* de 1679.

No obstante, son las Declaraciones de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y el acta de independencia norteamericanas de 1776, junto a la Constitución Federal de 1787 y sus posteriores enmiendas, así como la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los instrumentos jurídicos que marcan un hito en el reconocimiento y positivación de los derechos humanos. Este proceso, que se extiende luego a lo largo del siglo XIX va despertando nuevas tendencias doctrinales y nuevos debates teóricos que alcanzan igualmente a un fenómeno esencial relacionado con la tutela de los derechos, el *constitucionalismo democrático*, que se desarrolla con mayor fuerza durante el siglo XX, originando al mismo tiempo una idea que hoy nos parece sumamente clara e ineludible: los derechos, sin garantías, son una “mera fórmula legal”, como nos recuerda la profesora PRIETO VALDÉS.⁶

76

Como se ha comentado con anterioridad, el surgimiento y condicionamiento de los derechos humanos obedece a razones históricas y circunstancias económicas, ideológicas, políticas, que expresan intereses emergentes en relación al tipo de sociedad en que estos se manifiestan. Por ende, la peculiaridad de los derechos humanos radica en que “van adquiriendo nuevos rasgos en dependencia del momento y del carácter del período de su implantación, aunque progresivamente vayan expandiéndose con un contenido más abarcador y universalista, y alcanzando un nivel más

5 BEA, E. op. cit., p. 374.

6 PRIETO VALDÉS, M. Funciones de la Constitución, disponible en www.nodo50.org/cubasioXXI/politica/prieto6_301102.htm (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

específico en la medida en que se complejiza la vida social⁷; razón por la cual, lo más importante desde el punto de vista metodológico, radica en la posibilidad de agrupar estos derechos para su estudio a partir de las características principales de la problemática que abarcan, definiendo lógicamente y sistemáticamente distintas *generaciones*.

Independientemente de la variedad de criterios en torno a la determinación del período y el contenido de las denominadas *generaciones de derechos*, una de las posiciones más seguidas radica en el reconocimiento de tres grandes momentos en la evolución histórica de esta categoría:

-I^a *Generación*: Derechos civiles y políticos, que presuponen una abstención por parte del Estado frente a su ejercicio.

-II^a *Generación*: Derechos económicos, sociales y culturales, que suponen una participación más activa de las autoridades estatales en su materialización, disfrute y tutela.

-III^a *Generación*: Derechos de la colectividad, que son expresión del vertiginoso desarrollo de la sociedad y requieren una participación más activa de todo el conglomerado social en su protección, debido a los intereses que se ponen en juego: la paz, el medio ambiente, entre otros.

77

Actualmente se habla de una cuarta generación de derechos, que incluye conquistas de segmentos sociales determinados, como los homosexuales; reclama la defensa de la identidad personal y la propia imagen; el acceso a la información y la protección frente a los avances tecnológicos de elementos tan valiosos como el patrimonio genético.

Resulta claro que esta periodización no es uniforme, debido a que subsisten otras posiciones que encuadran en una u otra generación algunos de los derechos anteriormente enunciados, aunque sí existe coincidencia respecto a la inevitable relación con los modelos o formaciones históricas estatales

7 GARAICOA ORTIZ, X. Hacia un sistema constituyente de derechos humanos. Reflexiones en torno a la justicia constitucional. Ecuador, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Guayaquil, 2006. p. 6.

en los que se desarrollan: Estado liberal, Estado de bienestar social, Estado socialista y Estado neoliberal, por citar algunos ejemplos.

Como puede observarse, los derechos medioambientales (se utilizan indistintamente otras denominaciones como derechos ambientales, derecho a un ambiente sano, derechos del ecosistema etc.), entendidos en su máxima expresión, como necesidad de disfrutar de un ambiente sano, convertido a su vez en el deber de proteger, de preservar el medio natural donde nos desenvolvemos, ocupan un sitio destacado en recientes generaciones de derechos. La razón de esta ubicación responde al carácter progresivo que poseen los derechos humanos, sobre la base de su constante desarrollo y la necesidad de reconocimiento de nuevas figuras que aparecen al tenor de las transformaciones sociales.⁸

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Dentro de la evolución de los derechos humanos resulta imprescindible hacer referencia a su proceso de internacionalización.

78

Al término de la II Guerra Mundial, en 1945, se produjo un necesario proceso de expansión de la protección de los derechos humanos. La experiencia del nacionalsocialismo y el genocidio fascista en Europa, marcaron un hito en la adopción de urgentes mecanismos de tutela internacional de estos derechos.

8 Algunos autores, en función de la posición que asumen respecto a la determinación de las generaciones de derechos humanos, sitúan a los derechos medioambientales en una cuarta generación. Tal es el caso, por ejemplo, de TORRES DEL MORAL, cuyo estudio parte de una primera generación de derechos (individuales, como libertades-resistencias); segunda (políticos, con énfasis en el sufragio y otras libertades públicas); tercera (derechos económicos, sociales, en sentido amplio, derechos de prestación) y una cuarta generación, en la que deben ubicarse algunas categorías "que no han superado la fase de tarea estatal u obligación de los poderes públicos", (derechos de solidaridad, o de acción positiva), donde menciona a los derechos ecológicos, junto a los de seguridad nacional, derechos de minusválidos y minorías étnicas, entre otros. Todas estas clasificaciones se sostienen en la constitucionalización de los mismos, no en su disfrute, que como señala el autor, pudo ser previo. (Cfr., TORRES DEL MORAL, A. Introducción al Derecho Constitucional. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, 1996. pp. 134-136). En este mismo sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Derechos y libertades (I). En: TORRES DEL MORAL, A. (Dir.). Introducción al Derecho Político (Unidades Didácticas). Madrid, UNED, 1997. Y GARAYCOA ORTIZ, X. op. cit., pp. 6-14. Este último autor concibe esta cuarta generación sobre los pilares de la paz, la justicia y el derecho a un medio ambiente sano, "que garantice el desarrollo sustentable y salvaguarde los recursos y condiciones para las futuras generaciones".

Una realidad se imponía: proteger los derechos humanos no debía entenderse como responsabilidad exclusiva de los Estados, de su régimen constitucional. Debía convertirse en una responsabilidad de la comunidad de naciones.

“El sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional”, como afirma Agustín GORDILLO.⁹ Este proceso inició, sin dudas, con la creación misma de la Organización de Naciones Unidas¹⁰ en 1945, y la adopción de instrumentos internacionales en la materia, en los años siguientes, aunque no puede obviarse el rol desempeñado por algunas instituciones y normas nacidas bajo el amparo de la Sociedad de Naciones, en el período de entreguerras.

A partir de la creación de la ONU, la protección internacional de los derechos humanos sobrepasa los tradicionales marcos de la vía diplomática, para insertarse paulatinamente en diversos instrumentos internacionales, siguiendo los criterios establecidos en buena parte de la doctrina *ius internacionalista*.¹¹

La mejor verificación de este proceso de internacionalización se alcanza con la exposición de dos elementos esenciales en la materialización del mismo: la adopción de varios instrumentos declarativos y convencionales en el seno de las Naciones Unidas, y la creación progresiva de mecanismos regionales e internacionales protectores de los derechos humanos, entre los que sobresalen la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

⁹ GORDILLO, A. *Derechos Humanos*. 5ta. Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005. p. 1-8.

¹⁰ Esta organización internacional de alcance universal fue concebida de acuerdo a su Carta constitutiva (Tratado de San Francisco, que entra en vigor el 24 de octubre de 1945), con los siguientes propósitos: mantener la paz y la seguridad internacional; fomentar entre las naciones relaciones de amistad; realizar cooperación internacional interviniendo en la solución de problemas de carácter económico, social, cultural, o humanitario, y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar propósitos comunes, entre ellos la protección de los derechos humanos.

¹¹ DIEZ DE VELASCO, por ejemplo, señala que la protección internacional de los derechos humanos atendía al resultado mismo de la Segunda Guerra Mundial, por lo que habría de convertirse en “factor ideológico de lucha y en una de las bases de la futura paz”. DE BLAS, por su parte, estima que este hecho deriva de la “densificación de las relaciones internacionales y la creciente extensión de una conciencia supranacional”. Se trata de una necesidad histórica de la comunidad internacional que se incorpora a su proceso de interrelación sustentado en elementales principios de coexistencia pacífica y cooperación, donde el desconocimiento de estos derechos humanos no tendría sentido, por el contrario, su plasmación en instrumentos internacionales se imponía como garantía imprescindible en un clima de respeto en el ámbito de las relaciones multilaterales. Cfr., ad.: DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I, Segunda Parte, (s/Ed.), pp.562 y ss.; DE BLAS GUERRERO, A. y GARCÍA COTARELO, R. *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*. Tomo I. Universidad Nacional de Educación a Distancia, s/f. Sobre este tópico, consúltese además: BRUZÓN VILTRES, C. J. El carácter autoaplicativo de las normas sobre derechos humanos como garantía. En *Revista del Equipo Federal del Trabajo*. (47), abril de 2009. [www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?Accion=VerArticulo& \(fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012\).](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?Accion=VerArticulo& (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).)

aprobada mediante Resolución 217 A (III), en el marco de la III sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 y los pactos internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que entró en vigor el 3 de enero de 1976), y el de Derechos Civiles y Políticos, de 23 de marzo de 1976, adoptados previamente en 1966, por la Resolución 2200 A (XXI), de la Asamblea General.

Así, además de la Asamblea General, el Consejo Económico Social (ECOSOC), y el resto de los órganos principales de Naciones Unidas, establecidos en el artículo 6 de la Carta, existen otros órganos creados en virtud de la Carta que tienen como función primordial la promoción y protección de los derechos humanos.

Siguiendo la sistemática establecida por la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ,¹² pueden mencionarse el *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, creado por Resolución 48/141 de la Asamblea General de la ONU, en 1993; el *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*; los Comités para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para la Eliminación de la Discriminación Racial, para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Tortura; el Comité de los Derechos del Niño, y para la protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, entre tantos otros, que aún se encuentran vigentes con tal denominación, o que han adquirido otro nombre con el transcurso del tiempo, como los ha sido con la antigua Comisión de Derechos Humanos, hoy Consejo de Derechos Humanos. De igual manera, en el contexto regional se han adoptado diversos instrumentos declarativos y obligatorios, por un lado, y creado instituciones protectoras de los derechos humanos, por otro, como sucede, por ejemplo, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de estos instrumentos paradigmáticos, y de los propios contenidos de la Carta de las Naciones Unidas, se ha ido configurando una verdadera rama dentro del Derecho Internacional Público: el Derecho Internacional

12 ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. La protección internacional de los derechos humanos (I) Capítulo XXVII. En: DIEZ DE VELASCO, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. 15ta. Ed., Madrid, Tecnos, 2005. pp. 631 y ss.

de los Derechos Humanos.¹³

Esta rama ha agrupado en torno a sí a los principales instrumentos y mecanismos protectores de los derechos humanos, en una intensa actividad codificadora, que ha dado a luz a un grupo importante de declaraciones y tratados internacionales sobre la materia, complementadas con una jurisprudencia internacional fecunda, que en muchos espacios ha puesto de relieve la necesidad de entender la cuestión de la protección internacional de los derechos humanos como una necesidad insoslayable del presente y del futuro.¹⁴

En su contexto, la temática de la protección del derecho al medio ambiente ha estado presente, propiciando la creación progresiva del *Derecho Ambiental Internacional*, o *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, entendido este como “sector de las normas del ordenamiento jurídico internacional que tiene por objeto la protección del medio ambiente”.¹⁵

Tampoco es unánime la doctrina en torno a la determinación del nacimiento de esta disciplina, que se complementa mutuamente con el Derecho Ambiental, propio de los ordenamientos jurídicos internos. No obstante, como señala MARIÑO MENÉNDEZ, puede encontrarse un antecedente en relación al interés internacional por asuntos vinculados al medio ambiente con el primer fallo arbitral sobre una controversia internacional en este ámbito, que data de 1893, con el laudo sobre el *Asunto de las focas peleteras del Pacífico*, donde se involucraban intereses de Estados Unidos y el Reino Unido, seguida por otra importante decisión arbitral de 1941, en el asunto del *Trail Smelter*.¹⁶

13 Los también denominados Pactos de Nueva York, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforman la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos, a la que debe adicionarse el Protocolo Facultativo Primero al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece un sistema de peticiones individuales.

14 En su Voto Concurrente (Opinión Consultiva No. 16 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, de 1999), el profesor CANÇADO TRINDADE, afirmaba: “toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano (...) Las propias emergencia y consolidación del corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos (...) destinatarios últimos de sus normas de protección” (Cfr., CANÇADO TRINDADE, A. A. y VENTURA ROBLES, M. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2da. Ed., San José de Costa Rica, CIDH-ACNUR, 2004, p. 198). Esta misma conciencia jurídica universal es la que debe imperar para alcanzar la efectividad de las normas en materia ambiental, en la protección internacional del derecho a disfrutar de un ambiente sano y seguro.

15 MARIÑO MENÉNDEZ, F. La protección internacional del medio ambiente (I): Régimen general. En: DIEZ DE VELASCO, M. op. cit., pp.737 y ss.

16 MARIÑO MENÉNDEZ, F. Op. cit., pp.737 y ss.

Para el profesor JUSTE RUIZ, citado por FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ,¹⁷ existen varias etapas que configuran la “Prehistoria del Derecho Ambiental Internacional”, que arranca con la era del *utilitarismo ambiental* de inicios del siglo XX y concluye con la *era ecológica* en las décadas de los sesenta-setenta de pasado siglo, momento el que se moviliza la opinión pública internacional tras la atención unánime que la ciencia comienza a prestar a los peligros derivados del uso irracional de los recursos ambientales.

No es sino con la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, convocada mediante la Resolución 2398 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1968, que comienza a organizarse y unificarse el esfuerzo del sistema internacional en relación a la protección del medio ambiente. Los resultados de aquella conferencia pueden sintetizarse en varios instrumentos, programas y organismos creados, entre los que sobresale la Declaración sobre el Medio Humano, allí aprobada, “verdadera Carta Magna del ecologismo internacional”, en palabras de MARIÑO MENÉNDEZ, toda vez que describe del modo más amplio posible el entorno ecológico humano y enuncia el principio programático medioambiental que expresa que “*los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*”, y al mismo tiempo que “*la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero*”.¹⁸

82

Además de esta Declaración, contribuyen a consolidar el Derecho Ambiental Internacional otros documentos emanados de aquella conferencia. Entre ellos, el *Plan de acción para el medio ambiente*, integrado por 109 declaraciones en los más diversos sectores y áreas de atención relativas a la protección ambiental; el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), creado en diciembre de 1972 y que agrupa a Estados de todos los continentes; la *Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados*, de 1974, y la *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por Resolución de la Asamblea General, en octubre de 1982.

17 FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, A. El Derecho Ambiental Internacional en el mundo contemporáneo. En: VIAMONTES GUILBEAUX, E. (coord.). Derecho Ambiental cubano. La Habana, Félix Varela. pp. 83-156.

18 Vid., MARIÑO MENÉNDEZ, F., en op. cit., pp. 738-739.

La labor normativa y declarativa en el seno de Naciones Unidas se ha venido complementando con el funcionamiento de varios órganos, organismos y programas internacionales y regionales entre los que cabe mencionar el Sistema Mundial de Vigilancia del Medio Ambiente, la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, Organización Meteorológica Mundial, entre otras, incluso anteriores a la Declaración de Estocolmo, que vieron, con esta cita, la oportunidad de revitalizar su accionar.

Como puede observarse al tenor de estos acontecimientos y de la evolución misma del Derecho Ambiental Internacional, crece la preocupación por los peligros que acechan al medio ambiente. También se produce un reforzamiento de los mecanismos de tutela de un derecho que conseguía dibujar su contenido esencial, a partir del justo reclamo de la colectividad de disfrutar de un ambiente sano y seguro. Las condiciones materiales lo posibilitan, toda vez que el perjuicio creciente causado a la atmósfera, los mares, el medio biológico, la tierra y los agentes bióticos y abióticos que rodean al hombre, debido a la acción indiscriminada contra los recursos naturales, especialmente los no renovables, crece vertiginosamente, por la manipulación incontrolable de las grandes potencias industriales y del sector económico transnacional. El cambio climático, la desertización, los daños provocados a la capa de ozono, el incremento de los índices de pobreza absoluta unido a la insalubridad, el hambre, la sequía, el agotamiento de recursos como el agua, los hidrocarburos, entre tantos otros problemas, demandan una reacción enérgica y consciente de todos.

83

Como parte de este proceso, comienza el reconocimiento en varios textos constitucionales de un derecho efectivo, convertido de paso en *deber*, relacionado con el imperativo de disfrutar de un ambiente sano y seguro. En esto contribuyó decisivamente la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Rio de Janeiro (1992), tras el conocido *Informe Brundtland*, que entre otras decisiones intergubernamentales generó la *Agenda 21* y un grupo de acuerdos y compromisos, en ocasiones ignorados por algunos Estados,¹⁹ pero

19 Uno de los casos más llamativos, sin dudas, la retirada de la potencia económica más grande y responsable de la emisión de más del 35 % de gases contaminantes a la atmósfera, Estados Unidos, del Protocolo de Kyoto complementario de la Convención sobre Cambio Climático de 1997.

esenciales en el propósito internacional de proteger el medio que nos rodea y garantizar nuestra supervivencia como especie.

La Constitución de la República de Cuba, aprobada mediante referéndum popular en 1976 y reformada en 1992 y 2002, establece en su artículo 27 que “el Estado protege al medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección de la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna, y todo el rico potencial de la naturaleza”.

En esta materia establece la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 con sus modificaciones, en su artículo 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, síntesis de la amplia regulación que sobre esta materia se derrama por todo el texto constitucional, paradigmático para el área latinoamericana.

Otros ejemplos lo representan las constituciones – muy recientes y avanzadas, como muestra del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* – de la República Bolivariana de Venezuela y de Ecuador. En el primero de los casos queda plasmado, en el artículo 127 que “es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho, individual y colectivamente de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado (...) Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley”.

La Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 14 deja sentado que “se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y

ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

Las formas en que se establece este derecho/deber en los ordenamientos internos, es muy variada y posee expresiones en casi todas las normas fundamentales de los Estados. Nos interesa, no obstante, a los efectos de este artículo, destacar que esto es, sin duda, un reflejo concreto de la influencia que el accionar internacional produjo a lo interno de los Estados respecto a la necesidad de proteger como un derecho humano el disfrute de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en lo que jugó un papel decisivo el naciente Derecho Ambiental Internacional.

Adicionalmente, debe enfatizarse en otra de las características de los derechos humanos como categoría, que es su *interdependencia*, que se explica a partir de que el ejercicio de un derecho condiciona el ejercicio del resto de los derechos. Sin un ambiente sano y seguro sería imposible materializar derechos tan elementales y fundamentales como la vida, el derecho al desarrollo, a la alimentación, a la salud, entre otros.

IV. RETOS Y PERSPECTIVAS EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA AMBIENTAL IUSINTERNACIONALISTA

En el difícil propósito de determinar retos y perspectivas que desde el Derecho Ambiental Internacional se vislumbran en el siglo XXI, en relación a la protección de los derechos humanos, consideramos oportuno que debemos partir de algunas de las características y principios que informan esta disciplina.

El profesor FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, en la obra citada, nos precisa algunas de las características del Derecho Ambiental Internacional, entre las que destacan su *funcionalidad* (surge para resolver un problema apremiante para la humanidad; posee un carácter eminentemente tuitivo y preventivo; es además un Derecho con un marcado carácter instrumental al establecer mecanismos de reglamentación, gestión y administración de

recursos ecológicamente aceptables; así como administrativo, cualidad que se hace cada día más patente); *multidimensionalidad* (que se mezcla con su proyección ética, moral, de justicia y solidaridad, así como un tratamiento transversal y multidisciplinario de la problemática ambiental); con predominio del *soft law*, basado en el carácter de recomendación y flexibilidad de sus normas, no obstante la emergencia de un núcleo duro (*hard law*), de ciertas normas obligatorias en materias como la protección de la biodiversidad, las aguas, la atmósfera, etc., unida a otras características puntuales como la presencia en los textos de tratados internacionales de disposiciones de orden muy general o programático; la presencia de normas en cuyo enfoque se observa un tratamiento diferenciado entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas, que termina atribuyendo a uno obligaciones diferentes respecto al otro cuando el problema es común; la presencia de un amplísimo proceso normativo convencional sobre las múltiples materias objeto de regulación del Derecho Ambiental Internacional;²⁰ la importante existencia de organizaciones no gubernamentales en la elaboración y ejecución de acuerdos internacionales, entre otras características.

Junto a estas características -de las que podemos ir vislumbrando algunas dificultades en torno a la efectiva protección brindada por las normas internacionales al derecho a un medio ambiente sano y seguro y otros derechos humanos-, se abordan algunos principios. Estos, en síntesis, son: el principio *Sic utere tuo ut alienum non laedas*, que implica que en su actuar los Estados no deben realizar actividades que causen daños “sensibles”, medioambientales u otros, a terceros Estados, bien directa o indirectamente, cuestión que obliga a obrar con diligencia para evitar estos daños, o en todo caso, minimizar sus efectos; la negociación como medio más privilegiado para los Estados; el principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente; prevención del daño ambiental transfronterizo; responsabilidad y reparación de daños ambientales; evaluación del impacto ambiental; principio de acción precautoria; principio de “quien contamina paga”, y el de participación ciudadana. Estos principios, son, por regla

20 Es realmente impresionante el número de acuerdos, declaraciones, tratados y otros instrumentos internacionales adoptados en el seno de la comunidad internacional, relacionados con la protección del medio ambiente y los derechos que de su disfrute se desprenden. Pueden consultarse algunas disposiciones jurídicas relacionadas con el Derecho de Tratados en materia de medio ambiente en: Libro electrónico, Ciencias de la tierra y del medio ambiente [en línea] <http://www.ceit.es/Asignaturas/ecologia> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012) y UNESCO. Manual de Educación Ambiental [en línea] <http://www.unesco.org/manual/html/> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

general, adecuados también a los ordenamientos estatales internos.

Sobre esta base cabe determinar un grupo de dificultades que venimos advirtiendo desde el inicio de este epígrafe, que se desprenden precisamente de las características que configuran el Derecho Ambiental Internacional y sus principios rectores, que se vuelven a su vez principales retos para asegurar una protección efectiva a los derechos humanos y, en particular, a los derechos ambientales.

La existencia de normas de *soft law*; de una excesiva reglamentación programática y flexible; la generalidad de algunas disposiciones; el trato diferenciado de las partes en el proceso común de protección del medio ambiente, que obliga a distinguir entre países desarrollados y subdesarrollados, atribuyendo a unos y otros derechos y obligaciones distintas, con reflejo desde la perspectiva de la financiación e imposición de cargas destinadas a una mejor protección del medio ambiente, como nos recuerda MARIÑO MENÉNDEZ; la prevalencia de la negociación como medio más privilegiado entre los Estados, que redundaría en la escasa cantidad de reclamaciones entre estos, a fin de exigir la reparación de daños transfronterizos, lo que implica en ocasiones mantener impunes ciertas violaciones que generan perjuicios medioambientales; las escasas posibilidades de los Estados de recurrir a contramedidas en reciprocidad para hacer cumplir las normas en materia de protección del medio ambiente, que carecen por lo general de naturaleza sinalagmática; los medios en ocasiones insuficientes, como insuficiente también la exigencia estatal, para realizar una adecuada evaluación del impacto ambiental, que pondere el principio, al mismo tiempo, de *prevención* del daño, que en esta materia adquiere una singular fuerza sobre el de *reparación*, entre otras dificultades, trazan un complicado camino para las normas de Derecho Ambiental Internacional e interno, que sirven como sus principales retos. En los tiempos actuales también se precisan de mecanismos de control más efectivos, que contribuyan a la auditoría y evaluación de la actividad sobre el medio ambiente, con una jurisdicción propia, tanto a nivel nacional como internacional, que permita promover medidas de justicia ambiental más consecuentes con las realidades que se presentan.²¹

21 Entre otras fuentes, puede consultarse, ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. La auditoría ambiental como una herramienta de gestión de la mitigación de la problemática medioambiental. Vínculo con el derecho administrativo sancionador. Actualidad cubana. En Revista Enfoques, abril 2011.

Alcanzar el perfeccionamiento y concientización a nivel internacional del papel de las normas jurídicas, de su estricta observancia, y de la necesidad de proteger el medio que nos rodea, representan al mismo tiempo, la plataforma de trabajo de todos los actores, activos y pasivos, que intervienen en la explotación de los recursos ambientales, o que de alguna manera participan en la toma de decisiones sobre este ámbito. Es ésta, a su vez, la única garantía del disfrute pleno de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, que demandan los principales instrumentos sobre derechos humanos, y en cuya materialización y garantía, deben confluir voluntades individuales y colectivas, dentro y fuera de las fronteras nacionales.

De manera general, los mismos problemas que afectan al medio ambiente hoy, forman parte en su tratamiento y mitigación, de las proyecciones del Derecho Ambiental Internacional: el calentamiento global; la preservación de la biodiversidad y los ecosistemas; la protección del medio ambiente frente al uso de las armas nucleares; los efectos de las guerras; el profundo desequilibrio económico entre las naciones que agudiza el hambre, la pobreza, la insalubridad y la precariedad de la vida en todas sus dimensiones; la lucha contra la desertización y la sequía; el agotamiento de recursos no renovables, entre otros.

Al final, sin la preservación de estos elementos, resultaría imposible pensar en el disfrute de otros derechos humanos, comenzando por la vida, la cultura, el esparcimiento, la integridad física y mental, la salud, la alimentación, el desarrollo, la paz, el acceso a los recursos naturales, la libertad, la igualdad de oportunidades, y muchos más.

En este sentido han de orientarse los mayores esfuerzos de la comunidad internacional y sus normas.

Para el profesor Orlando REY SANTOS,²² jurista cubano dedicado por muchos años a este tema, significa que la principal dificultad no se produce

22 Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente en Cuba, organismo de la Administración Pública cubana encargado de la protección del medio ambiente como encargo estatal, tiene reconocimientos y méritos en la palestra internacional por sus aportes y participación en diversos cónclaves científicos a nombre del Estado cubano sobre el tema objeto de análisis en este artículo.

en el momento del dictado de las normas, sino en su aplicación. Esto ocurre porque el proceso de formulación e impulso de leyes ambientales se ha hecho en muchos casos “conveniente” a los fines de la política. Partidos políticos en el poder o en la oposición erigen banderas ambientales. Lo ambiental se transforma en popular y atractivo, eventual garantía de apoyo en los debates políticos. La normativa vigente es criticada y nuevas leyes se enarbolan como herramienta del debate político. El efecto sobre el medio ambiente es casi nulo o puede ser contraproducente. Cuando se trata de la aplicación del derecho, la falta de voluntad política suele manifestarse evidente a través del poco apoyo a las estructuras institucionales dedicadas al seguimiento de la agenda ambiental, lo que suele contrastar con sus generalmente amplios mandatos que aparecen desfavorecidas dentro del esquema de la administración pública, con escasos medios materiales, humanos y financieros y, correspondientemente, con una limitada capacidad de acción, incluso cuando se cuenta con legislaciones formalmente robustas. La debilidad de estas estructuras suele hacerse evidente cuando se les compara con aquellos organismos públicos a cargo de la economía, las finanzas, el turismo, la agricultura o la minería, entre otros.

Los retos asociados a la aplicación del derecho ambiental, no deben desalentar los esfuerzos para su empleo efectivo, de hecho, es sumamente notable el modo en que este derecho ha progresado en los últimos años y los innegables resultados que pueden serle atribuidos en áreas específicas, si bien sostenemos que el grueso de sus fuerzas está operando “al final de la cadena” y muy atado todavía al empleo de herramientas milenarias del derecho que en este escenario están probando ser insuficientes ya no para revertir, sino siquiera para detener las actuales pautas de deterioro ambiental. Si bien algunos de los retos planteados parecen más accesibles a nuestro actuar, en particular aquellos que suponen una revisión inteligente y en muchos casos revolucionaria de las instituciones legales, lo cierto es que todos tendrán que ser ineluctablemente enfrentados, so pena de alcanzar un punto de no retorno donde no solo el derecho, sino todas las instituciones creadas por el hombre, resulten inefectivas para evitar una gran crisis ambiental global.

Reiterando lo que el derecho ambiental está aún excesivamente concentrado en regular las conductas humanas habituales, empleando herramientas tradicionales. De lo que se trata es de “repensar” el comportamiento

humano y traducirlo a normas jurídicas aplicables, donde mucho de su instrumental va a ser por fuerza muy diferente al hoy existente. Como suele ocurrir, el planteo de este problema es más simple que su solución, pero esa es la tarea. Lo importante es tener siempre presente que ninguno de estos fenómenos es el resultado de una evolución “natural” de las sociedades, sino la consecuencia de decisiones humanas y, por tanto, hechos sociales que deben ser contrarrestados con medidas políticas, en una escala que se corresponda con la gravedad que revisten. Hay muchas razones para ser pesimistas ante la situación a que hemos llegado, pero ninguna para renunciar al ejercicio de la voluntad de cambio; las instituciones sociales son una creación de los seres humanos y, por lo mismo, son eminentemente perfectibles.

Es por eso que se señala en la doctrina que es un derecho blando. De aquí que la doctrina le caracterice por tener un carácter notablemente funcional del Derecho Ambiental Internacional que contribuye a dar a sus normas una estructura flexible, configurando un universo jurídico particularmente fluido que presenta los perfiles característicos del *soft law*. Estas normas de *soft law* producen a menudo una especie de “efecto contagio”, que las lleva a convertirse con el tiempo en normas de derecho sin más: el requisito de evaluación de impacto ambiental, la consideración de la atmósfera como patrimonio común de la humanidad, el deber de información y consulta previa respecto de las actividades que puedan causar un impacto ambiental transfronterizo, etc.

Finalmente el profesor José JUSTE RUIZ, expone que la vida humana se realiza y desarrolla en “un mundo que es ecológicamente único, pero que está políticamente compartimentado”, por lo que la solución de los problemas ambientales requiere de actuaciones inteligentes.²³ De lo cuál ambos autores coinciden.

23 Consultar libro de texto de pregrado en Temas de Derecho Ambiental, publicado por la Editora Félix Varela. Universidad de La Habana. Cuba. Para los estudios de la carrera de Derecho. 2005.

IV. CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado, coincidimos en precisar, a manera de síntesis, algunos aspectos fundamentales en relación con los retos y perspectivas de la protección de los derechos humanos, y medioambientales en particular, desde la óptica del Derecho Ambiental Internacional:

A. Los derechos ambientales se configuran dentro del proceso de evolución de los derechos humanos, en un etapa avanzada del desarrollo social, perteneciendo la generación de los derechos colectivos, de solidaridad o de acción positiva, condicionados por el vertiginoso desarrollo de las últimas décadas del siglo XX y la demanda colectiva de disfrutar de un ambiente sano y seguro ante la explotación indiscriminada de los recursos bióticos y abióticos por parte del hombre.

B. El proceso de internacionalización de los derechos humanos alcanza de una manera singular a los derechos ambientales, sentando las bases para la configuración de una novedosa rama o disciplina jurídica, el Derecho Ambiental Internacional, desde cuyos instrumentos normativos convencionales e institucionales se contribuye decisivamente a la protección del medio ambiente y a su vez, por la propia característica de interdependencia de los derechos humanos, extiende su protección hacia el disfrute de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, el desarrollo, la alimentación, el esparcimiento, la libertad, la igualdad, entre otros.

C. A partir de las características y principios rectores del Derecho Ambiental Internacional, se proyectan los retos y perspectivas en su función protectora de los derechos humanos, siendo necesario atender con la urgencia y conciencia reclamadas a todos los actores que operan sobre el medio ambiente, algunos problemas graves como el calentamiento global; la preservación de la biodiversidad y los ecosistemas; la protección del medio ambiente frente al uso de las armas nucleares; los efectos de las guerras; el profundo desequilibrio económico entre las naciones; el hambre, la pobreza, la insalubridad, la precariedad de la vida; la lucha contra la desertización y la sequía; el agotamiento de recursos no renovables, entre otros.

D. El Derecho Ambiental Internacional, a la par que debe ocuparse de estas

problemáticas que ponen en riesgo la existencia de la especie humana, como instrumento de efectiva protección de los derechos humanos y medioambientales en particular, debe procurar afianzar su proyección sobre la base de reforzar la eficacia y obligatoriedad de sus normas; instrumentar medidas para exigir la debida responsabilidad a quienes atenten contra el medio ambiente; garantizar una adecuada evaluación del impacto ambiental, ponderando los principios de precaución y prevención sobre el de reparación del daño ambiental; crear los medios oportunos para realizar la auditoría ambiental e implementar la justicia ambiental, como garantía, y desarrollar la conciencia individual y colectiva acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente, así como su activa participación en la mitigación de los efectos que provoca el inadecuado uso de los recursos naturales. Esta es la clave para asegurar la supervivencia de nuestra especie y para garantizar, mediante el esfuerzo internacional asentado en el principio de cooperación internacional en la lucha frente a los graves problemas ambientales, la materialización del derecho a un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, como base para el disfrute del resto de los derechos humanos consagrados por los ordenamientos jurídicos internos y tutelados por el sistema internacional.

¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?

Cassandra Burdyslaw^{1 2}

Sumario:

El presente artículo aborda un análisis comparado de la Institución de los Tribunales Ambientales, a la luz de su reciente incorporación al ordenamiento jurídico chileno. Para ello, presenta similitudes y diferencias con tribunales especializados de igual naturaleza principalmente de Estados Unidos, Costa Rica y Australia, entre otros, analizando su funcionamiento y puesta marcha, con el objeto de formular sugerencias para un mejor desempeño de los tribunales ambientales recientemente creados en nuestro país.

93

Abstract:

This article makes a comparative analysis of environmental tribunals, in light of the recent incorporation of environmental law in the Chilean legal system. The paper discusses the similarities and differences of analogous specialized courts in the U.S., Costa Rica and Australia, among other countries, and analyzes their function and proceedings in order to develop proposals for improving the performance of the newly created environmental courts in our country.

1 Abogada del estado de Ohio, EE.UU. y graduada de la Escuela de Derecho de Vermont.

2 El presente trabajo fue elaborado durante mi pasantía realizada en FIMA durante el año 2011, con la colaboración de Rodrigo Polanco y Gabriela Burdiles.

I. INTRODUCCIÓN

Durante muchos años, Chile ha experimentado un período de fuerte crecimiento económico.³ Este rápido crecimiento ha traído, como consecuencia, un aumento de los problemas ambientales y conflictos sociales. Inicialmente los casos legales que surgieron de estas disputas fueron resueltos por tribunales de jurisdicción general, pero en el año 2009, el Senado de Chile elaboró un proyecto de ley para crear un sistema de tribunales ambientales. Dicha ley fue aprobada por el Congreso en enero de 2012 y publicada con el N° 20.600 en el Diario Oficial de fecha 28 de junio de 2012.

En el mundo, los tribunales ambientales son cada vez más reconocidos por sus logros y por tener un gran potencial en la promoción de un desarrollo ecológicamente sostenible. Estos tribunales tienen un papel central en el cumplimiento de las leyes ambientales, al resolver reclamaciones, interpretar leyes y generar foros para la solución de controversias.⁴

En el año 2009, 41 Estados ya contaban con tribunales ambientales.⁵ No obstante, los países han seguido caminos diferentes para la solución de las controversias ambientales. En los Estados Unidos, por ejemplo, la mayoría de las disputas ambientales son resueltas por tribunales de jurisdicción general, aplicando los principios del derecho general y administrativo.⁶ Sin embargo, en el estado de Vermont se creó un tribunal especializado que forma parte del poder judicial de dicho Estado.⁷ Otro ejemplo es India, que promulgó, el 2 de junio de 2010, la “Ley Nacional del Tribunal Verde”, que establece un sistema nacional de tribunales ambientales.⁸ Costa Rica, por su parte, cuenta con un tribunal especializado en controversias ambientales, pero este tribunal es parte del ministerio del medio ambiente y no del poder judicial.⁹

3 OCDE. Environmental Performance Reviews, Chile: Conclusions and Recommendations. 2005. p. 2.

4 ASIAN DEVELOPMENT BANK. Green Benches: What can the People's Republic of China learn from environmental courts of other countries? 2009.p. vii.

5 PRING, George y PRING, Catherine.Greening Justice, Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals. The Access Initiative. World Resources Institute, 2009. p. v.

6 BIRDSONG, Bret C. Adjudicating Sustainability: New Zealand's Environment Court. Ecology Law Quarterly, 29 (5), 2002. p. 4.

7 Creation of Superior Court Law, 4 V.S.A. § 30 (a) (1) (D) (2010).

8 NAIN G., Gitanjali. A Green Tribunal for India.Oxford Journal of Environmental Law.22 (3): 461-474, 2010. p. 462.

9 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I, Artículo 103 (1995).

Los distintos métodos de creación y las formas de organización de estos tribunales tienen un gran impacto en su eficacia. Además de promover el desarrollo ecológicamente sostenible,¹⁰ los tribunales ambientales han demostrado que pueden aliviar la carga de los tribunales de jurisdicción general al avocarse de manera especializada a la resolución de un gran número de casos pendientes.¹¹ Pero lo más importante es que han traído como consecuencia el aumento del cumplimiento ambiental, incrementando también el número de infractores sancionados en las zonas donde existen tribunales ambientales.¹²

Este artículo examina la puesta en marcha y la eficacia de los tribunales de Vermont, Costa Rica, Australia y otros tribunales ambientales en el mundo. Las conclusiones podrán ser útiles para analizar lo que suceda en el caso chileno, cuando entre en pleno funcionamiento su sistema de tribunales ambientales.

II. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Los tribunales ambientales han sido concebidos como una solución justa y transparente para avanzar en la búsqueda del equilibrio armónico entre la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo, búsqueda que ha sido fuente constante de preocupaciones en Chile.

95

Lo anterior se demuestra por ejemplo, en el año 1996, durante la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-1999), cuando se estableció, en un memorando presidencial dirigido a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y a las demás autoridades que intervenían en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la denominada "Doctrina Frei". Dicha política señalaba que el trabajo de las autoridades ambientales consistía únicamente en aprobar los proyectos de inversión y en mejorarlos si era necesario, pero nunca en rechazarlos.¹³ El siguiente gobierno, de Ricardo Lagos (2000-2006), buscó en su fase inicial restaurar la

10 PRESTON, Hon. B.J. Operating an environment court: the experience of the land and environment court of New South Wales and 12 benefits of judicial specialization in environmental law [en línea] <[http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/lcc/ll_lcc.nsf/vwFiles/Speech_2011_PrestonCJ_3-4Feb11.pdf/\\$file/Speech_2011_PrestonCJ_3-4Feb11.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/lcc/ll_lcc.nsf/vwFiles/Speech_2011_PrestonCJ_3-4Feb11.pdf/$file/Speech_2011_PrestonCJ_3-4Feb11.pdf)> (consulta: abril 2012)

11 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. vii.

12 Id.

13 TECKLIN, David, BAUER, Carl y PRIETO, Manuel. Making environmental law for the market: the emergence, character, and implications of Chile's environmental regime. *Environmental Politics*. 20 (6), 2011. p. 891.

autoridad y credibilidad de la CONAMA, haciendo hincapié en que la toma de decisiones debía ocurrir dentro de los canales institucionales legítimos. Sin embargo, tanto el Presidente Lagos como sus ministros intervinieron periódicamente en los conflictos ambientales, lo que reforzó la opinión de que el SEIA se había politizado.¹⁴ Así, en el año 2005, la credibilidad de CONAMA cayó por debajo del 20%, según un sondeo de opinión nacional (CERC 2005).¹⁵

En el año 2005, un análisis realizado por la propia CONAMA arrojó una serie de problemas críticos: el modelo de coordinación no se ajustaba correctamente y no se había legitimado en el resto del gobierno; su aplicación era fragmentada e ineficaz, y la intervención política estaba socavando la credibilidad técnica de la agencia.¹⁶ De este modo, la creación de los tribunales ambientales fue uno de varios pasos dados para hacer frente a la ilegitimidad percibida en la fiscalización ambiental en Chile.

En general, el establecimiento de un sistema judicial ambiental implica algunas medidas críticas.¹⁷ En primer lugar, tiene que haber alguna forma de legislación habilitante o fundamento legal que especifique el número, alcance, competencia, procedimientos y atribuciones de los tribunales ambientales.¹⁸ En el caso de Chile, en el Protocolo de Acuerdo firmado por el Ejecutivo y algunos Senadores el 26 de octubre de 2009, se estableció el compromiso por parte del Gobierno de ingresar un proyecto de ley que crearía los tribunales ambientales. Las finalidades de dichos órganos serían: (a) actuar como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente¹⁹; b) resolver las controversias contenciosas administrativas en materia ambiental; y (c) resolver las demandas por daño ambiental.²⁰ Este proyecto de ley fue

14 Id.

15 Id.; Una serie de trabajos mencionan el caso de la Forestal Celulosa Arauco como un punto de inflexión en la Política Ambiental. Véase, por ejemplo ASENJO, Rafael. "Institucionalidad pública y gestión ambiental en Chile". En: Foco, N° 91, 2006, pp. 1-19 y PIZARRO, Rodrigo. "Los cinco problemas de la institucionalidad ambiental en Chile". En: Foco, N° 91, 2006, p. 11.

16 Id.; Memo N8 40/ 11 Enero 2008/LCV, 'Líneas generales tras la propuesta de rediseño'. Estas críticas se hacen eco en el mensaje presidencial que acompañó a la reforma propuesta por el gobierno de Bachelet de la ley.

17 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. vii.

18 Id.

19 La creación de la Superintendencia del Medio Ambiente se enmarca dentro de la reforma que estableció la Nueva Institucionalidad Ambiental de Chile. Fue creada por la Ley N° 20.417, que modificó la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente; y que en su artículo segundo estableció su ley orgánica. Como institución fiscalizadora en materia ambiental, tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) y demás instrumentos de gestión ambiental.

20 INICIO DEL PROYECTO, MENSAJE N° 1419-357.

aprobado unánimemente por el Congreso en enero de 2012, excluyendo sin embargo la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, la que es de competencia del juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño.²¹

Ya en 1989, de forma similar pero mucho antes, el estado de Vermont, en Estados Unidos, había aprobado la Ley Uniforme de Aplicación de la Ley del Medio Ambiente, también conocida como "Ley 98".²² La Ley 98 se dictó con la finalidad de mejorar la aplicación del derecho ambiental en Vermont, e incluía la creación de una corte ambiental.²³ En el año 2010, la Asamblea Legislativa de Vermont rediseñó la corte del medio ambiente, pasando esta a constituir la división medio ambiental de la corte superior.²⁴

Vermont utilizó la creación de la corte ambiental como solución a la aplicación desigual y confusa de las leyes ambientales. A pesar de que dicho Estado ha contado con leyes ambientales estrictas desde finales de los años 60, su aplicación no ha sido consecuente, dada la aplicación de diferentes métodos para los diferentes casos. Así, por ejemplo, hay casos en los que se logró la persecución penal, pero no la aplicación de medidas cautelares. En otros se le permitió a la agencia ambiental del estado emitir órdenes, sin que existiera mecanismo judicial para hacerlas cumplir.²⁵ En ciertas ocasiones se permitió que el Fiscal General solicitara al tribunal civil el cumplimiento de órdenes judiciales o de medidas cautelares, pero no se previeron sanciones pecuniarias aplicables para esos procesos.²⁶ No existía vínculo explícito, en ninguna de sus disposiciones, entre la ganancia económica que el infractor había percibido al cometer la infracción ambiental y la fijación de la cantidad apropiada como pena.²⁷ Tampoco había una vinculación específica entre la magnitud del daño a la salud pública o ambiental o el riesgo de daño y la pena correspondiente.²⁸ Además la inspección y el enjuiciamiento de los casos

21 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 46.

22 AGENCY OF NATURAL RESOURCES DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL CONSERVATION COMPLIANCE & ENFORCEMENT DIVISION. Report to the Legislature Regarding Act 98 (1989) Uniform Environmental Enforcement Act. 2010. p. 1.

23 Id.

24 Creation of Superior Court Law, 4 V.S.A. § 30 (a) (1) (D) (2010).

25 Judge Meredith Wright. The Vermont Environmental Court. Journal of Court Innovation 3 (1), 2010. p. 204.

26 Id.

27 Id.

28 Id.

fueron diferentes, dependiendo de la carga de trabajo de los inspectores del medio ambiente.²⁹ La aplicación irregular o falta de una metodología clara y segura dieron como resultado el tratamiento diferenciado entre infractores, lo que se percibió como injusto por parte de la sociedad.³⁰ Así, los que cumplían con la ley gastando dinero para realizar sus operaciones de forma regular, o para solicitar un permiso ambiental antes de empezar la operación, se sentían en desventaja económica, si se comparaban con aquellos que violaban la ley sin ser penalizados.³¹ Debido a estos problemas, la comunidad regulada, así como los organismos gubernamentales y algunos grupos de ciudadanos, comenzaron a reclamar un enfoque más uniforme y previsible para la aplicación de las leyes ambientales.³² De esta manera, se promulgó en 1989 la Ley de Aplicación Ambiental Uniforme, que creaba un sistema de aplicación de las leyes ambientales, destinado a fomentar tanto la existencia como la conciencia pública de imparcialidad, consistencia y previsibilidad en el sistema.³³

La Ley de Aplicación Ambiental Uniforme dio nuevas atribuciones a la Agencia de Recursos Naturales para emitir órdenes de ejecución administrativas unilaterales que podían contener sanciones pecuniarias, así como disposiciones correctivas.³⁴ La ley también creó una nueva autoridad para inspecciones y dispuso la oportunidad de llevar a cabo audiencias inusualmente rápidas.³⁵ Mediante el establecimiento de un tribunal especializado en el sistema judicial, la legislatura quiso garantizar un trato justo a la parte demandada en los tribunales, y asegurar, al mismo tiempo, la igual aplicación de la ley en todo el Estado de Vermont.³⁶

Por otra parte, el caso de Costa Rica también es interesante ya que comenzó con la aprobación, en el año 1995, de la Ley N° 7554, o Ley Orgánica del Ambiente. Dicha ley incluyó la creación de una corte ambiental pero de carácter administrativa, como pieza fundamental de una estrategia más

29 Id.

30 Id.

31 Id.

32 Id.

33 Id. a 204-5.

34 Id. a 205.

35 Id.

36 Id.

amplia de protección del medio ambiente.³⁷ Hablaremos más adelante de este importante tribunal.

III. JURISDICCIÓN

Las cortes y tribunales ambientales pueden estar facultados para adoptar enfoques integrados, de manera de abarcar las diferentes leyes ambientales en su conjunto, a diferencia de lo que pasa con los tribunales ordinarios, que no pueden actuar de esta forma.³⁸ Por ejemplo, si bien existe una tendencia global hacia la integración de las leyes ambientales y aquellas que regulan el uso del territorio, pocas naciones o jurisdicciones han logrado de hecho integrar plenamente ambas legislaciones,³⁹ a pesar de que se trata de dos áreas absolutamente interdependientes. Con la creación de los tribunales y cortes ambientales, los legisladores y políticos pueden romper con esta segmentación y combinar ambos temas en un solo foro.⁴⁰ Así, un tribunal del medio ambiente podría tener la autoridad para revisar de forma simultánea todos los permisos ambientales relativos a las necesidades de desarrollo (zonificación, construcción, permisos de salud pública, aire, agua, permisos de residuos, estudios de impacto ambiental, requisitos de preservación ecológica, derecho indígena, preservación histórica y cultural, etc.) en lugar de que tales decisiones las tomen diferentes autoridades, en diferentes momentos y con diferentes – y a veces contradictorios– resultados.⁴¹

99

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales en Chile, ellos tendrían competencia para: 1) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación; 2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado; 3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente; 4) Autorizar

37 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I, Artículo 103 (1995).

38 PRING, George y PRING, Catherine. op. cit. p. 16.

39 Id.

40 Id.

41 Id.

las medidas provisionales de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen determinadas sanciones, elevadas en consulta; 5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, que rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental o de la revisión de una resolución de calificación ambiental; 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental; 7) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados; 8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental; y 9) Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes.

100

En contraste, el Tribunal de Justicia de Costa Rica tiene jurisdicción ambiental administrativa para: a) considerar y decidir, en los procedimientos administrativos, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones de las leyes que protegen el medio ambiente y recursos naturales, b) Conocer, tramitar y resolver su iniciativa propia o a petición de parte, las reclamaciones relativas a los activos omitidos y los comportamientos que violen o amenacen violar las normas de la legislación tutelar el medio ambiente y los recursos naturales, c) Establecer, en los procedimientos administrativos, las reclamaciones que puedan surgir en relación con los daños resultantes de violaciones de leyes que protegen el medio ambiente y los recursos naturales.⁴² En 2002, la Asamblea Legislativa de ese país presentó un proyecto de ley que creaba la autoridad ambiental penal, pero el proyecto de ley no fue aprobado.⁴³ Así, el análisis de casos en los que existe responsabilidad penal por daños

42 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I, Artículo 111 (1995).

43 ECHEVERRÍA, Carlos. Costa Rica: Civil and Criminal Liability Due to Environmental Issues. Inter-American Trade Report. 2002. p. 8.

al medio ambiente sigue estando dentro de la jurisdicción de los tribunales penales generales.

En Vermont, desde el inicio la corte ambiental está encargada de resolver las apelaciones a las decisiones estatales sobre los permisos de uso de tierras (Ley N° 250), permisos ambientales estatales y otras decisiones de la Agencia de Recursos Naturales. También resuelve las apelaciones a decisiones municipales sobre uso de suelo, zonificación y planificación. Asimismo, resuelve los casos municipales de aplicación del uso de tierras, y las acciones de aplicación presentadas por la Agencia de Recursos Naturales y la Junta de Recursos Naturales.⁴⁴ A medida que ha pasado el tiempo, se le han ido añadiendo jurisdicción a la Corte de modo que su competencia hoy cubre principalmente cuatro tipos de casos: 1) el cumplimiento de las leyes estatales de medio ambiente de Vermont; 2) los recursos de toda la planificación municipal y de zonificación del estado; 3) apelaciones a las decisiones de la agencia ambiental del Estado (Agencia de Recursos Naturales), cuyas decisiones incluyen la descarga de agua, emisiones de aire, eliminación de residuos y otros permisos ambientales; y 4) apelaciones a las decisiones de las comisiones regionales de medio ambiente y los coordinadores del distrito en el estado de Vermont, sobre uso de la tierra en la ley conocida informalmente como la Ley N° 250 (10 VSA cap. 51).⁴⁵

IV. COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

En un comienzo se planeaba que el tribunal ambiental chileno se establecería en un solo lugar, conformándose por tres abogados y dos profesionales de las ciencias y la economía, siguiendo una forma similar a la del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.⁴⁶ Hoy en día la Ley N° 20.600 contempla la existencia de tres tribunales a lo largo del país y cada uno será integrado por tres ministros. Dos de los ministros deben tener título de abogado, llevar al menos diez años de ejercicio profesional y tener especialización académica o profesional en las áreas de derecho administrativo o ambiental. El tercero deberá ser licenciado en ciencias con

44 Jurisdiction, Environmental Division, 4 VSA § 34 (2010).

45 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 203.

46 PROGRAMA CHILE SUSTENTABLE. Observatorio Parlamentario Ciudadano. Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales. Minuta de tramitación en el Senado del Congreso Nacional. 2010, p. 4.

especialización en asuntos de medio ambiente, y contar con, al menos, diez años de ejercicio profesional.⁴⁷

El fundamento de esta integración es que los temas ambientales se encuentran en una zona de conocimientos altamente especializados, pero también inciertos, por lo que es razonable resolver no solo las discrepancias entre jueces abogados, si no también aquellas que residan entre los que no tienen esa capacidad, sino otra especialización que contribuya a una mejor decisión en términos ambientales.⁴⁸ Existen tribunales ambientales exitosos, sobre todo en Suecia y en el Estado de Nueva Gales del Sur (NGS), en Australia, que son integrados por jueces con formación técnica, además de aquellos especializados en derecho.⁴⁹ Sin embargo, otros países como Costa Rica, requieren que los miembros del tribunal sean solo abogados con experiencia en el medio ambiente.⁵⁰

102

A pesar que la composición de los tribunales ambientales chilenos es mixta, se le da mayor énfasis a los ministros con formación legal que a los con formación científica. Así, la ley dispone que se nombrarán dos ministros de formación jurídica y solo uno formado en ciencias con especialización en materias medio ambientales.⁵¹ En Vermont, los juicios en la división de medio ambiente son llevados por un solo juez,⁵² pero a pesar de esto, la división del medio ambiente se compone de dos jueces.⁵³ Anteriormente sólo había un juez, pero en el año 2004, se aprobó una ley que permitió que existan dos jueces en la corte ambiental de Vermont.⁵⁴

Los jueces de la corte ambiental de Vermont deben ser abogados habilitados para ejercer ante la Corte Suprema de Vermont.⁵⁵ No hay especificaciones, dentro de los requisitos de la corte ambiental indicando que los jueces deban además contar con una formación científica,⁵⁶ pero

47 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 2.

48 Inicio del Proyecto, Mensaje N° 1419-357.

49 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 202-203.

50 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I, Artículo 105 (1995).

51 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 2.

52 Environmental Division, 4 VSA § 1001(a) (2010).

53 Id.

54 MEHTA, Amy. Commentary on the Environmental Court of Vermont.(May 18, 2011). [en línea] <http://www.pace.edu/sites/pace.edu.school-of-law/files/UJEA/Commentary-Environmental_Court_of_Vermont_May_18_2011.pdf>

55 Environmental Division, 4 VSA § 1001(c) (2010).

56 Id.

de todas formas asisten continuamente a cursos de educación judicial, con el fin de mantener y desarrollar su competencia y capacidad para comprender las leyes medioambientales especializadas y para evaluar la evidencia científica y técnica.⁵⁷ De acuerdo con la primera jueza de la corte ambiental de Vermont, “no es que un juez deba ser capaz de aplicar la ingeniería, hidrogeología o la química orgánica, pero es extremadamente importante que pueda escuchar el testimonio de expertos con un oído crítico, de manera de ser capaz de sopesar el testimonio más allá de las credenciales de un experto en particular.”⁵⁸

Con el fin de facilitar la solución más expedita de los casos en Vermont, fue necesario reclutar personal adicional. Así, la creación de la posición del administrador de casos del medio ambiente ha significado un ahorro importante de tiempo judicial, mientras que la adición de personal extra de oficina ha hecho posible un mejor seguimiento y vigilancia de los casos.⁵⁹ También se designó a un segundo juez, otorgando de esta forma más tiempo a ambos jueces para dedicarse a redactar sus veredictos.⁶⁰ Debido al personal adicional, se logró eliminar el atraso de seis meses de casos sin resolver por completo, y la administración de los casos ha mejorado significativamente.⁶¹ A pesar del aumento de sus competencias y un alza en el número de casos, se registró una reducción significativa de los juicios pendientes, debido a la gestión más rápida de los juicios en la corte.⁶²

103

Los tribunales ambientales chilenos incluirán a varios empleados, además de los ministros. La ley prevé en su planta de personal a un secretario abogado, dos relatores abogados, un profesional universitario de la esfera económica, y un profesional universitario del área de las ciencias, entre otros.⁶³

Además, los tribunales ambientales chilenos pueden contratar a expertos externos a honorarios, para lo que deben disponer de fondos. Los

57 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 202.

58 Id. a 202–203.

59 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 16.

60 Id.

61 Id.

62 Id.

63 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 13 y siguientes.

nombramientos del personal están a cargo de cada tribunal.⁶⁴

La corte ambiental de Vermont también tiene la autoridad para llamar a expertos independientes que serán responsables ante la corte, pero, a diferencia de lo que pasa en Chile, no cuenta con presupuesto para ello.⁶⁵ La calidad de las pruebas y argumentos son de suma importancia para las decisiones judiciales, y gran parte de esa calidad depende de los expertos.

Para mejorar aún más la calidad y el valor de la prueba pericial, la corte del estado de Nueva Gales del Sur promulgó recientemente una directriz práctica que requiere a los expertos concentrarse en cooperar con la corte, en lugar de abogar por las causas de sus clientes.⁶⁶ Los expertos contratados por los tribunales ambientales de Chile son responsables ante el tribunal y no ante las partes. Sin embargo, los informes de los expertos que presenten las partes no tendrán el mismo valor probatorio que las pericias decretadas por el tribunal, aunque deberá darse cuenta de los informes de estos peritos adjuntos en el informe pericial definitivo.

En Vermont, los jueces de la división de medio ambiente pueden ser asignados por el juez administrativo para conocer otros asuntos en la corte superior.⁶⁷ De 1992 a 2001, la jueza de la corte del medio ambiente fue asignada a integrar los tribunales civiles y penales, además de tener que manejar todo el trabajo de la Corte Ambiental.⁶⁸ Antes de la adición de recursos municipales en 1995, el trabajo de la Corte Ambiental no requería un cargo de tiempo completo.⁶⁹ Sin embargo, a partir de 1995, el manejo de la carga laboral de la corte ambiental, sumado a los trabajos asignados, comenzaron a requerir muchas más horas que las que dedica un solo puesto a tiempo completo.⁷⁰ Ni en los tribunales ambientales de Chile ni de Costa Rica se considera llamar a sus jueces a trabajar o integrar otros tribunales.⁷¹

64 Id.

65 PRING, George y PRING, Catherine.op. cit. p. 58.

66 SMITH, Stewart. A Review of the Land and Environment Court.NSW Parliamentary Library Research Service, 2001. p. 6.

67 Environmental Division, 4 VSA § 1001 (b) (2010).

68 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 202.

69 Id.

70 Id.

71 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, (Chile, junio 2012); y Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I (1995).

Puede que al comienzo en Chile cueste trabajo llenar los cargos de los tribunales ambientales con personas que cuenten con la requerida experiencia ambiental, cosa que ha sucedido en otros países, como en China, por ejemplo. A pesar de los significativos progresos que se han llevado a cabo para profesionalizar el sistema judicial Chino en la última década, muy pocos, de los aproximadamente 190 mil jueces Chinos, tienen una formación especializada en medio ambiente.⁷² Esto es entendible, considerando la corta historia de protección ambiental y de educación en la legislación ambiental de China.⁷³ Recientemente han empezado a entrar en el plan de estudios de algunas escuelas de derecho cursos de derecho ambiental, pero la mayoría de estas escuelas no los hacen obligatorios.⁷⁴ Para el año académico 2004-2005, los licenciados con títulos de postgrado en derecho ambiental de 30 instituciones de educación superior no llegaban a los mil. Muy pocos de estos graduados se han convertido en jueces.⁷⁵ Sólo el 5% de los licenciados en derecho ambiental de la Universidad China de Ciencia Política y Derecho (CUPL) han trabajado en los tribunales, en cualquier puesto.⁷⁶

V. ¿QUÉ PROCESO SE UTILIZA PARA SELECCIONAR E INSTAURAR A LOS JUECES?

Mientras mayor sea el control directo que la agencia del medio ambiente ejerce en el proceso de nombramiento, más probable resultará que exista presión política.⁷⁷ En Chile, cada ministro será nombrado por el Presidente, con acuerdo del Senado, a partir de una lista de cinco personas propuesta por la Corte Suprema de Justicia.⁷⁸ La Corte Suprema hará la lista correspondiente a partir de una lista que contenga un mínimo de seis y un máximo de ocho nombres por cada cargo, propuesta por el Consejo de la Alta Dirección Pública.

72 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 8.

73 Id.

74 Id.

75 Id.

76 Id.

77 PRING, George y PRING, Catherine. op. cit. p. 73.

78 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 2.

Cada Tribunal tendrá dos ministros suplentes. Uno de ellos debe tener título de abogado, haber trabajado por lo menos ocho años y haberse especializado académica o profesionalmente en las áreas de derecho administrativo o del medio ambiente. El otro deberá ser licenciado en ciencias, con especialidad en materias de medio ambiente y ocho años de ejercicio profesional.⁷⁹ Los ministros suplentes permanecerán en sus cargos durante seis años, renovables por un máximo de dos mandatos consecutivos, a través de renovaciones parciales cada dos años.⁸⁰ Los ministros suplentes serán designados de la misma forma que los titulares.⁸¹

En Vermont, todos los jueces de primera instancia son designados por el gobernador y se confirman mediante una votación en la legislatura.⁸² El juez del medio ambiente deberá ser nombrado, designado, confirmado, pagado y mantenido, y recibirá todos los beneficios de un juez superior.⁸³ Su período durará seis años,⁸⁴ después de los cuales un comité legislativo llevará a cabo audiencias sobre el juez y hará una recomendación a toda la legislatura, para que vote si se debe mantener al juez por un nuevo mandato de igual período.⁸⁵

En Costa Rica, se cuenta alternativamente con tantos suplentes como ministros⁸⁶ y todos los ministros son nombrados por el Consejo Nacional del Medio Ambiente, por un período de seis años.⁸⁷

106

VI. DERECHO A APELAR

Vermont no tiene tribunal de apelaciones de nivel intermedio, por lo que cualquier apelación a la corte ambiental pasa directamente a la Corte Suprema de Vermont.⁸⁸ No existe el derecho de apelación respecto de lo que resuelva la Corte Suprema.⁸⁹ Sin embargo, por moción de una de las partes,

79 Id.

80 Id.

81 Id.

82 Environmental Division, 4 VSA § 1001 (2010).

83 Id. at § 1001(c).

84 Id. at § 1001(d).

85 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 202.

86 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I Artículo 104 (1995).

87 Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, 7554, Capítulo I Artículo 104 (1995).

88 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 202.

89 Appeals, 4 V.S.A. § 1107 (d) (2010).

presentada ante la Corte Suprema, ésta puede permitir que se le presente un recurso de apelación que provenga de la Sala Penal o Ambiental de la corte superior.⁹⁰

La corte ambiental de Vermont concede el derecho a juicio sobre el fondo del recurso, en el cual la agencia ambiental debe presentar pruebas y probar el caso en primera instancia.⁹¹ Un demandado que recibe una orden administrativa y que desea impugnar las medidas correctivas o la cantidad establecida como sanción pecuniaria, debe presentar una “notificación de solicitud de audiencia”. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación, el tribunal está obligado a llevar a cabo la audiencia sobre los méritos de la orden.⁹² En este tipo de casos, la audiencia es *de novo*, y la corte puede imponer una nueva multa monetaria aplicando los factores de penalización previstos en el estatuto.⁹³ La corte también cuenta con la autoridad para confirmar, modificar o revocar algunas órdenes de reparación, pero para aquellas que son más técnicas, la corte solo tiene autoridad para reafirmar la orden o para revocarla y devolverla a la agencia si no es razonablemente probable que conseguirá el resultado deseado.⁹⁴ Esta disposición reconoce la competencia técnica de la agencia ambiental del Estado para formular los requerimientos de compensación de una orden de ejecución.⁹⁵

En Nueva Gales del Sur, fue impugnada la competencia de la corte ambiental para llevar a cabo una revisión del fondo de las decisiones del gobierno. En 1999 y 2000, los consejos individuales, alcaldes, algunos grupos de conservación y la Asociación de Gobierno Local, hicieron más activa su lucha por la reforma del proceso de apelaciones respecto del fondo de las decisiones.⁹⁶ Por ejemplo, el Consejero del Presidente de la Asociación de Gobiernos Locales, señaló que el hecho de que los asesores de la corte de la Tierra y el Medio Ambiente juzgaran las aplicaciones de desarrollo de acuerdo al fondo, en lugar de hacerlo de acuerdo a la ley, era

90 Id.

91 Judge Meredith Wright. op. cit. p. 205–206.

92 Id. a 206.

93 Id.

94 Id.

95 Id.

96 SMITH, Stewart. op. cit. p. 7.

injusto.⁹⁷ Declaró: “Es terrible tener a un personaje sentado allí pensando que conoce mejor el área que los nueve o doce representantes elegidos por el pueblo(...) si la corte tiene un papel, debería ser tomar decisiones de acuerdo a la ley y no de acuerdo al fondo(...) están mucho menos calificados para estar tomando decisiones de acuerdo al fondo, que los concejales y sus comunidades en conjunto.”⁹⁸

A principios de 2001, el Municipio de Sydney publicó un libro, *Los legados no deseados de la Corte de la Tierra y el Medio Ambiente*, que puso de relieve algunas de las decisiones controvertidas de la corte.⁹⁹ Estos incluían los siguientes desarrollos aprobados por la corte después de que se habían rechazado por parte del consejo pertinente: se autorizó un burdel frente a la Escuela Primaria de Liverpool; se otorgó una licencia a una taberna en una zona libre de alcohol, y la construcción de viviendas de adultos mayores en el cauce de un río.¹⁰⁰

108

En contraste con los municipios, la Oficina del Defensor del Medio Ambiente (DMA) respaldó la base legislativa de los recursos de apelación de acuerdo a un análisis del fondo, y consideró que esta jurisdicción de la Corte debía continuar.¹⁰¹ La justificación de la revisión del fondo se funda en la noción de la justicia natural.¹⁰² Así, sostuvo que los derechos, libertades y obligaciones de los ciudadanos no deberían depender excesivamente de las decisiones administrativas cuyo fondo no es objeto de revisión.¹⁰³ Una decisión administrativa debe ser objeto de revisión en cuanto al fondo, si puede llegar a afectar los intereses de una persona. El DMA señaló que no se justifica criticar a la corte, ya que la corte no es la fuente del problema.¹⁰⁴ Se consideró que el origen de la insatisfacción proviene del contexto legal en que la Corte debe resolver las apelaciones.¹⁰⁵ El DMA señaló que es importante que los instrumentos de planificación ambiental contengan disposiciones fuertes, claras e inequívocas que definan lo que constituye

97 Id.

98 Id.

99 Id.

100 Id.

101 Id. a 11.

102 Id.

103 Id.

104 Id.

105 Id.

y lo que no constituye un desarrollo aceptable.¹⁰⁶ El DMA señaló también que el sistema de planificación se está alejando de este enfoque.¹⁰⁷

En Chile, sólo algunas resoluciones de los tribunales ambientales son apelables: Las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación.¹⁰⁸ De este recurso conoce la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.¹⁰⁹ El plazo para la interposición de la apelación es de diez días contado desde la notificación de la resolución respectiva.¹¹⁰ En cambio, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, procede, en determinados casos establecidos en la ley, sólo el recurso de casación en el fondo y forma.¹¹¹ El recurso de casación se interpone ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para que sea conocido por la Corte Suprema, donde tiene preferencia para su vista y fallo.¹¹² Por último, ante la Corte Suprema sólo puede rendirse prueba documental salvo que ella, de oficio, disponga la práctica de otras pruebas.¹¹³

VII. HERRAMIENTAS DE LA CORTE: RECAPTURANDO BENEFICIOS ECONÓMICOS

109

Un aspecto interesante de la jurisdicción ejecutiva de la corte ambiental de Vermont es la metodología para evaluar las sanciones mediante la aplicación de factores reglamentarios.¹¹⁴ Debido a que un objetivo importante de la ley es evitar que quienes violen las leyes ambientales del estado obtengan ventajas económicas injustas, se le concedió al tribunal la autoridad para fijar una multa que elimine o recupere dicho beneficio económico, que se aplica además de una multa evaluada según los factores reglamentarios.¹¹⁵

106 Id.

107 Id.

108 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 26.

109 Id.

110 Id.

111 Id.

112 Id.

113 Id.

114 Judge Meredith Wright, op. cit. p. 206.

115 Id.

El estatuto de ejecución ambiental reconoce, por tanto, que la aplicación efectiva de la ley ambiental depende de que se considere la violación desde el punto de vista económico del infractor.¹¹⁶ El principio pretende crear un incentivo económico para el cumplimiento, es decir, que sea más costoso violar las leyes y reglamentos que cumplirlas.¹¹⁷

Hay además múltiples factores que la corte debe tener en cuenta al evaluar una sanción. Por ejemplo, es importante considerar el tiempo durante el cual existió la violación, el prontuario de cumplimiento del demandado, y si el demandado conocía o debía haber sabido que hubo violación.¹¹⁸ También es importante incluir, no solo el daño real que se ha causado al medio ambiente, la salud pública, la seguridad o el bienestar, sino también el potencial de tales daños, incluso si aún no han ocurrido.¹¹⁹ El tribunal debe considerar también los costos reales que la ejecución de la pena significarán para el Estado, pero teniendo en cuenta también las atenuantes, incluyendo si el estado se retrasó injustificadamente entre la violación y la aplicación de la pena.¹²⁰

110

La ley de tribunales ambientales de Chile no da tantos detalles acerca de lo que el tribunal debe considerar al evaluar una sanción. Sin embargo, sí dice que el tribunal civil competente decidirá el monto de la indemnización de daños y perjuicios en razón del daño ambiental y de la relación de causalidad entre éste y la acción del autor, establecida por el Tribunal Ambiental.¹²¹ Este lenguaje sugiere que las decisiones no se basarán exclusivamente en los daños económicos, pero la magnitud del uso que se le dará a los factores extra-económicos queda clara.

Un tribunal debe ser capaz de hacer cumplir sus resoluciones, a fin de ser funcional. El tribunal chileno, para hacer cumplir sus decisiones, puede emitir órdenes directas de aplicación de la ley o ejercer cualquier otro medio legalmente procedente.¹²² Cuando un tribunal tiene la habilidad

116 Id.

117 Id.

118 Id. a 206-207.

119 Id.

120 Id. a 207.

121 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 46.

122 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 45.

de tomar decisiones que involucran medidas de ejecución no monetarias, tendrá más probabilidades de reparar un daño al medio ambiente en lugar de simplemente compensarlo.

Por ejemplo, la corte ambiental de Costa Rica está autorizada para establecer sanciones punitivas por daños al medio ambiente, pero también está autorizada para imponer cambios en el comportamiento, ya sea corporativo o de particulares, para lograr el restablecimiento del medio ambiente, no solo en un sentido económico. Puede obligar a individuos y empresas, a hacer o dejar de hacer algo.¹²³ La Corte ha encontrado que la mayoría de las veces la reparación económica o las multas impuestas son inferiores a los daños reales inferidos al medio ambiente, es por esto que practican “la rectificación del medio ambiente” con reparaciones de hecho, tales como la replantación de árboles, limpieza de un río, etc., en lugar de la simple reparación económica.¹²⁴ La Corte considera que, dado que los fondos de reparación van a parar a la Tesorería Nacional y no se utilizan específicamente para fines ambientales, sirve más al medio ambiente el actuar de esta manera.¹²⁵ De hecho, se llegó a proponer una nueva legislación para corregir esta situación, creando un Fondo Ambiental, pero su aprobación no se dará en un futuro próximo.¹²⁶

Dado que los fallos del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica, no solo se ocupan de cuestiones ambientales, sino que también pueden tener consecuencias económicas para la comunidad, se ha vuelto común para la Corte el dar a los infractores la posibilidad u oportunidad de reparar el daño causado.¹²⁷ Un claro ejemplo ha sido lo que ha logrado dicho tribunal con respecto a los molinillos de café, de larga tradición en la elaboración del café, que continuamente vertían sus desechos en los ríos cercanos.¹²⁸ Desde que la Corte entró en acción, la mayoría de los molinillos, en lugar de ser clausurados, fueron provistos de “un plan de medio ambiente” y “tiempo” para poner el plan en práctica.¹²⁹ La idea detrás de este enfoque fue

123 NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. Costa Rica: Civil and Criminal Liability due to Environmental Issues. Inter-American Trade Report, p. 6 (2002).

124 Id.

125 Id. a7.

126 NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. op. cit. p. 7.

127 Id.

128 Id.

129 Id.

detener a los infractores que contaminaban ayudando en la regeneración del medio ambiente, pero al mismo tiempo procurando reducir al mínimo las consecuencias económicas que sufriría la comunidad que depende laboralmente de las plantas, evitando su clausura.¹³⁰

Es habitual para la corte el obligar a la reparación “física” del medio ambiente en lugar de la reparación “económica”.¹³¹ Por ejemplo, si uno fuera a cortar una hectárea de bosque sin permiso, podría ser obligado a replantar no sólo la hectárea que se cortó, sino también todo lo necesario para reponer el oxígeno que se perdió a causa de los árboles cortados.¹³² Si esto último no fuera posible debido a falta de espacio, por ejemplo, podría entonces imponerse una sanción económica o de reparación.¹³³

VIII. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA

En Chile, la participación pública y el acceso a la justicia juegan un papel importante en la rendición de cuentas del gobierno. Los organismos de la administración del Estado y personas naturales o jurídicas que no figuran como partes, pueden intervenir en los asuntos de la jurisdicción de los tribunales ambientales.¹³⁴ Están llamadas a participar desde las personas directamente afectadas por la decisión de la Superintendencia de Medio Ambiente hasta quienes cumplan con el requisito mucho menos restrictivo de toda persona que considere que las medidas administrativas adoptadas por los ministerios y reparticiones respectivas violan la ley.¹³⁵

Además, los tribunales ambientales chilenos tienen la opción de aceptar la opinión de *amicus curiae*.¹³⁶ Para esto, el Tribunal ambiental debe dar a conocer las resoluciones que admiten a tramitación las reclamaciones o las demandas por daño ambiental mediante la publicación de un aviso en su sitio electrónico.¹³⁷ Dentro de los treinta días siguientes a la publicación de este aviso, cualquier persona, física o jurídica que no sea parte en

130 Id.

131 Id.

132 Id.

133 Id.

134 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 18.

135 Id.

136 Ley N° 20.600, Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 19.

137 Id.

el procedimiento, y que cuente con reconocida competencia técnica y profesional en el ámbito de la materia del asunto sometido al tribunal ambiental, invocando la protección del interés público, podrá, por escrito, a través de un abogado, presentar una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias.¹³⁸ La presentación de la opinión escrita, a pesar de constituir un paso hacia una participación pública más significativa, no confiere a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorga ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso, pero el tribunal deberá considerarla en la sentencia definitiva.¹³⁹

Aunque tiene sus orígenes en el Derecho Romano, la institución de los *amicus curiae* es de extendido uso en países del Common Law, especialmente en Estados Unidos de América. Un “amigo de la corte” es en dichos sistemas una persona u organización que no es parte en un juicio pero que puede efectuar presentaciones al Tribunal que conoce dicha causa - ya sea directamente o a su requerimiento - porque tiene un fuerte interés en la materia de que se trata. Esta participación se materializa mediante una presentación denominada “amicus briefs”; normalmente luego que el tribunal explicita su autorización o permiso para que ésta se efectúe, lo que tradicionalmente se realiza previa petición del interesado. Puede decirse que lo anterior conlleva, de manera implícita, una calificación indirecta acerca del interés público de la controversia.¹⁴⁰

113

En la mayoría de los países de la órbita del derecho civil, no existe como práctica establecida el permitir a terceros intervenir o participar en un procedimiento judicial, si no tienen un interés directo en el resultado de la disputa, el que habitualmente es calificado exclusivamente como de carácter pecuniario.¹⁴¹ Como consecuencia de ello, los “amigos de la corte” son por lo general extraños a estos sistemas jurídicos y es importante destacar que la Ley N° 20.600 es la primera que formalmente considera esta Institución en el derecho chileno, aunque en los hechos, algunos tribunales ya los han aceptado en su práctica, como notablemente ha ocurrido con el

138 Id.

139 Id.

140 POLANCO, Rodrigo, *Amicus Curiae*, El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones, Revista del Abogado N° 35, 2005, Chile, p. 42.

141 Id.

Tribunal Constitucional.¹⁴²

El derecho procesal que se ocupa de cuestiones tales como los costos de un procedimiento puede impedir o facilitar el acceso público a la justicia.¹⁴³ Velar por la asequibilidad de los procedimientos judiciales es un aspecto importante de la facilitación del acceso a la justicia.¹⁴⁴ Aunque las tasas judiciales más bajas permitan el acceso a personas con menos recursos, los tribunales necesitan de recursos financieros para mantener un alto nivel de servicio.¹⁴⁵ Debe, por tanto, encontrarse un balance entre estos dos objetivos.

En el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente (TTMA) de Nueva Gales del Sur, en Australia, los esfuerzos para garantizar un equilibrio entre la asequibilidad y la suficiente financiación judicial se realizan a través de una graduación en las tasas judiciales, considerando la naturaleza de los solicitantes y su capacidad de pago, la naturaleza del procedimiento, la cantidad de indemnización reclamada, y las tasas judiciales para los procedimientos equivalentes en otros tribunales.¹⁴⁶ Además, el secretario del tribunal puede actuar con discreción omitiendo o modificando las tasas judiciales en casos especiales o en pos de los intereses de la justicia.¹⁴⁷

114

Teniendo en cuenta que, aparte de las tasas judiciales, los honorarios legales y de los expertos son también costos importantes del litigio, un tribunal ambiental debe mejorar su práctica y procedimiento con intención

142 El Tribunal Constitucional ha dado reconocimiento jurisprudencial a este instituto en dos importantes casos: En autos Rol N° 634-2006, en el requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575), a raíz de la disputa entre la empresa Masprot contra el Servicio Nacional de Aduanas, sobre supuestas irregularidades en la valoración de mercancías importadas (caratulada "Lean Casas Cordero, Carlos Eric y otros con Director Nacional de Aduanas" rol 3767-2004, del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso), dicho Tribunal tuvo presente los amicus curiae presentados por las organizaciones no gubernamentales extranjeras Open Society Institute y la Asociación de Derechos Civiles de Argentina (ADC). En dicho caso, siguiendo la opinión de los referidos amicus, se declaró inaplicable, por contravenir la Constitución, la norma que permitía al director de un servicio público negar el acceso a información cuando ésta afecte el interés de terceros. Asimismo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), presentó ante el Tribunal Constitucional, un amicus curiae en el control de constitucionalidad preventivo del proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar (rol 1845-2010), planteando a la judicatura constitucional una serie de reparos a la constitucionalidad del proyecto. Dicha presentación fue proveída por ese Tribunal con la resolución "Téngase Presente" con fecha 9 de noviembre de 2010. Si bien el referido proyecto de ley fue en definitiva declarado constitucional, el voto de minoría de los Ministros Viera-Gallo, Bertelsen y Vodanovic, recoge en parte la argumentación del INDH.

143 PRESTON, B.J. *Judicial Review in Environmental Cases*. Asia Pacific Law Review. 1: 55 - 61, 1992.

144 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 11.

145 Id.

146 Id.

147 PRESTON, *Operating an Environment Court*, pp. 16-17.

de reducir estos costos.¹⁴⁸ Este es el caso del TTMA,¹⁴⁹ cuyos esfuerzos incluyen el requisito de que los expertos de los campos relacionados se reúnan antes de la rendición de la prueba, preferentemente cara a cara y por lo general en ausencia de los abogados.¹⁵⁰ Este procedimiento permite que se presenten las pruebas simultáneamente a todos, y asegura que los problemas se reduzcan a lo esencial, resultando en que los juicios funcionen más eficientemente con el consecuente ahorro de tiempo, dinero y recursos institucionales que esto significa.¹⁵¹ Además, desde abril de 2001, los litigantes y sus representantes pueden asistir a las audiencias a través de Internet, mediante el uso de nuevas instalaciones establecidas por la corte, un sistema que ha resultado rentable para litigantes, sus representantes y la corte.¹⁵² Por último, la Corte, salvo en circunstancias excepcionales, no condena en costas a ninguna de las partes que hayan litigado con mérito suficiente. En ciertas apelaciones generalmente se imponen costos, pero esto no siempre ocurre cuando la corte declara que el litigio ha sido en interés público.¹⁵³

En Chile, el tribunal puede condenar en costas a la parte contra la cual se dicte la sentencia como responsable por daño ambiental.¹⁵⁴ Los honorarios y otros costos de la intervención de los expertos o peritos corresponden a la parte que los presenta. Excepcionalmente, el tribunal puede eximir de todo o parte del pago de los honorarios del experto cuando se considere que no dispone de los medios suficientes.¹⁵⁵ En este caso, el tribunal regula la remuneración de los expertos prudencialmente, teniendo en cuenta las tarifas habituales de la plaza y el porcentaje de la remuneración que no fuere pagada por el solicitante. La cantidad asumida por el Tribunal será de cargo fiscal.¹⁵⁶

148 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 13.

149 Preston, *Operating an Environment Court*, pp. 16–17.

150 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 13.

151 EDMOND, Gary. *Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure*. *Law and Contemporary Problems*. 72 (1): 159 – 189, 2009.

152 PEARLMAN, Mahla y GREENWOOD, Megan. *Presentation at the 3rd Australia Institute of Judicial Administration (AIJA) Technology for Justice Conference* [en línea] <www.aija.org.au/tech3/program/presentations/AIJAspee.doc> [consulta: abril 2012]

153 SMITH, Stewart. *A Review of the Land and Environment Court*. NSW Parliamentary Library Research Service, 2001. p. 6.

154 Ley No 20.600, *Crea Los Tribunales Ambientales*, Art. 42.

155 *Id.*

156 *Id.*

IX. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (RAC)

La mayoría de las cortes y tribunales ambientales han adoptado el uso de resoluciones alternativas de conflictos, incluyendo la conciliación, la mediación, evaluación neutral de terceros y el arbitraje.¹⁵⁷ Los participantes tienden a creer que mediante el uso de RACs se pueden obtener mejores resultados y que se pueden desarrollar soluciones más creativas que las proporcionadas por el sistema tradicional.¹⁵⁸ Las diferentes cortes y tribunales proporcionan RACs de dos maneras:¹⁵⁹ algunos ofrecen un proceso de “tribunal anexo”, llevado a cabo y controlado por el personal del tribunal o corte, los jueces, o los tomadores de decisiones, mientras que otros utilizan un proceso llevado a cabo por mediadores externos pagados o voluntarios, un defensor del pueblo del gobierno, o un grupo externo invitado para equilibrar el poder entre las comunidades y el gobierno o los intereses corporativos.¹⁶⁰

El Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica tiene el mandato estatutario de promover acuerdos con respecto al medio ambiente a través de la mediación.¹⁶¹ En 2005, el tribunal logró una tasa de acuerdos del 90-95%.¹⁶² Los acuerdos son aprobados por el tribunal y tienen fuerza de ley.¹⁶³ Considerando que el volumen de casos es de casi 1.500 por año, la alta tasa de acuerdos es una afirmación rotunda del papel que la mediación puede desempeñar en las cortes y tribunales ambientales.¹⁶⁴

En 2005, la corte ambiental de Vermont implementó un programa de mediación que se ha convertido en una forma importante y eficaz de resolución de disputas.¹⁶⁵ Las partes pueden resolver sus disputas al comienzo del proceso, ahorrándose por tanto el tiempo y costos de un litigio prolongado, y conservando además los recursos judiciales. En 2007, el 20% de los casos de la corte se resolvió a través de este programa de mediación.

116

157 PRING, George y PRING, Catherine.op. cit. p. 15.

158 Id. a 62.

159 Id.

160 Id.

161 Id. a 65.

162 Id.

163 Id.

164 Id.

165 ASIAN DEVELOPMENT BANK. op. cit. p. 13.

Aproximadamente un tercio de los casos activos se derivaron a mediación, y aproximadamente dos tercios de estos fueron resueltos.¹⁶⁶ Dado que la mediación trae como resultado la limitación de los casos que llegan a juicio, si después se comprueba que la mediación no es adecuada o suficiente, estos casos al menos han sido enmarcados de manera más específica, y por tanto pueden ser llevados después de manera más eficiente ante la corte.¹⁶⁷ Además, la mediación puede dar lugar a una relación más civilizada entre las partes en conflicto, debido a que su interacción durante el proceso de mediación a menudo genera una mejor comprensión de las necesidades y objetivos de cada uno.¹⁶⁸

En Nueva Zelanda, la Sección 268 de la Ley de Gestión de Recursos de 1991 permite la mediación y otras formas de RACs, para lo cual se autoriza a sus miembros (jueces o comisionados) de la Corte ambiental u otras personas para llevar a cabo estos procedimientos sin costo alguno para las partes.¹⁶⁹ Así, la Corte realizó 449 mediaciones en el período que va entre 2005 y 2006 y 468 entre 2006 y 2007.¹⁷⁰ Durante el periodo 2006-2007, 135 casos se resolvieron con acuerdos totales, 131 con acuerdos parciales, y 96 no llegaron a ningún tipo de acuerdo.¹⁷¹

La ley que crea los tribunales ambientales en Chile menciona la conciliación, pero no da mucho detalle en cuanto a cómo el proceso funcionará, sólo indica que si el tribunal decide que si es procedente, éste puede proponer las bases para la conciliación en la audiencia respectiva.¹⁷² Si el acuerdo no se produce, el tribunal continuará con la audiencia.¹⁷³

A pesar de que la ley no habla de mediación ni establece requisitos para la formación de mediadores, aquellos que cuentan con experiencia en tribunales ambientales recomiendan que aquellos que provean la mediación estén entrenados para ello (de ser posible con credenciales). Además

166 Id.

167 Id.

168 Id.

169 Id.

170 Id. a 13-14

171 Id. a 14.

172 Ley N° 20.600 que Crea Los Tribunales Ambientales, Art. 36.

173 Id.

se prefiere que sean abogados con experiencia en derecho ambiental aprobados por el tribunal. Finalmente, de la experiencia comparada que ya se ha reseñado, se desprende que es preferible que los mediadores sean parte del personal antes de que se utilice a los jueces como mediadores, como en el caso chileno.¹⁷⁴

174 PRING, George y PRING, Catherine. op. cit. p. 72.

X. CONCLUSIÓN

No hay un “modelo perfecto” ni una estructura de “talla única que le sirva a todos” para una corte o tribunal ambiental. Al final del día, el mejor modelo para cada jurisdicción es la combinación única de elementos que trae como resultado un proceso de resolución de conflictos pertinente, ambientalmente eficiente y que provea de acceso a la justicia a todos los intereses afectados.¹⁷⁵ Chile debe ser felicitado por la creación de sus tribunales ambientales, que tienen muchos de los mejores atributos de los tribunales ambientales existentes en todo el mundo. Los tribunales ambientales de Chile serán independientes, accesibles en diferentes áreas geográficas, permitirán la participación pública a través del *amicus curiae*, y tendrán la capacidad de contratar a sus propios expertos.

Sin embargo, como en otros tribunales ambientales alrededor del mundo, aún hay espacio para mejorar. Basada en la experiencia de otros Tribunales Ambientales que se ha descrito en este trabajo, las siguientes son recomendaciones para posibles mejoras en el futuro:

- Aumentar los programas de formación en derecho ambiental para los potenciales jueces.
- Aumentar la capacitación en mediación para jueces en ejercicio.
- Incrementar la publicidad de los tribunales ambientales. El aumento del acceso a la justicia sólo puede ocurrir si el público está consciente de la existencia de los tribunales ambientales.
- Implementar procesos de revisión de las actividades judiciales y su eficacia.
- Ampliar la competencia de los tribunales a áreas críticas del área ambiental tales como bosques, caza, agua y pesca.

El concepto del Tribunal fue parte de la solución para hacer frente a la ilegitimidad percibida en la fiscalización ambiental en Chile. A pesar de que el tribunal ambiental está configurado para ser mucho más independiente de la influencia política que la agencia ambiental, el tribunal aún debe ser seguido de cerca para detectar signos de la influencia política.

175 Id. a 19.

La previsibilidad es de gran importancia para el desarrollo y buen funcionamiento de las empresas y la economía. Con el fin de tener previsibilidad, lo que permite una interacción más armoniosa entre los intereses económicos y los de salud y el ambiente, tiene que haber una aplicación igual de la ley a todas las partes. La igualdad en la aplicación de la ley significa evitar la corrupción y el trato favorable o desfavorable de los partidos en particular.

Finalmente, es claro que existe un consenso en el mundo que establece que la buena gestión ambiental es fundamental para lograr el desarrollo sostenible¹⁷⁶ y la creación de los tribunales ambientales en Chile es un paso en dirección hacia ello.

176 Id. a.x.

Complejo Industrial Ventanas: Exclusión de la Ciudadanía y Problemas de Gobernabilidad. El Caso “Campiche” entre lo Legal y lo Legítimo

Josefina Correa Pérez¹

“Puchuncaví: (...) Está asentada en terreno desigual á 117 metros de altitud y rodeada de estrechos vallejos fértiles, pasando por ella una pequeña corriente de agua que va a morir al O. en la Laguna Campiche(...)”
Solano Astaburuaga, Francisco. 1899

Sumario:

En el presente artículo se analiza el caso de la Bahía de Quintero, ubicada en la V Región de Chile, donde la actividad industrial ha mermado significativamente la atmósfera, los suelos, la biota, los recursos hídricos, y con ello la salud y calidad de vida de quienes habitan en dicho territorio, para observar a la luz del proceso de instalación de la termoeléctrica Campiche, cómo los actores relevantes en este conflicto han posibilitado la invisibilización de la catástrofe ambiental que afecta dicha zona.

121

Abstract:

This article analyzes the Quintero Bay case, located in the 5th region of Chile, where industrial activity has significantly compromised the atmosphere, soil, flora and fauna, and water resources, thus diminishing the health and quality of life of those living in the territory. The paper observes how relevant actors in this conflict have been complicit in masking the catastrophic environmental damage affecting the area following the installation of the Campiche thermoelectric plant.

1 Licenciada en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

I. EL CONTEXTO

La crisis medioambiental ha venido a cuestionar el sistema económico imperante, que construido bajo modelos simplificadores basados en el capital, la fuerza de trabajo y bienes ha desconocido en su origen al sistema natural como fuente material y sumidero de todo el proceso de producción. Las consecuencias de la invisibilización de las dinámicas que integran el sistema-Tierra, en tanto materialmente finito y autoregulado por la permanente interacción de sus componentes físicos, químicos y biológicos, ha provocado que la actividad humana altere a escala global procesos fundamentales para la estabilidad de las condiciones que permiten toda manifestación de vida.² No obstante ello, el despertar de la humanidad a la veracidad del riesgo aparejado a la destrucción del medio ambiente ha sido todo un desafío, pues supone romper con anquilosadas ideas en torno a la posición del ser humano respecto del espacio bio-físico en el cual se encuentra inmerso y cohabita, a lo cual se suma la dificultad de percibir en razón de la escala, los preocupantes escenarios planetarios pronosticados en el evento de continuar con las actuales tendencias de producción y consumo. En este sentido el informe Geo 5 afirma que “la globalización produce bienes bajo circunstancias que los consumidores no tolerarían en sus propias comunidades, y permite que los desechos sean sacados de la vista, posibilitando que las personas ignoren la magnitud e impacto de ambos elementos. De cualquier modo, al tiempo que la basura ha llegado – literalmente – a los límites de la tierra, la preocupación por el medio ambiente se ha, igualmente, globalizado”.³

122

Esta disociación entre los resultados de la producción económica (los bienes y servicios), y los costos sociales y ambientales aparejados a los procesos de producción no sólo se verifican globalmente, en efecto esta escala planetaria representa precisamente la agregación y combinación de múltiples presiones antrópicas locales. De manera que la problemática ambiental se desenvuelve, manifiesta y reproduce en diferentes escalas de

2 Entre ellos ampliamente reconocido son el aumento de temperatura global, el incremento del nivel del mar y la acidificación de los océanos provocados básicamente por el aumento de los gases de efecto invernadero, específicamente el dióxido y el metano. A ello se le suma, la deforestación y limpieza de la tierra para su utilización en agricultura o urbanización que fragmenta los ecosistemas causante de la pérdida de diversidad biológica y por tanto, de las dinámicas de auto regulación de la biósfera (Informe GEO5, 2012. Traducción Propia).

3 Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA. Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 5 (GEO 5): El Medio Ambiente para el futuro que queremos, 2012.p. xviii. Traducción propia.

forma simultánea y sinérgica, particularidad que incorpora la necesidad de diseñar soluciones que posibiliten una permeabilización de efectos positivos que emanen de una nueva interacción socioambiental, desde lo local a lo global y viceversa. Por ello se torna particularmente relevante observar el desenvolvimiento de conflictos socioambientales que dan cuenta a escala local de la desarmonía existente entre el modelo económico imperante y su aptitud para posibilitar el desarrollo humano.

En el presente artículo se presentará un caso de un territorio completamente degradado, la Bahía de Quintero, donde la actividad industrial ha mermado significativamente la atmósfera, los suelos, la biota, los recursos hídricos, y con ello la salud y calidad de vida de quienes habitan en dicho territorio, para observar a la luz del proceso de instalación de la termoeléctrica Campiche, cómo los actores relevantes en este conflicto han posibilitado invisibilizar institucionalmente la catástrofe ambiental que afecta dicha zona, dando cuenta de cuan distantes pueden encontrarse lo legal de lo legítimo en un conflicto socio ambiental.

II. EL COMPLEJO INDUSTRIAL VENTANAS. LOS NUEVOS VECINOS

El Complejo Industrial Ventanas se emplaza en la Bahía de Quintero, territorio que se encuentra bajo la administración de dos municipios, Puchuncaví y Quintero, en la región de Valparaíso. La actividad portuaria de la zona comienza en 1865 mediante la creación del Puerto mayor de Quintero, para entonces el sector era utilizado por pequeños asentamientos humanos que desarrollaban como actividad económica primordialmente la explotación de los recursos marinos, además de presentar una creciente actividad agrícola. La actividad propiamente industrial comienza a fines de la década de 1950, que impulsada por las políticas nacionales de desarrollo de la industria secundaria en Chile, se inaugura en 1961 el Complejo Industrial Ventanas enarbolando promesas de progreso y desarrollo para la zona y la economía nacional. Entra en operaciones el año 1964 con la fundición de cobre de ENAMI (actual División Codelco Ventanas) y Ventana I, la primera termoeléctrica de Chilectra (hoy, AES Gener S.A.). Dos años más tarde, en 1966, entrará en funcionamiento la refinería de cobre de ENAMI.

En la época que contextualiza la instalación de estas empresas la preocupación por las problemáticas socio-ambientales era escasa y las

normativas ambientales hoy aplicables a estas industrias no existían. No obstante, a la hora de decidir el emplazamiento del complejo industrial en la zona de Las Ventanas, los aspectos ambientales del lugar fueron atentamente sopesados por presentar condiciones favorables de dispersión de gases como a la disponibilidad de agua del Humedal Campiche. En respuesta a su emplazamiento y sin un contenido específicamente ambiental se generaron espaciados y débiles reclamos de la comunidad, primordialmente de agricultores, que era la mayor fuerza productora local.⁴ Dichos reclamos fueron desechados, por el necesario sacrificio por el progreso del país⁵ y por fundarse en argumentos carentes de técnica científica.

Con el transcurso del tiempo el Complejo Industrial ha ido en permanente crecimiento, en 1977 entra en operaciones la segunda chimenea de Chilectra (Ventana II), para diez años más tarde en 1987 marcarse un hito en la expansión industrial de la bahía con la modificación del Plan Regional Intercomunal de Valparaíso al satélite de borde costero norte,⁶ que expande el uso de suelo destinado a industrias peligrosas e insalubres y establece zonas adyacentes de restricción, otorgando la disponibilidad de suelo para el ingreso de múltiples industrias. En el tiempo que medió entre la instalación de estas industrias y el retorno a la democracia, en un marco histórico particularmente reticente al derecho de reunión, se produce respecto del conflicto lo que estudios han denominado como “naturalización de la contaminación”⁷, puesto que no existieron mayores contrapesos por parte de la comunidad al permanente establecimiento de instalaciones industriales, salvo algunas acciones judiciales entabladas por agricultores contra la empresa ENAMI que no prosperaron por consideraciones principalmente procedimentales.⁸

4 SABATINI, Francisco; MENA, Francisco; y VERGARA, Patricio. Otra vuelta a la espiral: El conflicto ambiental en Puchuncaví bajo democracia. En Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. VOL XIII – Nº4, Diciembre 1996, p. 31.

5 “Los vecinos deben mirar este problema con ánimo patriótico y aceptar algunos sacrificios; de otra manera no se podría instalar la fundición en ninguna parte del país. Las naciones que se han industrializado han aceptado estos sacrificios. Es el precio del progreso.” (El Mercurio de Valparaíso, 17/7/1957)

6 Decreto Supremo Nº 116 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de 1987.

7 BUSCHMANN Josefina y JACOB, Daniela. Arqueología de una Controversia. Reconstrucción histórica del Centro Industrial de Ventanas. Taller de Titulación 1. Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012.

8 Las acciones civiles fueron desechados por la imposibilidad de establecer un nexo causal entre las emanaciones de la empresa y el daño; y las primeras acciones constitucionales de protección “Da Costa Petersen” y “Terraza Torrens” por vulneración al Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en 1981, ambos conocidos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y declarados inadmisibles, por la naturaleza del recurso.

Hacia fines de los ochenta se forma una agrupación entre profesores y agricultores de la zona, quienes redactaron documentos de denuncia y promovieron el levantamiento de información científica. Así, el conflicto emerge nuevamente, esta vez con un fuerte contenido de denuncia a la desmedida contaminación y cargas ambientales que estaban sufriendo las comunidades locales. En 1989, el Club Rotario local forma la Junta de Adelanto de Puchuncaví con el objeto de denunciar los problemas ambientales que aquejaban la zona. El trabajo de esta agrupación ciudadana permite crear el Comité de Defensa del Medio Ambiente de Puchuncaví siendo integrado por la Municipalidad, y presidido por su Alcalde.⁹ Esta entidad local logró dar una connotación comunicacional al problema, permitiendo la difusión de investigaciones realizadas por la comunidad científica que daban cuenta de los serios impactos de las emanaciones de las chimeneas sobre la salud y el medio ambiente local. A pesar de ser estas agrupaciones las detonadoras de la visibilización del problema local, no participaron ni integraron las reuniones entre el Gobierno Regional, Chilgener y ENAMI de las cuales resultó la firma de un protocolo de acuerdo para proponer un plan de descontaminación en 1990, dicho plan fue aprobado en 1992.¹⁰ En razón del evidente deterioro medioambiental que evidenciaron las comunas de Puchuncaví y Quintero, en diciembre de 1993 la zona queda afectada a una de las primeras regulaciones sobre Zonas Saturadas de Contaminación de PM10 y SO₂¹¹, inclusive un año antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.

Como antes se mencionó, es durante esta etapa que se aprueba el Decreto N° 116 del MINVU de 1987, que modifica el Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso aumentando el territorio disponible para uso industrial, entonces al tiempo que declina el conflicto en razón de las medidas adoptadas. Sin embargo, el arribo de empresas e industrias particularmente complejas en términos de contaminación y riesgos es paradójicamente continuo. Actualmente en la Bahía de Quinteros se cuentan más de una decena de industrias emplazadas en la zona entre ellas: AES Gener (4

⁹ SABATINI, MENA y VERGARA, Op. Cit., p. 32.

¹⁰ D.S. N° 252 del Ministerio de Minería, de 1992.

¹¹ A través del Decreto Supremo N°346 del Ministerio de Agricultura, de 1993, que declara como zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado respirable a la zona circundante al Complejo Industrial Ventanas, en las áreas jurisdiccionales de las comunas de Puchuncaví y Quintero.

termoeléctricas¹²), CODELCO División Ventanas, Endesa (2 termoeléctricas), Puerto Ventanas, Gasmar, Oxiquim, Teminal de Acopio Cemento el Melón, GNL, Comercial Catamutún, ENAP terminal Quintero, COPEC, PACSA, entre otras.¹³ Su emplazamiento ha traído consigo un crecimiento poblacional que se asienta en sectores aledaños¹⁴ a las industrias contaminantes y peligrosas, que a pesar de su “sacrificio patriótico” no evidencian progreso ni desarrollo, por el contrario los índices de pobreza son más altos que el porcentaje promedio nacional, a lo que se suman problemas de acceso a servicios básicos (como el agua potable), afectaciones permanentes a la salud además de un entorno completamente contaminado, donde las diversas actividades económicas (pesquera, agrícola, portuaria, turística, energética y minera) ejercen constantemente presiones sobre el territorio, con diferentes intensidades y magnitudes sobre el ecotono del borde costero que han provocado una palpable y vívida degradación ambiental en todos sus componentes.

126

Si bien las relaciones y dinámicas entre los habitantes agrupados bajo diversas organizaciones, y las industrias no han seguido una continuidad histórica, sus objetivos no han sido -ni son los mismos- y muchas de las veces se han caracterizado por emerger de manera reactiva frente a eventos críticos de contaminación, ello no implica necesariamente que los conflictos se diluirán en el tiempo, puesto que la dependencia laboral en forma directa o indirecta de la comunidad para con las empresas que provocan niveles intolerables de contaminación genera un sistema interrelacionado de vulneración permanente a los derechos humanos.¹⁵ Por el contrario su estructuración como conflicto socioambiental parece no ceder desde el año 2005 (época de oposición a la instalación de un depósito de residuos tóxicos de Oxiquim), puesto que actualmente existe una imposibilidad de justificar bajo criterios jurídicos, sociales o culturales la insustentabilidad del territorio, y con ello la profunda afectación a la calidad de vida de los habitantes de la zona a la que han condenado empresa y Estado.

12 Tres en funcionamiento.

13 Para mayor conocimiento sobre estas industrias ver el Informe de la Comisión Investigadora sobre la participación de CODELCO y otras empresas asociadas en la contaminación ambiental en la Zona de Puchuncavi y Quintero, aprobado por la Cámara de Diputados en la 142ª sesión, del 8 de marzo de 2012.

14 Principalmente en La Greda, Las Ventanas, La Chocota, Los Maitenes, Campiche en Puchuncavi y en Quintero.

15 Fundación TERRAM, Bahía de Quinteros: Zona de Sacrificio. Un aporte desde la justicia ambiental, nov. 2012. p. 14. Documento en Línea <http://www.terram.cl/images/app/app53_quintero_justiciambiental_cf.pdf> [14.11.2012]. Así también se expresa en el trabajo Empresas, Medio Ambiente y Derechos Humanos presentado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales en su Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012.

De aquí emerge la necesidad de reorientar la forma en que los actores relevantes intervienen en el espacio físico que los convoca, de otro modo la vulneración a los derechos fundamentales que permiten una vida digna permanecerán sin solución para una población afectada severamente por la contaminación hace ya cinco décadas. Para ilustrar de manera concreta las carencias que existen en la forma de abordar estas tensiones me centraré en lo que ha sido el conflicto provocado por la construcción de la central termoeléctrica “Campiche” de AES. Gener S.A, caracterizado por su judicialización, sus implicancias institucionales, transnacionales, normativas y las grandes dificultades para encontrar un diálogo posible entre los tomadores de decisiones y la comunidad que propenda a garantizar el desarrollo humano de estas comunas y a trazar nuevas formas de interacción socio ambiental.

III. TERMOELÉCTRICA CAMPICHE. LA LEGALIDAD A LA MEDIDA

Previo al análisis del conflicto sobre la termoeléctrica Campiche, es necesario apuntar ciertas características que presenta la industria energética. Cabe notar que la obtención energética es uno de los temas más complejos a la hora de analizar sus aristas bajo el prisma del desarrollo sostenible. Ello en la medida que el crecimiento económico, índice de arcaicas visiones sobre el desarrollo y cuyo aumento sostenido es un objetivo aspiracional de todos los Estados, tiene como presupuesto el abastecimiento seguro de energía para satisfacer la demanda de la industria, además de ser condición básica para ofrecer un “buen” escenario para futuras inversiones. Mientras que en términos medio ambientales, la producción misma de energía es sometida a severos cuestionamientos, sobre todo en relación al calentamiento global, ya que una de las formas de obtención más utilizadas es la tecnología térmica producida por medio de la quema de recursos fósiles. Llegándose incluso a plantear que en la medida que el uso de la energía es paralelo a la actividad económica, las emisiones carbónicas son un índice de la escala de la economía.¹⁶

127

En su condición de país en vías de desarrollo Chile, en respuesta a los requerimientos de competitividad internacional y de crecimiento

16 GOODLAND, R. La Tesis que el mundo está en sus límites. En: Goodland, R. et al. Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible: Más allá del Informe Brundtland, 1997, p.26.

económico, ha procurado mantener un abastecimiento seguro de energía en orden a otorgar un escenario estable para promover inversiones privadas, primordialmente mineras. Sin embargo, la ausencia de una política energética que dé una mirada de mediano y largo plazo respecto de los ejes bajo los cuales se desenvolverá la industria de generación eléctrica, ha provocado que sea la contingencia energética determinante en la construcción de políticas públicas ad hoc, delineadas principalmente por las empresas generadoras de energía a través de los proyectos que presentan para entrar al sistema, ello ha provocado numerosos conflictos ambientales a lo largo de todo el país, privando de gobernabilidad una materia trascendental para el desenvolvimiento de la nación en los años venideros. La resistencia por parte de comunidades al desarrollo de estos proyectos más allá de las advertencias estatales y empresariales sobre los costos asociados a la paralización de los proyectos energéticos radica en que “la ausencia de una política energética y la deficiente institucionalidad y regulación ambiental pueden conducir a resultados injustificadamente discriminatorios, lo que exige trasladar la discusión sobre la energía –capturada hasta el momento por aspectos técnicos y económicos– al ámbito de los derechos”.¹⁷

128

En ese contexto y en relación a la Termoeléctrica Campiche podemos sostener, en cuanto a lo que hemos denominado más arriba como contingencia energética que, históricamente, la generación eléctrica en nuestro país se ha obtenido a través de la utilización de recursos fósiles o por medio de centrales hidroeléctricas, éstas últimas marcadamente inestables en la zona central, ya que dependen directamente de las precipitaciones anuales. Ante esta situación, el programa del Estado en estas materias apuntó a diversificar la producción energética comenzando a negociar con Argentina la importación de gas natural desde 1997. Estas importaciones se materializaron en Chile en una inversión por sobre los cuatro mil millones de dólares, justificándose en la estabilidad del recurso, la reducción en los costos de insumos, además de ser un recurso fósil no renovable bastante más amigable con el medio ambiente. La búsqueda de otras fuentes energéticas parecía exitosa y satisfactoria, incluso se logró

17 ARÍSTEGUI, Juan Pablo. Energía, Justicia Ambiental y Derechos Humanos. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Universidad Diego Portales, 2011. p.236.

disminuir la dependencia de la producción hidrológica de un 55% en el año 1995 a un 38% en el año 2007, pero lamentablemente para Chile, el vecino país, comenzó a restringir el envío de gas natural a nuestro territorio desde el año 2004, llegando a producirse el corte total del recurso para la utilización industrial al año siguiente. Esto último generó un vuelco en las líneas antes trazadas, provocando un retroceso en materia medioambiental volviéndose a promover la instalación de proyectos que utilizan los recursos fósiles más contaminantes.

No es de extrañar entonces que solo en un año, entre julio de 2007 y julio de 2008, se presentaran al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cinco proyectos de generación térmica para emplazarse en la Bahía de Puchuncaví-Quintero, siendo uno de ellos el proyecto Campiche de Aes Gener. Tres de los proyectos presentados en aquella época fueron aprobados, dato sin duda relevante considerando que la Bahía en su calidad de Zona Saturada se encuentra afecta a un Plan de Descontaminación, y en cuyo informe de seguimiento del año 2009 se concluye de manera cautelosa que, a pesar de registrarse el cumplimiento de las metas de reducción de emisiones de Anhídrido Sulfuroso (SO₂) y Material Particulado (MP10) por parte de las empresas Codelco Ventanas y la termoeléctrica Aes Gener (una de las metas y objetivos del plan de descontaminación), la calidad del aire ha empeorado paulatinamente durante los últimos cuatro años, y por lo mismo recomienda no modificar la condición de Zona Saturada. Además recomienda establecer los mecanismos de ingreso para fuentes nuevas y la incorporación del monitoreo y/o análisis de metales pesados y arsénico contenidos en el material particulado (análisis receptor).¹⁸

129

En lo referido propiamente al proyecto Central Termoeléctrica Campiche, y a cómo se construyó el conflicto sobre su instalación, cabe señalar que este proyecto se presentó en agosto de 2007 y realizó su proceso de participación ciudadana en octubre del mismo año, siendo calificado favorablemente por resolución exenta N° 499 de la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) de Valparaíso el 9 mayo de 2008.

18 Informe de Seguimiento Plan de Descontaminación de Ventanas (1993-2008). Comité Técnico del Aire. SEREMI de Salud Valparaíso- SAG- CONAMA Valparaíso, marzo de 2009.

La ciudadanía organizada a través del Consejo Ecológico Puchuncaví-Quintero, hizo valer su derecho a presentar observaciones durante la tramitación del proyecto, no obstante ello, éstas no fueron atendidas.¹⁹ La calificación favorable de la termoeléctrica comenzó entonces a ser impugnada por medio de las vías jurídico-administrativas, solicitándose la revisión de diversos actos administrativos a la Contraloría General de la República²⁰ y presentándose en la vía jurisdiccional un Recurso de Protección, que sostenía dentro de sus fundamentos que la aprobación de la Central Campiche por la COREMA, se realizó a través de una resolución ilegal por parte de la Dirección Obras Municipales (Resolución N° 112 de 2006), que modificó el uso de suelo permitiendo el emplazamiento de dicho establecimiento en una zona definida por el Plan Regional Intercomunal de Valparaíso (PRIV) como Zona de Restricción Primaria para asentamiento humano, no siendo el órgano competente para modificar el PRIV, vulnerando derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, específicamente el derecho a la vida, a la protección de la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al ejercicio de una libre actividad económica.

130

Es relevante advertir, que el recurso de protección pretendía que el acto administrativo por el cual se aprobó la termoeléctrica Campiche, por aprobarse en base a actos nulos, fuera dejado sin efecto, es decir, que la planta definitivamente no se instalara, no se trataba de una posición pecuniariamente compensable. El conflicto socio-ambiental a través de los instrumentos jurídicos establecidos por el ordenamiento en orden a proteger sus derechos, se levantaba esta vez, con un fuerte contenido ambiental, y versaba sobre la necesidad de conservar el acceso a los medios de subsistencia que les proporciona el medio ambiente,²¹ ya altamente alterado y afectado por la contaminación, en este sentido, el conflicto alegaba ahora la urgencia de tomar decisiones en orden a asegurar las condiciones vitales que permitieran a los habitantes de la

19 Éstas pueden revisarse en la ficha del proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, disponible en: https://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2308845 (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012).

20 La Contraloría Regional invalidó la Resolución N°112 de 2006, que autorizaba la instalación de la central, y abrió un sumario administrativo en 2009, el que sigue abierto hasta la fecha.

21 FOLCHI, Mauricio. Conflictos de contenido ambiental y Ecologismo de los pobres. Revista Ecología Política N°21, 2001. p.98.

comuna ejercer los derechos individuales y colectivos reconocidos en el bloque constitucional de derechos humanos.

En un hecho que se cataloga como hito de la jurisprudencia ambiental en Chile, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el recurso rol 317/2008, falló a favor de las comunidades, y en contra de la Comisión Nacional de Medio Ambiente y la empresa AES Gener, siendo posteriormente la sentencia confirmada de manera unánime por la Corte Suprema casi íntegramente (rol 1219/2009).²²

La judicialización del caso y los resultados del mismo, provocaron un importante número de opiniones vertidas sobre los medios de comunicación que daban cuenta de las diversas visiones en torno al problema. Mucho se habló sobre la judicialización de los casos ambientales y la intromisión del Poder Judicial sobre la Administración, la extensión en los plazos de aprobación de los proyectos de inversión y sus consecuencias económicas, la afectación a las cifras del empleo, la inminente alza a las tarifas de luz por la paralización de la obra, la falta de seguridad en las inversiones, etc. Especial atención concitó la actitud tomada por la empresa y el gobierno, conocida a través de los medios, y en particular la declaración del ex Ministro del Interior, Edmundo Pérez Yoma, quien tras una reunión sostenida en su despacho con el Gerente de AES Gener en Chile, señalara que “tomaría todas las medidas posibles y legales” para reactivar la central termoeléctrica Campiche. En el mismo sentido, indicó que ya se habían activado conversaciones con la cartera de Vivienda, que comandaba la entonces Ministra Patricia Poblete, para ver un posible cambio de uso de suelo en la zona donde se emplaza la central termoeléctrica, hoy definida como espacio para áreas verdes y recreación.²³

Lo esbozado por el Ministro se concretó el 31 de diciembre de 2009, fecha en la que se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 68 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo con la modificación a la Ordenanza

22 PODER JUDICIAL, Corte Suprema acoge recurso de protección por autorización ambiental de central termoeléctrica en Puchuncaví, 22 de junio de 2009, disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_txtnews.php?cod=2036 (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

23 Diario La Segunda, 7 de Julio de 2009.

General de Urbanismo y Construcciones, destinado a solucionar el problema de emplazamiento de la termoeléctrica Campiche AES Gener²⁴. En buenas cuentas, se modificó una normativa general para solucionar el problema de un particular, lo que queda entre dicho en declaraciones del Gerente General de AES, Paul Hanrahan, al señalar que “El Gobierno de Chile ha solucionado ahora el tema de la ubicación. Así que volvimos a postular a la licencia ambiental(...)”²⁵. De este modo, AES Gener solicita la reactivación del proceso del Sistema de Evaluación Ambiental a la CONAMA, reiniciándose el proceso estando ya agotadas las instancias de participación ciudadana.

El 26 de febrero del año 2010, la COREMA de Valparaíso daba luz verde al proyecto mediante Resolución Exenta N° 275. Pero el proyecto volvió a sufrir un revés por un recurso de protección, presentado esta vez por la Municipalidad de Puchuncaví, alegando que el proyecto presentaba un daño para la salud y amenaza a la vida de los habitantes de la comuna. Durante el tiempo intermedio y hasta el mes de agosto de 2010, la empresa mantuvo mesas de trabajo con la Municipalidad y Seremis, donde la comunidad organizada por la defensa del medio ambiente a través del Consejo Ecológico Puchuncaví Quintero, fue excluida evidenciando diferentes posiciones frente al proyecto.²⁶ El desenlace fue la firma de una transacción entre la Municipalidad de Puchuncaví y la empresa AES Gener,

24 Este decreto supremo introdujo un inciso 3° al artículo 2.1.21 OGUC., que establece: “Si del predio afecto a dos o más zonas o subzonas con distintos usos de suelo, al menos el 30% de su superficie permite los usos de suelo de actividades productivas y/o infraestructura, se admitirá en todo el terreno dicho uso de suelo, debiendo observarse lo señalado en el inciso precedente en lo relativo a los accesos a cada destino. Con todo, el instrumento de planificación territorial que corresponda podrá prohibir la aplicación de este inciso dentro de su territorio”. Coincidentemente el terreno donde se había emplazado la Termoeléctrica Campiche, comprendía una zona de uso industrial peligroso en una proporción aproximada al 33% con lo cual se podía destinar el 100% a dicho uso o destino.

25 Business New America, el 26 de febrero de 2009 http://member.bnamericas.com/news/electricpower/Campiche_construction_remains_suspended_despite_new_approval (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012).

26 En acta extraordinaria n° 10 del consejo comunal con fecha 14 de julio de 2010 se expresa: “(El Alcalde) Solicita dar lectura a una carta, enviada por el Presidente del Consejo Ecológico Quintero-Puchuncaví, don David Inzunza Vargas, donde se solicita que el Concejo Municipal se abstenga de firmar convenios con Aes Gener, porque se ha negociado sin informar y sin requerir información a los vecinos afectados y sus organizaciones, afectando la transparencia, la publicidad, legitimidad y la legalidad, solicitando además que se abra un debido proceso de participación y que no se vulneren los derechos de los vecinos.

Sr. Alcalde, comenta que lamentablemente las cosas se ven de una manera distinta cuando no se cuenta con toda la información, el Sr. Inzunza que representa al Consejo Ecológico, tiene su propia forma de pensar y actuar, detectando que existe un desconocimiento con respecto a algunas materias, porque ningún miembro del Concejo o del CESCO está pensando de una manera distinta a lo de fondo, porque desde hace mucho rato nos ven como que estamos hablando un idioma distinto o como que fuéramos por una vereda distinta, sin considerar que desde hace mucho tiempo y desde antes que existiera el Consejo Ecológico, existían personas que estaban luchando por la defensa del medio ambiente de manera incansable”(…) Más adelante el Alcalde Sr. Valencia sostiene “En su momento, dijo públicamente que deseaba que desapareciera la Termoeléctrica Campiche, porque si existiera la mínima posibilidad de evitar la construcción de la Planta Campiche, haría todo lo posible para lograrlo, pero esa batalla está perdida y entendiendo ese contexto, estamos tratando de que nuestros vecinos, no la pierdan todas, que la termoeléctrica termine instalada y nosotros no fuimos capaces de obtener ni un tarro de pintura para nuestros vecinos.”

acuerdo en el que la municipalidad se desistía de la acción jurisdiccional a cambio del pago de 4 millones de dólares y el compromiso de realizar mejoras sustanciales en tecnología.

El acuerdo alcanzado por la Municipalidad, sin la participación del Consejo Ecológico Puchuncaví-Quintero, que fuera el ente comunitario que provocó e instó a la comunidad a atender el cómo se profundizarían las problemáticas ambientales en caso de llevarse a cabo la instalación de todos los proyectos energéticos en carpeta, es un correlato a una historia ya repetida de exclusión de la ciudadanía en la zona, y que en marzo de 2011 tras la publicación de los cables de "Wikileaks"²⁷ se caería en cuenta que los ribetes eran mayores, pues en el caso de la termoeléctrica Campiche hasta la soberanía era cuestionada, al salir a la luz pública que tras la modificación a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones se había desarrollado un poderoso lobby desde la embajada de Estados Unidos sosteniendo reuniones con los representantes de AES Gener en Chile y con las carteras ministeriales de interior, energía, vivienda y urbanismo y medio ambiente, esferas de discusión y de decisión ya muy por sobre las capacidades de organizaciones de bases comunitarias.

A pesar del enorme significado que tenía la divulgación de los cables en relación con la problemática de la Bahía de Quinteros, esta información quedó rezagada a nivel local y nacional puesto que en el mismo mes de marzo de 2011 estallaría otra grave temática del conflicto, esta vez sobre ENAMI por emanaciones de nubes tóxicas que afectarían con notoriedad pública a los niños de la escuela de La Greda ubicada frente al Complejo Industrial Ventanas.

133

IV. ABRIENDO CAMINO A LA SUSTENTABILIDAD

En el caso presentado, la traducción estrictamente legal o jurídica pierde entonces sustancia, ya que en el traspaso de lo local a lo global vemos como el Estado, que se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales de los seres humanos, se muestra obsecuente a

27 CENTRO DE INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA (CIPER), Cable 235795, disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/03/01/cable-235975-aes-gener-ministra-de-vivienda-promete-resolver-problema-de-la-planta-electrica-campiche-para-el-fin-de-ano/> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012).

inversiones internacionales, levantando serios cuestionamientos respecto a la legitimidad de la toma de decisiones y en torno al sentido de asumir una responsabilidad común de todos los países (desarrollados y no) por alcanzar otro tipo de crecimiento social y ambientalmente más respetuoso, si es que la práctica la imposición del más poderoso sigue imperando.

Por su parte, en el plano nacional son realmente desconcertantes las actitudes adoptadas por los diferentes órganos de la Administración del Estado. Desde 1987 en adelante se ha declarado la Zona Saturada; y pese a ello se aprueban nuevos proyectos; la Corte Suprema paraliza Campiche; el ejecutivo modifica la norma para que su emplazamiento sea legal; se dirige a Ventanas para anunciar la nueva norma para termoeléctricas; el Municipio interpone recurso de protección, sin embargo firma protocolo de acuerdo para contar con infraestructura y un consultorio; el Ministerio de Salud decide mantener silencio por tres meses de la espantosa contaminación de la Escuela de La Greda; la ex CONAMA aprueba Fondos de Protección Ambiental, certifica ambientalmente la misma Escuela de La Greda; el plan de seguimiento del 2010 a la Zona Saturada dice haber cumplido sus objetivos sin perjuicio de evidenciarse un deterioro progresivo en el recurso aire; aparecen tres Ministros para que se vea el trabajo *in situ* tras una crisis desatada por la emanación de una nube tóxica; la Corte de Apelaciones de Valparaíso paraliza la Refinería de Cobre para revocar su decisión 23 horas después; se decide el cierre de la escuela, su posterior reapertura temporal; se firma protocolo de Acuerdo de Producción Limpia con la Asociación de Empresas; se decide exhumar los cuerpos de ex-trabajadores de ENAMI(...) y así hace ya tres años prácticamente todas las semanas bajo las etiquetas de Puchuncaví, Quintero, Campiche, La Greda, Ventanas, Los Maitenes, aparecen informaciones que dan cuenta de lo que nadie ha querido ver... que no hay responsables, no existen estudios científicos suficientes, que no es posible probar causalidad entre la actividad industrial y los daños, que por acción u omisión el Estado ha olvidado la obligación sustancial que le cabe con estas comunidades, que es estar al servicio de las personas y promover las condiciones que permitan su máximo desarrollo espiritual y material posible, con apego irrestricto a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a un medio ambiente adecuado, a la igualdad ante la ley, a la igualdad frente a las cargas públicas, etc.

Afortunadamente en los últimos años la zona ha sido objeto de un

importante desarrollo y trabajo académico científico, y han hecho eco de la situación organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, que junto a las agrupaciones comunitarias, han permitido una importante divulgación comunicacional de la problemática, aspecto sumamente relevante cuando los recursos de los lugareños son escasos. Tal como se establece en el diagnóstico de la Minuta de la situación ambiental macrozona Puchuncaví-Quintero-Concón de CONAMA 2008, los conflictos están abiertos y latentes, probablemente porque a través de los años el gobierno y las empresas actuando en la legalidad han excluido permanentemente a la ciudadanía, restándole legitimidad a los avances y obstaculizando el diálogo. Así, la lucha medioambiental en la zona se puede conceptualizar “como una lucha contra el peso de decisiones que fueron tomadas hace mucho tiempo, y que se han seguido tomando y ratificando”.²⁸ En el mismo sentido se pronuncia Cordero, que sostiene que una de las razones de la ineficacia de las normas jurídicas para la protección de las personas radica en esta situación heredada donde “[r]omper con el *status quo* se torna cuesta arriba, y los conceptos de derechos adquiridos y seguridad jurídica aparecen como las corazas que evitan corregir estas situaciones, pues en el fondo resulta casi imposible pretender paralizar un centro industrial que resulta vital para la economía regional. Sin embargo, el escenario es peor aun cuando las situaciones heredadas no solo se mantienen, sino que se agravan con el tiempo, y la vieja regla *alterum non laedere* es derechamente olvidada”.²⁹

Según se ha informado por la empresa AES Gener, el Proyecto de la Empresa Eléctrica Campiche S.A., encenderá por primera vez la caldera con carbón a fines del mes de noviembre de 2012,³⁰ lo que constituye un hito importante de la puesta en marcha, y que para la comunidad significa revalidar, una vez más el errado enfoque sobre los problemas socio ambientales, y la imposibilidad de traducir criterios de sustentabilidad en zonas donde

28 BUSCHMANN Josefina y JACOB, Daniela. Arqueología de una Controversia. Reconstrucción histórica del Centro Industrial de Ventanas. Taller de Titulación 1. Instituto de Sociología. Pontificia universidad Católica de Chile, 2012. p.53.

29 CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nº 36, 2011. p.245. Documento en línea, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100006&lng=es&nrm=iso (06.10.2012)

30 Fundación TERRAM, Preocupación genera entrada de central Campiche a sistema de transmisión energética en zona saturada, disponible en: http://www.terram.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=10657 (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

los tomadores de decisiones apoyados por el ordenamiento jurídico han deslegitimado a la ciudadanía. Es probable que con la validación por parte de los actores relevantes sobre el territorio de lo necesario que resulta para los ciudadanos de Puchuncaví Quintero un habitar digno, permitiría entrar en un diálogo más sincero y productivo.

Parece ser urgente que, más allá de las normas – que hasta ahora han permitido legalmente el emplazamiento de las industrias contaminantes – en el contexto de crisis global y local, como es el caso, se impulse el retorno de la ética, una nueva ética, donde la moral invada las esferas de producción económica, para ser cristalizada en forma de política pública.³¹ Es imperante para la consecución de este objetivo comprender que el ciudadano es un poseedor de derechos inalienables civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, por lo que es indispensable que en el trato y resolución de los conflictos se internalicen de manera adecuada las normas de reciprocidad y reconocimiento horizontal.³² Posiblemente será solo a través de un camino democrático e inclusivo por dónde será posible transitar a un camino civilizatorio que permita un mejor entendimiento.

31 JONAS, Hans. El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Herder. Barcelona. 1995. p.37.

32 HOPENHAYN, Martín. Viejas y nuevas formas de la ciudadanía. Revista de la Cepal N° 73, 2001. p.127.

Discrecionalidad de los Actos Administrativos: El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental

Leonardo Cofré Pérez^{1 2}

Sumario:

El siguiente trabajo analiza la forma y los problemas de la discrecionalidad administrativa en el derecho chileno, aplicado al caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental. Para ello, se explica brevemente en qué consiste y cómo se legitiman las facultades discrecionales de la Administración (I), cuál es la regulación del modelo de compensación socioambiental (II.A) y la forma en que opera la discrecionalidad en este ámbito (II.B). Posteriormente, se observan algunos problemas que genera esa facultad en el derecho administrativo ambiental chileno (III) y se entregan algunas reflexiones finales y conclusiones (IV).

137

Abstract:

The following paper analyzes the shape and the problems of administrative discretion in Chilean law, particularly the discretionary power to issue socio-environmental compensation measures. The paper briefly explains the content of such measures, how to legitimize the discretionary authority of the Administration (I), the regulation of the socio-environmental compensation model (II.A1) and how discretion operates in this area (II . B2). Subsequently, the paper observes the emerging problems that prompted the creation of this authority in Chilean environmental administrative law (III) and offers a few final thoughts and conclusions (IV).

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogado. Magíster © en Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Mayor.

2 Agradezco los comentarios de Montserrat Castro.

I. LA POSIBILIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para Cassese, el derecho administrativo originario se caracteriza por una serie de particularidades que lo constituyen como un espacio diferenciado del derecho común, entre las que se encuentran el respeto al principio de legalidad y el poder discrecional. A través de este último, se posibilita la facultad de elección de la Administración entre una pluralidad de soluciones, que son igualmente permitidas por el derecho objetivo.³

¿Qué tan cierta es esa afirmación? Para algunos, esto no es así. Tomás Ramón Fernández cuestiona esa conclusión señalando que la discrecionalidad, siendo el poder por excelencia de la Administración, está libre de toda fiscalización o control desde fuera, de justificarse o de dar cuenta de sí misma. La justicia administrativa, en este sentido, es simplemente una excepción que justifica la regla, pues sólo busca corregir los problemas más graves.⁴

En Chile, durante la primera mitad del siglo XX algunos autores sostenían que las facultades discrecionales se encontraban fuera del derecho, donde no regía el principio de legalidad. Se entendía por Iribarren, por ejemplo, que la potestad discrecional es la que “se ejerce, sin necesidad de reglamentación previa, para proveer a una necesidad pública, teniendo en vista el fin que a la función se le atribuye, y para cumplirlo”.⁵

Actualmente, sin embargo, es posible concebir la discrecionalidad administrativa como un atributo inevitable de la Administración⁶, incluso en aquellas posturas más reacias a su adscripción⁷, que encuentra su legitimación en el Derecho y en las circunstancias abrumadoras de la realidad.

3 CASSESE, Sabino. La Globalización Jurídica, Madrid, Marcial Pons., 2006, pp. 180-181.

4 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1994, p. 27.

5 IRIBARREN, Juan Antonio. Lecciones de Derecho Administrativo, Tomo I, 1936, p. 31. Citado por MORAGA, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII, La actividad formal de la Administración del Estado, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile - Abeledo Perrot., 2010, pp. 33-34.

6 En este sentido, *ibid.*, p. 34-35.

7 En efecto, incluso en aquellas posturas que miran con buenos ojos una expansión del control judicial a ámbitos tradicionalmente reservados a potestades discrecionales, se acepta un espacio absoluto, un “residuo” de discrecionalidad que no puede ser controlada. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *op. Cit.*

En el ámbito normativo, encuentra su justificación pues como señala Cassese, la discrecionalidad es un espacio de elección posibilidado por el derecho. Tras esta facultad se encuentra una habilitación normativa por la cual la Administración puede tomar decisiones. Por esta razón discrecionalidad no significa “libertad” de elección. Como explica Schmidt-Assman, en un ámbito discrecional la Administración no actúa libremente, ya que por tratarse de un poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según el marco de habilitación dado por la ley y los parámetros de actuación establecidos.⁸ Mediante esta argumentación puede superarse un alegato recurrente en esta materia, que confunde discrecionalidad y arbitrariedad.

Una segunda fuente de legitimación puede encontrarse en la referencia a la realidad. Hoy pareciera que la discrecionalidad se ha revalidado, en atención a los nuevos escenarios que a nivel interno e internacional se presentan. En efecto, se ha dicho que estamos en presencia de una “sociedad del riesgo”⁹, en la que debido al avance tecnológico y el mayor flujo de personas y productos surjan nuevos peligros, que deben ser regulados.¹⁰ Estas respuestas muchas veces deben ser rápidas y detalladas, y quien se encuentra en la mejor posición para resolver la regulación del peligro es la Administración.

De allí que la discrecionalidad se conciba ahora desde una perspectiva de actuación, y ya no como una función de control (como delimitador de funciones). En este sentido, se le ha entendido como “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”.¹¹

139

Relacionado con todo lo anterior, la discrecionalidad encuentra cabida en un estado democrático de derecho dadas las funciones establecidas para cada poder público. Debido al carácter general de la ley, y los tiempos del proceso legislativo, no se le puede entregar al poder legislativo la función de regular todas las situaciones que emanan de la sociedad. Ello justifica el poder reglamentario y decisonal de la Administración, pero no necesariamente la facultad discrecional, por lo que el argumento de la

8 SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons., 2003, pp. 221-222.

9 Cfr. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2006.

10 SUNSTEIN, Cass R. Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución, Madrid, Katz Editores, 2009, pp. 11-17.

11 SCHMIDT-ASSMAN, E., op. cit., p. 220.

generalidad o de la vaguedad de la norma legal deja a medio camino la justificación.

Ahora bien, la actividad administrativa no puede ya considerarse como mera ejecución de ley, pues dada la necesidad de actuación, satisface el interés general aplicando las leyes. Esa aplicación dependerá del contenido de las normas legales. Lo que se argumenta por buena parte de la doctrina es que ese contenido ha cambiado en las últimas décadas. La ley no se entiende sólo como instrumento de protección de la libertad o de la propiedad, sino que también se comprende como un instrumento de dirección o programación de la acción administrativa.¹² Se trata, a juicio de Parejo, de un cambio en la relación administración-ley de “vinculación positiva” a “vinculación estratégica”.¹³

A pesar del relativo acuerdo que existe en cuanto a la aceptación de la discrecionalidad administrativa, es una institución que puede ser peligrosa, ya que puede fácilmente transformarse o perder legitimidad si no se delimita adecuadamente, lo que tiene que ver en buena parte con cuáles son las atribuciones del juez en ese espacio.

II. DISCRECIONALIDAD EN LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SOCIOAMBIENTAL

Un buen ejemplo para analizar la discrecionalidad de la Administración y sus problemas es el caso de la facultad de dictación de medidas de compensación socioambiental en un procedimiento de estudio de impacto ambiental (“EIA”), al momento de dictar el acto final de ese proceso, la resolución de calificación ambiental (“RCA”).

A. ¿Qué entendemos por compensación socioambiental?

La figura de compensación es un elemento dentro del conjunto de medidas que en un proyecto o actividad sometido a un EIA, puede dictar la autoridad con el objeto de hacerse cargo de los efectos negativos tolerados

¹² SÁNCHEZ MORÓN, M., op. cit., pp. 31-33.

¹³ *Ibid.*, p. 34.

pero no reglados en el medio ambiente.¹⁴ Señala el artículo 16 de la ley N° 19.300 (“LBGMA”) que un EIA será aprobado si cumple con la normativa y se hace cargo de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11, a través de medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas. A diferencia de lo que ocurre en otros casos de compensación (tratándose de emisiones, por ejemplo), el modelo regulatorio de compensación en el SEIA considera como objeto de las medidas a los elementos relevantes del medio ambiente, y no factores “externos”, como la contaminación.

Específicamente, el modelo se detalla en el Párrafo Primero del Título VI del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”). El artículo 60 señala que las medidas de compensación tienen por objeto “producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado”. De allí que Vergara y Leyton concluyan que la compensación en el SEIA implica “reemplazar un bien por otro que se pierde, existiendo algún grado de equivalencia en dicha transacción, y una relación entre la pérdida sufrida por el medio ambiente y el efecto positivo alterno que se pretende causar”.¹⁵ Además, el artículo 61 establece dos requisitos en relación a la idoneidad de estas medidas: debe tratarse de bienes “similares” (no exactamente iguales) y la compensación debe producirse en aquellos lugares donde se presenten o generen los efectos adversos del proyecto o actividad.

141

En cuanto al primer requisito, la similitud se apreciará en la existencia de un balance del bien perdido respecto del bien generado. Esto quiere decir que no puede existir una pérdida global para el medio ambiente, pero tampoco la autoridad ambiental podría exigir medidas que van más allá de lo equivalente.¹⁶ Este es un criterio interesante, ya que como se explicará más adelante, su inclusión en el referido Reglamento permite definir y delimitar el ámbito de discrecionalidad del administrador.

14 Una institución similar puede encontrarse en el procedimiento de declaración de impacto ambiental. Se trata de los compromisos ambientales voluntarios contemplados en el art. 18 inciso 2° LBGMA. Según Bermúdez, estos compromisos pueden contemplar el ofrecimiento de compensaciones en otros medios. En BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 193.

15 VERGARA, Javier & LEYTON, Patricio. Compensación de Recursos Naturales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista de Derecho Ambiental, 1, 2003, pp. 97-117., p. 105.

16 Ibid., pp. 110-111.

El segundo requisito se refiere a la distancia tolerada entre el lugar en que se compensará y aquél donde se produjo la afectación. El RSEIA no es preciso en este punto, porque exige que la compensación se lleve a cabo “en el mismo lugar” (lo que en ocasiones no será posible), pero se puede interpretar su adscripción al principio de la cercanía.¹⁷

En principio, las medidas de compensación reguladas en el derecho ambiental sólo tienen por objeto generar efectos en el medio ambiente, lo que significa que consideraciones económicas o sociales no debieran quedar comprendidas en las presentaciones o decisiones administrativo-ambientales. Esto produce en principio el fortalecimiento del carácter técnico que quiere dársele al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

Sin embargo, en la práctica las presentaciones de EIA agregan consideraciones sobre los efectos sociales y económicos que el desarrollo de la actividad o proyecto tendrá.¹⁸ Por ello, “datos tales como número de empleos directos e indirectos, monto de las inversiones, mejoras en infraestructura, etc., no sólo se encuentran habitualmente dentro de las presentaciones de proyectos de cierta envergadura, sino que estos se destacan de sobremano dentro de las bondades del mismo”.¹⁹

142

Así, por ejemplo, el caso del proyecto “Hidroaysén” demuestra esa afirmación. En su presentación de 9 de mayo de 2011, el titular presenta sus ofrecimientos en materia de compensación como parte de su política de responsabilidad social empresarial. En el documento se presentan medidas en materia de infraestructura, turismo, desarrollo sociocultural, fomento del sector agropecuario y del capital humano, y contratación de mano de obra y servicios locales. Llama la atención la posibilidad de “integrar al menos 20% de mano de obra local en la fase de construcción del proyecto, lo que incluye capacitación en oficios especializados”.²⁰

Pues bien, frente a estas confusiones, deberíamos preguntarnos si es

17 Ibid., pp. 111.

18 Para Bermúdez, esto sucede porque en definitiva la aprobación ambiental del proyecto depende, en último término, de un organismo de corte político y no estrictamente técnico. BERMÚDEZ, Jorge, op. cit., pp. 204-205.

19 Ibid.

20 HIDROAYSÉN S.A., 2011. Téngase presente de 9 de mayo de 2011, en procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la IX Región.

posible la dictación de medidas de compensación que no se refieren a recursos naturales sino que a los aspectos socioculturales del ser humano. A mi juicio, ello es normativamente legítimo, por lo que se puede afirmar la existencia de un espacio normativo para la proposición y dictación de medidas de compensación socioambiental dentro del SEIA.

Esta conclusión se puede fundar en diversos argumentos. Primeramente, el concepto jurídico de medio ambiente incluye elementos humanos o culturales, y no sólo por los recursos naturales que nos sirven de escenario y sustento. Así se desprende, por ejemplo, de la definición de medio ambiente que entrega la LBGMA (Artículo 2 letra II), y de los criterios de reasentamiento de comunidades humanas y de alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (Artículo 11 letra c) LBGMA).

Para sostener esta afirmación también se puede mencionar que lo excluido del sistema son aquellas consideraciones que no tengan *trascendencia ambiental*, pero como bien explica la teoría de la “justicia ambiental”, las condiciones sociales o económicas pueden tener impactos significativos en esta materia.²¹

Con todo, el proyecto de nuevo reglamento del SEIA no deja dudas acerca de la aceptación de esta potestad. En efecto, el artículo 2 letra j de ese cuerpo normativo señala, al llenar de contenido el artículo 11 de la LBGMA, que los impactos ambientales pueden ser ecosistémicos o socioambientales. Los segundos serán aquellos que “que se manifiestan en la población, grupos humanos y sus elementos socioculturales. Estos impactos pueden generarse debido a las partes, obras o acciones del proyecto o actividad o como consecuencia de la alteración de los ecosistemas con los que interactúa”.

En resumen, existen razones jurídicas para aceptar la posibilidad de presentar y exigir planes de compensación socioambiental. Pero es aquí donde la interrogante acerca de los límites y la legitimidad de

21 Vid. HERVÉ, Dominique. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, XXIII, 2010, pp. 9-36.

la discrecionalidad adquieren suma importancia, ya que debido a la naturaleza del objeto de estas medidas, podrían introducirse motivaciones no consideradas o producirse consecuencias dañinas para la convivencia social.

B. ¿Cómo opera la discrecionalidad en la compensación socioambiental?

Como se dijo, las medidas de compensación socioambiental proceden en un procedimiento administrativo en el que se ejerce una potestad pública. Quien las dicta es la autoridad ambiental competente (Comisión de Evaluación Ambiental o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según el territorio afectado) en el acto terminal de este proceso: la RCA. De este modo, en la práctica, la autoridad determina que las medidas propuestas por el titular del proyecto o actividad son apropiadas para hacerse cargo de los impactos ambientales negativos, y si no es así o no se han presentado propuestas de medidas, la autoridad dicta aquellas que considera necesarias, imponiéndolas al particular.²²

144

Así, por ejemplo, en el caso de la RCA sobre el proyecto Hidroaysén, se considera que el proyecto produce los efectos del art. 8 del RSEIA (impacto sobre grupos humanos). La mayoría de los impactos descritos en este numeral ocurren principalmente en la etapa de construcción del proyecto, y son las que determinan los efectos sobre las distintas dimensiones de los grupos humanos que están en su área de influencia. En la etapa de operación no se emplazarán nuevas instalaciones, por lo que no se generarán efectos significativos sobre los grupos humanos.²³

Específicamente, se establece que un impacto socioambiental consiste en la “disminución de la disponibilidad en la planta turística existente en Cochrane, producto de la llegada de personas directa e indirectamente relacionadas con el proyecto”. Como ese impacto se considera relevante y no existe una norma expresa que lo regule, se determina que sólo a través

22 BARROS, Alberto. Regulación y Discrecionalidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El procedimiento administrativo como garantía procedimental. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile., 2009, pp. 127-128.

23 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Hidroaysén, 2011. p. 174.

de una medida de compensación puede cumplirse con lo dispuesto por la ley, que consiste en la “capacitación de recursos humanos”²⁴

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE DICTACIÓN DE MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SOCIOAMBIENTAL

A. El problema de la delimitación del espacio de discrecionalidad

Debido a que la dictación de este tipo de medidas se produce en aquellos casos en que los impactos ambientales no han sido traducidos por el ordenamiento jurídico en reglas de autorización (por ejemplo, aquellas que declaran los máximos niveles de emisiones),²⁵ esa posibilidad de intervención dependerá de la existencia, densidad y pertinencia de la normativa sectorial aplicable al proyecto o actividad sometido al EIA²⁶, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los elementos reglados en una RCA, tras la reforma producida por la ley N° 20.417, al otorgar carácter vinculante al Informe Consolidado de Evaluación (agregando el artículo 9 bis LBGMA), de modo que no podría rechazarse un proyecto evaluado favorablemente por cumplir con la normativa.

Esto no significa en ningún caso que la dictación de medidas de compensación (o de mitigación y reparación) escape al control de legalidad del ordenamiento jurídico. Como se ha explicado, la discrecionalidad es un espacio donde la Administración puede transitar adoptando aquella decisión que en virtud del interés general estime pertinente, respetando los límites de ese ámbito dado por una habilitación legal consciente y expresa.

²⁴ Ibid.

²⁵ Esta idea es fortalecida en el proyecto de nuevo RSEIA, al señalar en su artículo 57 que “Para los efectos de este Reglamento se entenderá por aspectos normados, aquellas materias regladas en sus supuestos y resultados, de manera que exista una sola consecuencia jurídica. De este modo, no constituyen aspectos normados aquellos asuntos sujetos a discrecionalidad técnica en la evaluación”.

²⁶ Me parece que una idea similar está detrás de la conclusión de Bermúdez acerca del SEIA como un espacio de control de legalidad y no de evaluación del impacto ambiental, aunque no pueda desconocerse que las agencias involucradas realizan de todas formas una evaluación. Sin embargo, señala este autor, en “dicho examen es siempre enfrentando el impacto con la normativa. Ello querrá decir que habrá una relación directamente proporcional entre el resultado de la evaluación del impacto ambiental y la calidad de la normativa con la que se contrasta el proyecto. En la medida que el ordenamiento jurídico ambiental sea muy permisivo o responda excesivamente a la idea de norma de compromiso, la evaluación será débil. Por el contrario, en la medida que aquél sea completo y adecuado al nivel de desarrollo del área donde se pretende aplicar, la evaluación será ambientalmente idónea”. BERMÚDEZ, Jorge, op. cit., p. 217.

En este caso, ese espacio se encuentra delimitado a través de varias técnicas. La primera es la de considerar la habilitación legal en sí misma. Como se dijo, la potestad entregada a la autoridad ambiental para dictar medidas de compensación socioambiental, se restringe a aquellos impactos no reglados en el medioambiente. Por lo tanto el primer límite se configura a través de la definición legal y reglamentaria de “impacto ambiental”.

En este sentido, ayuda a esa tarea la incorporación de una definición de “impacto socioambiental” en el proyecto de nuevo Reglamento (más allá de la discusión que pueda darse en relación con su contenido), pues permite clarificar las fronteras de esta potestad. Asimismo, este objetivo se cumple con los artículos 60 y 61 del actual RSEIA, que establecen requisitos para considerar cuándo una medida concreta dictada por la autoridad se encuentra dentro de ese espacio de discrecionalidad.²⁷

En resumen, se puede afirmar que los límites de la discrecionalidad dependerán de la calidad de los marcos normativos con que se delineen sus bordes y de la actitud que los órganos de control asuman al ejercer sus atribuciones. En último término, la vaguedad residual puede colmarse a través del auxilio de la jurisprudencia y doctrina autorizada.²⁸

B. El rol y los límites del control judicial

La posibilidad y el *quantum* del control judicial en la discrecionalidad administrativa ha sido objeto de un viejo y largo debate. En España, por ejemplo, se alegó por la doctrina que la discrecionalidad es un pequeño espacio donde la jurisdicción no puede intervenir. Pero luego surgieron voces que reclamaron un fenómeno de “exceso de jurisdicción” que transgredía los límites del administrar y el juzgar, criticando la superposición de funciones del juez en la Administración, al crear normas ya no de aplicación particular al caso concreto, sino que de contenido general.²⁹

27 Astaburuaga señala otros requisitos doctrinarios que pueden ayudar a una mayor delimitación no sólo de las medidas de compensación sino que también de las de reparación y mitigación, a saber: (i) efectivas, (ii) ambientales, (iii) practicables o materializables, (iv) localizadas, (v) fundadas (proporcionales) y (vi) equivalentes. ASTABURUAGA, Felipe. La discrecionalidad administrativa en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Actividad formativa equivalente a Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2010, pp. 115-128.

28 MORAGA, C., op. cit., pp. 38-39.

29 La explicación del debate español en SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit., pp. 19-35.

Con todo, nadie niega la necesidad e importancia del control judicial en la discrecionalidad administrativa. Pero lo que ocurre, en virtud del principio de separación de funciones, es que el control externo a la Administración recae en los bordes de este espacio de discrecionalidad, impidiendo que se sustituya la decisión de la Administración por la del juez, a menos que se exceda el marco de elección jurídicamente permitido, considerando también los principios de eficiencia y eficacia, y la vinculación a la protección del bien común.³⁰

En este sentido es valiosa la descripción en el RSEIA de ciertos requisitos que deben cumplir las medidas de compensación, lo que permitirá también controlar a los controladores (tribunales y la Contraloría General de la República), quienes pueden transitar de una actitud deferente a una posición activista.³¹

Estas prevenciones son importantes en el caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental, pues su carácter genérico y discrecional lo acercan mucho a decisiones de política pública, lo que puede tentar a los jueces a ubicarse en posiciones activistas.

En este sentido resulta ejemplificador por su correcta comprensión de las funciones judiciales, el fallo de protección dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago contra las medidas de compensación dictadas por la COREMA de la Región Metropolitana en el proyecto de tratamiento del 100% de las aguas servidas de la comuna de Santiago (RCA N° 266, de 1 de abril de 2009).³²

147

Frente a una alegación del recurrente que considera ilegales y arbitrarias las medidas de entrega gratuita de agua a un grupo de agricultores, y la realización de una serie de obras civiles adicionales a las contempladas en el proyecto, la Corte resuelve que, en primer lugar, “la actuación de la

30 MORAGA, C., op. cit., p. 37.

31 Ese transitar ha sido explicado por CORDERO, Luis. Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso “Celco”. En Revista de Derecho Público, 2005, 68., y CORDERO, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. En : COUSO, Javier. (ed.) Anuario de Derecho Público 2010. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

32 I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia en recurso de protección Rol N° 6312/2009 de 22 de octubre de 2009.

recurrida no es ajena al control por esta vía si en su proceder ha incurrido en ilegalidad al emitir pronunciamiento sobre un determinado proyecto o si resuelve en forma arbitraria, vulnerando con ello garantías,³³ y luego que “los aspectos cuestionados escapan al ámbito de aplicación de la presente acción cautelar, no siendo esta la instancia para resolver la contienda propuesta en los términos planteados desde que no es dable calificar, en esta sede, la pertinencia de los resguardos adoptados por la autoridad técnica llamada a decretarlos”,³⁴ rechazando finalmente el recurso interpuesto.

Como se puede apreciar, en este caso se observa una deferencia a la Administración en el ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que se condice con una comprensión adecuada de la función jurisdiccional en un estado democrático de derecho.

C. Relación de la técnica y la política

Por último, impacta en la potestad discrecional la composición del órgano facultado con esa atribución. En el caso del SEIA, la opción del modelo por órganos decisorios con un carácter político, rompe con la idea tradicional de este sistema como un instrumento de gestión eminentemente técnico. En efecto, la composición de la autoridad encargada de dictar las medidas de compensación, podría llevar al abandono de justificaciones técnicas en beneficio de argumentaciones de política contingente.³⁵ Este es un problema especialmente notorio en el caso de medidas de compensación socioambiental, pues ese espacio se puede confundir fácilmente con atribuciones decisorias de política pública, que escapan totalmente al ámbito de competencias de la autoridad ambiental.

33 Ibid., considerando 6º.

34 Ibid. Considerando 10º.

35 Esta idea está presente en HERVÉ, Dominique & PÉREZ, Raimundo (eds.). Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales., 2011, pp. 91-92.

IV. CONCLUSIONES

La discrecionalidad administrativa es una facultad que permite a la Administración la elección de cualquier solución dentro de un catálogo de posibilidades, que son igualmente permitidas por el derecho. Este poder es inherente a la Administración, encontrándose legitimada por el principio de separación de poderes y la estructura del Estado, por su vinculación con el derecho objetivo, y atendiendo a las circunstancias de la realidad actual.

La libertad de elección que poseen los órganos administrativos con esta potestad no es absoluta, pues como lo indica cierta doctrina, ella está limitada por el derecho, es decir, el ámbito de elección está limitado por un marco de habilitación legal expresa y consciente, que el mismo derecho determina. Es por ello que el administrador puede elegir (y por lo tanto actuará) entre opciones igualmente válidas, en atención a la protección del interés general.

Las potestades discrecionales de la Administración también se encuentran justificadas por razones prácticas. Los nuevos escenarios globales, el advenimiento de una “sociedad del riesgo” y la lentitud de los tiempos legislativos, exigen una actitud proactiva de las agencias administrativas. Además, se pueden constatar las nuevas concepciones de la ley, y su relación con el reglamento, pues la primera es entendida también como un instrumento de dirección o programación de la acción administrativa.

Sin embargo, es una institución que requiere de la delimitación precisa de sus bordes, para una mejor comprensión de las competencias de los órganos que las reciben, y para aclarar el rol y los límites del control judicial. Para ello adquiere suma importancia la creación de contenido de normas y conceptos que permitan esa clarificación.

El caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental de la autoridad ambiental, en un procedimiento de EIA, es un buen ejemplo para revisar estas consideraciones. La figura de la compensación es una de las formas que tiene la Administración para hacerse cargo de los efectos negativos tolerados pero no reglados en el medio ambiente. Ellas tienen por objeto generar efectos positivos

alternativos y equivalentes a un efecto adverso identificado.

En principio, la compensación en materia ambiental está pensada para la generación de efectos medioambientales, pero también es posible considerar efectos sociales y económicos, debido a que el concepto de medio ambiente que entrega la normativa considera el elemento humano. Por ello se concluye que es normativamente posible la posibilidad de dictación de medidas de compensación que no se refieren a recursos naturales sino que a los aspectos socioculturales del ser humano. Esto da origen a la idea de compensación socioambiental.

Se trata entonces de una atribución que permite hacerse cargo de impactos ambientales no reglados por el ordenamiento jurídico, pero dado su carácter socioambiental, fácilmente puede confundirse con decisiones de política pública, que corresponden a otros órganos del Ejecutivo. Para evitar esa superposición de competencias, resulta imprescindible la densidad normativa suficiente que permita una clarificación de los límites de este espacio discrecional, y ayudan a ello las normas pertinentes del RSEIA actual y el aporte del proyecto de nuevo reglamento.

150

Además, si bien puede ocurrir que en un caso determinado los tribunales adopten una actitud adecuada, es necesario seguir observando su comportamiento y el de la Contraloría General de la República, quienes pueden transitar desde respuestas deferentes a otras activistas, dañando la comprensión correcta de las funciones de administrar y juzgar, para un Estado democrático de derecho.

La Transversalidad de la Gestión Pública Ambiental en la Reforma a la Institucionalidad

Antonio Madrid Meschi¹

Sumario:

El presente estudio pretende analizar, desde la óptica de la gobernanza, cómo operaba el modelo coordinador establecido por la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante CONAMA), las críticas que se produjeron a su respecto y cómo se incluyeron en el producto final de la reforma introducida por la Ley 20.417 que crea una nueva institucionalidad ambiental en nuestro país, adoptando un modelo mixto y de transversalidad en la gestión ambiental.

Abstract:

This study analyzes, from the perspective of governance, the operation of the coordination model established by Law 19.300, General Environmental Law, under the direction of the National Commission on the Environment (CONAMA), as well as criticisms the model with respect to the final reform introduced by Law 20.417, which creates a new environmental framework in our country, adopting a mixed and intersectional model for environmental governance.

151

1 Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que la organización de las administraciones públicas se configura de estructuras formales, generalmente verticales y definidas por sistemas técnicos de gran especialidad.² Sin embargo, desde el seno mismo de la legislación, se ha consagrado la necesidad de coordinación de los diferentes órganos en pos de la eficiencia de la función pública. Es así como en el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado se establece que “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. 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.”³ Y de igual manera se resalta esta característica en la Constitución Política de la República al respecto de la coordinación de las funciones de los Ministerios.⁴

Esta concepción de coordinación entre los órganos de la administración ha tomado impulso durante los últimos años transformándose en un concepto más amplio y que la contiene, denominado transversalidad.

152

En el año 2010 entró en vigencia la Ley 20.417 que crea una nueva institucionalidad ambiental en nuestro país. Esto produjo además un cambio de modelo, desde uno esencialmente coordinador establecido en la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, a uno mixto. Sin embargo la relevancia de la transversalidad no se pasó por alto en este rediseño. La creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, inexistente en los inicios de la gestación de la reforma, vino a salvaguardar este preciado instrumento.

-
- 2 SERRA, Albert. La Gestión transversal Expectativas y resultados. Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia. (32), Junio 2005, p. 1.
 - 3 CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. DFL N° 1/19.653. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001.
 - 4 CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto 100. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Artículo 33 inciso final: “El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional.”

La importancia del diseño de nuestras instituciones radica, en palabras del profesor Luis Cordero, en su impacto significativo en el disfrute de los derechos de los ciudadanos, pero también en la estabilidad y el crecimiento de las economías.⁵ Siendo el Medio Ambiente un concepto amplio marcado por la gestión intersectorial, en donde confluyen múltiples miradas y objetivos que integran desde el fomento económico a la protección de especies en peligro, por lo tanto, cabe preguntarse si es que el modo en que fue pensada esta reforma, cumple con el elemento de la transversalidad, que satisface esta exigencia que le es inherente.

Todo lo anterior, en el contexto de la reciente Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable, celebrada en el mes de Junio del presente año en Río de Janeiro, denominada popularmente como Rio+20, y que tuvo como centralidad las estrategias de gobernanza institucionales que deben adoptarse tanto nacional como internacionalmente en pos de los objetivos del desarrollo sustentable.

II. TRANSVERSALIDAD EN LA GESTIÓN AMBIENTAL

Para iniciar el análisis debemos despejar las dudas respecto a lo que encierra el concepto de transversalidad y así luego evaluar por qué era deseoso que se integrase esta característica en el diseño de la nueva institucionalidad.

153

A. El concepto de transversalidad

En el contexto de la gestión pública surgen frecuentemente distintos objetivos que impulsan a la Administración a buscar nuevas formas de trabajo o estructura que no se ajustan a la visión clásica de organización. La coordinación burocrática se ve superada por la complejidad de los objetivos perseguidos y la transversalidad surge como herramienta útil a los propósitos y fines propios de un área donde diversos sectores se ven involucrados, tal como el medio ambiente y la sustentabilidad.

5 CORDERO, Luis. Las paradojas de la institucionalidad ambiental o cómo debemos diseñar nuestras instituciones. Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para Chile del bicentenario. En Actas de las III JORNADAS DE DERECHO AMBIENTAL, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2006.

La coordinación ha sido definida genéricamente “como el proceso de creación o utilización de reglas de decisión por el que dos o más actores se ocupan colectivamente de un entorno de trabajo compartido. Esta definición englobaría la coordinación jerárquica y no jerárquica (dependiendo de que el actor que crea o utiliza la regla de decisión se sitúe por encima de los actores coordinados o sean los propios actores los que lo hagan), así como la coordinación intraorganizativa (en la que la jerarquía es un recurso disponible) e interorganizativa (donde no es posible la solución jerárquica). La aplicación práctica de la coordinación a las relaciones entre unidades dentro de una misma organización o entre organizaciones, requiere atender a una serie de razonamientos desde donde se destaca el valor de la coordinación transversal u horizontal, frente a la coordinación jerárquica.”⁶

Por otra parte, se ha planteado que existe una vinculación entre el concepto de transversalidad a cuestiones como la coordinación, la cooperación o la mejora de la comunicación entre las unidades de la organización, sin embargo, “aunque estos términos constituyen algunas de las manifestaciones de un funcionamiento transversal, deberían complementarse con referencias a la estructura orgánica y a su funcionamiento de acuerdo con los objetivos de la organización.”⁷ De esta manera debe definirse el concepto de forma más amplia observando la organización misma de la institución.

154

El profesor Koldo Echebarria ha mencionado que la transversalidad “equivale al reforzamiento de la coordinación horizontal o lateral, frente a las limitaciones de la coordinación vertical. Supone la búsqueda de cauces de relación entre unidades, sin ascender por la línea de mando, ni arrebatar la capacidad de decisión a la base. La transversalidad es una apuesta por la convivencia de la especialización, que favorece a la profundidad de los conocimientos aplicándolos a los problemas, con la interdisciplinaridad en su tratamiento”⁸.

6 ETCHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. Capital social, cultura organizativa y transversalidad en la gestión pública. En: VI Congreso Internacional Del Clad Sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panel: La Modernización del Estado y de la Gestión Pública como Construcción e Incremento del Capital Social: 5 a 9 de Noviembre 2001. Buenos Aires, Argentina. s.p.

7 SALVADOR, Miquel. E-Gobierno y cambio institucional: El impulso de la Transversalidad en la Administración Pública. En: IX Congreso Español de Ciencia Política y de Administración “Repensar La Democracia: Inclusión y Diversidad”: 23, 24 y 25 de septiembre de 2009. Málaga, España, Eds. AECPA. p. 4.

8 ECHEBARRIA, Koldo. Op. Cit., p. 7.

Por otro lado cabe mencionar que el profesor Miquel Salvador ha definido el concepto como una “nueva tendencia organizativa de carácter horizontal que busca la integración, la coordinación y la comunicación interdepartamental, caracterizada por proponer unos objetivos asumidos por todos los sectores de la organización pero que no son propios de ninguno de ellos sino generales del conjunto”⁹

Teniendo en mente lo anterior, seguimos al profesor Salvador en que debe considerarse como un modelo organizativo alternativo a las formas clásicas, para dar respuesta a los nuevos retos que enfrentan los gobiernos y administraciones públicas, en donde prima la coordinación horizontal por sobre la jerarquía y coordinación vertical y que, aunque se considere como una alternativa organizativa, no debe entenderse como un sustituto al modelo burocrático sino como un elemento complementario y enriquecedor de éste.

Para concluir vamos a incorporar dos conclusiones relevantes del profesor Serra:

1) “La transversalidad no es un concepto de carácter técnico, a diferencia de la multidisciplinariedad, la interdisciplinariedad o la atención integral a los usuarios, aproximaciones que no trabajan con conceptos organizativos sino técnicos. Su objetivo es preservar la especialización técnica y, al mismo tiempo, cooperar con diversas disciplinas. La integración de disciplinas se puede dar en estructuras organizadas jerárquicamente.

155

2) “La transversalidad, (...), no debe confundirse con la coordinación lateral o interdepartamental -aunque tengan alguna relación- y, mucho menos, con la integración organizativa ordinaria, ya que esta coordinación e integración vertical no presupone nuevos puntos de vista ni nuevas líneas de objetivos disociados de los objetivos corporativos divisionales o sectoriales asignados a los órganos verticales en que se estructura la organización. Precisamente, lo que es específico de la transversalidad es la introducción de líneas de trabajo no asignadas ni asignables verticalmente”¹⁰

9 SALVADOR, Miquel. Op. Cit., p. 5.

10 SERRA, Albert. Op. Cit., p. 4.

A continuación veremos por qué es deseosa la transversalidad en la administración y específicamente en la gestión ambiental.

B. Exigencia de transversalidad en la gestión pública y ambiental propiamente tal

La existencia de la transversalidad en la organización de la administración pública, como necesidad política y organizativa, nace desde la interacción entre la diversidad y la creciente complejidad de la realidad social, por un lado, y las exigencias y limitaciones de la técnica, la tecnología y las estructuras organizativas, por otro.¹¹

La especialización sectorial creciente derivada de los avances técnicos, además de la incapacidad de las formas de organización clásicas ha generado una tendencia general hacia la transversalidad. Esto se expresa claramente en el sector ambiental, de esencia interdisciplinario, donde la gestión y dirección es eminentemente sectorial, o sea, dividida en sectores bien definidos y compartimentados entre sí y donde el enfoque tradicional de la administración es productivista de sus recursos y actividades.¹²

156

Raúl Brañes lo explica de la siguiente manera: "(...) si el medio ambiente es un sistema donde se organizan los elementos que hacen posible la existencia y el desarrollo de los organismos vivos, la gestión ambiental debe entenderse como una actividad integral y no puede concebirse como referida a cada uno de los elementos del ambiente por separado, sino que además, y preferentemente, referida a todos los elementos en su conjunto y en sus procesos de interacción. De allí nace la necesidad de una estructura jurídico-administrativa distinta de la tradicional, que se haga cargo de las particularidades propias de la gestión ambiental, lo que inevitablemente genera un conflicto con los sectores que tradicionalmente han poseído el control del recurso o elemento ambiental de que se trate o de la actividad en que se incide (...)."¹³

11 Ibid., p. 5.

12 VALLEJO, Rodrigo. Estudio para una reforma de la institucionalidad ambiental en Chile. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. 213 h. p.99.

13 BRANES, Raúl. Comentarios al Informe de la Comisión de reforma de la Ley N°19.300 sobre bases generales del medio ambiente (Chile), México D.F., Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 2000. Citado en: VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p. 99.

A continuación veremos brevemente cómo este fenómeno se vio reflejado en el antiguo modelo de nuestra institucionalidad ambiental, los fundamentos esgrimidos en este sentido en la gestación de la CONAMA y posteriormente algunas de las críticas que, en relación a la transversalidad y la forma de coordinación adoptada, se esgrimieron al diseño y funcionamiento de ésta.

III. TRANSVERSALIDAD Y COORDINACIÓN EN LA INSTITUCIONALIDAD PREVIA A LA REFORMA

En el año 1994 mediante la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA) se estableció como modelo uno puramente coordinador intersectorial gestionado a través de un servicio público, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) que contaba al mismo tiempo con potestades de dirección de la política ambiental (Consejo Directivo), de coordinación propiamente tal (Consejo Directivo y Dirección Ejecutiva), de orden consultivo (Consejo Consultivo a nivel nacional y regional y el comité técnico de cada Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante COREMA) y propiamente de gestión (Consejo Directivo, Dirección Ejecutiva y COREMAS)¹⁴, pero que mantiene las respectivas competencias ambientales de los organismos sectoriales.

A. Fundamentos de transversalidad y coordinación en la creación de la CONAMA

De la historia de la LBGMA se desprenden los elementos que llevaron a adoptar este tipo de organización de la institucionalidad ambiental. La ineficacia de la normativa ambiental se debía a su legislación dispersa y al gran número de organismos con competencia para aplicarla, tal como se retrata en el mensaje de la LBGMA:“(…) se debe tener presente que los temas ambientales requieren de un tratamiento intersectorial para ser enfrentados eficazmente. Uno de los problemas detectados, es la multiplicidad de normas ambientales e instituciones públicas con competencias sobre la materia. Además, dichas materias están concebidas y desarrolladas en forma compartimentalizada, sin una visión global y sistémica del problema ambiental.”¹⁵

¹⁴ VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p.39.

¹⁵ Mensaje del Ejecutivo N° 387-324 del 16 de septiembre de 1992, Presidente Patricio Aylwin.

Así las cosas, se intentó, a través de la CONAMA, dar eficacia a la gestión ambiental mediante un sistema descentralizado pero que integrara a los diversos sectores y donde ésta a su vez, formulara las directrices de política ambiental que dichos organismos sectoriales, en sus respectivas esferas de competencia, debían especificar y llevar a cabo.¹⁶

Cabe mencionar, para complementar este punto, uno de los objetivos de la Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable elaborada por la CONAMA en 1998: "Cuarto objetivo: Introducir consideraciones ambientales en el sector productivo chileno. La introducción de las consideraciones ambientales en el sector productivo debe hacerse tomando en consideración la heterogeneidad que este sector tiene en el país. El desarrollo productivo se lleva a cabo con actividades tan disímiles como el artesanado, la pequeña industria, la mediana industria nacional y la gran empresa transnacional, orientadas sea al mercado local sea al mercado internacional. Cada sector plantea problemas de gestión ambiental muy diferentes."¹⁷

158

De este modo, se descarta la opción centralizadora de un Ministerio en pos de la coordinación necesaria en un ámbito como el ambiental y considerando en esta decisión factores tanto sociales, como económicos, políticos e incluso de derecho comparado,¹⁸ cuando sin embargo esto representaba a nivel comparado un retraso de tipo organizacional puesto que la tendencia durante la década de los años 90' en cuanto a la institucionalidad ambiental fue la creación o el fortalecimiento de figuras ministeriales.¹⁹

Podemos decir entonces, que los principios fundantes de este modelo fueron integración, coordinación y cooperación.

16 VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p. 40.

17 CHILE, Comisión Nacional del Medio Ambiente. Una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. Aprobado por el Consejo Directivo de Ministros de CONAMA en la Sesión del 9 de enero de 1998. Santiago, Chile: CONAMA. 1998. p. 23.

18 Al respecto se expresó en la Sesión N° 48 del Senado del 5 de mayo de 1993: "Esta alternativa únicamente origina -así lo demuestra la experiencia, incluso, de países desarrollados- conflictos entre pares y entre ministerios y organismos o servicios públicos. A mi juicio, el proyecto evita adecuadamente esas malas experiencias, pues contempla la existencia de una Comisión Nacional del Medio Ambiente, cuyo Consejo Directivo estará integrado por los Ministros más relacionados con el tema -por incidir en éste las disposiciones de organismos de su dependencia- y se vinculará a una Cartera con un nivel de influencia política lo suficientemente importante como para asegurar la eficacia de las resoluciones que se dicten." Citado en Vallejo, Rodrigo Op. cit., p.42.

19 VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p. 44.

B. Críticas al modelo de la Ley N° 19.300

Desde los inicios de la institucionalidad ambiental se han formulado críticas de diversa índole. Siguiendo al profesor Cordero distinguiremos entre las críticas realizadas al modelo aplicado en nuestro país y críticas al sistema de coordinación.²⁰

1) Las críticas al modelo abarcan una gran variedad de áreas por lo tanto por razones pedagógicas circunscribiremos éstas a las atinentes al análisis de la transversalidad que se está realizando.

En este sentido se han elaborado informes frecuentemente comentados tales como las propuestas de la Comisión Castillo, Corporación Tiempo 2000, OCDE, Astorga y Cordero entre otros. Estos apuntan a que las falencias del diseño de nuestro modelo (relacionadas a la transversalidad) radican en:

- La transversalidad de la CONAMA y transectorialidad frente a una administración pública vertical jerárquica:²¹

Esta crítica apunta al ubicar a una institución de carácter transversal como la CONAMA en una estructura de la Administración vertical como es el sistema chileno, donde se opera regularmente en una lógica de competencia jerárquica mediante Ministerios y servicios públicos dependientes. Lo anterior produjo un fenómeno denominado “propietarización de las potestades públicas”²² en donde los servicios públicos que poseen competencia ambiental no participan ni colaboran de manera efectiva con la CONAMA porque consideran que ellos son los llamados a elaborar y ejecutar políticas sin que organismos externos intervengan en su gestión.

- Incomprensión del concepto de coordinación:

20 CORDERO, Luis. La ruta del diseño de la Institucionalidad Ambiental. En: ALISTE, Enrique y URQUIZA, Anahí. Medio Ambiente y Sociedad: conceptos, metodologías y experiencias desde las ciencias sociales y humanas compiladores. Santiago: Ril Editores. 2010. p. 123.

21 VALLEJO, Rodrigo. Op. Cit. p.49

22 CORDERO, Luis. La regulación medioambiental de la década 1990-2000. La Administración del Estado de Chile Decenio 1990-2000. Santiago, Editorial Conosur. 2000. En: VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p.47.

Este parece ser un problema fundamental en el diseño de nuestro modelo. Se ha definido previamente la coordinación como el proceso de creación o utilización de reglas de decisión por el que dos o más actores se ocupan colectivamente de un entorno de trabajo compartido, de esta manera se busca “aprovechar sinergias y evitar duplicidad de funciones o interferencia en las mismas. Asimismo, supone la intervención de un coordinador y un coordinado, y por lo tanto una cierta preeminencia del primero sobre el segundo, con la consiguiente limitación en sus competencias”²³

Este no ha sido el caso del modelo coordinador instaurado por la LGBMA en donde lo que existe es una mera colaboración lo que redundará en una gestión ineficaz y en palabras del profesor Cordero ha generado “el establecimiento de poderes de veto implícitos para la regulación ambiental, en la medida que todos los reguladores sectoriales participan de dicho proceso (por ej. Consejo Directivo de Ministros) pero el regulador ambiental (CONAMA) no participa de ninguna de las regulaciones sectoriales, generando asimetrías y costos sociales relevantes.”²⁴ Dicho en otras palabras “En Chile hoy día la transversalidad del Consejo de Ministros funciona como un mecanismo de contención a la regulación ambiental, pero no como un mecanismo de consideración de la gestión ambiental de un sector”.²⁵

160

Generalmente los problemas asociados a la transversalidad pasan por este punto, es decir, una deficiente definición del propio instrumento y una mala implementación del mismo. El profesor Serra al referirse a este punto da como ejemplo el concepto de “ministerio transversal”, máximo exponente de esa utilización confusa, contradictoria e inviable de la gestión transversal, para la que se proponen objetivos y desarrollos operativos inadecuados a su propia naturaleza que la condenan inevitablemente al fracaso.”²⁶

Es pertinente además en este punto remarcar lo dicho anteriormente respecto a lo que distingue a la transversalidad con la integración organizativa ordinaria e incluso con la coordinación lateral en tanto

23 VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p. 47.

24 CORDERO, Luis. La ruta del diseño de la Institucionalidad Ambiental. En: ALISTE, Enrique y URQUIZA, Anahí. Op. cit., p. 118.

25 CORDERO, Luis. Primer Seminario sobre Reforma a la Institucionalidad Ambiental. 2008. En: HERVÉ, Dominique, GUILLOFF, Matías y PÉREZ, Raimundo. Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos. Programa de Derecho y Política Ambiental. Santiago: Universidad Diego Portales. 2010. p. 68.

26 SERRA, Albert. Op. cit., p. 2.

estas últimas suponen mantener los mismos puntos de vista y objetivos corporativos divisionales o sectoriales de los órganos, en contraposición a la transversalidad que introduce líneas de trabajo no asignadas ni asignables verticalmente.

2) Las críticas al sistema de coordinación, siguiendo el informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad del Estado (denominado “Informe Jadresic”)²⁷ de 1998, como un modelo aplicado en el diseño e implementación de políticas y gestión ambiental pueden explicarse, primero, por razón de la ineficacia en cuanto a los estándares de desarrollo sustentable, esto producto de invocar erróneamente a la transversalidad como privativa del modelo coordinador a diferencia de un modelo con autoridad ambiental única. Por otro lado la invalidez de la necesidad y conveniencia práctica de mantener las atribuciones sectoriales vigentes a la fecha, en tanto los ministerios sectoriales cuentan solo con atribuciones generales de supervisión sectorial. Finalmente se critica la supuesta eficacia del modelo coordinador basado en la falta de priorización de los temas ambientales por parte de los órganos sectoriales.

27 El informe explica que “Los argumentos esgrimidos para la adopción del modelo coordinador son varios: la transversalidad del tema ambiental, que justificaría optar por un modelo en que la dimensión ambiental del desarrollo deba ser asumida por todos los agentes económicos y sociales, lo que se representaría en el Poder Ejecutivo a través de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, cuyo órgano directivo máximo es el Consejo de Ministros; la conveniencia práctica de mantener las instituciones y atribuciones preexistentes, entendiéndose que al agregar una función coordinadora se conseguiría integrar las visiones sectoriales y se lograría coherencia en las políticas públicas ambientales; y la descentralización regional, que se plasma concretamente en la creación de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente. Estos argumentos deben ser considerados cuidadosamente. Respecto a la transversalidad del tema, lo relevante es que el modelo institucional debe cautelar que las decisiones normativas sean tomadas considerando las particularidades de todos los sectores afectados, tanto por los impactos sobre el ambiente como por las políticas para su manejo y control. Esto no es privativo del modelo coordinador, y también puede respetarse en un esquema en que existe una autoridad ambiental única. En cuanto a la conveniencia práctica de mantener las atribuciones sectoriales vigentes, esto sería válido si efectivamente los ministerios sectoriales contarán no solo con atribuciones generales de supervisión sectorial, como es en la mayoría de los casos, sino con atribuciones y capacidades concretas y específicas para la regulación ambiental, lo que en general, no es efectivo. Las atribuciones son difusas y las capacidades técnicas limitadas o inexistentes en la mayoría de los ministerios sectoriales. Más aún, su potenciamiento significaría duplicaciones en cuanto a recursos humanos y materiales para el manejo y regulación ambiental (...) Una ventaja potencial esgrimida como argumento por los defensores del modelo coordinador radica en su efectividad (...). Sin embargo, para que el argumento de efectividad sea válido se requiere el cumplimiento de la condición de priorizar correctamente el problema ambiental, condición que, por su visión parcial, los órganos sectoriales no están en capacidad de cumplir. Por otra parte, en general las decisiones por consenso de comisiones no aseguran una correcta priorización. Finalmente, se requiere también conocimiento acabado de los aspectos técnico-ambientales propios del sector, lo que no es una condición que se cumpla en la mayoría de nuestros órganos de competencia sectorial. Los riesgos asociados al modelo coordinador son sustantivos. Entre ellos se cuentan los siguientes:

- Debitamiento de una visión ambiental integradora;
- Conflicto de roles de las autoridades sectoriales;
- Pérdida de niveles adecuados de independencia y neutralidad reguladora;
- Desequilibrios y por lo tanto ineficiencia global en la exigencia ambiental relativa aplicada a sectores diversos;
- Discrecionalidad excesiva en la aplicación y exigencia de las normas ambientales. Ausencia de reglas claras de aplicación igualitaria a todos los sectores y agentes;
- Riesgo de politización en aplicación de la regulación.” Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad del Estado. Informe Final. Agosto de 1998. P. 59-61. En: VALLEJO, Rodrigo. Op. cit., p.102.

IV. LA TRANSVERSALIDAD EN EL MODELO HÍBRIDO DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

A continuación nos referiremos a los fundamentos que a partir de las críticas expuestas previamente, se esgrimieron durante la gestación de la nueva institucionalidad ambiental, especialmente a las referidas al concepto de transversalidad y coordinación que hemos estado analizando.

A. Fundamentos de transversalidad en la creación de la nueva institucionalidad

Este punto se analizará en base a la historia fidedigna de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante Ley 20.417).

Recogiendo las críticas hechas a la institucionalidad previa a la reforma, la Presidenta Michelle Bachelet en el Mensaje del Ejecutivo aborda, revistiendo de gran importancia, el tema de la transversalidad. En este sentido, reflexiona que es un elemento de tal importancia, que debe ser incorporado en la estructura administrativa del Estado independiente del modelo que se busque implantar (coordinador o ministerial), aludiendo para tales efectos diferentes modelos ministeriales de gestión ambiental en derecho comparado. Reconoce que la transversalidad no necesariamente debe perderse en un modelo ministerial ya que en la práctica no ha sucedido en los países donde se ha optado por éste.²⁸

162

28 "(...) cualquiera sea el modelo, el gran desafío de las autoridades ambientales en el mundo es abordar la transversalidad. Contrariamente a lo que se cree, no se abandona por un modelo ministerial; por lo menos, no lo ha realizado ningún país del mundo que muestre buenos resultados ambientales".

El principio de la transectorialidad es posiblemente el que ofrece mayores dificultades cuando se trata de insertar la gestión ambiental dentro de la estructura administrativa del Estado, porque esa estructura es eminentemente "sectorial", es decir, está dividida en áreas bien definidos y fuertemente compartimentados. La gestión que realizan estos sectores comprende algunas veces ciertos elementos ambientales, como es el caso, por ejemplo, de los suelos y tierras, los bosques y selvas, la vida silvestre, las aguas, etc. Esta gestión, que se denomina "tradicional", se ejerce respecto de cada elemento ambiental por separado y tiene, por lo general, un carácter marcadamente productivista, por lo que está lejos de ser una gestión ambiental.

En efecto, si el medio ambiente es un sistema donde se organizan los elementos que hacen posible la existencia y el desarrollo de los organismos vivos, la gestión ambiental debe entenderse como una actividad integral y no puede concebirse como referida a cada uno de los elementos del ambiente por separado, sino que, además, y preferentemente, referida a todos los elementos en su conjunto y en sus procesos de interacción. De allí nace la necesidad de una estructura jurídico-administrativa distinta de la tradicional, que se haga cargo de las particularidades propias de la gestión ambiental, lo que inevitablemente genera un conflicto con los sectores que tradicionalmente han poseído el control del recurso o elemento ambiental de que se trate o de la actividad en que incide.

Por eso, la integralidad de la gestión ambiental, se plantea como una de las exigencias básicas de dicha gestión, que debe comprender las diversas formas de vida y sus hábitat: el suelo, el agua, el aire y el conjunto de biosfera en la que se expresa la vida." Mensaje del Ejecutivo N°352-356 de 5 de Junio de 2008. Presidenta Michelle Bachelet.

Hay que recordar en este punto que el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad no se encontraba en el proyecto original es por eso que no existe mención aquí a su función transversal y se apela a la posibilidad de transversalidad en un modelo con una única autoridad medioambiental.

Además agrega que “Esta transversalidad no está garantizada por una representación meramente colegiada de autoridades públicas. Es necesario abordar los aspectos sustantivos de la gestión ambiental en cada sector y por tipos de instrumentos, de manera que exista un responsable de la política pública y la regulación ambiental, con organizaciones responsables en la gestión y con un sistema de fiscalización eficiente y sujeto a rendición de cuentas.”²⁹

Se observa, de tal manera, la preponderancia de este instrumento de gestión en la elaboración del diseño de la institucionalidad actual. Sin embargo, en el curso de la tramitación de la Ley 20.417, comenzará a primar la idea de que la estructura ministerial no podrá satisfacer de manera óptima este elemento tan propio y necesario en la estructura administrativa ambiental.³⁰

B. Creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y sus vínculos a la transversalidad

163

Posteriormente a la intervención del Consejo Minero que se refiere por primera vez a la creación de este Consejo (ver nota al pie N°29), la Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Valentina Durán, se pronuncia en este mismo Informe mostrando su compromiso con el proyecto al expresar que “comparte uno de los objetivos del Mensaje en orden a que el desafío de las autoridades es abordar la transversalidad propia del tema medio ambiental, así como también está conteste con

²⁹ Mensaje del Ejecutivo N°352-356 de 5 de Junio de 2008. Presidenta Michelle Bachelet.

³⁰ Al respecto se adelanta por parte de los representantes del Consejo Minero quienes en el Informe de la Comisión de Recursos Naturales señalaron que “En líneas generales, el proyecto de ley elimina la transversalidad que existía para la confección de normas y planes, suprimiendo la posibilidad de enfrentar la elaboración de regulaciones con una visión sistemática. Es importante reincorporar la transversalidad en la elaboración de normas mediante la activa participación de un Consejo de Ministros con el Ministro de Medio Ambiente.” Informe de la Comisión de Recursos Naturales. Cámara de Diputados. Consejo Minero, abril de 2009. Historia de la Ley N° 20.417 Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente. p. 135.

el hecho de que debe existir un responsable político en materias medio ambientales”³¹

Así, se pliega a la idea de un Ministerio en materia ambiental al destacar que “la coordinación es un requerimiento de la política ambiental pero no es exclusivo de ella, por lo tanto el que sea un tema que requiera coordinación no significa que el Ministerio sea una mala alternativa. Por el contrario, el desafío que se plantea es cómo lograr mediante su creación la integración de las regulaciones sectoriales, y a ese objetivo deben ir orientados los esfuerzos.”

Sin desmedro de lo anterior, Valentina Durán plantea a continuación como un punto a considerar: “Crear un Consejo de Ministros de la Sustentabilidad que sirva de espacio para que se dé esta discusión a nivel político. El objetivo es generar un espacio político, transparente, que busque equilibrar los componentes ambientales, sociales y económicos, pilares del Desarrollo Sustentable, al interior del gabinete.”³²

164

Esta consideración será recogida posteriormente por el Ejecutivo, que formuló la indicación para introducir el párrafo que crea el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Los fundamentos fueron expresados por el Asesor Jurídico de la CONAMA que expresó que “con ella se recogen las observaciones formuladas en la etapa de audiencias públicas por representantes de diversos organismos, así como por parte de los señores Diputados, en orden a que si bien se ha valorado la creación del Ministerio del Medio Ambiente no ha existido consenso respecto a la supresión del Consejo de Ministros como espacio transversal para la discusión de la política ambiental. Este Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, está destinado a cumplir funciones y atribuciones en materia de regulación y definición de política pública ambiental y, en definitiva, actuar como un órgano de deliberación de política pública y no como dirección superior del Ministerio, además de que concentra aquellos aspectos de la

31 Informe de la Comisión de Recursos Naturales. Cámara de Diputados. Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Abril del 2009. Historia de la Ley N° 20.417 Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente. pp. 151 – 152.

32 *Ibid.* p. 153.

política ambiental que son transversales.”³³ Subrayando su rol de órgano eminentemente transversal.

El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad sería incluido en la versión final de la Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial el día 26 de Enero de 2010, pasando a formar parte de nuestra nueva institucionalidad ambiental.

La integración del Consejo está conformada por once Ministros sectoriales además del Ministro del Medio Ambiente quien lo preside,³⁴ muestra de la amplitud de áreas que atraviesan la problemática ambiental.

Las amplias funciones y atribuciones que finalmente posee el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad³⁵ lo han configurado finalmente como un órgano de deliberación y aprobación de las políticas ambientales, eminentemente transversal e integrador de las diferentes miradas sectoriales, que deberá evaluar, en base a criterios de sustentabilidad, las normas que se dicten en ejercicio de sus propias carteras, en tanto que revistan carácter de ambiental³⁶, para su debida aprobación. El Consejo, sin embargo, no tendrá competencias de dirección superior sobre el Ministerio de Medio Ambiente.

33 Informe de la Comisión de Recursos Naturales. Cámara de Diputados. Indicación del Ejecutivo. Abril del 2009. Historia de la Ley N° 20.417 Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente. p. 193 -194.

34 Reza el Artículo 71 de la Ley 20. 417: “Créase el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrado por los Ministros de Agricultura; de Hacienda; de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Energía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Transportes y Telecomunicaciones; de Minería, y de Planificación.”

35 Artículo 71 de la Ley 20.417: a) Proponer al Presidente de la República las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables.

b) Proponer al Presidente de la República los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados.

c) Proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos.

d) Proponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que deben ser sometidas a evaluación ambiental estratégica.

e) Pronunciarse sobre los criterios y mecanismos en virtud de los cuales se deberá efectuar la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, a que se refiere el artículo 26 de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

f) Pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70: CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 20.417. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 26 de enero de 2010.

36 El artículo 70 de la Ley 20.417, establece cuales son las funciones del Ministerio del Medio Ambiente, de estas emanan las materias que deberán necesariamente pasar por la aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

Todo esto evitará una duplicidad de transversalidad en la gestión en los términos que se producía antiguamente, racionalizando el mecanismo al ubicarla de manera única en el procedimiento administrativo de decisión.³⁷

Hay que destacar que el Ministerio del Medio Ambiente, por su parte, posee también facultades de coordinación y transversalidad, y radica finalmente en él, el éxito de la gestión. Tal como expresa el profesor Serra: "La especificidad de la gestión transversal se deriva de su función y naturaleza, que, como se ha explicado anteriormente, se orienta a reforzar determinados elementos del proceso de dirección política y de gestión. Esta naturaleza específica debe ser tomada en cuenta por quienes asumen la responsabilidad de liderar áreas o políticas de acción transversal. En la gestión de la transversalidad, la función directiva se halla en el centro del éxito -y también del fracaso- de esas opciones políticas".³⁸

V. CONCLUSIONES

166

A través de este breve análisis hemos podido observar el carácter preponderante en la estructura administrativa de gestión ambiental de un instrumento organizativo que no ha sido apreciado en su justa medida y que, en el caso del medio ambiente, reviste de una importancia medular, en la medida que se corresponde con su naturaleza intersectorial y multidisciplinaria, todo enmarcado en los objetivos múltiples que posee el Estado.

Si bien en el curso de los últimos años ha sido frecuentemente utilizado e incluso incorporado, al menos teóricamente, el concepto de transversalidad, en la organización de la gestión ambiental, el bajo nivel de comprensión y las altas expectativas que se tienen de éste no han producido los resultados esperados. Con la creación de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, se desechó la opción de una autoridad ambiental única (Ministerio), teniendo en cuenta las exigencias propias del sector medioambiental y la necesidad

37 Para mayor comprensión de este punto: CORDERO, Luis. Primer Seminario sobre Reforma a la Institucionalidad Ambiental. 2008. En: HERVÉ, Dominique, GUILLOFF, Matías y PÉREZ, Raimundo. Op. cit., p. 68 -69.

38 SERRA, Albert. Op. cit., p. 9.

de integrar consideraciones de esta índole en el sector productivo, como se manifiesta en los objetivos de la Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. Sin embargo, desde el inicio de su gestión, fueron haciéndose evidentes las limitaciones de esta estructura para satisfacer los objetivos que a sí misma fueron dados. Por una parte, las falencias del modelo aplicado en nuestro país, tales como la transversalidad de la CONAMA frente a una administración pública vertical jerárquica y la incomprensión del concepto de coordinación, generaron resultados negativos, a saber, una propietarización de las potestades públicas por parte de los servicios públicos que mantenían sus competencias ambientales, y poderes de vetos implícitos para la regulación ambiental. Por otra parte, el sistema de coordinación en sí mismo recibió críticas que en la práctica se manifestaron en resultados no deseados tales como el debilitamiento de una visión ambiental integradora, conflicto de roles de las autoridades sectoriales, pérdida de niveles adecuados de independencia y neutralidad reguladora, discrecionalidad excesiva en la aplicación y exigencia de las normas ambientales, entre otros.

No obstante lo anterior, el concepto de transversalidad ha mantenido su vigencia puesto que, bien percibido y ejecutado, este instrumento puede superar las desventajas de una organización clásica vertical, en sistemas que requieren de integración de un amplio abanico de miradas y propósitos como es el ambiental. Los desafíos que impone el tránsito hacia el desarrollo sustentable y las condiciones inherentes del sector ambiental requieren un enfoque de gobernanza que se aleja de la formas jerárquicas tradicionales y la manifestación en la esfera local y nacional de ésta, para sobreponerse a dichos desafíos, es de una importancia gravitante. En tal sentido se ha expuesto que “la mayoría de los factores críticos en determinar si la “economía verde” se transforma en una realidad serán representados a nivel nacional y local. La gobernanza y la planificación de centros urbanos serán (y ya lo son) cruciales en la determinación de patrones futuros de uso de energía, empleo, consumo de los recursos naturales, etc.”³⁹

39 BIGG, Tom. Development Governance and the Green Economy: A Matter of Life and Death? En: NAJAM, Adil. Beyond Rio+20: Governance for a Green Economy. The Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future, Boston University. Estados Unidos: Boston University Creative Services, 2011. p. 32.

En este sentido, 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. Posibilita alejarse de antiguos vicios que volvían confuso al sistema, generando costos innecesarios de administración, lo que finalmente redundaba en un aparato administrativo aletargado y obsoleto. Una institución, impensada al inicio del proceso de la reforma, como el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, eminentemente transversal e integrador de las diferentes miradas sectoriales, con el debido liderazgo y coordinación del Ministerio del Medio Ambiente, encarna un avance en la dirección correcta, una racionalización de los mecanismos de gestión y regulación, en pos de una estructura administrativa ambiental más eficiente y eficaz.

168

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. Apelando a la sensatez del profesor Serra: “La transversalidad es un instrumento organizativo que intenta compensar las inevitables limitaciones que presenta cualquier diseño organizativo a la hora de adaptarse a las exigencias de la realidad. Ahora bien, no hay que pensar que esta función compensatoria logrará resolver todas las limitaciones de la organización regular: la transversalidad puede ser un instrumento complementario, pero no aporta omnipotencia ni omnipresencia a la organización. Esa mayor capacidad organizativa se puede concretar desarrollando los diferentes aspectos que definen la especificidad de la transversalidad y que pueden ayudar a trabajar desde esta dimensión”.⁴⁰

39 Ibid. p. 7.

Diversificación de la Reparación del Daño Ambiental en Chile: Perspectivas para los Planes de Reparación

Bastián Pastén D.¹
Gonzalo Parot H.²

Sumario:

Dentro de las innovaciones introducidas por la Ley 20.417 se encuentran los Planes de Reparación, herramienta administrativa a partir de la cual será posible obtener la reparación del daño ambiental generado por una infracción a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Su presentación dentro de la nueva institucionalidad queda sujeta a la voluntad del regulado que, habiéndose enfrentado a un procedimiento sancionatorio, podrá proponer la presentación del Plan a la Superintendencia del Medioambiente, con el objeto de reparar el daño ambiental causado con motivo de la infracción e inhibir el ejercicio de la acción de reparación ambiental contenida en el Artículo 51 y siguientes de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

169

El mecanismo en virtud el cual operarán estos Planes de Reparación en Chile presenta ciertas particularidades que permiten abrir nuevas perspectivas para la reparación del daño ambiental. Nuestro modelo, eminentemente judicial, se abrirá paso a la reparación ambiental por la vía administrativa en el marco de las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente. Este trabajo aborda el estudio de los Planes de Reparación, examinando los mecanismos de reparación contemplados en el derecho comparado, para luego analizar la viabilidad de aplicación práctica de estos planes en

1 Abogado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Asociado Eelaw Medio Ambiente y Energía, Asesorías legales. Ayudante Ad-Honorem del Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

2 Egresado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ayudante Ad-Honorem del Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

el ordenamiento jurídico chileno, con el objeto de determinar su idoneidad para constituir una vía plausible de reparación del daño ambiental.

Abstract:

Among the innovations introduced by law 20.417 are reparation plans providing administrative tools for obtaining environmental reparations following infractions of the Organic Law on the Superintendence of the Environment. The proposal of such plans is subject to the will of the entity facing punitive proceedings, which may propose a reparation plan to the Superintendent of the Environment, in order to repair the environmental damage caused by legal infringements and prevent the exercise of environmental reparation action contained in Article 51 of Law 19.300, General Environmental Law.

The mechanism through which these reparation plans operate in Chile presents certain peculiarities which offer new perspectives regarding reparations of environmental harm. Our model, invariably judicial, will open routes for environmental reparations through administrative channels under the direction of the Superintendence of the Environment. This article studies the reparation plans and examines the mechanisms of reparation contemplated in the regulations. It also analyzes the viability of the practical application of these plans in Chilean legal system, to determine whether the plans will effectively create a plausible course for reparation of environmental harm.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas reformas introducidas a nuestra institucionalidad ambiental por la Ley 20.417 se encuentra la creación de un mecanismo destinado a obtener la reparación ambiental denominados “Planes de Reparación”. De acuerdo al artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), una vez notificada la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) que pone término al procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar voluntariamente una propuesta de Plan de Reparación avalada por un estudio técnico ambiental, el que tendrá por fin reparar el daño ambiental ocasionado con motivo de la infracción.

En su aprobación, intervendrá el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) quien evaluará la idoneidad técnica del Plan de Reparación. Su presentación suspenderá el plazo de prescripción para ejercer la Acción de Reparación Ambiental contenida en el Art. 51 y siguientes de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) y si el Plan se ejecuta exitosamente dicha acción se extinguirá.³

Con ello, la Ley introduce un mecanismo inédito hasta ahora en el ordenamiento jurídico ambiental chileno, al romper el monopolio que a la responsabilidad civil ha correspondido en la obtención de la reparación ambiental. Los Planes de Reparación como instrumento regulatorio, abren la puerta a la constatación administrativa del daño ambiental, al poner en manos del regulado una herramienta que le permitirá obtener la reparación del daño causado al tiempo que extingue el ejercicio de la acción de reparación, en la práctica, casi siempre en manos del Consejo de Defensa del Estado.

Considerando el rol que a estos planes podrían alcanzar una vez que la SMA entre en plenas facultades, este trabajo apunta a efectuar un análisis respecto a las perspectivas de aplicación que enfrenta este mecanismo en el escenario actual. Para ello nos abocaremos primero a efectuar un breve análisis de la Acción de Reparación Ambiental, única vía en la actualidad

3 Ley 20.417, Artículo Segundo, Título III, Párrafo II, Art. 43.

para obtener la reparación del daño ambiental. Posteriormente nos abocaremos al estudio de la Historia de la Ley 20.417, en lo que respecta a los Planes de Reparación, para luego compararlos con las alternativas que se contemplan en el Derecho Comparado para obtener la reparación del daño ambiental, específicamente en Inglaterra y Estados Unidos. A partir de esto efectuaremos un análisis crítico de la incorporación de esta nueva figura, considerando que, pese a que tiene la aptitud para ser una herramienta efectiva para obtener la reparación del daño ambiental, su utilización quedará restringida a la voluntad del sector regulado.

II. EL MODELO ACTUAL: LA ACCIÓN DE REPARACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO CHILENO

Con la entrada en vigencia de la LBGMA, el único mecanismo para obtener la reparación del daño ambiental –hasta nuestros días– ha sido la Acción de Reparación Ambiental, regulada en los artículos 51 y siguientes de dicha Ley. En ella, se establece un estatuto diferenciado, respecto del régimen común de responsabilidad establecido en el Código Civil, que flexibiliza los requisitos de la Responsabilidad Extracontractual que pueda surgir a partir de un hecho u omisión susceptible de ocasionar daño ambiental.

172

A grandes rasgos, se puede caracterizar este estatuto especial a partir de algunos de sus elementos centrales. Por un lado, la responsabilidad extracontractual del Código Civil –de corte particularmente individual –es extendida para dar cabida a la imputación de una pluralidad de personas, cuestión muy común cuando se trata del daño ambiental.⁴

Por otra parte, si bien el modelo mantiene un régimen general de responsabilidad por culpa que exige verificar la infracción a un deber abstracto de conducta, la Ley N° 19.300, en su artículo 52, estableció una presunción legal de culpa para aquellos casos en que el autor del daño ha cometido una infracción a la normativa ambiental. Con todo, sigue siendo perentorio demostrar un vínculo causal entre la acción del demandado y el daño ambiental,⁵ cuestión particularmente compleja en el ámbito de

4 FIGUEROA, Eugenio [et. al.], La Responsabilidad Ambiental, el Daño al Medio Ambiente y su Valor: Una Aproximación Legal y Económica, en Revista de Derecho Ambiental, Tomo II, Ediciones LOM, Año 2006, pp. 70 - 72.

5 Es común en el Derecho comparado operar bajo el principio *res ipsa loquitur* (dejad que las cosas hablen por sí mismas) en material ambiental, facilitando la acreditación del vínculo al no exigir una estricta relación causal directa.

los perjuicios ambientales, aun cuando en una de sus últimas sentencias, la Corte Suprema parece haber morigerado su interpretación respecto a la causalidad al concurrir la presunción de culpabilidad.⁶

Adicionalmente, la acción de reparación ambiental tiene un carácter híbrido, en tanto comprende tanto una vertiente propiamente privada que pretende resarcir al particular afectado por el daño ambiental, así como otra de carácter más difuso que busca la reparación del medio ambiente en sí, presentando un componente eminentemente público. Esta cuestión no es casual, considerando que la reparación del daño ambiental en sede civil, y por ende judicial, es esencialmente contradictoria. La justicia civil en materia de daño busca la reparación de los perjuicios sufridos por un particular a partir del actuar culpable o negligente de otro agente. El daño, por regla general, debe ser personal. Sin embargo, el medio ambiente es un bien jurídico difuso y de titularidad colectiva, por lo tanto, el daño ambiental no solo se concreta respecto de una persona particularmente considerada, sino que también afecta a la colectividad.⁷ Como la justicia conmutativa que motiva la Responsabilidad Civil no encaja con el carácter colectivo del medio ambiente, la reparación de éste a través de una acción judicial siempre será un mecanismo artificial, en la medida que alguna persona u organización deberá tomar la representación del medio ambiente y litigar en su nombre.⁸

Asimismo, la acción de reparación ambiental, busca la reparación específica o *in natura* del daño ambiental, devolviendo las cosas a su estado previo al

-
- 6 Corte Suprema, Rol N° 8339-2009, Consejo de Defensa del Estado con Tribasa Sur S.A., sentencia de 29 de Mayo de 2012. En el Considerando Tercero de su sentencia de reemplazo, la Corte estimó acreditadas los requisitos para la procedencia de la Acción de Reparación, sin alusión al vínculo causal, señalando que correspondía al infractor alegar caso fortuito en la materialización del daño: "Tercero: Que conforme a la prueba rendida, apreciada ésta conforme a las normas de la sana crítica, se encuentra acreditada la existencia del daño ambiental denunciado por la demandante, consistente en el socavamiento de la ribera izquierda del río en el sector Paraguay y la erosión de la misma que afectó a los predios ribereños en desmedro del hábitat natural con sectores de agua estancada que 18 perduraban a la época de la inspección personal del Tribunal, por lo que, existiendo una infracción a las normas medioambientales por parte de la demandada, según consta en la Resolución Exenta N° 060/02 de 18 de febrero de 2002, incorporada al proceso en respuesta del oficio dirigido a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bio Bio, por medio de la cual se la sancionó por el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fue aprobada la declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos río Laja, sector Paraguay", le correspondía a ésta acreditar que no fue responsable del daño establecido".
- 7 FIGUEROA, Eugenio [et. al.], op. cit., p. 73. Es necesario señalar en este punto que el daño ambiental afecta, por sobre todo, al medio ambiente en sí mismo, sin perjuicio de lo cual éste no es titular de derechos, por lo que resulta necesario recurrir a la figura del interés colectivo para dar viabilidad jurídica a la protección del medio ambiente.
- 8 En la práctica, el artículo 53 refleja esta diferenciación a través de dos acciones de fines sustantivos y procesales diversos. Por un lado existe la acción indemnizatoria ordinaria, que busca la compensación del perjuicio sufrido por una persona a propósito del daño ambiental. En este caso, el medio ambiente aparece como un aspecto del patrimonio del afectado, siendo así un bien jurídico concreto y de titularidad individual.

hecho que causó el perjuicio.⁹ Si bien se concede esta acción al afectado por el daño ambiental, esta hipótesis resulta atípica, en tanto el particular adopta la representación de un bien de titularidad colectiva. Queda excluida, por otro lado, la posibilidad de que entidades privadas asuman la tarea de obtener la reparación en casos de daño ambiental, pues sólo particulares afectados por la conducta poseen la legitimidad activa para ejercer la acción en comento. En dichos términos, la acción civil por daño ambiental presenta un matiz público,¹⁰ que hasta la fecha se ha materializado sobre todo en el actuar del Consejo de Defensa del Estado (“CDE”), que ha detentado la titularidad activa como principal representante del medio ambiente ante los Tribunales de Justicia. También se concede esta legitimación a las Municipalidades por hechos acaecidos en sus respectivas comunas.

Otro aspecto complejo del ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental es la existencia de ciertos casos en que este daño es irreversible y que, por tanto, no pueden ser objetos de una reparación *in natura*.¹¹

Los problemas enumerados, ligados estructuralmente a la naturaleza de una acción de reparación ambiental, pueden distorsionar seriamente los mecanismos de atribución de este tipo de responsabilidad.¹²

Así las cosas, ciertos ordenamientos optan por otorgar competencias para obtener la reparación del daño ambiental a órganos de la administración del Estado, en tanto el carácter de bien colectivo del medio ambiente, la hace más coherente con la actividad sancionatoria por incumplimiento a la normativa ambiental, que pueda originar un daño o perjuicio al medio ambiente.¹³ En estos casos, se acumula el deber de reparación a la sanción administrativa,¹⁴ siendo menester diferenciar con claridad ambos

9 En la medida que la definición misma de impacto ambiental implica una alteración del medio ambiente (art. 2 letra k Ley 19.300), habrá que atender al criterio de significación para establecer qué parte de dicha alteración corresponde a daño ambiental (art. 2 letra e), lo que de por sí acarrea problemas al momento de plantear la reparación *in natura*.

10 BARROS, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2006, pp. 809-813.

11 Véase: FIGUEROA [et. al.], op. cit., p. 77.

12 Si se considera que uno de los objetivos principales del derecho ambiental es obtener la internalización de los costos ambientales generados por el particular que, a falta de mecanismos de atribución adecuados son absorbidos por el medio ambiente y por la colectividad, surge la interrogante respecto de la aplicación de modelos conmutativos de justicia para resolver problemas de daño ambiental.

13 Para estos casos se concibe en el Derecho comparado la posibilidad de una reparación por equivalencia, que se traduce en planes y/o programas llevados a cabo por el particular que generan un beneficio ambiental visto como equivalente al deterioro producido. Véase: GOMIS CATALÁ, Lucía, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Arazandi Ediciones, 1998, pp. 249 – 265.

14 HUTCHINSON, Tomás, Daño ambiental, Tomo II, Rubinsal-Culzoni Ediciones, Buenos Aires, 1999, pp. 283 – 297.

aspectos en las medidas adoptadas, pues persiguen objetivos diversos. La reparación, que exige devolver el medio ambiente a su estado original (o generar beneficios equivalentes al daño, cuando ello no es posible), es un elemento distinto de la sanción, que por regla general cumple un rol eminentemente preventivo.

Precisamente es este el objetivo que persiguió el Ejecutivo de la época al introducir a los Planes de Reparación en el Mensaje del Proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Con este mecanismo, la reparación ambiental deja de ser una cuestión exclusivamente judicial y, por ende, relativa a la responsabilidad civil extracontractual, para pasar a integrar el ámbito de competencias de la administración. Con todo, el artículo 43 de la LOSMA, que contiene a los Planes de Reparación, no estuvieron exentos de polémicas en su tramitación legislativa. A continuación revisaremos someramente la Historia de la Ley 20.417 para comprender el debate que se dio respecto a estos Planes y el rol que debían jugar en la obtención de la reparación del daño ambiental.

III. LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LOS PLANES DE REPARACIÓN

El Mensaje del Ejecutivo N° 352-356 con que se inició la tramitación del Proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente reconocía¹⁵ una serie de deficiencias asociadas al sistema de fiscalización y sanción ambiental en nuestro país. La creación de la SMA respondía a una necesidad de racionalizar las competencias relativas al cumplimiento ambiental entregándole a este organismo la ejecución, organización y coordinación de los instrumentos de gestión ambiental contenidos en la LBGMA.

Con todo, éstas no eran las únicas funciones otorgadas a la Superintendencia en el Proyecto de Ley Original. En efecto, el artículo 43 original de la LOSMA señalaba que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondieran al infractor por su incumplimiento, este se encontraba

15 Boletín N° 5947-12.

obligado a reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado con motivo de la infracción, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.¹⁶ La SMA ordenaría al infractor la presentación del Plan de Reparación, bajo apercibimiento de sancionarlo como responsable de infracción gravísima de no dar cumplimiento a la orden.¹⁷ Presentado y ejecutado satisfactoriamente, la acción de reparación ambiental descrita en el apartado anterior, se tornaba improcedente. Quedaban como presupuestos necesarios de esta obligación: la constatación administrativa de la existencia de daño ambiental a partir de una infracción y la sanción de la infracción que constituía el incumplimiento ambiental.

Esta disposición, constituye el primer esfuerzo serio para diversificar los mecanismos jurídicos para obtener la reparación del daño ambiental. Originalmente, al otorgar la facultad al regulador de exigir un Plan de Reparación, se acumulaba al deber de responder administrativamente por el incumplimiento, el deber de reparar el daño ambiental, abriendo una ventana para obtener la reparación mediante un mecanismo regulatorio, fuera del ámbito judicial.

176

Con todo, la disposición recibiría diversos comentarios e indicaciones en el proceso de tramitación legislativa. En la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, el primer resquemor surgiría por la constatación administrativa de la existencia de daño ambiental. Se propondría que el Plan de Reparación sea exigible a instancias del organismo al que le compete iniciar la acción de reparación ambiental, es decir, el CDE, con el fin de disponer de una vía alternativa a la judicialización del conflicto.¹⁸ En este mismo sentido, el H. Diputado Sepúlveda señalaría que la determinación del daño ambiental debía realizarse por la vía judicial, proponiendo que los antecedentes sean remitidos al CDE, a fin de que sea éste quien ejerza la acción correspondiente.¹⁹

16 El proyecto claramente sigue la definición de reparación del daño ambiental contemplada en el Art 2 letra s) de la Ley 19.300 que establece el siguiente concepto "Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas".

17 Véase: Historia de la Ley 20.417, p. 48.

18 *Ibidem*, p. 138.

19 *Ibidem*, p. 268.

Posteriormente los H. Diputados Sra. Cubillos y los Sres. Bauer, Chahuán, García-Huidobro y Sepúlveda, propusieron la eliminación de la facultad de la SMA de exigir un Plan de Reparación, señalando que en caso de que ésta constatará la existencia de daño ambiental, remitiera los antecedentes al CDE, para el ejercicio de la acción correspondiente, en los términos del Artículo 51 y siguientes de la Ley 19.300.²⁰

Por su parte, el Ejecutivo presentó también una indicación agregando un nuevo inciso al Artículo 43, señalando que, sin perjuicio de las atribuciones de la SMA, en caso de incumplimiento del plan de reparación, de no presentarse el plan o si éste no fuera aprobado por la SMA, sea el CDE quien ejerza la acción de reparación por daño ambiental.²¹ Ésta indicación sería aprobada por unanimidad, dándose por finalizada la discusión respecto de los Planes de Reparación en el primer trámite constitucional.

Así las cosas, los Planes de Reparación pasaron el examen de la Cámara de Diputados, como una potestad de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En el Senado, el Instituto Libertad y Desarrollo, expresaría su disconformidad con los Planes de Reparación señalando que debían ser los tribunales los encargados de pronunciarse sobre la reparación del daño ambiental.²² Por otra parte, los H. Senadores Longueira y Allamand, plantearían la eliminación del Artículo 43, proponiendo en su reemplazo una disposición que entregara competencia a la SMA para ejercer la acción de reparación ambiental ante los tribunales de justicia. El H. Senador Allamand iría más allá, proponiendo que el Tribunal que conozca de la acción, una vez acreditada la obligación de reparar, ordene al infractor la presentación de un Plan de Reparación. El Tribunal daría traslado al Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”) para que éste se pronuncie respecto a los aspectos técnicos del plan. De no ser aceptado, el Tribunal debía llamar a conciliación o entregar un informe a un árbitro arbitrador, para que éste decida.²³

20 Ibidem, p. 267. Esta indicación sería rechazada.

21 Ibidem, p. 268.

22 Ibidem, p. 710.

23 Ibidem, pp. 1166-1168. Ambas indicaciones serían rechazadas.

Por otra parte, los H. Senadores Sres. Girardi, Navarro, Ominami, Vásquez y Cantero, presentarían una indicación para mantener la facultad de la SMA de exigir un Plan de Reparación, añadiendo la obligación de compensar económicamente, a quien corresponda, aquel daño que no sea reparable. Luego proponen un nuevo inciso en que se le entregaba la posibilidad a terceros interesados o afectados por el daño ambiental a oponerse a la aprobación del plan de reparación.²⁴ La indicación resultaba interesante en lo que respecta a la compensación económica, pues atendía a la naturaleza dual del daño ambiental, pretendiendo hacerse cargo de aquel daño que recae sobre la persona.

Finalmente, el Ejecutivo presentaría una indicación²⁵ para reemplazar el Art. 43 aprobado en primer trámite constitucional, que eliminaba la facultad de la SMA de obligar al infractor a presentar un Plan de Reparación, trasladando la prerrogativa al infractor, a fin de que sea este quien decida su presentación, una vez terminado el procedimiento sancionatorio. La indicación sería aceptada por unanimidad, dando contenido definitivo al Artículo 43, el que quedaría redactado de la siguiente manera:

178

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental:

“El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

24 Ibidem, pp. 1167- 1168. Esta indicación también sería rechazada.

25 Ibidem, p. 1455.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá. Si se ejecutare dicho plan satisfactoriamente, la acción señalada se extinguirá.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

El Reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar dicha reparación”.

Con ello, la presentación del Plan de Reparación deja de ser una obligación para el infractor, pasando a ser una prerrogativa de este, que tendrá como fin la reparación del daño ambiental y la posterior extinción del ejercicio de la acción de reparación ambiental. En otras palabras, la vinculación que se plantea en un primer momento, entre la sanción administrativa y el deber de reparar, desaparece, o más bien, se atenúa, al liberar al infractor de la carga de presentar el Plan de Reparación, siendo todavía posible para éste elaborarlo, habida consideración que ante un eventual ejercicio de la Acción de Reparación Ambiental, operaría la Presunción de Culpabilidad contenida en el Art. 52 de la LBGMA.

Llaman la atención diversas cuestiones debatidas en la tramitación legislativa de estos Planes. Las dudas surgidas en torno a éstos apuntan fundamentalmente a dos aspectos: (i) la constatación de la existencia de daño ambiental en sede administrativa (ii) una eventual disminución del rol que juega la acción del Artículo 51 y siguientes de la Ley 19.300, para efectos de obtener la reparación del daño ambiental en manos del CDE.

En un análisis posterior argumentaremos que la redacción actual del Art. 43 de la LOSMA no atenúa los dos aspectos que generaban dudas respecto a los Planes de Reparación, y que, adicionalmente, por la preocupación expresada en torno a su utilización, se falló en ver en éstos, una herramienta eficiente y efectiva en la reparación del daño ambiental. Interesa ahora estudiar como el derecho comparado ha abordado estos problemas.

IV. LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO: INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS

INGLATERRA

Recientemente, el Reino Unido ha sido objeto de un proceso de reforma en su sistema de sanciones administrativo-ambientales que ha permitido incorporar mecanismos de reparación ambiental como alternativa al clásico régimen de responsabilidad.²⁶ Nosotros nos referiremos específicamente a las consideraciones efectuadas en torno a la reparación ambiental en este proceso de reforma para Inglaterra.

Tradicionalmente, el modelo sancionador inglés descansaba casi exclusivamente en respuestas penales.²⁷ En efecto, la *Environment Agency* (organismo regulador) tiene la potestad de iniciar la persecución penal directamente frente al incumplimiento de la normativa ambiental. Dicho modelo generaba diversas dificultades, las que serían identificadas por el profesor Richard Macrory en su *'Regulatory Justice: Making Sanctions Effective'* (*Macrory Report*). En él, Macrory afirma que la vía penal puede resultar inadecuada para enfrentar el incumplimiento, para obtener la reparación del daño o en definitiva para cambiar el comportamiento del infractor, debido a la complejidad y rigidez de la persecución penal.²⁸

180

Para hacer frente a estas dificultades, Macrory propondría un conjunto de nuevas sanciones orientadas a flexibilizar el sistema de fiscalización y cumplimiento de la regulación.²⁹ Estas sanciones se sustentan sobre la base de seis principios que, de acuerdo al profesor, deben informar un régimen sancionatorio,³⁰ entre los que destaca, la reparación del daño causado por el incumplimiento. Este último principio, es incorporado en virtud del rol que

26 El Régimen de Responsabilidad Ambiental en el Reino Unido descansa sobre la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Responsabilidad Ambiental, que aplica a toda la Unión Europea. El año 2009 entró en vigencia la *Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations*, que introdujeron en Inglaterra la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Responsabilidad Ambiental, que contempla un régimen de responsabilidad objetiva para aquellas empresas que hayan causado un daño ambiental.

27 Véase: WOODS, M., MACRORY, R. *Environmental Civil Penalties*. Centre for Law and the Environment, Faculty of Laws, University College London, 2003, p. 6

28 MACRORY, R. *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*. Final Report, November 2006, p. 7

29 *Ibidem*, pp. 9.

30 De acuerdo al informe una sanción debería: apuntar a cambiar el comportamiento del infractor; eliminar cualquier ganancia o beneficio económico obtenido por el incumplimiento; ser reactiva en el sentido de considerar la respuesta apropiada frente a cada infracción y asunto regulatorio; apuntar a reparar el daño causado por el incumplimiento, si es procedente; y apuntar a disuadir futuros incumplimientos.

cabría a la Justicia Reparativa en un sistema de cumplimiento ambiental.³¹

El legislador inglés recogería las recomendaciones efectuadas por el profesor Macrory, cuyo informe sería la base para la elaboración de la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* (en adelante '*RES Act*'),³² del año 2008, que introdujo un conjunto de sanciones administrativas para los órganos reguladores del Reino Unido -incluyendo la *Environment Agency*- con el objeto de ampliar la gama de alternativas de que estos disponen para hacer frente al incumplimiento regulatorio.

Las disposiciones de la *RES Act* debían ser incorporadas mediante regulaciones específicas a cada uno de los sectores aplicables, incluido el de medio ambiente. Es así como el 6 de abril del año 2010, se publica la *Environment Civil Sanctions (England) Order* (en adelante *ECS Order*),³³ que introduce el contenido de la *RES Act* en la regulación ambiental inglesa. La *ECS Order* introdujo una sanción administrativa denominada *Restoration Notice*, en virtud de la cual el regulador puede exigirla reparación del daño ambiental.

El regulador inglés la define como "*Un requerimiento para adoptar pasos específicos, dentro de un periodo de tiempo, para asegurar que, en la medida de lo posible, el ambiente sea restaurado a la posición que se encontraba antes de la comisión de la infracción*"³⁴ Para que proceda, la *Environment Agency* debe notificar al infractor el inicio de un procedimiento sancionatorio en su contra. La notificación deberá contener entre otras cosas: el motivo por el cual se está considerando la sanción y el requerimiento, en este caso de reparar el daño mediante la *Restoration Notice*. Transcurrido el plazo de oposición, y habiéndose efectuado los descargos, el regulador decidirá respecto de la *Restoration Notice*. Si el requerimiento es finalmente establecido, se notificará al regulado señalándose los motivos para aplicar la sanción, las acciones destinadas a obtener la reparación del daño y el

31 El informe aborda el rol que cabría a la Justicia Reparativa frente al incumplimiento de la regulación, señalando que esta pone énfasis en el daño causado, mientras la pena descansa en la noción de castigo, propia de la Justicia Retributiva. De acuerdo a Macrory, se entiende por Justicia Reparativa de la siguiente forma: "(...) a process whereby those most directly affected by a wrongdoing come together to determine what needs to be done to repair the harm and prevent a reoccurrence Véase en: MACRORY, 2005, op. cit., p. 70.

32 Regulatory Enforcement and Sanctions Act, 2008. UK.

33 Environment Civil Sanctions (England) Order, 2010. Inglaterra.

34 ENVIRONMENT AGENCY. Civil Sanctions for Environmental Offences. Guidance to regulators in England on how the civil sanctions should be applied, and draft guidance for Wales, pp. 3. [en línea] <<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/enforcement/pdf/defra-wag-guidance.pdf>>(fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012). Traducción propia.

plazo para cumplirlas.³⁵

Con ello, *la Environment Agency*, cuenta con un mecanismo-sanción para obtener la reparación ambiental en sede administrativa. Su inclusión, de acuerdo a lo señalado por Macrory, responde a un criterio de justicia reparativa, toda vez que éste concibe a la reparación del daño causado como uno de los principios que pueden informar un régimen sancionatorio.

Por otra parte, el regulado tiene a su disposición una herramienta de incentivo al cumplimiento denominada *Third Party Under takings* (TPU), en virtud de la cual, el infractor puede proponer ciertas acciones para beneficiar a una persona o grupos de personas que puedan haber sido afectadas por la infracción. De ser aceptados, el regulador podrá considerarlo al momento de determinar la imposición de la sanción.³⁶ Así, los TPU constituyen un mecanismo de reparación por equivalencia, que incide en la esfera particular de la afectación ambiental, en tanto, las *Restoration Notice* se refieren a la dimensión colectiva del daño, en el entendido que el medio ambiente es un bien de titularidad común.

182

La Restoration Notice, tal y como está concebida en el ordenamiento jurídico inglés, es similar a la redacción contenida en el Proyecto de Ley original de la Ley 20.417 para los Planes de Reparación, con la diferencia que estos últimos procedían una vez constatada la existencia del daño ambiental y habiéndose aplicado ya una sanción al infractor, existiendo una distinción clara entre el reproche administrativo y la reparación del daño ambiental.³⁷ En Inglaterra, al utilizar la *Restoration Notice*, no se acumula el deber de responder por el daño con la infracción administrativa, sino que más bien se fusionan, incorporando en un solo mecanismo elementos de reparación, propios de la responsabilidad civil, y una respuesta preventiva, más propia del fin que persiguen las sanciones administrativas en el Derecho Regulatorio.

Esta constituye, sin duda, una innovación interesante que podría haber sido

35 El año 2010 se creó en Inglaterra un tribunal especial que conocerá de las apelaciones presentadas en contra de las nuevas sanciones administrativas. Para mayor información, Véase: MACRORY, R. Consistency and Effectiveness: Strengthening the New Environment Tribunal. Centre for Law and the Environment, Faculty of Laws, University College London, 2011, p. 5.

36 ENVIRONMENT AGENCY, 2011, op. cit., p. 25.

37 GOMIS CATALÁ, supra, nota 13.

considerada en la discusión de la Ley 20.417, sin embargo, nuestros Planes de Reparación, aunque mecanismo administrativo, tienen una naturaleza distinta, ya que no constituyen una respuesta de justicia reparativa frente a una infracción, sino más bien, operan en una etapa posterior. Por otra parte, podemos constatar que en el modelo inglés, el regulador cuenta con una serie de herramientas que permiten obtener la reparación del daño ambiental, tanto en su dimensión colectiva, como particular.

ESTADOS UNIDOS

En el modelo estadounidense coexisten mecanismos judiciales y administrativos destinados a obtener la reparación del daño ambiental. Los primeros residen esencialmente en el *Department of Justice* (DOJ), representante del gobierno federal en la litigación por casos de toda índole. Para temas ambientales, el DOJ tiene una "División de Medio Ambiente y Recursos Naturales", encargada de la persecución de los delitos ambientales, la presentación de acciones civiles y la defensa federal en temas civiles ambientales.

Por otra parte, los mecanismos administrativos dedicados a la reparación del daño ambiental se encuentran concentrados en la *Environmental Protection Agency* (EPA), que además de las labores vinculadas al cumplimiento ambiental, detenta competencias para determinar el menoscabo generado sobre el medio ambiente y pactar la reparación correspondiente. Con todo, el primer objetivo de la política ambiental de la EPA (como queda establecido en la *Policy for Civil Penalties* de 1984) es la disuasión.³⁸ La aplicación de medidas por parte de la autoridad administrativa tiene ante todo un rol preventivo especial respecto del infractor, que debe encontrar claros desincentivos para volver a infringir la normativa, así como un rol disuasivo general, evitando que otros incurran en dicho incumplimiento. Por tanto, la reparación del medio ambiente dañado aparece ante la administración con un rol secundario respecto de su actividad fiscalizadora y sancionatoria. Sin embargo, la EPA cuenta con vías para exigir la reparación en ciertos casos.

Entre otros mecanismos, la Agencia puede y suele exigir un *Injunctive Relief*, obligando al infractor a poner fin a la actividad transgresora, con la

38 ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, Supplemental Environmental Projects [en línea], <<http://www.epa.gov/compliance/civil/seps/index.html>> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

posibilidad de exigir la reparación inmediata del daño ambiental. Asimismo, cuenta con medios de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), destinados a encontrar soluciones alternativas para las controversias surgidas a propósito del incumplimiento de la legislación ambiental. Esto permite a la EPA alcanzar acuerdos con el infractor, pactando entre otros temas la reparación del daño ambiental.

Otro instrumento novedoso de la legislación de EE.UU. son los *Supplemental Environmental Projects* (SEP), destinados a otorgar vías voluntarias de intervención para que los infractores que generen daños ambientales puedan reparar por equivalencia los efectos nocivos, con actos cuyos beneficios se evalúen como equivalentes a lo dañado³⁹. Se trata de proyectos que presentan beneficios en aspectos relacionados con el medio ambiente, que de alguna manera vienen a contrarrestar los efectos nocivos de la infracción cometida.

Dado que otra de las metas primordiales de esta agencia es la celeridad en la resolución de los conflictos ambientales, en muchas hipótesis la pronta reparación será bien valorada al momento de establecer sanciones. La presentación de los SEP puede incidir de forma significativa en la determinación de los montos de las sanciones, que se basa principalmente en dos factores: el beneficio económico obtenido por el infractor y la gravedad de la infracción. Un SEP expedito incidirá en la reducción del monto atribuido al segundo de estos factores. Por ende, desde el momento en que se verifica una infracción a la normativa ambiental, producto de la cual se generan daños ambientales, ya existe un incentivo para que el infractor proponga alternativas de reparación. En la medida que un factor principal en la determinación de los montos de sanción es la gravedad de la conducta, mientras que el daño real (y/o posible, con lo que también desincentiva el riesgo desmedido) al medio ambiente es el principal parámetro para determinarla, la EPA se encuentra en una posición especial para procurar la reparación del daño ambiental.

Así, *ad portas* de un procedimiento administrativo de sanción, la reparación ambiental surge como parte de un acuerdo con el infractor, que se compromete de forma voluntaria a restablecer el medio ambiente o, en

³⁹ Idem.

casos en que esto sea imposible, a proponer medidas que compensen el daño por equivalencia. Estos SEP pueden cubrir una multitud de aspectos relevantes: campañas de salud pública, prevención y reparación de la contaminación generada por la actividad del infractor, desarrollo de los planes de respuesta para emergencias, auditorías en profundidad para diagnosticar y solucionar otros problemas de contaminación, programas de promoción y difusión de cumplimiento ambiental a otras compañías del rubro, etc.⁴⁰ Asimismo, el proyecto puede consistir simplemente en la restauración directa y protección del medio ambiente afectado o alguno de sus elementos. En ciertos casos, EPA debe consultar a la comunidad sobre la idoneidad de los SEPs como forma de resarcimiento.⁴¹

Por otro lado, la regulación de actividades económicas riesgosas, generada gradualmente a partir de la constatación de sus peligros remotos para el medio ambiente y la salud de la población, otorga a la EPA atribuciones para proceder a la reparación inmediata de los efectos de la contaminación en ciertos casos.⁴² Respecto de daños provocados por el mal manejo de residuos de diversa índole, estas facultades se concretan a través del denominado *clean up enforcement*, para disponer de los residuos de forma expedita y establecer procesos de limpieza de largo plazo cuando sean necesarios,⁴³ con independencia de si se responsabiliza a algún infractor específico.

Para efectos de establecer la responsabilidad civil en estos casos existe la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), más conocida como SUPERFUND, mecanismo que permite a la EPA tomar cartas directamente en la reparación ambiental cuando la determinación de los responsables del daño ambiental aún se encuentra pendiente. La responsabilidad por el daño ambiental es retroactiva, solidaria (cualquiera de los responsables debe responder por la totalidad

40 POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, *Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al Cumplimiento Ambiental*, en *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, CDA, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2010, pp. 187-188.

41 Con esto se enfrenta el dilema del carácter colectivo difuso del bien jurídico protegido por la normativa ambiental cuyo cumplimiento se fiscaliza. En muchos casos, las medidas propuestas para reparar los daños pueden resultar discriminatorias respecto de ciertos elementos del medio ambiente o de ciertos espacios físicos; la consulta respecto de los SEP permite determinar con mayor exactitud los requisitos de una reparación adecuada del medio ambiente.

42 PERCIVAL, Robert et al, *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*, Quinta Edición, Editorial Aspen, Nueva York, 2006, pp. 173-223.

43 ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Cleanup Enforcement* [en línea], <<http://www.epa.gov/compliance/cleanup/index.html>> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

del monto de su reparación) y estricta (no puede excusarse aún si se acredita la debida diligencia, salvo caso fortuito).⁴⁴ Para articular este mecanismo de reparación, quienes aparecen como principales infractores en un procedimiento administrativo son también desde el comienzo partes potencialmente responsables (*potentially responsible parties*).

Tal como los SEP, la restauración es un elemento que suele ser negociado por la EPA con los infractores antes de iniciar un procedimiento sancionatorio. Sin embargo, el *cleanup* forma parte del *Injunctive Relief* que la autoridad exige inmediatamente al infractor, por lo que presenta un carácter mucho más perentorio y puede ser impuesto coercitivamente por la EPA. Por tanto, los SEP presentan un carácter más bien excepcional, profundizando la reparación del medio ambiente, pues comprenden medidas voluntarias que de otra forma no se vincularían de forma alguna con el daño.⁴⁵ Sólo en virtud de un acuerdo con la agencia administrativa surgen estos proyectos, que vienen a otorgar beneficios en una multitud de aspectos diversos para contrarrestar los efectos nocivos del daño ambiental causado.

186

En definitiva, el modelo estadounidense entrega diversas alternativas al regulador para la obtención de la reparación del daño ambiental, pero además interactúa con algunos mecanismos de prevención del daño, que inciden incluso antes del inicio de una acción judicial o de un procedimiento sancionatorio. Un aspecto destacado, es la libertad de que dispone la EPA para utilizar mecanismos como el SEP como un método alternativo de resolución de conflictos, cuestión que debería ser recogida por la SMA al momento de regular la aprobación de los Planes de Reparación, en términos de la flexibilidad con que actuará nuestra Superintendencia al momento de evaluar la idoneidad de un Plan determinado para reparar el daño ambiental originado.

A continuación, y considerando el análisis efectuado respecto a la Acción de Reparación Ambiental, la Historia de la Ley 20.417 y los modelos de Derecho Comparado analizados, concluiremos con un examen

44 Estas características en la praxis sancionatoria implican un dilema interesante, pues los organismos de fiscalización y sanción (la EPA en este caso) procederán a exigir respuesta por el daño a quien aparezca como el directamente responsable del daño. En estos casos, el inculpado suele ser el responsable actual del establecimiento fiscalizado, en circunstancias que la consideración a las decisiones de los gobiernos corporativos que concluyen por generar daño ambiental permitirían diluir considerablemente la responsabilidad.

45 EPA, Beyond Compliance: Supplemental Environmental Projects [en línea], en <<http://www.epa.gov/compliance/resources/publications/civil/programs/sebrochure.pdf>> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012).

respecto a las perspectivas que enfrentan los Planes de Reparación ante la inminentemente entrada en vigencia de la Ley que crea los Tribunales Ambiental y las plenas facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente.⁴⁶

V. LOS PLANES DE REPARACIÓN EN EL CHILE: PERSPECTIVAS PARA SU APLICACIÓN

Los Planes de Reparación constituyen, sin duda, un mecanismo innovador en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo no ha existido un debate hasta entonces respecto a su potencial, y las perspectivas de aplicación que estos tendrán, como una herramienta administrativa que se encuentra en manos del sector regulado.

En primer lugar, la discusión legislativa nos deja entrever dos aprehensiones que, aunque legítimas, nos parecen que no fueron evaluadas con profundidad al momento de su discusión en el Congreso.

En efecto, la constatación administrativa del daño ambiental claramente fue un aspecto que incomodó. Con todo, nos parece que fue un resquemor que debía ser analizado a la luz del régimen sancionatorio introducido en la LOSMA, cuestión que no ocurrió. El artículo 36 de la LOSMA, señala que la existencia de un daño ambiental reparable o no reparable, permite calificar la infracción como grave o gravísima respectivamente. Por lo tanto, la SMA deberá siempre determinar la existencia de daño ambiental en el procedimiento sancionatorio, para efectos de determinar la gravedad de la infracción. Así las cosas, aun cuando la SMA no pueda exigir la presentación de un Plan de Reparación al infractor, si tendrá conocimiento respecto a la existencia de daño ambiental, toda vez que es un elemento de relevancia al momento de calificar la infracción.

Por otra parte, si bien los Planes de Reparación tienen la facultad de extinguir la Acción de Reparación Ambiental en manos del CDE, nos parece

⁴⁶ El 17 de Mayo de 2012 el Tribunal Constitucional se pronunció respecto al Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales. De la entrada en vigencia de estos Tribunales dependen las plenas facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente, entre las que se cuenta la aprobación o rechazo de los Planes de Reparación. Considerando que la instalación del Tribunal Ambiental de Santiago deben producirse 6 meses después de la publicación de la Ley en el Diario Oficial, es de esperarse que la Superintendencia del Medio Ambiente entre a operar en Diciembre de 2012 o Enero de 2013.

que el nuevo régimen sancionatorio va a facilitar su ejercicio, en vez de disminuirlo. En efecto, ya sea que el Plan de Reparación esté en manos del regulado o del regulador, su aprobación y posterior ejecución hubiera tenido las mismas consecuencias, es decir, la extinción de la Acción de Reparación. Luego, sin Plan de Reparación, la calificación de la infracción como gravísima o grave, debido a la constatación de administrativa de daño ambiental irreparable o reparable, facilitará el ejercicio de la Acción de Reparación Ambiental en manos del CDE, en virtud de la presunción de culpabilidad del Art. 52 de la LBGMA.⁴⁷

En segundo lugar, nos parece que un elemento que faltó en el análisis legislativo fue el rol que corresponderá a los Tribunales Ambientales en el nuevo régimen sancionador. En efecto, de acuerdo a la Ley Número 20.600 que crea los Tribunales Ambientales,⁴⁸ el conocimiento de la Acción de Reparación Ambiental corresponderá a estos Tribunales. Luego, también será de su conocimiento, las reclamaciones frente a las resoluciones de la SMA. Frente a una resolución que califique una infracción como gravísima o grave por la existencia de un daño ambiental irreparable o reparable, el infractor podrá presentar una reclamación. Si pierde, difícilmente, podrá luego defenderse frente a una Acción de Reparación, pues el procedimiento se llevará a cabo frente al mismo Tribunal que rechazó la impugnación de la constatación administrativa de daño ambiental que permitió la calificación de la infracción en un primer momento. Frente a esto, los Planes de Reparación se alzan como una herramienta atractiva, tanto para la administración, como para el sector regulado.

188

En tercer lugar, el análisis del Derecho Comparado nos permite afirmar que la inclusión de instrumentos de justicia reparativa en la regulación ambiental chilena no fue debidamente sopesada en la tramitación de la Ley 20.417. En el modelo inglés y estadounidense interactúan consideraciones de responsabilidad, reparación y prevención del daño ambiental que son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en Inglaterra, tanto el regulador, como el regulado cuentan con herramientas que rescatan la naturaleza dual de la reparación ambiental, es decir, en su dimensión

47 Artículo 52 Ley No 19.300 "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, alas 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".

48 Publicada en el Diario Oficial con fecha 28 de junio de 2012.

individual (TPU) y en su dimensión colectiva (Restoration Notice), y además interactúan con la dimensión preventiva del bien jurídico protegido medio ambiente. Por otra parte, en Estados Unidos destaca la flexibilidad con que dispone la EPA, tanto en sede judicial, como administrativa, para perseguir la reparación del daño ambiental, permitiendo poner término anticipado a los conflictos, y adoptando una visión estratégica, que permite mediante un mismo mecanismo, atender a ambas dimensiones de la reparación ambiental, tal como ocurre en Inglaterra.

A raíz de estas consideraciones, extrañamos en la incorporación de los Planes de Reparación, una discusión más profunda en torno a la naturaleza del daño ambiental, en el entendido, que se dejó de lado la dimensión individual de la reparación ambiental, que perfectamente podría haber sido recogida también mediante este instrumento o uno similar. Asimismo, podría incluso haber existido un debate en torno a la posibilidad de incorporar mecanismos de justicia reparativa, en el procedimiento sancionatorio, que podrían haber atenuado la imposición de una sanción rigurosa.

Por otra parte, nos parece que, considerando el avance de la legislación comparada en torno a instrumentos regulatorios que permiten obtener la reparación del daño ambiental, no se justifica el arrebatar de la competencia de la SMA el exigir el Plan de Reparación, pues ésta podría haber procedido, por ejemplo, so pena de remitir el expediente administrativo al CDE para el eventual ejercicio de la Acción de Reparación.

En suma, es posible concluir que los Planes de Reparación, dentro de la reforma general que ha venido dándose desde la creación del Ministerio del Medio Ambiente y que entrará plenamente en vigor cuando los Tribunales Ambientales se pongan en marcha, resultaron ser un elemento accesorio dentro de las facultades de la SMA. Debido al carácter voluntario de su implementación, la posibilidad de obtener la reparación del daño ambiental en sede administrativa -finalizado el procedimiento sancionador- pareciera ser excepcional. Con todo, es necesario evaluar las consecuencias de una circunstancia irrefutable de la nueva institucionalidad: la SMA debe necesariamente realizar una constatación administrativa del daño para efectos de graduar la infracción. Este hecho podría facilitar la imputación del infractor en un eventual juicio de reparación, si al finalizar el procedimiento

sancionatorio se concluye que efectivamente existieron daños ambientales.

Además, cabe tener presente que aún pende la dictación de un reglamento que regule la aplicación de los Planes de Reparación. En tal sentido, existe aún un grado de laxitud dentro del cual se pueden ampliar al máximo la flexibilidad en la generación de estos planes, dentro del marco legal. En lo concreto, esto se lograría dando al procedimiento de implementación de los planes un carácter marcadamente conciliador, donde la SMA tenga facultades para exigir estudios y modificaciones sustanciales en los planes para efectos de su aprobación, tal como ocurre con la EPA y la *Environment Agency*. Asimismo, también debería existir una comunicación fluida con el Servicio de Evaluación Ambiental, que tiene una vasta experiencia en las negociaciones que se dan en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Esto permitiría retroalimentar las vías de reparación, propiciando medidas profundas, que verdaderamente contemplen todos los aspectos del daño ambiental. La opción contraria, la lógica binaria en que la SMA puede aceptar o rechazar planes, sin realizar observaciones ni proponer mejoras, acentuaría una dinámica confrontacional entre la SMA y el sector regulado, perdiendo asimismo valiosas oportunidades de reparación.

190

Finalmente, en una línea más innovadora, escapando quizás a las posibilidades que otorga la potestad reglamentaria, sería posible fortalecer las atribuciones de la SMA para perseguir la reparación del daño ambiental, como es el caso del regulador en el inglés y norteamericano. Si bien las características de un Plan de Reparación, por su propia complejidad, debieran quedar abiertas a discusión, sería interesante que la autoridad pudiera exigir la reparación del daño ambiental, como estaba pensado en el proyecto original de la Ley 20.417. Esta última opción la dejamos planteada, como posibilidad en una futura reforma.

En definitiva, si bien pareciera ser que la intención del legislador fue otorgar un rol menor a los Planes de Reparación, su incorporación presenta una buena oportunidad para avanzar en vías que permitan diversificar la obtención de la reparación del daño ambiental y revitalizar la discusión en lo relativo a la aptitud de la regulación para interactuar entre mecanismos preventivos y reparativos.

El Manejo Integrado de Cuencas como Solución Jurídico-Territorial en la Administración Ambiental del Agua

Jorge Ossandón Rosales¹

Sumario:

El artículo presenta el concepto de manejo integrado de cuencas, entendido como un proceso que promueve la gestión y aprovechamiento coordinado del agua, tierra y recursos relacionados, con el fin de maximizar el bien social y económico sin comprometer los ecosistemas vitales. Sus beneficios son variados, entre los que se encuentran: ser una forma de anticipar y solucionar conflictos, gestionar de mejor forma la oferta y demanda de agua, y la integración de políticas nacionales con las realidades locales. Sus fundamentos en la legislación nacional pueden ser derivados de ciertos principios del Derecho de Aguas como de algunas instituciones del Código de Aguas, en especial la disponibilidad del recurso y la no afectación de derechos de terceros.

191

Se propone un tránsito desde una autoridad de aguas basada en los límites administrativos tradicionales a una autoridad por cuenca. Para ello se tienen a la vista algunos ejemplos de derecho comparado. El punto de partida de este cambio está en la Organización de Usuarios que pueden ser un buen punto de partida para configurar esta política pública cuyo fin primordial es el logro del desarrollo sostenible a partir de la consideración de la cuenca como unidad territorial en la gestión del agua.

1 Estudiante de Derecho en la Universidad de Chile. Quinto Año. Investigador del Centro de Estudios Fiscalía del Medioambiente – FIMA. Ayudante del Programa Derecho Piensa en Chile de la Universidad de Chile. Entre sus trabajos están "Regulación del material particulado MP2,5. Evolución normativa y propuestas para la derogación o vigencia de la regulación anterior" (VI Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Ed. Legal Publishing. Agosto 2012), "La contaminación de aguas subterráneas y su regulación jurídica. Aspectos generales sobre la aplicación de la norma de emisión contenida en el DS n°46/2002" (I Congreso de Derecho Ambiental. Universidad de Concepción. Mayo 2011), "Normas de calidad ambiental en materia de aguas subterráneas, un desafío pendiente para la eficacia del derecho a vivir en un medio ambiente sano" (Jornadas Universitarias de Derecho y Medioambiente. Universidad Diego Portales. Noviembre 2011).

Abstract:

This article presents the concept of integrated management of river basins, a process that promotes the coordinated management and use of water, land, and related resources with the objective of maximizing social and economic well-being without compromising vital ecosystems. Its benefits are many, including: effective anticipation and resolution of conflicts, better management of the supply and demand for water, and the integration of national policies with local realities. The basis of integrated management in national law is derived from certain principles of water rights institutionalized in the Water Code, particularly resource availability and protections of rights of third parties.

We propose a transition from a water authority limited by traditional administrative constraints to an integrated river basin authority. This transition requires a comparative law study of similar models. Consumer organizations can be the starting point for creating public policy with the objective of establishing territorial units in water management for the sustainable development river basin.

I. INTRODUCCIÓN

La coordinación de los órganos y servicios públicos entre sí y respecto de las actividades de los particulares es una cuestión que está siendo debatida cada vez con mayor fuerza a partir de fenómenos como la modernización del Estado, el aumento creciente en la complejidad de los procesos, el incremento de los riesgos, la globalización, el uso intensivo de las tecnologías de la información, el aumento de las demandas ciudadanas y la necesidad nacional de un Estado eficiente, eficaz, transparente y democrático, capaz de solucionar los apremiantes problemas presentes pero también de vislumbrar los futuros, de planificar a largo plazo las eventualidades y resoluciones institucionales ante escenarios de riesgo y de proporcionar a sus habitantes las oportunidades y circunstancias necesarias para desarrollar sus actividades.

Las bases sobre las que se asienta un Estado que cumpla con estas características y catálogo de buenas intenciones son variadas y tienen que ver con el mantenimiento de una ciudadanía crítica, una institucionalidad democrática, una economía sana y otros tantos. Este trabajo se enfoca en una de esas bases, el medioambiente y específicamente en uno de sus elementos, el agua y su manejo integrado a través de una política pública que considere a la cuenca como unidad territorial idónea para su gestión y aprovechamiento entre los diferentes usuarios.

193

La preocupación institucional por el medioambiente es de reciente data y la preocupación ambiental por el agua es más nueva aún. Aspectos como la regulación jurídica de la contaminación de aguas superficiales, subterráneas y marítimas son ejemplo de ello.

Una de las estrategias tomadas por el Estado en cuestiones ambientales ha sido históricamente el tratamiento sectorial de los fenómenos y elementos ambientales. Luego de la definición más o menos precisa según la información disponible se le asigna a un órgano o servicio público funciones y atribuciones sobre ellos. En ese sistema ideal cada servicio gestionaría de forma más eficiente el elemento ambiental asignado, supuesto ciertas condiciones como personal especializado contratado, financiamiento adecuado, distribución a lo largo del territorio nacional de forma homogénea y peso político en la toma de decisiones.

Sin embargo, la realidad ha mostrado que este modelo de gestión compartimentada en estancos comunicados ha generado deficiencias y desviaciones, que al menos en el ámbito medioambiental tiene consecuencias nefastas para la comunidad nacional al ser potencialmente generadores de daño ambiental. Estas deficiencias se relacionan con la demora en la determinación del servicio competente para conocer, fiscalizar y sancionar una denuncia ambiental,² superposición de competencias, duplicidad de funciones, despilfarro de recursos económicos, temor de actuación por la posterior anulación de las decisiones tomadas, desprestigio del servicio ante la ciudadanía y tantos otros efectos imposibles de enumerar pero que podríamos englobar en la idea de una paulatina pérdida de legitimidad de los servicios con competencia ambiental debido a la falta de coordinación.

Este trabajo tiene por objeto la reconsideración del modelo sectorial y sus consecuencias descritas en materia ambiental y específicamente en materia de aguas. Con ese fin se recoge el concepto de manejo integrado de cuencas y se otorgan algunas ideas para su adopción en Chile como una política pública en la materia. Este trabajo no aboga por una derogación total del sistema actual, sino de un tránsito paulatino hacia la integración y coordinación entre los servicios con competencias en diferentes elementos ambientales sobre una misma cuenca considerada como una unidad territorial sobre la cual llevar a la práctica dicha política. Ello en el contexto de cambio climático, donde las modelaciones disponibles indican pérdidas notorias del caudal de las cuencas, con afectación directa de sus usuarios.³

II. LA CUENCA Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CORRIENTE

La cuenca u hoya hidrográfica es una unidad. Como unidad le corresponde una administración común. La cuenca está formada por cauce principal, los afluentes y sub afluentes y demás aguas que van en ese cauce, contemplando las aguas superficiales y subterráneas, en términos

2 ¿Qué servicio es el competente para fijar el deslinde de un cauce-humedal que está siendo rellenado por un particular, el Ministerio del Medioambiente, el Ministerio de Bienes Nacionales o la Dirección General de Aguas? ¿A qué autoridad acudir ante la infiltración a aguas subterráneas de combustible proveniente de un estanque de una estación de servicio, a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles o a la Superintendencia de Servicios Sanitarios?

3 Ministerio del Medioambiente. 2º Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. 2011. p.147.

generales es toda el agua drenada por un río.⁴ Este concepto es reconocido por la legislación de aguas en su art. 3º bajo el principio que la doctrina denomina unidad de la corriente y tiene consecuencias importantes en la contaminación de aguas⁵, administración de la cuenca, distribución de aguas a los titulares, constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, regulación de caudales y manejo integrado de cuencas.⁶

Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido el principio de unidad de la corriente, con un énfasis en el interés público comprometido:

*“Es el artículo 3º del Código de Aguas el que consagra positivamente el principio de la unidad del cauce o de la corriente. En virtud de dicho principio, la corriente es un todo indivisible, y la forman, el cauce principal, los afluentes y sub afluentes y demás aguas que van en ese cauce, de modo que todos los que participan de esas aguas saben que están subordinados al interés colectivo. En consecuencia, de acuerdo al principio mencionado son parte integrante de una misma corriente todas las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial y subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica. De esta forma el artículo 3º del Código de Aguas, subordina el interés particular al general, pues las aguas de un río o de un afluente o de una quebrada que vayan a una misma hoya hidrográfica constituyen una sola corriente en la que tienen unidad de intereses todos los beneficiarios que la gozan”.*⁷

195

Es importante consignar que para la jurisprudencia, la cuenca también es conceptualizada como un ecosistema, del cual dependen elementos ambientales, que puede estar formada solo por acuíferos o aguas subterráneas, y respecto de la cual se puede causar daño ambiental:

“En la especie, la cuenca de la Pampa del Tamarugal es un ecosistema particularmente vulnerable dada la escasez de agua y del cual dependen

4 VERGARA BLANCO, Alejandro. La cuenca hidrográfica y el seccionamiento de los ríos. En: III Convención Nacional de Regantes de Chile. Confederación de Canalistas de Chile (Los Ángeles, 5 y 6 de noviembre, 1993), pp. 59-65.

5 “ARTICULO 3º- Las 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.”

6 VERGARA BLANCO, Alejandro. El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas. En Revista de Derecho de Aguas. VIII: 41-50, 1997.

7 Corte Suprema, Clausssen Calvo con Dirección General de Aguas IV región, 5 marzo 2003 (recurso de reclamación). En Revista Fallos del Mes, 513 (2003).

otros componentes ambientales, como el suelo, flora y fauna. Tratándose entonces de un ecosistema de especial fragilidad, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los organismos técnicos que velan precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno, el que solo puede valorarse como significativo. En ese escenario no resultaba relevante, como pretende exigirlo el fallo cuestionado, conocer el cálculo exacto del volumen de las aguas extraídas por la demandada para verificar si se estaba provocando un daño ambiental. La afectación de la cuenca hidrogeológica afectada, atendida sus especiales características de vulnerabilidad, surge con evidencia si se constata la extracción de aguas subterráneas sin las debidas autorizaciones técnicas que velan precisamente por la conservación de los recursos hídricos.”⁸

196

La cuenca, reconocida por la doctrina, la jurisprudencia y la ley dentro de sus conceptos generales, también sirve para la configuración de ciertas instituciones creadas por el Código de Aguas. Así, en el art. 129 bis 3 se establece la obligación a la Dirección General de Aguas (DGA) de establecer una red de estaciones de control en cada cuenca; en el art. 129 bis 5 se utiliza el concepto para distinguir el monto de la patente por no uso de derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente cuando no se construyan ciertas obras; en el art. 129 bis 19 respecto de la distribución comunal de los productos del pago de las patentes por no uso de los derechos; en el art. 263 la cuenca será el ámbito territorial sobre el cual se constituirán las Juntas de Vigilancia; y el art. 272 incorporación automática a la Junta de Vigilancia cuando se constituye un nuevo derecho de aprovechamiento.

Ya conceptualizada la idea de cuenca y el modelo de sectorización de los servicios públicos que generan falta de coordinación en materia ambiental y específicamente en aguas es necesario introducir un nuevo concepto, también recientemente recogido en nuestra legislación ambiental, con la reforma a la institucionalidad ambiental de la Ley N° 20.417 de 2010: el manejo integrado de cuencas.

8 Corte Suprema, Consejo de Defensa del Estado con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo, 28 octubre 2011 (recurso de casación en el fondo). En Microjuris CL/JUR/8490/2011.

III. MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS COMO POLÍTICA PÚBLICA⁹

El manejo integrado de cuencas corresponde al proceso que promueve la gestión y aprovechamiento coordinado del agua, tierra y recursos relacionados, con el fin de maximizar el bien social y económico sin comprometer los ecosistemas vitales.¹⁰ Implica el conjunto de decisiones en el manejo de recursos hídricos respecto de sus variados usos considerando las necesidades de las partes y los usuarios (ejemplo, la gestión del agua subterránea y superficial).¹¹ Esta visión integrada del agua dentro de un espacio geográfico como es la cuenca permite una mejor administración y solución de los problemas propios que nacen en ella como la contaminación, la asignación de nuevos derechos y su ejercicio posterior (distribución de aguas entre los diferentes titulares), entre otros.¹² No hay que perder de vista que la cuenca es la unidad que determina la oferta de agua disponible.

La idea del manejo integrado de cuencas no es nueva. Comienza a utilizarse a partir de la década del 30' en Estados Unidos con la creación de la Tennessee Valley Authority y sus obras de desarrollo regional en consideración a la cuenca. Casi coetáneamente pero muy influenciado por lo realizado en Estados Unidos, México llevó a cabo esfuerzos institucionales en el mismo sentido, creando las llamadas "comisiones de cuencas".¹³ Sin embargo se debe considerar que el enfoque entonces planteado es diferente al uso contemporáneo del término, sobre todo porque en aquella época no se manejaba el concepto de desarrollo sustentable.

En definitiva el manejo integrado de cuencas se debe entender como una política que se encuentra en medio de o que actúa como vaso comunicante, entre la gestión de recursos naturales y la gestión multisectorial del agua.

9 Entendemos política pública como "cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado". LAHERA, Eugenio. Del dicho al hecho ¿Cómo implementar políticas públicas? [en línea] <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-07-25.7747914711/archivos-pdf/politicas_Lahera.pdf> (17/06/2011). Una política pública debe contener orientaciones, instrumentos y modificaciones institucionales.

10 DOUROJEANNI, Axel y otros. Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica [en línea] <<http://www.cepal.cl/dmni/publicaciones/xml/5/11195/lc11777-P-E.pdf>> (17/06/2012)

11 Ibid.

12 VERGARA BLANCO, Alejandro. El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas. En Revista de Derecho de Aguas. III: 41-50, 1997.

13 DOUROJEANNI, Axel cit. (8), p. 19.

Enfoque que quiebra la dinámica clásica de la gestión sectorial del agua.¹⁴ Se trata de la integración de los recursos naturales, entre ellos el agua y la infraestructura asociada a ellos. Con este enfoque se logra una mejor consideración de la interdependencia en los usos del agua a nivel de la cuenca, tomándola como base del trabajo multidisciplinario posterior respecto de las actividades que se proyectan sobre ella (generación eléctrica, agricultura, turismo o conservación por ejemplo). El manejo de cuencas es un proceso ambicioso pero no debe llegar a ser confundido sin embargo con algo que requiere de aún más esfuerzo institucional como la gestión integral del ambiente.¹⁵

La cuenca, como unidad territorial idónea para el manejo integrado ofrece distintos beneficios entre los que destacan la confluencia de intereses entre los diversos usuarios, con el fin de anticipar y solucionar conflictos, gestionar de mejor forma la oferta y demanda de agua, permite una mejor integración de las políticas nacionales (por ejemplo el desarrollo sostenible) con las realidades locales.

El contraste del manejo integrado de la cuenca viene de múltiples ejemplos manifestados en actividades realizadas por el Estado, a través de sus diversos órganos y servicios públicos con competencias en materia de agua, o por privados. Actividades que son realizadas en forma independiente, sin coordinación entre ellas. Estas acciones corresponden a una gestión parcial de la cuenca entre las que destacamos la protección de puntos de captación para abastecimiento de agua potable, el manejo de cursos o cuerpos de agua por sectores o tramos (lagos o ríos),¹⁶ manejo de zonas de recarga de acuíferos, manejo de áreas agrícolas, forestales y de pastos en pendiente, protección específica de infraestructura (camino, puentes, embalses), encauzamiento de ríos, protección de riberas, manejo y protección de humedales y bofedales (humedales de alta montaña andina).¹⁷

14 DOUROJEANNI, Axel cit. (8), p. 18.

15 DOUROJEANNI, Axel cit. (8), p. 21.

16 El seccionamiento de las cuencas es un problema dentro de la legislación de aguas, sobre todo a partir de la creación del llamado seccionamiento jurídico que viene a romper la unidad de la cuenca y hacer más compleja y difícil el aprovechamiento y la administración. Ver: VERGARA BLANCO, Alejandro cit. (2).

17 DOUROJEANNI, Axel cit. (8), p. 22.

Como veremos, a partir de experiencias comparadas, es posible decir que el manejo integrado de un recurso implica la creación de una institucionalidad que reúna a los diferentes actores que realizan sus actividades sobre la cuenca, incorporando los diferentes intereses en disputa pero que en un espacio de discusión colaborativa es posible solucionarlos. Por otro lado, y a nivel de la organización del Estado, debe considerarse la creación de un servicio que maneje integralmente la cuenca con jurisdicción sobre una cuenca o una pluralidad de cuencas. Incluso puede considerarse necesario considerar como área de competencia de este nuevo servicio propuesto, un ecosistema determinado. Lo que no puede ocurrir es que una autoridad tenga competencia sobre una parte de la cuenca y otro servicio tenga autoridad sobre el resto de la cuenca, generando una situación de seccionamiento que solo tiene como consecuencia una pérdida de visión conjunta. En estos casos la superposición de competencias no se da en la ley sino en los hechos, cuando las actividades a desarrollar en una y en otra son incompatibles.

En la mayoría de los países de América Latina están sentadas las bases para un manejo integrado de cuencas. Ya sea la Dirección General de Aguas (Chile), el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (Ecuador), la Comisión Nacional del Agua (México), la Dirección Nacional de Hidrografía (Uruguay), donde se contemplan autoridades a nivel central y local, generalmente estos últimos se encuentran circunscritos a territorios que coinciden con la división político administrativa del país, cuestión que puede ser un obstáculo a la hora de llevar a cabo políticas hídricas a nivel de cuenca, dado que no siempre quedan dentro de su ámbito territorial de ejercicio de sus competencias.

Existen múltiples modelos de gestión. Por ejemplo, en el caso venezolano el ejercicio de la autoridad local es más acentuado y concentrado en áreas que requieren atención prioritaria en consideración a la riqueza ecológica o a los altos riesgos que enfrenta el territorio en términos medioambientales. Así, se han creado las Autoridades Únicas de Área para diferentes sitios específicos.¹⁸ Otro caso es el de Panamá, donde existe la Autoridad del

18 Ejemplo son el Instituto para el Control y la Conservación de la Cuenca del Lago Maracaibo, órgano descentralizado que se relaciona directamente con el Ministerio del Medioambiente, y la Autoridad Única de la Cuenca del Río Tuy, entre otros.

Canal de Panamá encargada del control, conservación y administración de la Cuenca del Canal de Panamá, en coordinación con la autoridad ambiental nacional. Brasil ha organizado este tema entorno a los Comités de Cuencas¹⁹ y Perú lo ha hecho a través de las Autoridades Autónomas de Cuencas Hidrográficas.

Las competencias de estas entidades tienen que ver con el otorgamiento de concesiones, permisos y licencias para usar recursos naturales renovables en la cuenca; evaluar, controlar y darle seguimiento ambiental a los usos del agua de los demás recursos naturales renovables; proponer y en algunos casos normar, sobre temas de su competencia y dentro del área de la cuenca; proponer, administrar y ejecutar programas de desarrollo sustentable, por ejemplo obras relacionadas con el control de la contaminación dentro de la cuenca. Otro tipo de funciones son la consultiva a nivel de la cuenca, elaboraciones y propuestas de planeación hídrica, ser arbitrador de conflictos, generar información además de la de vigilancia e inspección sobre todo respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento y de las extracciones de hecho e ilegales.

200

Las funciones y atribuciones pueden ser difíciles de enumerar, pero la idea general es la creación de una institucionalidad dentro de la cuenca, descentralizada, con características locales, pero siempre en armonía con las políticas nacionales dictadas por el Ministerio del Medioambiente y el resto de la institucionalidad ambiental, de forma de no llegar a afectar la seguridad jurídica dentro de una cuenca y evitar la creación de parcelas de poder o feudos encabezados por caciques locales que anulen la participación de la comunidad local a favor de intereses que nada tienen que ver con el manejo integrado de la cuenca cuya finalidad principal a fin de cuentas, es el desarrollo sustentable del territorio nacional en su conjunto.

Otro de los aspectos importantes a considerar en el tránsito de nuestro sistema al manejo integrado de cuencas es la seguridad del abastecimiento

19 Ley N° 9.433 de 1997. Esta ley establece un concepto de cuenca que se debe destacar: "Cuenca es la unidad territorial para la implementación de la política nacional de recursos hídricos y de las acciones del sistema de gestión de recursos hídricos". Crea los Comités de Cuencas que funcionan como parlamento, verdaderos foros de decisión a partir de la participación de los actores involucrados (usuarios, autoridad federal, autoridad estadual y municipios).

de aprovechatarios aguas abajo del emplazamiento de las obras de un proyecto. Lo anterior, en consonancia con las obligaciones que le impone la ley a la DGA. El resguardo de los derechos de terceros puede servir como fundamento de esta nueva política pública planteada.

El manejo integrado de cuencas debería impedir la aprobación de proyectos que obstaculicen totalmente la recolección de aguas de la cuenca y la recarga de sus acuíferos, como la construcción de diques superficiales y subterráneos, por ejemplo.

Desde luego que el manejo integrado de cuencas, propuesto en este trabajo como una nueva política pública del Estado y moderadora de las actividades de los particulares, importa a la eficacia de la garantía constitucional de vivir en un medioambiente libre de contaminación en tanto ayudaría a integrar y coordinar mejor las actividades estatales y particulares sobre aguas que se lleven a cabo dentro de una cuenca determinada. El acceso al agua potable y alcantarillado es otra de las aristas que pueden verse beneficiadas con este nuevo enfoque, ayudando a la eficacia del derecho a la integridad física²⁰ y el derecho a la salud.²¹

Por último, la gestión de la cuenca debería considerar en su puesta en marcha el enfoque de la justicia ambiental, entendida como la distribución equilibrada de los beneficios y cargas ambientales y la participación de la comunidad en la definición de ese reparto. Esto se lleva a cabo mediante la consideración, al momento de elaborar una planificación de gestión de la cuenca, de ciertos indicadores de justicia ambiental como son: la

20 El tema de las enfermedades por falta de saneamiento de las aguas para beber y las aguas negras y su regulación jurídica no es abaricable en este trabajo. Solo baste recordar que la potabilización del agua en Chile alcanza un 99% y el porcentaje de población urbana con alcantarillado es de 98%, quedando mucho por hacer en el área rural. El saneamiento de las aguas evita enfermedades como el cólera, diarrea, tifoidea e intoxicaciones por metales pesados. Ministerio del Medioambiente. Informe del Estado del Medioambiente 2011 [en línea] <www.mma.gob.cl/1304/w3-article-52016.html> (17/06/2012).

21 Otro asunto que no ha tenido la suficiente fuerza en Chile es el debate sobre el reconocimiento del derecho humano al agua entendido un derecho económico, social y cultural. Cuestión que en el ámbito internacional ha sido ampliamente discutida y desarrollada, tanto así que hoy existe una Relatoría Especial para el derecho humano al agua y al saneamiento en el seno de Naciones Unidas. Este derecho no es vacío en su contenido pues comprende libertades y derechos específicos. "Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua." Párrafo II. Observación general nº 15 2002. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas. Julio de 2010 - Observación General No. 15. El derecho al agua. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2002. Decisión 2/104 del Consejo de Derechos Humanos - Los derechos humanos y el acceso al agua. Resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos- Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento.

consideración de información científica relacionada con los ecosistemas presentes en una zona, la separación de usos incompatibles, la concentración de usos similares, la reserva de espacios, la planificación integrada del uso del territorio, la coordinación entre las diversas autoridades competentes y la participación.²²

IV. ALGUNOS FUNDAMENTOS DEL MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS. LA DISPONIBILIDAD DEL RECURSO Y LA NO AFECTACIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS

La consideración de la cuenca como unidad y base para la consolidación de un manejo integrado puede encontrar algunos fundamentos en la legislación de aguas actual, como son la disponibilidad del recurso y la no afectación de derechos de terceros.

A. Disponibilidad de recurso

El concepto de disponibilidad del recurso sirve de fundamento al manejo integrado de cuencas. El concepto adquiere fuerza normativa con la reforma del Código de Aguas en el año 2005 mediante la Ley N° 20.017, al incorporarse el art. 147 bis. Una de las ideas matrices que servían para justificar el cambio de legislación estaba “el establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, con objeto de desarrollar una política nacional de aguas, fundada en la equidad y en la eficiencia”.²³ Ello en el contexto de la antigua legislación, considerada demasiado liberal y permisiva, posibilitando situaciones de concentración de derechos en pocos dueños, y con una solicitud de derechos que no requería especificación del destino de las aguas ni justificación alguna en la solicitud del derecho²⁴ y en definitiva, donde se podía ser dueño de un derecho de aprovechamiento sin usarlo, bloqueando el desarrollo de otras actividades, entre otras situaciones consideradas anómalas en un sistema basado en el mercado como mejor asignatario de los recursos hídricos. La reforma vino a corregir ciertas fallas de mercado observadas en el sistema.

22 HERVÉ, Dominique. Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. En Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (1), p.20.

23 Historia de la Ley N° 20.017, p.19.

24 Historia de la Ley N° 20.017, p.43.

La disponibilidad del recurso se incorporó a la legislación como un concepto jurídico indeterminado dentro de las consideraciones a las cuales la autoridad va estar obligada a observar en la constitución de los derechos de aprovechamiento o en la denegación de la solicitud del peticionario.

La disponibilidad del recurso es una condición para conceder un derecho de aprovechamiento, según lo previsto en el artículo 141 inciso 2º del Código, y ella se determina por la circunstancia de existir disponibilidad en el orden jurídico, aspecto cuya determinación está entregada a la DGA, la que mediante informes sobre la condición del acuífero, decide acerca de la aceptación o rechazo de la solicitud.

En la resolución N° 425 de 2007 también se encuentran referencias a la disponibilidad, allí el texto hace alusiones a consideraciones medioambientales en orden a conservar y proteger el acuífero en el largo plazo. Para ello se consideran los datos sobre la carga y descarga y sus condiciones de uso. Se integran en este artículo conceptos de la legislación medioambiental al referirse a la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.²⁵

Respecto del contenido del término, es la jurisprudencia la que se ha encargado de darle un sentido determinado, estableciendo una diferencia entre la disponibilidad material y disponibilidad jurídica, estableciendo en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 6819-2008 que “la disponibilidad tiene relación con la posibilidad de aprovechar y explotar aguas subterráneas, sin menoscabo o detrimento de los derechos de otros titulares, y no solo se determina por el hecho de que el pozo no se encuentre en zona de prohibición o en un área restringida, sino también por la circunstancia de no haberse comprobado su disponibilidad en el orden jurídico, aspecto cuya determinación está entregada a la DGA. Para la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico no basta con la comprobación de la existencia de las aguas subterráneas, pues resulta indispensable la realización de un estudio técnico sobre el particular”.²⁶

25 BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de derecho ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, pp.67-69. Ver además el art. 2º letra p) y q) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente que definen los conceptos de preservación de la naturaleza y protección del medio ambiente.

26 Corte de Apelaciones de Santiago, Alfonso Baldrich Meneses con Dirección General de Aguas, 9 marzo 2009 (Recurso de Reclamación).

La disponibilidad, tanto material como jurídica, se asocia a la circunstancia de que las aguas se puedan disponer libremente, condición que se cumple cuando ellas lo están en el plano físico y jurídico. En el primer caso la disponibilidad consiste en la presencia material del recurso en cantidad suficiente, previa verificación realizada por la autoridad según los antecedentes técnicos obtenidos mediante sondeos o pruebas de bombeo, por ende, corresponden a situaciones objetivas y comprobables. En el segundo caso la disponibilidad se relaciona con la inexistencia de prohibiciones legales o de derechos previos sobre las mismas aguas en el sentido de que la constitución del derecho solicitado no perjudique los derechos de terceros.²⁷

204

Finalmente un fallo de la Corte Suprema en autos Rol N° 4031-2000, sistematiza tres mecanismos que otorga la legislación respecto de la disponibilidad del recurso destinados a proteger los acuíferos y los derechos de terceros: “Se puede concluir que en general existen tres vías para resguardar los recursos hídricos en el caso de no ser suficientes para abastecer a todos los posibles interesados y permitir así su aprovechamiento en forma racional, respetando las debidas precedencias y los derechos preexistentes. Una, amplia y preventiva, por medio de una declaración general de prohibición de explotación respecto de una zona, para proteger el acuífero, emitida por la Dirección General de Aguas; una segunda, temporal, de reducción del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, en un caso de que la explotación por algunos usuarios cause perjuicio a otros titulares; y finalmente otra, específica y particular, relativa a determinada solicitud de explotación en un lugar definitivo, ante la no disponibilidad del recurso, que se concreta por medio de una resolución denegatoria, cuando se pide el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento”.²⁸

B. Que no se afecten derechos de terceros

Es otra figura existente en la legislación de aguas que sirve de fundamento al manejo integrado de cuencas, en la medida en que los diferentes

27 Ver: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 5.215 de 31 de enero de 2006; N° 25.933 de 1 de junio de 2006; N° 23.962 de 18 de mayo de 2005.

28 Corte Suprema, Agrícola Don Manuel S.A. con Dirección General de Aguas, 21 noviembre 2001 (Recurso de Casación en el Fondo).

actores de la cuenca tendrán un foro donde tomar las decisiones de forma concertada y teniendo como uno de los ejes principales la no afectación de derechos de terceros en sus propias actividades.

Esta figura encuentra su fuente en el art. 22 del Código de Aguas y se refiere a la afectación de titulares de derechos de aprovechamiento respecto de aguas subterráneas y superficiales, considerando la posible interconexión entre ambos recursos.²⁹ Esta interconexión se relaciona con el principio de la unidad de la fuente contenido en el art. 3º del Código.³⁰ Este principio es una respuesta jurídica al hecho natural de que las aguas de una cuenca son una totalidad y que la interrelación física debe considerarse también en el ámbito jurídico.³¹ Una de las consecuencias de esta interacción está en el hecho de que la calidad del agua subterránea sigue la tendencia del agua superficial, lo que tiene importancia, por ejemplo, para determinar la contaminación de un acuífero.³²

La consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento impone a la DGA el análisis y la cuantificación de todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado en las solicitudes sometidas a su decisión.³³ Por tanto, la no afectación de derechos de terceros y la disponibilidad del recurso son conceptos estrechamente relacionados porque la afectación o no a dichos terceros determina la constitución del derecho o el rechazo de la solicitud y por tanto define el número de titulares dentro de una cuenca y por tanto, un mejor o peor manejo integrado.

El criterio utilizado por la Corte Suprema, en el Rol N° 1849-2006, para determinar si un titular de derechos de aprovechamiento sufre una afectación es económico, es decir, si con el otorgamiento del derecho por la autoridad habrá tal merma en los pozos que captan aguas del acuífero que haga sufrir a los actuales usuarios una disminución patrimonial

29 La interconexión entre los acuíferos y las fuentes superficiales no tenía importancia hasta antes de la reforma de 2005. Hoy la interconexión forma parte de una norma legal, el art. 22 del Código de Aguas.

30 Dictamen N° 27.400 de 13 de junio de 2008. Contraloría General de la República.

31 VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho de Aguas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1998, p. 248.

32 SALAZAR, Carlos. Situación de los recursos hídricos en Chile 2003. Third World Centre for Water Management [en línea] <<http://www.thirdworldcentre.org/publi.html>> (17/06/2012)

33 Historia de la Ley N° 20.017, p. 22.

considerable.³⁴ En la medida en que el concepto de manejo integrado sea aprehendido, este criterio debería ser ampliado no solo a los pozos adyacentes sino al acuífero y a la cuenca en su conjunto, requiriendo mayor refinamiento en el análisis jurisprudencial, lo que significa que la adopción del manejo integrado no solo será responsabilidad de la autoridad de aguas o de la Administración, sino también del Poder Judicial a través de sus decisiones y criterios jurisprudenciales.

Desde luego existen otros conceptos que ayudan a la incorporación del manejo integrado como son el caudal ecológico mínimo³⁵ o la vulnerabilidad del acuífero,³⁶ pero ellos no serán tratados en este trabajo.

V. INSTRUMENTOS DE LA AUTORIDAD DE AGUAS PARA LA INCORPORACIÓN PAULATINA DEL MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS

En la misma línea que el capítulo anterior, a continuación se revisan algunas atribuciones de la autoridad de aguas que servirían de plataforma para la incorporación paulatina del manejo integrado.

A. Fijación de áreas de protección para cada uno de los pozos

206

Algo se ha dicho anteriormente respecto de este tema al tratar el capítulo referido a la exploración de aguas subterráneas en inmuebles de dominio privado. Dijimos que el peticionario no podrá explorar mediante perforaciones a una distancia menor que las establecidas para las áreas de protección. El área de protección es aquel espacio de terreno en la cual se prohíbe instalar otras obras de extracción de aguas subterráneas para no perjudicar captaciones adyacentes. Esta área estará constituida por una franja paralela a la captación subterránea y en torno a ella. En el caso de los pozos, quedará reducida a un círculo con centro en el pozo.³⁷ El art. 22 letra e) de la resolución DGA N° 425 establece ciertas condiciones para la captación. Estas condiciones son la dimensión de la franja o radio debe ser igual a 200 metros; que las captaciones adyacentes tengan derechos

34 Corte Suprema, Agrícola Leyda Limitada con Dirección General de Aguas, 30 abril 2007 (Recurso de Casación en el Fondo).

35 Reconocido en el art. 129 bis 1 Código de Aguas.

36 Reconocido en el DS N°46/2002 que establece norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.

37 Artículo 28 Resolución DGA N° 425.

reconocidos o constituidos en conformidad a la ley; que se encuentren en proceso de ser regularizados de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 2º transitorio del Código de Aguas; o que se encuentren incluidos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua No Inscritos en los Registros de Agua de los Conservadores de Bienes Raíces.

La obligación de la distancia de 200 metros puede ser modificada, generalmente disminuyéndola, si se obtiene la autorización de su titular, quien puede renunciar a esta medida de protección.³⁸

B. Reducción temporal en el ejercicio de los derechos

Para que la autoridad obligue a los usuarios de aguas subterráneas a reducir su explotación por un determinado período deben concurrir los siguientes requisitos: la solicitud de reducción solo puede provenir de uno o más afectados por el bombeo excesivo en pozos vecinos, es decir, la autoridad no puede proceder de oficio; se debe acreditar por los afectados un perjuicio derivado de la explotación excesiva que amerite la reducción temporal; esta reducción se realiza de forma proporcional entre todos los afectados; y el término de la reducción puede provenir de los mismos que la solicitaron o de la autoridad, caso en el cual analizará la cesación de las causas que originaron la petición.

207

El artículo 30 de la resolución DGA N° 425 establece dos situaciones que son consideradas como generadoras de perjuicio hacia los titulares de derechos afectados. Una tiene que ver con la disminución de la capacidad productiva original de la captación, debiendo haber una interferencia de magnitud. La otra situación tiene que ver con la comprobación de que la explotación está produciendo la contaminación de las aguas del sector.

C. Declaración de zonas de prohibición de nuevas explotaciones

A partir de estudios hidrológicos realizados en los acuíferos se puede llegar a la conclusión de que estos están siendo sobreexplotados. Ello a partir de evidencias tales como un paulatino agotamiento de las vertientes,

38 Contraloría General de la República, Dictamen N° 52.751 de 9 de noviembre de 2005.

descenso progresivo de los pozos y deterioro en la calidad de las aguas, la DGA puede declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas respecto de acuíferos de acotadas zonas del país (por ejemplo el Valle de Azapa en la Región de Arica y Parinacota) delimitándolas mediante coordenadas geográficas. Estas zonas de prohibición se declaran a través de resoluciones y rigen para las solicitudes de derechos de aprovechamiento que se presentan con posterioridad a la publicación de la resolución en el Diario Oficial. Cabe destacar que estas resoluciones están sometidas al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República.³⁹

Respecto del mantenimiento o alzamiento de la prohibición de explotación, ésta se realiza por la DGA mediante resolución, tal como lo establece el artículo 64 del Código, esto es, mediante una petición justificada de parte y si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones realizadas sobre las características del acuífero o su recarga artificial.

Como se ha dicho la DGA debe dictar una resolución declarando una zona de prohibición. Ello sin embargo es una regla general más no absoluta porque no se requerirá dicho acto administrativo en aquellas zonas que corresponden a acuíferos que alimenten vegas y bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta.^{40 41}

208

Finalmente la resolución DGA N° 425 en su art. 36 se refiere a las zonas de prohibición estableciendo cinco situaciones en las cuales la autoridad tiene el deber de declarar zona de prohibición. Estas situaciones son: descensos generalizados del acuífero que provoquen el agotamiento de algunas zonas del acuífero; que la recarga del acuífero sea superada, produciendo descensos sostenidos de sus niveles; que se produzca afección a los caudales de los cursos de aguas superficiales y vertientes afectando derechos de aprovechamiento existentes; que exista contaminación del acuífero por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interfase agua dulce-salada

39 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Resolución No 1600 de 2008, Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, Artículo 10.4.12.

40 En este punto el Código de Aguas no ha sido modificado porque su artículo 63 sólo se refiere a las Regiones de Tarapacá y Antofagasta no mencionando a la Región de Arica y Parinacota creada mediante la Ley N° 20.175 publicada el 11 de abril de 2007. Sin embargo en este punto se debe seguir a la resolución DGA 425 de 2008 que sí la considera para todos los efectos.

41 Contraloría General de la República: Dictámenes N° 46.382 de 16 de octubre de 2007 y N° 31.454 de 8 de julio de 2008.

en sectores próximos a aguas salobres, comprometiendo las captaciones existentes; que exista afección al medio ambiente en determinados sectores protegidos tales como áreas de vegas, bofedales y humedales.⁴²

D. Declaración de áreas de restricción

El legislador se encarga de definir el área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en el artículo 65 inciso 1º del Código de Aguas como “aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él”.

Esta declaración puede ser decretada de oficio por la autoridad o a petición de cualquier usuario del sector afectado. Sin embargo en este último caso la mera solicitud a la autoridad administrativa no es suficiente para su otorgamiento, sino que se deben acompañar los antecedentes que demuestren la conveniencia de restringir el acceso al sector.⁴³

Respecto del mantenimiento o alzamiento de la medida rige lo dispuesto para las zonas de prohibición es decir puede la DGA de oficio o a petición de parte levantar o mantener la medida “si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero o la recarga artificial del mismo”.⁴⁴

209

La declaración de área de restricción se lleva a cabo mediante un acto de aplicación inmediata, es decir, rige *in actum*. Esto tiene como consecuencia, avalada por la jurisprudencia en el fallo Rol N° 8651-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que los derechos constituidos con anterioridad a la declaración no se ven afectados con ella, pero las solicitudes que a la fecha de la dictación de la resolución estaban pendientes o en trámite si les afecta. Ello porque se considera que los solicitantes no tienen derechos

42 Para un tratamiento de la contaminación sobre aguas subterráneas y su tratamiento normativo ver: OSSANDÓN ROSALES, Jorge. La contaminación de aguas subterráneas y su regulación jurídica. Aspectos generales sobre la aplicación de la norma de emisión contenida en el D.S.N°46/2002, en I Congreso de Derecho Ambiental. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. 4, 5 y 6 de mayo de 2011.

43 Contraloría General de la República Dictamen N° 4.046 de 25 de enero de 2005.

44 Artículo 64 Código de Aguas.

adquiridos sino solo meras expectativas.⁴⁵

Finalmente una de las consecuencias importantes que tiene la declaración de áreas de protección es que a partir de ella la autoridad podrá otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento. Estos derechos permiten explotar un acuífero más allá de cierto nivel seguro. De esa manera y según se avance en los conocimientos del acuífero la autoridad podrá dejarlos sin efecto o consolidarlos, transformándolos en definitivos, transcurridos cinco años desde su ejercicio efectivo. Situación esta última que se sujeta a la condición de que los demás usuarios no sufran daños. Cabe destacar que la explotación de acuíferos mediante este mecanismo, más allá de cierto nivel seguro, requiere la participación activa de los usuarios, quienes tienen el derecho de solicitar previamente la declaración de área de restricción.⁴⁶

E. Recarga artificial de acuíferos

La última figura que se revisará es la recarga artificial de acuíferos. Su fuente es el artículo 66 inciso 2º del Código de Aguas. El texto posibilita la ejecución de obras, previa autorización, para realizar esta actividad.

210

En esta técnica se usan conjuntamente las aguas subterráneas y superficiales mediante la importación de agua de una fuente superficial e inyectándola en la zona de recarga, logrando con ello un reaprovisionamiento del acuífero.

La recarga artificial de acuíferos es una actividad desarrollada en todo el mundo, especialmente en Estados Unidos, Holanda y Alemania, alcanzando una dependencia de esta técnica en un 100% para abastecer de agua a ciudades como Düsseldorf o Berlín.⁴⁷

En zonas áridas o semi-áridas, esta técnica se considera una forma eficiente de gestionar los escasos recursos hídricos.

45 Corte Suprema, Empresa de Agua Potable del Litoral S.A. y otro con Dirección General de Aguas, 1 septiembre 2008 (Recurso de Reclamación).

46 MUÑOZ RODRIGUEZ, Jaime. Gestión de aguas subterráneas, derechos provisionales y recarga artificial de acuíferos. En Revista de derecho económico administrativo. 3 (2001) 2, p. 519-526.

47 SASTRE BECEIRO, Mónica. Aspectos jurídicos de la recarga artificial de acuíferos: regulación actual y retos. En Boletín Geológico y Minero. 120 (2): pp. 279-288, 2009.

Entre los efectos ambientales positivos de la recarga artificial están los de elevar el nivel de los acuíferos que están declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, la restauración de humedales, frenar la intrusión marina y reducir la contaminación de las aguas subterráneas.⁴⁸

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha dicho que la cuenca es una unidad territorial que debería ser considerada para adoptar un enfoque que supere el sistema poco coordinado de órganos y servicios públicos con competencias separadas entre los diferentes elementos ambientales, lo que produce ineficiencias, superposición de competencias, entre otros defectos. La superación de este modelo se encuentra en la adopción del manejo integrado de cuencas como una política pública que incorpore una institucionalidad acorde con la realidad local pero en armonía y sincronización con la política ambiental nacional emanada del Ministerio del Medioambiente.

La adopción de este enfoque permitiría la creación de una DGA unicuenca o pluricuenca según sea el caso, y la conformación de instancias donde se encuentren los actores de una misma cuenca, permitiendo la solución de los conflictos a nivel local. Piénsese por ejemplo en los conflictos entre agricultores y empresas generadoras de hidroelectricidad o entre empresas mineras y comunidades indígenas, que serían solucionados con los actores de una misma cuenca, sin factores externos que puedan interferir en los acuerdos.

211

Un ejemplo concreto de la adopción de este enfoque se daría por ejemplo en evitar que la autoridad una vez tomada la decisión de expandir una zona urbana pregunte a la autoridad de aguas si esa decisión afecta o no el recurso, el manejo integrado obligaría a preguntar e informar antes de tomar la decisión.

En América Latina existen múltiples ejemplos de modelos de manejo integrado de cuencas, cada una con sus beneficios e inconveniencias.

48 LLURIA, Mario. La recarga artificial de acuíferos: Un método para la gestión eficiente de los recursos de las zonas áridas 2005 [en línea] <<http://www.medioambienteonline.com/site/root/resources/technology/2825.html>> (16/06/2012)

En Chile existen ciertos avances en la materia, por ejemplo a través de su reconocimiento en el artículo 7 bis inciso 2º de la ley N° 19.300 respecto de la evaluación ambiental estratégica, también cuando la autoridad ambiental dicta normas de calidad a nivel de cuencas. Cabe destacar que las Organizaciones de Usuarios (juntas de vigilancia, asociación de canalistas, comunidades de aguas superficiales o subterráneas) pueden ser un buen punto de partida para configurar esta política pública cuyo fin primordial es la eficacia del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y el logro del desarrollo sostenible a partir de la consideración de la cuenca como unidad territorial en la gestión del agua.⁴⁹

Las soluciones a los problemas que enfrentará Chile en el futuro no pueden ser dejados al azar, deben ser abordados en políticas públicas integrales como la propuesta en este trabajo. Además estos problemas no parecen estar tan lejos en el tiempo, el trasvase de agua de una cuenca a otra, la recarga artificial de acuíferos, la disminución progresiva del agua en algunas zonas debido al cambio climático o la ineficiencia de las patentes por no uso del recurso son realidades que ya se observan en algunas zonas, por lo que se debe planificar de forma oportuna.

212

La consideración de la cuenca como un área territorial donde una autoridad ejerza sus funciones y atribuciones respecto de las aguas de forma integrada implica la creación de un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Sus competencias, si bien las ejercerá dentro de la cuenca, deben ser reales y efectivas y no meramente decorativas. En ese sentido deberían considerarse competencias relacionadas con otorgar autorizaciones, facultades fiscalizadoras y sancionatorias.

Con ello no se está propugnando una multiplicidad de entidades autónomas sin control ni verdaderos feudos de cuencas, hay que recordar que son los Ministerios los encargados de fijar las políticas nacionales.

49 Las organizaciones de usuarios que contempla la legislación de aguas es un importante punto de partida en la gestión integrada de la cuenca porque si bien son creadas para la administración del recurso y el ejercicio del derecho de aprovechamiento, también tienen finalidades ambientales. Ver: PRIETO A., Trinidad y UGALDE P., María José. La importancia de las comunidades de aguas en la gestión de los recursos hídricos subterráneos. En Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile. Thompson Reuters. 2012. p. 155-166.





COMENTARIOS JURISPRUDENCIA |





Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales

Ximena Insunza Corvalán¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde su adopción en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169) ha sido objeto de situaciones peculiares en nuestro país y que dicen relación tanto con el tiempo que hubo que esperar para su ratificación en el Congreso Nacional (17 años)² así como también con las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional³ y el impacto que su aplicación jurisprudencial ha traído aparejado.

Siendo todos ellos aspectos sumamente relevantes, este artículo sólo tiene por finalidad analizar la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, desde la entrada en vigencia de este Convenio, en el ámbito de la acción cautelar denominada “recurso de protección” y que ha acogido tales recursos invocando para ello lo dispuesto en el Convenio 169.

217

Para situarnos en el ámbito temporal, cabe precisar que el acto aprobatorio del Congreso Nacional necesario para la ratificación de este tratado internacional se produjo el 4 de marzo de 2008. Posteriormente, este instrumento fue enviado a control preventivo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, órgano que dictó su sentencia el día 3 de abril de 2008. Más adelante, el Gobierno de Chile depositó el instrumento de

1 Abogada, Universidad de Chile, LLM McGill University (Canadá) Investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2 Boletín 233-10. Inició su trámite legislativo el 8 de Enero de 1991, finalizándolo el 5 de Marzo de 2008. En consecuencia, su tramitación duró 17 años.

3 Sentencias del Tribunal Constitucional Rol 309, 2000 y Rol 1050, 2008.

ratificación el 15 de septiembre de 2008 y el Decreto Supremo 236, que lo contiene, fue publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008. Sin perjuicio de lo anterior y dado que el propio texto del tratado regulaba la fecha de entrada vigencia para doce meses después, contados desde la fecha en que fue registrada su ratificación, este nuevo instrumento de derecho internacional de los derechos humanos sólo entró en vigencia en nuestro país el día 15 de septiembre de 2009.

Habiendo transcurrido más de tres años desde esa fecha, aún no existe abundante jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema dando aplicación a este instrumento internacional. Sin embargo y a pesar del exiguo número de sentencias, los efectos y consecuencias en materias tan diversas como lo ambiental, lo penal, religioso y forestal, las convierten necesariamente en objeto de estudio.

En términos generales podemos señalar que las sentencias⁴ relacionadas con el Convenio 169, en su mayoría, han involucrado dos temáticas que concitan gran interés en la ciudadanía: las tramitaciones de las evaluaciones ambientales de proyectos de inversión y el conflicto de la Araucanía. Cabe resaltar que algunos de estos fallos dictados por la Corte Suprema han otorgado un alcance completamente distinto al Convenio 169 que aquel que les había atribuido el tribunal *ad quo*, procediendo por lo tanto, a revocar las sentencias de primera instancia.

218

Es precisamente el análisis más detallado de las sentencias que acogen los recursos de protección el que nos permite resaltar la trascendencia que ellas tienen en las distintas materias así como comprobar que el elemento indígena es transversal y deberá ser considerado seriamente por los diversos actores del país. No cabe duda en cuanto a que es en el ámbito ambiental donde se han producido las mayores controversias en relación al Convenio 169, y que es en este ámbito donde la evolución de la jurisprudencia resulta más significativa. A pesar de que lo anterior reviste gran interés, creemos que también ocurre lo propio si consideramos que la Corte Suprema ha estimado vulneradas *distintas* garantías constitucionales, incluso frente a hechos de igual naturaleza y significación. Dado lo anterior, utilizaremos la

4 Nos referimos al universo compuesto por las sentencias dictadas a propósito de recursos de protección (tanto acogidos como desechados), recursos de amparos, recursos de casación u otros, en los que el Convenio 169 haya sido invocado por las partes o en el razonamiento de los sentenciadores.

perspectiva de las *distintas* garantías constitucionales que la Corte Suprema ha considerado vulneradas para efectuar el análisis jurisprudencial.

Analizando el universo de sentencias dictadas hasta esta fecha que acogen recursos de protección, invocando para ello lo dispuesto en el Convenio 169 y considerando las garantías constitucionales vulneradas, es posible establecer cinco categorías: a) Artículo 19 N°1 “Derecho a la vida”; b) Artículo 19 N°2 “Igualdad ante la ley”; c) Artículo 19 N°6 “Libertad de culto”; d) Artículo 19 N°8 “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y e) Artículo 19 N° 24 “Derecho de propiedad”.

A continuación procederemos al análisis de cada una de ellas:

II. ARTÍCULO 19 N° 1 “DERECHO A LA VIDA”

En relación a esta garantía, es preciso señalar que existe un único fallo que acoge un recurso de protección por vulneración a este derecho⁵. A diferencia de los otros casos, esta sentencia no fue objeto de apelación, correspondiendo analizar, por lo tanto, el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción y que acoge parcialmente el recurso de protección⁶.

La recurrente, Comunidad Indígena Chilcoco, fundó su recurso en el hecho que las medidas que se debían adoptar para evitar daños, con motivo del terremoto del año 2010, no fueron consultadas con las comunidades y en el daño provocado por la tala ilegal de árboles en el monumento nacional (categoría de Monumento Histórico) denominado Cerro Colo Colo. Todo lo anterior, a juicio de la solicitante de amparo constitucional mediante ese recurso de protección, vulneraba una serie de garantías, entre las que destacaba el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los comuneros.

La sentencia, al igual que otras que analizaremos más adelante, aborda, en

5 Corte de Apelaciones de Concepción, “Presidente Comunidad Indígena Chilcoco y Otro contra I. Municipalidad de Arauco y Consejo Municipal”, Rol 289-2010.

6 Esta sentencia acoge parcialmente el recurso de protección, rechazándolo respecto al concejo municipal de Arauco. La Corte de Apelaciones funda su decisión en que a dicho concejo no le correspondía decisión alguna en relación a la cuestión debatida por cuanto la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna le corresponde al Alcalde.

primer término, la existencia de un lugar con significancia para la comunidad indígena, en este caso la cultura mapuche. Luego, tiene por acreditados los actos que pueden producir la afectación, los que en este caso tienen relación con la alteración de diferentes monumentos indígenas y la falta de consulta de dichas medidas a las comunidades. Posteriormente, resalta la fuente normativa, el Convenio 169, que lo habilita para interpretar la vulneración de la garantía constitucional desde una perspectiva más amplia y flexible. Expresión de lo anterior es lo consignado en el considerando Séptimo de la sentencia:

*“Que el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue ratificado por Chile el año 2008 y se encuentra vigente como ley de la República. En su artículo 13 dispone que al **aplicar sus disposiciones los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera.** El artículo 6 del mismo Convenio exige a los gobiernos, al aplicar sus disposiciones, **consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.**”⁷ (Énfasis agregado)*

220

Adicionalmente la sentencia establece que el reproche está fundado en la “falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas”.⁸ Lo significativo, en este caso, es que la Corte de Apelaciones de Concepción encuadra todos estos elementos en la vulneración de la garantía prevista en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho a la vida, análisis que queda plasmado en el considerando Duodécimo:

“Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes,

7 Vid Rol 289-2010 Considerando Séptimo.

8 Vid Rol 289-2010 Considerando Décimo.

por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República.⁹ (Énfasis agregado)

Hacemos presente que más adelante analizaremos dos fallos cuyos hechos son, en alguna medida, análogos, pero en los que el tema de la consulta no está presente. Las vulneraciones establecidas en dichos casos son relacionadas con la afectación de la garantía constitucional de libertad de culto y con el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y no, como en este caso, con el derecho a la vida.

III. ARTÍCULO 19 N° 2 “IGUALDAD ANTE LA LEY”

El primer caso que analizaremos tiene la singularidad de tratarse de un instrumento de planificación territorial y no de un proyecto de inversión de una actividad productiva. Se trata de la modificación del Plan Regulador de la Comuna de San Pedro de Atacama¹⁰, el que ingresó a evaluación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental. El fundamento del recurso de protección interpuesto por la Asociación Indígena Consejo de los Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao fue que la Resolución de Calificación Ambiental de la Comisión Regional del Medio Ambiente que aprobó la modificación del Plan regulador aludido era arbitraria e ilegal puesto que la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de dicho Plan Regulador fue una Declaración de Impacto Ambiental y no un Estudio de Impacto Ambiental, situación que impidió (dado que las primeras no la preveían¹¹) la realización de un proceso de participación ciudadana, que además debía cumplir con los estándares del Convenio 169 y orientarse a

9 Vid Rol 289-2010 Considerando Duodécimo.

10 Corte Suprema, “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”, Rol 258-2011.

11 La Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial de 26 de enero de 2010 y que modificó la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, introdujo un nuevo artículo, 30 Bis, el que permite que las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, decreten un proceso de participación ciudadana en el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental si se reúnen una serie de requisitos.

las finalidades que ese instrumento internacional persigue.¹²

En relación al razonamiento de la sentencia, es preciso resaltar varios aspectos que configuran la vulneración a la garantía de “igualdad ante la ley” consagrada en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En primer lugar, se destacó que el propio instrumento de planificación territorial señalaba que una de las justificaciones de su actualización era la “necesidad de conservar los modos de vida existentes”¹³. En segundo lugar, se explica en la sentencia que el objetivo primordial de la modificación era “el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente”¹⁴ y que pese a ello no se llevó a cabo “el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT”¹⁵. Enseguida, la sentencia entrega ciertos criterios para entender el contenido y objetivo de la consulta, señalando que “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”¹⁶

222

Respecto a la vulneración de la garantía constitucional, esto es, la igualdad ante ley, es esencial enfatizar lo dispuesto en la segunda parte del considerando Octavo y en el considerando Noveno del fallo, cuyo contenido es más tarde repetido en otras sentencias:

“(...) En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a

12 El Convenio 169 dispone en su artículo 6 letra a) lo siguiente: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;” Asimismo, en su artículo 7 se establece que “Artículo 7 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”. Estas son las dos normas, generalmente, invocadas en los recursos de protección para acreditar que no se ha dado cumplimiento al deber de consulta y participación previsto en este instrumento internacional.

13 Vid Rol 258-2011 Considerando Sexto.

14 Vid Rol 258-2011 Considerando Séptimo.

15 Vid Rol 258-2011 Considerando Séptimo.

16 Vid Rol 258-2011 Considerando Octavo.

toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones;"¹⁷ (Énfasis agregado).

*"Que tal proceder deviene en que **la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos**, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas;"* (Énfasis agregado)¹⁸.

En consecuencia, el no haber efectuado la consulta, incumpliendo el mandato contenido en el Convenio, conllevó una falta de la autoridad administrativa pues omitió un trámite esencial para la fundamentación del acto administrativo y negó con eso la igualdad ante la ley concebida desde la perspectiva de "igualar para los efectos de resolver".¹⁹

El segundo caso cuyo estudio es primordial para entender la dimensión de la vulneración de la garantía "igualdad ante la ley" es el denominado "Parque Eólico Chiloé".²⁰ En este caso, la recurrente, Comunidad *Antu Lafquen de Huentetiquerecuen* fundamentó su recurso en idénticos términos a aquellos en que lo hizo la comunidad recurrente del caso anterior, es decir, que el hecho arbitrario e ilegal era la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de inversión que ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental y no por un Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, se argumentó que se había faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio 169.

223

El análisis de la Corte Suprema aborda, en primer término, las vías de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, estableciendo que la propia Declaración de Impacto Ambiental "da cuenta de la existencia de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto"²¹,

17 Vid Rol 258-2011 Considerando Octavo.

18 Vid Rol 258-2011 Considerando Noveno.

19 Vid Rol 258-2011 Considerando Noveno.

20 Corte Suprema, "Comunidad Indígena Antu Lafquen De Huentetique Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región", Rol 10090-2011.

21 Vid Rol 10090-2011 Considerando Séptimo.

hechos que debieron, a juicio de la Corte Suprema, ser tomados en cuenta a la luz de lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300, sometiendo el proyecto a evaluación ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental. De hecho, la Corte Suprema expresa claramente que de haberse efectuado un Estudio de Impacto Ambiental se podría haber dado “cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, cuyo artículo 4° dispone la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos”.²² El fallo, al igual que el anteriormente analizado, se refiere al contenido de la precitada consulta, estableciendo que, “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”.²³

En relación a la garantía vulnerada, cabe destacar que es la propia Corte Suprema la que, luego de referirse al contenido y el objetivo de la consulta, señala que la no realización de la misma produce una afectación que deriva de la falta de un trámite esencial para la dictación del acto administrativo:

224

*“Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, **incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas.***

*Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía **acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley,** porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.”²⁴ (Énfasis agregado)*

22 Vid Rol 10090-2011 Considerando Séptimo.

23 Vid Rol 10090-2011 Considerando Octavo.

24 Vid Rol 10090-2011 Considerando Noveno.

El tercer fallo que analizaremos, en el que se acogió un recurso de protección por vulneración a la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 tiene relación con el proyecto “*Sondajes de Prospección Paguanta*”.²⁵ Los recurrentes²⁶, comuneros de la Quebrada de Tarapacá, argumentaron que la Resolución de Calificación Ambiental otorgada era arbitraria e ilegal, dado que se pronunciaba favorablemente respecto de un proyecto de inversión que ingresó al Sistema de Evaluación Ambiental mediante una Declaración y no un Estudio de Impacto Ambiental. Se sustenta la ilegalidad y arbitrariedad en el hecho que el proyecto generaría los efectos contemplados en el artículo 11 letra d) de la Ley 19.300. Al igual que el caso anterior, también se alega la ilegalidad del acto pues no se cumplió con el deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio 169 de la OIT. Resulta fundamental hacer presente respecto a este caso que existe un elemento adicional que es tenido en cuenta por la Corte Suprema: la existencia de un Área de Desarrollo Indígena y la presencia de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane. Estas circunstancias fueron hechas presentes y destacadas por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en la tramitación del proceso de evaluación ambiental. Adicionalmente, esta sentencia pone de manifiesto que los criterios para dar por satisfecho el deber de consulta son más altos que aquellos tenidos en consideración por la autoridad administrativa y el titular del proyecto, “las (instancias) empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de la descripción del proyecto, el estado del mismo y lo que se pretende desarrollar a futuro, todo lo cual no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.”²⁷

225

Nuevamente es esta carencia de consulta la que posibilita acoger el recurso de protección. La Corte Suprema sentencia que existe vulneración a la garantía de “igualdad ante la ley”, toda vez que no se dio cumplimiento a un elemento esencial de este tipo de procedimiento administrativo, lo que

25 Corte Suprema, “Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y Otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol 11040-2009.

26 Marcelo Condore Vilca, Consejero Territorial Alto Tarapacá, quien actúa por sí y en representación de los comuneros de la Quebrada de Tarapacá.

27 Vid Rol 10040-2011 Considerando Noveno.

fue recogido en el considerando décimo de la sentencia:

*“Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, **incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.**”²⁸ (Énfasis agregado)*

226

En definitiva, estos tres fallos se encargan de establecer que tanto un proyecto de desarrollo económico como un Instrumento de Planificación Territorial deberán ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental cuando esté presente el elemento indígena en cualquiera de sus diversas formas y se produzca una afectación. Asimismo, estos fallos establecen que la participación indígena en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental debe tener los estándares establecidos en el Convenio 169. En efecto, cualquier privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas convertirá al acto administrativo en un acto carente de fundamentación, pudiendo solicitar, por medio de un recurso de protección, a los Tribunales de Justicia que se restablezca el imperio del derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que en este caso en particular significa tratar desigualmente para igualar.²⁹

Un último fallo que analizaremos en este grupo dice relación con un recurso de protección que se acogió en razón de la vulneración de dos garantías constitucionales, la primera es el derecho de igualdad ante la ley y la segunda es el derecho de propiedad³⁰. En lo que respecta a la primera

28 Vid Rol 10040-2011 Considerando Décimo.

29 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1050-2008 Considerando Decimo Quinto.

30 Corte Suprema, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región De Atacama”, Rol 2211-2012.

garantía se advierte en la sentencia que la transgresión se configuró por las diferencias arbitrarias –derivadas del distinto tratamiento –que se establecieron en el Estudio de Impacto Ambiental respecto de integrantes de la comunidad y que ninguna autoridad está facultada a hacer (cuestión que habría ocurrido al dictarse la Resolución de Calificación Ambiental). El considerando Undécimo de la sentencia del Tribunal ad quo, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, así lo consigna:

*“El Estudio de Impacto Ambiental que destaca que los ingresos de estas personas no constituye lo esencial sino también el aspecto cultural en cuanto organiza la vida familiar y las actividades centrales en el proceso de formación de recursos para la economía familiar, constituyen antecedentes que este estudio debió considerar específicamente para la entrega de terrenos, generación de sector de pastoreo, habilitaciones de sectores en condiciones de pastoreo invernal **que reconozca la existencia de los mismos y no en forma genérica como lo hizo, desconociendo a los integrantes de estas comunidades de hecho, en consecuencia, incluir sólo tres familias y una persona natural y prescindir específicamente del resto de estas personas que tienen la calidad de indígena comprobada, constituye una ilegalidad que está protegida en la Constitución Política de la República que garantiza la igualdad ante la ley, la no existencia de grupos privilegiados sin que autoridad alguna pueda establecer estas diferencias arbitrarias entre tres familias de crianceros y una persona natural, respecto de todos los integrantes de la comunidad agrícola que acreditaron poseer la calidad de indígenas y que ya fueron enumerados (...)**”³¹*
(Énfasis agregado)

227

Un elemento distintivo de este fallo y que ha causado bastante revuelo es el hecho de que se trata de un Estudio de Impacto Ambiental, en el que pese a haberse llevado a cabo un procedimiento de participación ciudadana, éste no resultó suficiente a ojos de los Tribunales de Justicia, para garantizar un trato igualitario de los participantes.

31 Corte de Apelaciones de Antofagasta, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región De Atacama”, Rol 618-2011, Considerando Undécimo.

IV. ARTÍCULO 19 N°6 “LIBERTAD DE CULTO”

La tercera garantía que analizaremos es la contenida en el artículo 19 N°6 de nuestra carta fundamental. Si bien la sentencia del tribunal *ad quo*, fue posteriormente revocada luego de una apelación presentada ante la Excelentísima Corte Suprema,³² este fallo es significativo pues los hechos son prácticamente idénticos tanto al primer caso estudiado en este artículo como al que analizaremos en el siguiente acápite a propósito de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8. Si bien todos estos recursos fueron acogidos, al menos en alguna instancia, los razonamientos de la Corte, en todos los casos, fueron distintos.

Se trata de una tala de árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del *Ngen Mapu Quintuante*, “espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche”.³³ Los recurrentes, entre los cuales encontramos una *machi* y un *lonko*, alegan que el acto es ilegal y arbitrario pues impide el normal desenvolvimiento de las expresiones religiosas y espirituales de los mapuches, lo que implica la vulneración de su derecho de manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

228

En el desarrollo de la sentencia, la Corte de Apelaciones de Valdivia da por establecida la existencia de un lugar de significancia religiosa, “la etnia Mapuche Williche, tiene sus propias manifestaciones religiosas, y describiendo el complejo religioso y ceremonial *Ngen Mapu Quintuante*, expresan que se ubica en el territorio *Maihue-Carimallin* (...) Y que cada año en la época estival, y desde tiempos ancestrales los *lepuntufe* (autoridad ancestral mapuche encargada de dirigir el *Lepun*) y *nguillatufe* (Autoridad tradicional encargada de dirigir el *Nguillatun*) de las comunidades de *Maihue*. (...) Ambos espíritus son protectores y viven en este *renu* (morada de los espíritus sagrados), donde está el *nguillatun* ancestral (antiguo lugar donde se realizaban las rogativas locales), el *tun* (cementerio indígena), el *trayenco* (cascada cascabel) y el *menoco* (pantano existente en el lugar en

32 Corte de Apelaciones de Valdivia, “Millaray Huichalaf Pradines Y Otros Contra Juan H. Ortiz Ortiz”, Rol 501-2011 (Ingreso Corte Suprema Rol 3863-2012).

33 Vid Rol 501-2011 Pág.1.

que se extraen las plantas medicinales)".³⁴

Debe destacarse que dicha significancia fue refrendada por la CONADI, organismo que en su informe indica textualmente "que la casa del *Kintuante* es un sitio de significación cultural mapuche, entendiéndose por tal los lugares o sitios ambientales de relevancia ritual o ceremonial (sagrado, público o reservado) y que en la cultura mapuche se reconocen entre otros los siguientes sitios de significación cultural: *Guillatuwe –lepuwe* (espacio físico donde se realiza el ceremonial del *Guillatun* o *Lepun*), *Eltun-Pu Elun* (cementerio familiar), *Rewe* (símbolo territorial y sagrado), *Witxunko* (estero), y otros."³⁵

Una vez establecida fehacientemente la existencia e importancia del lugar, la Corte de Apelaciones de Valdivia analiza y tiene por acreditada la acción misma que importa la afectación, esto es, la tala de bosque nativo sin previo plan de manejo aprobado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Posteriormente, la Corte le da contenido a la garantía de libertad de culto en relación a las comunidades indígenas, para lo cual profundiza en el Convenio 169 y su aplicación en otros países, señalando:

*"Que por su parte, el artículo 4 del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5, señala que al aplicarlas disposiciones del Convenio, **letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio.**"*³⁶ (Énfasis agregado)

*"Que útil es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay, señala que **la cultura de los pueblos indígenas corresponde***

34 Vid Rol 501-2011 Considerando Noveno.

35 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo.

36 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo Tercero.

a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.³⁷ (Énfasis agregado)

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Valdivia utilizó tres elementos para dar por sentada la vulneración, estos son: la existencia de un lugar sagrado (*Ngen Mapu Quintuante*), el corte ilegal de árboles (no hay plan de manejo) y la normativa (Convenio 169) que incorpora la cosmovisión de la comunidad mapuche, todos estos necesarios para configurar el atentado a la garantía de libertad de culto y otorgar, por ende, la debida protección.

Posteriormente la Excelentísima Corte Suprema revocó la analizada sentencia de la Corte de Apelaciones, negando la calidad de indígena de los terrenos, por haberse efectuado la ocupación no justificada del predio del recurrente, recurriendo a la autotutela:³⁸

“Noveno: Que en el caso concreto habrá de establecerse que los terrenos sobre los que se requiere acceso ilimitado no han sido calificados como indígenas. En efecto, tratándose de un concepto jurídico con contenido antropológico, el artículo 12 de la Ley N° 19.253 ha previsto requisitos jurídicos y de hecho que deben concurrir copulativamente para otorgar la calidad de tierra indígena a un determinado territorio. Así, el mencionado precepto dispone que son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley.

Décimo: Que en este contexto la denominada “ocupación pacífica” que han desarrollado del predio de Juan Heriberto Ortíz Ortíz los recurrentes no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues no existe norma alguna en los mismos que habilite a conjunto alguno de personas para por si mismos alterar y vulnerar

37 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo Cuarto.

38 Ingreso Corte Suprema Rol 3863-2012. La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema fue dictada con fecha 21 de Septiembre de 2012.

derechos pre constituidos, pues aceptar ello es validar la autotutela, medio de resolución de conflictos relevantes jurídicamente proscrito en nuestro sistema jurídico procesal.

Undécimo: Que en razón de lo concluido, el acto realizado por los recurrentes consistente en una ocupación del terreno de propiedad del recurrido importa y constituye una acción ilegal de autotutela pues a través de una vía de hecho se altera y lesiona una situación preexistente sin que exista habilitación legal o judicial para ello, debiendo en consecuencia ser calificada como arbitraria y atentatoria de la garantía cautelada en el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República. Al respecto cabe consignar que la legislación contempla las acciones y procedimientos adecuados para obtener judicialmente el reconocimiento de tierra indígena del inmueble en cuestión, y mientras ellos no sean ejercidos no resulta lícito proceder como se ha hecho, ello pues el proceso, en tanto exclusión de la autotutela cumple dos objetivos: por un lado la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y por otro, la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley”.

V. ARTÍCULO 19 N° 8 “DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN”

231

El primer fallo relevante para este acápite del artículo es aquel en que se acogió un recurso de protección interpuesto por doña Francisca Linconao Huircapán en contra de la Sociedad Palermo Limitada.³⁹ En esta acción se alegaba la vulneración de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República basándose para ello en la tala ilegal de bosque nativo y la plantación de arbustos exóticos en su reemplazo, cerca de tres manantiales que constituyen el *Menoko*, lugar que reviste un gran significado cultural para la cultura mapuche. La importancia de éste fue refrendada por la CONADI a través de su informe, el que entre otras cosas señala que “el *Menoko* no debe ser molestado, sino más bien respetado y protegido, además es relevante, porque tiene una

39 Corte Suprema, “Linconao Huircapan Francisca Contra Sociedad Palermo Ltda.”, Rol 7287-2009. Ver voto de prevención Ministros Pierry y Araneda.

directa relación con el rol etno terapéutico del o de la machi, pues de estos lugares obtienen sus *lawen*, que son plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación”.⁴⁰ En el transcurso del proceso fue acreditado que la tala de árboles efectivamente se había realizado infringiendo el Decreto Ley 701 de 1974 sobre Fomento Forestal.

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco y que será objeto de análisis fue confirmado por la Corte Suprema⁴¹. Cabe destacar que el razonamiento del tribunal *ad quo* es bastante extenso, pero nos centraremos en aquellos pasajes que resultan vitales para entender cómo se configuró la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Al respecto, vale la pena detenerse en el siguiente considerando:

***“Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas.”*⁴² (Énfasis agregado)**

Este considerando es muy interesante en el sentido que le da una amplitud significativa al concepto de medio ambiente. El considerando siguiente pone también de relieve la interpretación amplia de este concepto, invocando no sólo legislación nacional sino también internacional:

232

40 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, “Linconao Huircapan Francisca Contra Sociedad Palermo Ltda.,” Pág. 5.

41 Sin embargo, los ministros Pierry y Araneda concurren al mismo, con la prevención de eliminar todos los fundamentos de la sentencia en alzada.

42 Vid Rol 1773-2008 Considerando Décimo Cuarto.

“Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además se aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito (...).”⁴³ (Énfasis agregado)

Sin perjuicio de que los hechos que motivaron este recurso ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del convenio, ambas sentencias fueron dictadas con posterioridad. De igual manera, a pesar de que este recurso sólo menciona en su considerando séptimo el Convenio 169 como legislación aplicable en la materia y luego en el considerando 10 señala que el tema de la vigencia (o no) de un tratado internacional no obsta para que éste sea utilizado como elemento interpretativo, es claro que el contenido del fallo está inspirado en los principios rectores del convenio. Basta para ello recordar que, tal como señala el preámbulo del Convenio 169 una de las aspiraciones de los pueblos indígenas es “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁴⁴. Con todo, es importante señalar que el Ministro Pierry y la Ministro Aravena, estuvieron por eliminar todos los considerandos, menos el primero, dando de esta forma la señal de que la extensión de lo razonado podía no ser compartida por la totalidad de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

233

El segundo caso en el cual se acoge un recurso de protección por la vulneración al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República es el denominado caso “Los Fjordos”⁴⁵. En este caso el conflicto tenía relación con el deber de consulta previsto en el artículo 6 N°1 del Convenio 169. La alegación del recurrente, el *lonko* de la Comunidad Mapuche *Huilliche Papiukelen*, fue que los trabajos realizados por la Empresa Pesquera Los Fjordos Ltda. que consistían en la construcción de una piscina de piscicultura,

43 Vid Rol 1773-2008 Considerando Décimo Cuarto.

44 Preámbulo Convenio 169.

45 Corte Suprema, “Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fjordos Ltda”, Rol 5757-2010.

no sólo afectarían su proyecto de etno-turismo sino que además se emplazarían en tierras que revisten la calidad de indígenas, circunstancia esta última que la Corte tuvo por acreditada. En ese escenario, la discusión jurídica tuvo por objeto determinar si dichas obras complementarias podían ser realizadas por la empresa recurrida bajo el amparo de la Resolución de Calificación Ambiental que regía su actividad, o bien, si la construcción de esta piscina de piscicultura debía ser objeto de una nueva evaluación ambiental. La Corte, en definitiva, estimó procedente el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la ya mencionada piscina, en atención a las siguientes consideraciones:

*“Que en efecto, se trata de una obra de decantación de aguas que escurren desde un predio anexo en que se ha construido una planta industrial que requirió de una Declaración de Impacto Ambiental, que dio origen a la resolución N° 187, de 22 de marzo de 2006, lo que requiere a juicio de estos sentenciadores, de una nueva evaluación de impacto ambiental. Ello conforme el artículo 10 N° 1 de la ley de Bases del Medio Ambiente, que establece como actividades susceptibles de causar impacto ambiental, los trabajos de dragado, defensa o alteración significativa de cursos naturales de aguas (escurrimiento de aguas lluvias hacia un río) alterándose el ecosistema natural. Igualmente ello es necesario conforme lo indica el artículo 2 letra d) del Reglamento (DS95- 2001) que entiende por modificación de proyecto la realización de obras, acciones o medidas que introduzcan obras complementarias al proyecto o actividad que generen nuevos impactos ambientales adversos (...), **sin someter tales trabajos a una evaluación de impacto ambiental previo, constituye de por sí un acto ilegal y arbitrario, vulnerándose la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.**”⁴⁶ (Énfasis agregado)*

234

Este fallo reviste interés, pues la Corte de Apelaciones de Puerto Montt⁴⁷

⁴⁶ Vid Rol 5757 – 2010 Considerando Séptimo.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, “Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fiordos Ltda”, Rol 36-2010.

en sus considerandos noveno y décimo⁴⁸ dio aplicación al Convenio 169, señalando, en síntesis, que sería indispensable hacer efectivo el deber de consulta previsto en dicho instrumento. Si bien ambos considerandos fueron eliminados por la Corte Suprema, debe hacerse notar que el Ministro Sergio Muñoz hace un voto de prevención en el que además de establecer la vulneración a las garantías establecidas en los N° 1 y 8 del artículo 19 de nuestra carta fundamental, concluye acerca de la obligación que existe para el proyecto en cuestión de ingresar vía Estudio de Impacto Ambiental al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁴⁹

48 Considerandos Noveno y Décimo Corte de Apelaciones de Puerto Montt, "Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fiordos Ltda", Rol 36-2010.

NOVENO: Que en otro orden de ideas, la intervención en cuestión, se ejecuta como se ha dicho en tierra indígena y por ende protegida por la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, que éste último se encuentra incorporado y vigente en nuestro sistema con la misma jerarquía de una ley de la República, desde el 15 de septiembre de 2009. Así las cosas, ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.

DECIMO: Que a este respecto debe recordarse que si bien los recurrentes son vecinos a la tierra indígena en que se realiza la obra de drenaje y contención de aguas, el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, en este caso en el predio deslindate, de las comunidades recurrentes se ejecutan actividades de "Etnoturismo" y "Fiesta Costumbrista Mapuche". En consecuencia, no sólo podemos considerar el lugar que está siendo intervenido por la empresa como tierra indígena, porque así ha sido reconocido y certificado por la Corporación Nacional de Derecho Indígena, sino porque del mérito de autos aparece que dicho terreno forma parte del hábitat de una comunidad indígena. Al omitirse tal consulta se incurre en una discriminación positiva hacia los recurrentes y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, al no haberse dado cumplimiento con tal discriminación positiva hacia los recurrentes, que invocan la igualdad ante las leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, consagrado en el caso sub lite, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT.

49 Corte Suprema 5757-2010, Voto de Prevención Ministro Muñoz.

2º) Que en relación a la aplicación de las normas legales a la situación de hecho, corresponde tener en consideración que la Ley 19.300 en su artículo 26 dispone: "Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten", en el mismo sentido el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo -vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009, de conformidad con lo que éste dispone en su artículo 38 párrafo 3- establece: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"; de forma tal que corresponde efectuar la consulta pertinente a las personas que conforman las culturas a las cuales se refieren estas disposiciones.

La conclusión anterior se impone además desde el momento que el artículo 11 letra a) de la Ley 19.300 establece: "Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos"; puesto que cualquier líquido que no sea de carácter natural y que contenga sustancias químicas o de cualquier otra entidad semejante constituye, ciertamente, peligro para la conservación de la salud de los habitantes del lugar.

Que bajo los supuestos de hecho y la aplicación de las normas legales en referencia, se conculcan las garantías del N° 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución, desde que existe amenaza a las mismas.

El tercer caso se presenta a propósito de la “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”.⁵⁰ Se solicitó en el recurso de protección que se declarara la ilegalidad del acto administrativo Resolución de Calificación Ambiental, dado que el proyecto sobre el cual recaía la misma, había ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental en circunstancias que se producía alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300. Asimismo, se alegó que dada la intrínseca relación que existe entre las comunidades indígenas y su medio ambiente, no se realizó el procedimiento de consulta a las comunidades indígenas de acuerdo a lo consignado en los artículos 6 N° 1 literal a) N° 2 y 7.1 del Convenio 169, obligación que debió haber cumplido la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA). En este fallo, la Corte Suprema analiza las vías de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para luego calificar el riesgo que conlleva una Estación de Transferencia, señalando que un proyecto “de esa naturaleza desde luego genera riesgo para la salud de la población aledaña”,⁵¹ por lo que se debió haber efectuado un Estudio de Impacto Ambiental. Posteriormente, el considerando tercero da cuenta de que en caso de haber utilizado ese mecanismo de ingreso para su evaluación, entonces se hubiese producido la participación ciudadana allí prevista, “contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.⁵²

236

La vulneración a la garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está expresamente detallada en el considerando cuarto:

*“Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, **pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169, incurrió en una actuación ilegal afectando***

50 Corte Suprema, “Faumelisa Manquepillan con Comisión del Medio Ambiente”, Rol 6062-2010.

51 Vid Rol 6062-2010 Considerando Segundo.

52 Vid Rol 6062-2010 Considerando Tercero.

con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.⁵³ (Énfasis agregado)

Dos de estos tres fallos tienen relación con la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y si bien llegan a la misma conclusión que aquellos estudiados a propósito de la garantía establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, el bien jurídico protegido es diferente, en este último caso es la igualdad ante la ley y no el medio ambiente.

Por su parte, en el primer caso analizado en este acápite se amplía la concepción de medio ambiente a fin de poder dar protección a una comunidad que estaba siendo afectada por el actuar ilegal de particulares. A este respecto, es relevante destacar que la Corte Suprema estima que existe un impacto mayor que la simple tala de especies del bosque nativo, tratándose de una alteración de un sitio que reviste la mayor de las trascendencias para esa comunidad indígena. Para alcanzar dicha conclusión, la Corte utilizó una perspectiva antropológica, muchas veces ajena al derecho tradicional. Del mismo modo, en dos casos analizados con anterioridad, tratándose de situaciones análogas, la Corte de Apelaciones de Concepción y Valdivia, respectivamente, utilizaron perspectivas jurídicas distintas, acreditándose la vulneración de otras garantías constitucionales: el derecho a la vida y la libertad de culto. Sin embargo, en todos estos casos, la consecuencia jurídica es mayor a que si ocurriera lo mismo tratándose de ciudadanos de a pie. En el fondo, es el elemento indígena lo determinante para configurar la vulneración a la garantía constitucional.

237

VI. ARTÍCULO 19 N° 24 “DERECHO DE PROPIEDAD”

En relación con esta garantía, corresponde señalar que el único fallo que ha acogido un recurso de protección en razón de la vulneración a la misma, estimó que, a propósito de los mismos hechos, también había existido una afectación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley. En razón de esta circunstancia, ya hemos analizado dicho fallo en el acápite referido a esta última garantía constitucional. Se trata del fallo recaído en el recurso

53 Vid Rol 6062-2010 Considerando Cuarto.

de protección interpuesto por la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos en contra de la Comisión de Evaluación III Región de Atacama, más conocido como el proyecto “El Morro”.

Vale la pena rescatar las propias palabras de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que disponen que existe una “amenaza al derecho de propiedad como consecuencia del desconocimiento de la calidad de indígenas que requieren un tratamiento especial para los aspectos ya señalados en el Estudio de Impacto Ambiental”.⁵⁴ En definitiva, la sentencia se inclina por acoger el recurso de protección pues el Estudio de Impacto Ambiental no proporciona la debida atención a su calidad de indígena en relación con las tierras que ellos poseen, tal como se consigna en el siguiente considerando:

*(...) pero sus integrantes no fueron considerados como indígenas, como tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un **vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas y que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar, denominado Estancia Los Huasco Altinos, ocupado por la comunidad integrada por aproximadamente doscientos sesenta comuneros y sus respectivas familias, quienes descienden de las comunidades Diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado el territorio, lo que está reconocido en la legislación nacional según se ha venido razonando, de manera que desconocer su existencia, en términos de sujetos activos para las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones, constituye una ilegalidad que representa una amenaza concreta a su derecho de propiedad (...).**”⁵⁵ (Énfasis agregado)*

⁵⁴ Vid Rol 618-2011 Considerando Undécimo.

⁵⁵ Id.

Tal como se mencionó, este es el único fallo que acogiendo un recurso de protección establece la vulneración de dos garantías. Asimismo, su relevancia radica en el rol que tiene la consulta establecida en el Convenio 169 y las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones en relación al concepto de indígenas y tierras indígenas cuando la evaluación de impacto ambiental se da en el marco de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una Declaración de Impacto Ambiental.

VII. CONCLUSIONES

Desde el ángulo temporal, es evidente que ha existido una evolución de la jurisprudencia desde la entrada en vigencia del Convenio 169. Esta transformación puede ser explicada por la natural e indispensable necesidad de adecuar la acción de protección constitucional a un nuevo instrumento internacional de derechos humanos.

A la luz de lo analizado, se aprecia que la evolución experimentada en materia de protección de garantías constitucionales tiene lugar cada vez que concurre el elemento indígena y no está restringido a una sola materia ni a una sola garantía constitucional.

Sin embargo, de lo expuesto en este artículo, es posible apuntar que son dos los casos que más se repiten. El primero se relaciona con la presencia de factores de carácter indígena en los proyectos de inversión susceptibles de generar impactos ambientales, y que deben, por lo tanto, ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁵⁶ El segundo corresponde a aquellos casos en que la presencia de factores de carácter indígena transforma una acción u omisión ilegal en una vulneración de garantías constitucionales que, de no haber mediado tales factores, habrían permanecido en el campo de la simple ilegalidad y por ende, habrían sido atacables a través de las vías jurídicas ordinarias. Tal es el caso, por ejemplo, de una tala ilegal de bosque nativo que, en el evento de afectar a una comunidad indígena, deviene en la afectación de una garantía constitucional para tal comunidad.

⁵⁶ Salvo el caso referido a la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, dado que de acuerdo a la normativa hoy día vigente, la modificación de un Plan Regulador debiese sometido a Evaluación Ambiental Estratégica conforme al artículo 7 bis de la Ley 19.300.

En relación al primer tipo de casos, es posible recalcar que estas sentencias han dejado atrás la denominada “deferencia judicial” que predominó en materia de recursos de protección asociados a las temáticas ambientales. Cabe recordar que durante años el reconocimiento de las facultades discrecionales de la administración en orden a decidir aquellas materias entregadas por ley a su ámbito de competencia fue un factor decisivo. En efecto, la jurisprudencia tenía en la “deferencia técnica” un argumento de límite a su actuación pues estimaba que, actuando órganos colectivos administrativos bajo la perspectiva de una fundamentación radicada en argumentos técnicos proporcionados por los órganos competentes; la judicatura no resultaba ser ni orgánica ni técnicamente el ente idóneo para abordar pronunciamientos en materias ambientales.

240

Pues bien, en todos los fallos analizados en este artículo y en otros que no dicen relación con la temática indígena, esta posición ha venido experimentando un cambio significativo, siendo de alguna manera abandonada. En efecto, la Corte Suprema la ha obviado y ha entrado de lleno en el ámbito del análisis de la razonabilidad de la fundamentación de las decisiones de la misma, a la luz de argumentos que revelan con claridad una ponderación de elementos técnicos que estiman como evidencia; es el caso, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se señala que la existencia de una planta de transferencia conlleva indefectiblemente un riesgo sanitario que debe ser objeto de una evaluación ambiental vía Estudio de Impacto Ambiental⁵⁷. Así, en el evento que el caso sometido a la decisión judicial involucre, además, el factor indígena, constatamos que la jurisprudencia se aparta totalmente de la antigua deferencia judicial, introduciéndose de lleno en la ponderación ya sea del instrumento adecuado para ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea de todo un proyecto en relación a factores socio-culturales del pueblo o etnia involucrado.

Respecto del segundo tipo de casos, no pocos podrían sostener que los hechos que han originado estos recursos de protección efectivamente contravienen otras normas del ordenamiento jurídico y podrían haber sido, por tanto, conocidos y radicados en otras sedes de lato conocimiento;

57 Vid Rol 6062-2010.

por ejemplo la tala ilegal de bosque nativo podría haber sido perseguida en sede penal de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ley 701. Pero es justamente en esta área en la que la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han considerado los factores de carácter indígena de una nueva forma: más innovadora y vanguardista. Sus razonamientos han brindado una protección más integral a las comunidades indígenas, comprendiendo e invocando para ello su propia realidad, tal como lo prescribe el Convenio 169. Es patente, de lo reseñado en este artículo, que la Corte ha ido configurando de una manera distinta las vulneraciones a las garantías constitucionales en el transcurso del tiempo. Lo anterior ocurre debido a la adopción de una interpretación proveniente del espíritu y letra de lo dispuesto en el Convenio 169. La Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han comenzado a brindar un nuevo tipo de protección a las comunidades indígenas.

En definitiva, la jurisprudencia judicial, en el contexto de los fallos en análisis en este trabajo, da cuenta de una nueva comprensión y una mayor valoración del factor indígena. Esta nueva perspectiva sólo puede ser explicada por la incorporación de un instrumento internacional de derechos humanos en la labor hermenéutica de la judicatura. Es evidente que la Corte ha ido configurando de distintas maneras las vulneraciones a las garantías constitucionales en el transcurso del tiempo, utilizando para ello una interpretación más amplia y flexible de ciertos conceptos *esenciales* a la luz de lo dispuesto en el Convenio 169. Pareciera, entonces, que estamos ante un nuevo escenario en el que las garantías constitucionales previstas en nuestra carta fundamental para todos los ciudadanos, están finalmente adquiriendo un carácter distinto para el caso de las comunidades indígenas, lo que permite, en definitiva, sostener, que efectivamente se está avanzando en el cumplimiento del objetivo de proteger a aquellos que han sido despojados de sus derechos por cientos de años, y cuya condición de vulnerabilidad es innegable a la luz de la evidencia.



Comentario a la Sentencia sobre el Proyecto Hidroléctrico Río Cuervo

Luis Cordero Vega¹
Ezio Costa Cordella²

I. INTRODUCCIÓN

En Mayo de 2012 la Corte Suprema acogió un Recurso de Protección³ interpuesto por la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA) en nombre de habitantes de la comuna de Puerto Aysén, en contra del Informe Consolidado de Evaluación (ICE) del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo”, sobre la base de la falta de estudios relativos al riesgo que podía significar la construcción de la Central sobre una falla geológica y en un área volcánica. El riesgo había sido advertido por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) en uno de sus informes previos, sin embargo durante la tramitación ambiental el ICE no consideró esta exigencia y el propio SERNAGEOMIN dio su conformidad en la etapa de aprobación del mismo.

243

La Corte de Apelaciones de Coyhaique rechazó el recurso presentado.⁴ La razón que tuvo para eso fue que el ICE había sido dictado conforme a la ley, constituyendo un acto trámite no impugnabile legalmente, señalando además que los hechos debatidos en el caso excedían la naturaleza del recurso de protección.⁵ Durante la tramitación judicial no existió Orden de No Innovar y tras la dictación de la sentencia, la Comisión de Evaluación

1 Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida, Magíster en Derecho, Magíster en Políticas Públicas, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo e Investigador Senior de RegCom, Universidad de Chile.

2 Abogado, Magíster (c) en Derecho, Mención Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador de RegCom, Universidad de Chile y Director Ejecutivo de FIMA.

3 Sentencia Corte Suprema (SCS), 11 de mayo de 2012, rol Nº 2463-2012.

4 Sentencia Corte de Apelaciones (SCA) de Coyhaique 03 de marzo de 2012, rol Nº 7 – 2012.

5 Ver considerandos 7º a 9º.

Ambiental de la Región de Aysén calificó favorablemente el proyecto.⁶ Días más tarde la Corte Suprema acogió el recurso de protección interpuesto, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones y rechazó el proyecto.

El caso es relevante por tres razones: (a) la primera porque ratifica la impugnación de los actos trámite al interior de la evaluación ambiental; (b) en segundo lugar, desarrolla un concepto de principio preventivo –más bien precaución en sentido débil– que aplicado a la evaluación ambiental debería tener un impacto en la manera de realizar las evaluaciones, considerando especialmente las exigencias o informaciones adicionales que se puedan exigir al proponente para el futuro en la calificación ambiental; (c) en tercer lugar, ratifica la revisión intensa de expediente administrativo como un medio de control de las decisiones de organismos administrativos de carácter técnico.

A continuación analizaremos los presupuestos del caso y los aspectos que explican los tres temas señalados.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

244

El proyecto hidroeléctrico Río Cuervo consiste en la construcción de una central Hidroeléctrica de embalse en el Río Cuervo, ubicado en la XI región de Aysén, a aproximadamente 50 kilómetros de la ciudad de Puerto Aysén. Se proyecta la construcción de la represa en el área de influencia de la falla geológica “Liquiñi Ofqui” y que asimismo, se encuentra cercana a volcanes activos.^{7 8}

6 La calificación se realizó el día 08 de marzo de 2012.

7 ORD. N° 2989, 5 de octubre de 2009, SERNAGEOMIN, advierte en su primer informe, con observaciones, del Estudio de Impacto Ambiental: “4.2 Por otra parte, siendo la zona de emplazamiento del proyecto una zona sísmica y volcánica activa, la geología proporcionada por la Línea Base, adolece de no entregar la estratigrafía completa de algunos volcanes, y sus productos. Más si se considera que la construcción de una central hidroeléctrica supone un cambio importante tanto en la hidrología superficial como subterránea de la cuenca afectada por el embalse.”

8 ORD. N° 2989, 5 de octubre de 2009, SERNAGEOMIN, señala que: “En cuanto a la mitigación, el peligro mayor radica en erupciones volcánicas y sismos. Por lo que se debe hacer un monitoreo continuo de la actividad sísmica del volcán y tener presente la necesidad de saber qué hacer en caso de erupción, esto es, presentar Planes de Emergencia y Contingencia, además de planes de monitoreo volcánico y sísmico.

1) Se debe tomar en cuenta que una erupción mantendría la central fuera de funcionamiento a lo menos por meses. Incluso en casos más extremos, por ej. Chaitén, durante años, por lo que el embalse corre riesgo de colapsar por rebalse y embancamiento.

2) En el capítulo de mitigación no existe un plan de contingencia dada una erupción, por lo que se requiere proponer plan de monitoreo y contingencia, que incluyan la generación de redes de comunicación y apoyo con Onemi y el Servicio Nacional de Geología y Minería.”

El proceso de evaluación comenzó en agosto de 2009 y el 28 de diciembre de 2011, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), dictó el ICE respectivo, sometiéndolo a visación por parte de los servicios involucrados en la Evaluación Ambiental,⁹ cuestión que acabó el 4 de enero del 2012. Una vez terminada la visación del ICE, el Director Regional de SEA procedió a citar a la Comisión de Evaluación Ambiental para proceder a la votación final para la aprobación o rechazo del proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo.

El 27 de enero de 2012 se interpuso el recurso de protección en contra del ICE señalado, alegando que era un acto ilegal que amenazaba el derecho a la vida y la integridad física y psíquica,¹⁰ que asimismo conculcaba el derecho a la igualdad ante la ley¹¹ y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.¹²

La principal ilegalidad reclamada por los recurrentes era el incumplimiento de los requisitos del artículo 9 bis de la ley 19.300 en la dictación del ICE; por cuanto se decía que el acto impugnado: (a) no contenía pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron de la evaluación del proyecto, alegando que algunos pronunciamientos eran infundados y otros contradictorios con el procedimiento de evaluación; (b) que las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados no se encontraban técnicamente evaluadas; y, (c) que el ICE no contemplaba una recomendación de aprobación o rechazo.

245

Asimismo, se alegaba la ilegalidad del ICE por incumplir con los principios preventivo y precautorio, por cuanto a pesar de no existir los estudios geológicos suficientes y necesarios en el procedimiento de evaluación

9 El artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), señala expresamente: "Artículo 27.- Una vez que se hayan evacuado los informes definitivos a que se refieren los incisos segundo y tercero del artículo anterior, se elaborará un Informe Consolidado de la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. El Informe Consolidado de la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental deberá contener: (...) (...) Dicho informe se remitirá a los órganos de la administración del Estado que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, para su visación final, quienes dispondrán para tal efecto de un plazo máximo de cinco días. Si así no lo hicieren, darán razón fundada de su negativa. Una vez que exista constancia de la visación a que se refiere el inciso anterior, o de su negativa, y/o transcurrido el plazo de cinco días, se anexarán a dicho Informe Consolidado de la Evaluación las visaciones o negativas que se hubieren recibido."

10 Artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República (CPR).

11 Artículo 19 N° 2 CPR.

12 Artículo 19 N° 8 CPR.

ambiental, de todas formas se había dictado el ICE y se daba lugar a la citación de la Comisión de Evaluación Ambiental para votar el proyecto. Esto a pesar de que SERNAGEOMIN había solicitado los estudios pertinentes en sus observaciones al estudio de impacto ambiental y estos no habían sido realizados en el procedimiento.

El 3 de marzo de 2012, la Corte de Apelaciones de Coyhaique rechazó el recurso sobre la base de indicar que no existía ilegalidad en el ICE, por una parte porque este debía cumplir con los requisitos del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (RSEIA) y efectivamente los cumplía, y por otra porque dicho informe constituye un acto trámite que sirve de base para la dictación del acto terminal que es la RCA, de modo que no es impugnabile de conformidad a la ley de procedimiento administrativo.¹³

Sin embargo, apelada la decisión que rechazó el recurso, en un fallo dividido, la mayoría sostuvo que la circunstancia de que el ICE hubiese “ignorado” el informe del SERNAGEOMIN implica una ilegalidad, porque en opinión de la Corte Suprema el estudio de suelo requerido resultaba “imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental”.¹⁴ La tesis de la mayoría sostuvo su decisión sobre la naturaleza “preventiva” del SEIA.¹⁵

246

III. ¿CUÁLES SON LOS TEMAS DISCUTIDOS Y RELEVANTES EN ESTE CASO?

Tres son los temas que subyacen a la discusión de este caso: (A) la posibilidad de impugnar judicialmente el ICE; (B) los efectos del artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 para efecto de determinar la ilegalidad del ICE y (C) la manera de concebir el principio preventivo – precautorio. La manera en cómo se discutieron cada uno de los asuntos y la manera en cómo la jurisprudencia ha adaptado algunos de estos aspectos con anterioridad, explican la importancia de las cuestiones debatidas.

13 Ver considerando 8º, SCA.

14 Ver considerando 9º, SCS.

15 Ver considerando 6º, SCS.

A. La impugnación del ICE

Una de las cuestiones debatidas en el último tiempo en la impugnación judicial de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) se vincula al tipo de acto contra el cual es procedente la impugnación. Dicho de otro modo, la pregunta relevante es si es posible trasladar a esa sede la distinción acto terminal – acto trámite, de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA).¹⁶ La Corte mayoritariamente se ha inclinado por sostener que esa distinción no es relevante para efectos de la impugnación en el recurso de protección,¹⁷ en la medida que el acto concreto que se impugne produzca el agravio o al menos lo amenace.

El tema, sin embargo, en este caso era un poco más complejo. Además de esa distinción, estaba en juego la naturaleza del ICE en el procedimiento de evaluación ambiental.

Los recurrentes sostuvieron que el ICE podía ser considerado un acto administrativo terminal, pues era el último acto dictado por el Servicio de Evaluación Ambiental dentro del procedimiento antes de que conociera la Comisión de Evaluación Ambiental, y dando por terminada esa fase de la evaluación ambiental era un acto administrativo terminal dentro de un procedimiento administrativo complejo. Se apoyaban para esta afirmación en el concepto de que la participación de diversos órganos supondría que haya varios procedimientos administrativos diversos, que terminen en actos diversos.

16 Ley 19.880. Artículo 15. Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

17 La jurisprudencia de la Corte en esta materia se ha manifestado en tres tendencias distintas. La primera, fue considerar que la RCA no podía constituir un acto susceptible de causar agravio porque este era “un acto trámite de valoración técnica”, cuyo caso destacado es Aguas Araucanía II el 2007. La segunda, fue sostener que en el SEIA lo que se debía impugnar era el acto terminal que es el que podría constituir formalmente el agravio, siendo el caso destacado el de Pesquera San José el 2010. Finalmente, desde Castilla I la tesis que ha terminado por aceptar la Corte, es que los actos trámite o intermedios de la evaluación ambiental son susceptibles de impugnación en el recurso de protección.

Aunque existen esas tres tendencias, son entre las dos últimas en donde se mantiene la discusión en la Corte. En los casos Planta de Paneles MDT de Teno y la Línea de Transmisión de Forestal Arauco, ambas de 2011, la Corte ha sostenido que los actos intermedios no son susceptibles de impugnación. En cambio, en el caso Bocamina II fue partidario de la tesis sostenida en Castilla I y Río Cuervo.

Por otra parte, sostuvieron que incluso en caso que no se le considerara un acto administrativo terminal, de todas formas el ICE era un acto que tenía la potencialidad de vulnerar derechos fundamentales, siendo a lo menos un acto trámite cualificado.

La autoridad ambiental, en cambio, sostuvo que el ICE es un acto trámite y como tal no sería impugnabile, en consideración a que el único acto terminal del SEIA sería la Resolución de Calificación Ambiental, utilizando la distinción de la LBPA.

La tesis de la Corte de Apelaciones fue que el ICE era un acto trámite y, en cuanto tal, no impugnabile judicialmente.¹⁸ Afirmó que:

“(...) Por lo demás, constituyendo dicho informe un mero trámite dentro del procedimiento de evaluación ambiental, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 19.880 no es impugnabile, ya que no se encuentra en las situaciones que prevé el inciso segundo, del artículo y cuerpo legal citados, puesto que no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento ni produce indefensión, razón complementaria, también, como para rechazar la acción tutelar intentada.”

248

La Corte Suprema sin embargo, siguiendo con el estándar de su jurisprudencia previa, afirmó que no hace análisis sobre el particular, vale decir no establece vinculación entre la característica de terminal del acto recurrido y su potencialidad de vulnerar derechos fundamentales, sino que mira al acto en sí mismo con independencia de su posición en el procedimiento administrativo.

Pero a pesar de que esa conexión es obviada por la Corte Suprema, ello generó rechazo por parte de los ministros Carreño y Pierry, quienes siendo minoría votan en contra del recurso de protección, especialmente por considerar que el ICE es un acto trámite:

“Que de esta manera el acto censurado, en cuanto fue desplegado en cumplimiento de la legislación que rige esta materia y cuya finalidad

18 SCA, considerando 8°.

apunta a dictar el acto administrativo terminal, que es resolver si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental, carece de la aptitud necesaria para amenazar cualquier garantía constitucional, pues como acto intermedio no puede generar efecto alguno en tal sentido.”

Como se ve el recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contenciosa administrativa, sigue tensionando la relación entre acción de urgencia (en donde se debe observar el acto de agravio autónomamente) de un sistema de impugnación de nulidad administrativa propio del contencioso, en donde se debe observar el acto impugnado sobre la lógica del procedimiento que lo crea. Río Cuervo es, en ese sentido, otra evidencia de esa tensión.

B. Vigencia del artículo 9 bis¹⁹

El artículo 9 bis de la ley 19.300 establece las condiciones de aprobación de un proyecto para la Comisión de Evaluación Ambiental, señalando que ésta debe ceñirse a lo dicho en el ICE en los aspectos normados. Además, establece los requisitos de dictación del ICE y por último señala que el incumplimiento de la norma será considerado vicio esencial del procedimiento.

Era el incumplimiento del artículo 9 bis el que constituía piedra angular de la ilegalidad del acto, pues alegaban los recurrentes que no se cumplía con los requisitos del ICE, dado que él no contenía la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad, ni tampoco una recomendación de aprobación o rechazo y los pronunciamientos fundados de los organismos sectoriales.

Este artículo fue introducido por la reforma a la ley, mediante ley 20.417, vigente desde el 26 de enero de 2010 y en cuyo artículo transitorio número

19 Ley 19.300. "Artículo 9° bis.- La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso, dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto. El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental."

uno en su inciso final expresa que:

“Los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previos a la publicación de la presente ley, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su ingreso.”

Habiendo sido el proyecto presentado con anterioridad a la fecha de vigencia de la reforma, la discusión se centró en si la norma del artículo 9 bis era de aquellas sólo aplicables a proyectos nuevos o si por el contrario era posible aplicarlo a proyectos que se encontraban en tramitación con anterioridad.

La alegación de los recurrentes seguía el curso argumentativo de que el artículo 9 bis no constituía una norma de tramitación y aprobación de proyectos que tuviera efectos para el titular y que por lo tanto no cabía en la lógica del artículo uno transitorio. En efecto la situación de los titulares en nada cambiaba si al procedimiento se le aplicaba la norma, y entendiendo que el artículo transitorio estaba establecido con el objeto de no perjudicar a los titulares de proyectos que ya hubiesen presentado sus Estudios, ello no se producía. Lo que la norma hacía era dotar de cuerpo al ICE, siendo por lo tanto una obligación para la administración, a la cual no se le aplicaba el artículo uno transitorio.

250

El SEA sostuvo que la norma no estaba vigente por lo dispuesto en el artículo primero transitorio y que por lo tanto no había obligación de cumplirla, siendo que además se cumplía íntegramente con lo señalado en el artículo 27 del Reglamento del SEIA. Por último, señalaba que al ser un problema de interpretación normativa este no era susceptible de ser analizado en sede de Protección.

Sobre esa argumentación, la Corte de Apelaciones sostuvo que el artículo 9 bis no le era aplicable al proyecto Río Cuervo. Afirmó que:

“(…) Consecuencialmente, los requisitos que echa de menos la recurrente en el acto recurrido, no son omisiones ni infracciones a la ley, toda vez que a dicho informe sólo le es aplicable el cumplimiento de las menciones que ordena el artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que, confrontado con el Informe Consolidado de

Evaluación impugnado, acompañado por la recurrida, no se aprecia omisión ni incumplimiento a ninguna de las disposiciones que dicha norma reglamentaria establece(...)."

Por su parte, la Corte Suprema si bien estuvo de acuerdo sobre la vigencia del artículo 9º bis, advirtió que ello no eximía de la aplicación de un estándar de revisión de legalidad sobre la naturaleza y principio de la evaluación ambiental. Señaló que:

"Que si bien es efectivo que el estudio de impacto ambiental fue presentado antes de la modificación de la Ley N° 19.300 como consecuencia de la dictación de la Ley N° 20.417, no lo es menos que cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, éste debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar. No debe olvidarse que la Ley N° 19.300 constituyó una ley marco en materia ambiental que se hizo aplicable a todas las actividades o recursos respecto de los cuales posteriormente se crearon leyes especiales, por ello y recurriendo a la historia de la ley en comento y según se indicó en el Mensaje Presidencial de la misma "(...) el camino que se ha adoptado es dar un marco legal y preparar a los funcionarios del sector público para que puedan hacer cumplir las disposiciones; y así poco a poco, desarrollar las legislaciones sectoriales."²⁰.

251

Como se ve es la naturaleza preventiva del SEIA el que utilizará la Corte para razonar sobre los hechos del caso y finalmente determinar la ilegalidad del ICE para acoger el recurso de protección.

C. El principio preventivo

El último de los aspectos y quizá el más discutido desde el punto de vista conceptual, corresponde a la manera de entender la evaluación ambiental desde la perspectiva del principio preventivo, un argumento expuesto por la Corte Suprema con mucha insistencia en su jurisprudencia reciente.²¹

²⁰ SCS, considerando 5º.

²¹ Está presente como argumento esencial para la resolución de los casos Bocamina II, Dunas de Con Con y Castilla II

Como se explicó, una de las ilegalidades que alegaban los recurrentes era que el ICE no contara con los pronunciamientos fundados de los organismos sectoriales, expresando que los pronunciamientos de varios de los servicios que habían participado en la evaluación no tenían su fundamento en el ICE. Especial énfasis se hacía en lo referido al caso específico de SERNAGEOMIN, que había solicitado estudios específicos para poder analizar el proyecto y finalmente recomendar aprobar o rechazar el mismo.

En efecto, el ICE señalaba que éste organismo había solicitado:

“(...) un estudio en detalle de las erupciones holocenas enfocado en los depósitos piroclásticos, tales como caída y flujos piroclásticos ashflow, scoriaflow; ello en el entorno inmediato del volcán Cay. El mencionado estudio, deberá ser presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberá proponer el plan de prevención correspondiente. Respecto del modelo de velocidades, el titular deberá presentar a la autoridad competente un segundo estudio que incluya en el modelo, la información de fuentes sismogénicas regionales, en atención a las características del entorno en el que se emplaza el proyecto. El titular deberá implementar un plan de monitoreo del nivel de aguas subterráneas en el sector de Portezuelo, el que deberá ser presentado a la autoridad competente, previo al inicio del llenado del embalse.”

252

Los recurrentes sostuvieron que varios otros organismos también habían puesto “condiciones” al proyecto, las que consistían en hacer estudios posteriores a la aprobación y que ello era inaceptable, pues se vulneraba el principio preventivo, que creó el SEIA precisamente con el objetivo de evitar que se produjeran problemas ambientales, evaluando previamente los impactos de los proyectos.²²

El tercero en la acción, Energía Austral– titular del proyecto– señaló en sus presentaciones que:

“En segundo lugar es necesario señalar que tanto el principio preventivo

20 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.300, p.11 y siguientes.

*como el precautorio, que evidentemente no han sido vulnerados en el caso como fue probado suficientemente con anterioridad, no son principios que estén autónomamente garantizados a través del artículo 20 de la Constitución Política de la República, y en consecuencia no deben ser incluidos de esa forma en el debate.*²³

Para la Corte de Apelaciones éste no fue un punto en discusión, porque su análisis lo concentró en los presupuestos procesales y formales de la impugnación del ICE. Si lo hizo, sin embargo, la Corte Suprema.

Para la Corte Suprema es precisamente el principio preventivo el que permite justificar su decisión, en razón de lo cual explicita su importancia como fundamento del SEIA²⁴ y su aplicación para la resolución de casos complejos como éste.²⁵

Afirma la Corte, al resolver el caso que:

“(...) de acuerdo a las disposiciones indicadas, la ilegalidad del ICE materia de este recurso deriva del incumplimiento del Servicio de Evaluación Ambiental de la obligación de hacerse cargo en el mismo de las condiciones fijadas por el SERNAGEOMIN en el Informe acompañado a fojas 101, que condicionó el proyecto a la realización de una 'Predicción y evaluación de impactos y situaciones de riesgo, puesto que debido al

253

23 Escrito presentado por Energía Austral Limitada con fecha 23 de febrero de 2012 en autos rol 7-2012, Corte de Apelaciones de Coyhaique.

24 SCS, considerando 6°.

25 SCS, considerando 7°.

Nota de Luis Cordero. En mi opinión la Corte en este considerando, al igual que las citas que ha realizado del principio preventivo en los casos Bocamina II, Dunas de Con – Con y Castilla II, confunde principio preventivo con precautorio. El principio preventivo, en términos simples, implica adoptar decisiones cuando las consecuencias son conocidas y determinadas desde la información disponible. Es una regla consecuencialista.

En cambio el principio precautorio se da en el marco de la incertidumbre científica y se consagró desde la Declaración de Río en 1992 en el principio 15. Para la mayoría de la literatura chilena ese principio no ha sido recogido en Chile.

Sin embargo, creo y siguiendo el debate comparado, que es posible distinguir dos tipos de precaución. Una en sentido débil y otra en sentido fuerte. La primera, permite adoptar decisiones sobre la base de evidencia científica conocida aunque ésta no sea concluyente sobre sus consecuencias concretas. La segunda – la fuerte – permitiría adoptar decisiones sobre la base de evidencia meramente especulativa, lo que implicaría un eventual estándar de prohibición.

Estimo que en Chile, tras la ley N° 20.417 se aceptó el principio de precaución en sentido débil, cuya evidencia más clara la constituye la exigencia de estudios de riesgos en salud en el caso de las evaluaciones ambientales en donde no existan normas de referencia.

Pareciera que la Corte cuando se está refiriendo al principio de prevención, en verdad está tratando de justificar su decisión de acuerdo al criterio del principio de precaución, pero en sentido débil. Si esa es su intención, en mi opinión es correcta aunque equivoque los términos que utiliza en su fundamentación.

*fenómeno de flujos piroclásticos –gases volcánicos- y su potencial acceso al río Tabo, se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos (...); ello en el entorno inmediato del volcán Cay. Dicho estudio, señala el organismo estatal, debe ser presentado **previo** al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberán proponer al plan de prevención correspondiente.”²⁶*

Y a continuación, afirma:

Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental. Por tanto, la situación descrita refleja la infracción de los artículos 24 y 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, otorgando mérito suficiente para acoger la acción constitucional impetrada.”²⁷

254

De este modo, para la Corte lo que amenaza la garantía de los recurrentes es que la postergación de estudios a situaciones futuras fuera del SEIA, constituye una ilegalidad que afecta la estructura y lógica preventiva del SEIA. Planteado de otro modo, para la jurisprudencia de la Corte las evaluaciones dentro del SEIA deben ser completas y no es jurídicamente aceptable que estas se posterguen para evaluaciones futuras.

IV. CONCLUSIONES

El caso Río Cuervo es otra de las decisiones en donde la Corte ha centrado la discusión en la manera de analizar la validez de la calificación ambiental desde la perspectiva del Derecho Administrativo procedimental.

Como hemos señalado, lo que cuestionaban los recurrentes²⁸ era que el ICE violaba su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación,

²⁶ SCS, considerando 8º.

²⁷ SCS, considerando 9º.

²⁸ SCS, considerando 10º.

porque éste se había dictado con prescindencia de algunas observaciones planteadas por los servicios públicos, en especial el SERNAGEOMIN, en relación con la necesidad de realizar estudios de suelo considerando las medidas de “seguridad y prospección de mitigación y prevención sísmica y de tsunamis” dada las “fallas en la geografía de los lagos que serían intervenidos por el proyecto”. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso sosteniendo el ICE – que es una especie de acto administrativo preparatorio a la RCA – no constituye por sí mismo una medida suficiente para producir agravio, porque éste es nada más que un acto trámite destinado a la dictación de un acto administrativo terminal, la calificación ambiental.

Sin embargo, el fallo de mayoría de la tercera sala de la Corte Suprema sostuvo otra cosa. Señaló que el ICE es susceptible de impugnación, porque en él se contienen eventuales actos de agravio. Hasta ahí, la Corte decide optar por un criterio expuesto en otros casos como Campiche y Castilla en donde aceptó la impugnación de actos trámite.

Pero además, el fallo de la Corte tiene un segundo aspecto que resulta indispensable destacar. Una de las cuestiones debatidas en el presente caso era si se podía admitir que el ICE prescindiera del informe técnico del SERNAGEOMIN mediante el cual se exigía un estudio de suelo previo a la construcción del embalse y sobre esa base se exigía proponer un plan de prevención. La tesis de los recurridos y de la propia empresa, fue que buena parte de las interrogantes planteadas por el servicio fueron despejadas en la evaluación lo que implicó la conformidad del SERNAGEOMIN en la etapa final, imponiendo la condición de realizar el estudio antes de la ejecución de obras.

255

La Corte, no obstante, considera que esa es una información esencial que debe existir antes de la votación para la aprobación o rechazo del proyecto. Por esa vía, el voto de mayoría se involucra directamente en la evaluación ponderando la observación de uno de los servicios involucrados y transformando la omisión de sus requerimientos en un problema de ilegalidad con prescindencia de su conformidad posterior, fundándose para ello en las consecuencias del “principio de prevención” como fundante del SEIA.

Un mes antes de que se dictara esta sentencia, en votación dividida, la Corte Suprema, en el caso Hidroaysén,²⁹ había aceptado que una medida de ese tipo era admisible en tanto estuviera condicionado a la ejecución de estudios posteriores a la RCA. Esta vez, sin embargo, la tesis de la Corte fue distinta y para eso desarrolló extensamente el principio de prevención. En efecto, afirmó que a consecuencia de tal principio no es jurídicamente admisible que una evaluación ambiental prescinda de información técnica para el desarrollo futuro de estudios que en opinión de ella debían ejecutarse con anterioridad, pues de lo contrario se eludirían las obligaciones propias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuestión que había advertido la minoría en ese caso.

Esta cuestión no es trivial en la evaluación ambiental, pues como saben los practicantes en esta área, es una regla habitual que muchos estudios producto del proceso de discusión queden sujetos a ejecución posterior por la complejidad asociada, la extensión de los mismos o exigencias adicionales impuestas por los servicios públicos. La Corte considera que esa manera de operar en el SEIA es ilegal y de sostener ese criterio, implicará un cambio en la manera de funcionar en los procedimientos ambientales, lo que puede tener consecuencias insospechadas.

256

Río Cuervo es una nueva advertencia a los litigantes ambientales públicos y privados, que buena parte de los conflictos asociados a la regulación ambiental tienen cuestiones de Derecho Administrativo procedimental que resulta indispensable tener en consideración al momento de litigar sus casos ante la Corte Suprema, dada la manera en que los últimos años viene razonando este tribunal en estos asuntos. La pregunta nuevamente es, ¿Mantendrá la Corte el control intenso de expediente luego de la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales? Por ahora, es difícil concluir algo.

29 SCS, 04.04.2012, rol Nº 10.220-2011

El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes

Fernando Dougnac Rodríguez¹

I. INTRODUCCIÓN

La actual Constitución Política de la República de Chile, en el N° 8 de su artículo 19, consagra la protección ambiental como un derecho o garantía individual. Dicha disposición señala:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
8°.- “El derecho a vivir en un 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.”*

257

Su origen se encuentra en el N° 18 del Acta Constitucional N° 3, del año 1976 que modificó sustancialmente la antigua Constitución de 1925. Las únicas diferencias entre una y otra disposición es que la del año 1976 poseía un inciso 2°, hoy derogado, que señalaba que “La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental” y que no otorgaba a esta garantía la acción constitucional de protección, también conocida como *recurso de protección*. En cambio, nuestra actual Constitución expresamente concede a cualquier persona esta acción constitucional en el inciso 2° de

¹ Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Constitucional Universidad de Talca. Presidente de Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA).

su artículo 20. En ella se establece que también procederá el recurso de protección en el caso del N° 8 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.”

El texto recién transcrito fue incorporado por la reforma constitucional de 26 de agosto del 2005. Según se desprende de la historia fidedigna de esta modificación, ella tuvo por objeto que no sólo las acciones contrarias a este precepto constitucional fueran objeto de la acción de protección, sino que también las omisiones. Dentro del término *ilegalidad* está comprendida la arbitrariedad,² siendo así reconocido por la jurisprudencia actual.³

Como es sabido, el artículo 6° de la Constitución establece en su inciso 1° que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.”

258

El orden que dicha norma establece (Constitución – Leyes) no es arbitrario. Lo que ella persigue es “asegurar” la primacía de la Constitución sobre la ley, y la de ésta sobre los reglamentos, etc., creando un orden de prelación de las normas, donde la de mayor entidad, (Constitución) prima sobre las de menor rango. Sobre esta *primacía constitucional* y las garantías o derechos que ella estatuye, permítaseme hacer una pequeña digresión.

Chile es una república democrática (artículo 4° de la Constitución). El sistema democrático se basa, entre otras cosas, en el gobierno de las mayorías sobre las minorías, debiendo las segundas acatar lo decidido por las primeras,

2 Ver: DOUGNAC R., Fernando, “La modificación del inciso 2° del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica”. En: III JORNADAS DE DERECHO AMBIENTAL: 25, 26 y 27 de octubre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho y Centro de Derecho Ambiental, LOM Ediciones. pp. 59 - 76. páginas 59 a 76, en la publicación de las Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, octubre del 2006.

3 Ver sentencias transcritas más adelante.

decisión que se puede manifestar a través elecciones periódicas⁴ (inciso 1º del artículo 5º de la Constitución), o por las actuaciones de las autoridades validamente elegidas o designadas.

No obstante lo anterior, no sería justo que las mayorías subordinaran totalmente a las minorías. Ello queda restringido al sistema político de gobierno, y no en forma absoluta, dado que esto podría significar el fin de la *dignidad humana* que la propia Constitución atribuye a todas las personas en su artículo 1º, donde declara enfáticamente que:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

Para evitar ese peligro se idearon y crearon las *garantías constitucionales*,⁵ elemento que juega y se aplica más allá de las variaciones políticas, y por tanto, tienen el carácter de permanente. No son otra cosa que el “mínimo *minimorum*” que la Constitución reconoce a todas las personas, naturales o jurídicas que vivan o existan dentro de su sociedad. Es lo que hoy podríamos llamar el “núcleo” de los derechos humanos en Chile. Al decir “núcleo” no estoy incluyendo a lo que parte de la doctrina de los derechos humanos llama el “núcleo duro” de ellos y que consistiría en aquellos derechos humanos o derechos constitucionales⁶ que de acuerdo al artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), o según el artículo 43 de la Constitución chilena, no pueden ser, en caso alguno, restringidos en su ejercicio.⁷ En este trabajo me estoy

4 Aunque el texto de la Constitución no lo dice, para que las elecciones sean consideradas válidas, esto es que realmente representan la voluntad de las mayorías, ellas deben ser libres e informadas.

5 Los primeros atisbos de ellas en el derecho europeo se vislumbran en la Carta Magna, documento de garantías que los nobles ingleses obtuvieron del Rey Juan “Sin Tierra” en 1215.

6 De acuerdo a las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) que redactó el borrador de lo que sería la constitución de 1980, las expresiones “garantías o libertades” que establece la Constitución en su texto, son sinónimos de “derechos humanos” y como tales, las garantías que se enumeran en el artículo 19 de ella, no son taxativas sino que meramente enunciativas, pudiendo existir otras no indicadas allí. A modo de ejemplo de estas garantías no expresadas, podemos señalar el derecho al nombre, a contraer matrimonio, etc. que están reconocidas en el Pacto de San José sobre derechos humanos y que no son mencionadas en la Constitución de 1980.

7 Ver la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (OC-8/87) sobre el alcance del artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica donde se precisa que la suspensión de garantías que ese artículo autoriza se refiere al ejercicio de esos derechos pero no a su “esencia”. Esta interpretación que está en consonancia con lo que nuestra Constitución establece en su artículo 43, en Chile debe ser, además, analizada y aplicada a la luz de lo establecido en el N° 26 del artículo 19, en el sentido que las restricciones que la Constitución autoriza a la ley no podrán afectar los derechos “en su esencia”. La regla general es “su libre ejercicio”. La excepción las restricciones a ellos en los casos que la misma Constitución establece o que permite a la ley establecerlas.

refiriendo a toda la enumeración de derechos señalada en el artículo 19 de la Constitución, así como a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y a los que están reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, a los cuales se remite el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución.⁸ Este inciso es la base de la protección de los derechos de todas las personas, ya sean mayorías o minorías y sobre ella se asientan las garantías que enumera el artículo 19 de la Constitución, entre las cuales se encuentra el *derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente sano*.⁹

Al ser así las cosas, salta a la vista que el derecho que desarrolla el N° 8 del artículo 19 de la Constitución, al igual que los otros enumerados en ese artículo, tienen no sólo un origen constitucional, sino que se afincan en la moderna *teoría de los derechos humanos*, de aceptación universal. Por esta razón, sobrepasan el ordenamiento meramente local que se refleja en la Constitución, o más bien en la *norma fundamental*,¹⁰ y se sobreponen jurídicamente a ella, llegando a través de la aceptación de la existencia de normas de *Jus Cogens*, a ser valores universales aplicables coercitivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales a los cuales ellos están directamente subordinados.

260

Ya Hans Kelsen en su “Teoría Pura del Derecho”¹¹, visualizaba la sincronía que debía existir entre el derecho nacional y el derecho internacional, así como la subordinación del primero al segundo, al afirmar que:

“(...) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma de derecho internacional (...). En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el

8 Respecto de la expresión “vigentes” que emplea el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, coincido con el profesor Humberto Nogueira Alcalá en el sentido que una vez que los derechos humanos ingresan al sistema de protección chileno, este ingreso es irreversible. Se incorporan esos derechos a las garantías constitucionales no expresadas en el artículo 19, pero plenamente exigibles en su respeto.

9 Esta expresión es recogida en varias constituciones americanas, siendo la expresión positiva del derecho que en nuestra Constitución está expresada en forma más bien negativa, es decir, lo que no debe ser.

10 Sostenemos que la norma fundamental no es sólo la Constitución, sino que también los principios y valores que ella encarna. Sobre este particular ver la tesis que presenté para optar al grado de Magíster por la Universidad de Talca denominada “El Jus cogens interno e internacional como norma fundamental de la organización política de la Nación chilena”, junio del 2008.

11 La primera publicación de esa obra fue en 1934.

del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales(...).”¹²

De esta manera, la norma del N° 8 del artículo 19 de la Constitución está en íntima relación con la del N° 1 de dicho artículo que se refiere *al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*. En realidad, lo que esta norma establece no es *el derecho a la vida*, dado que la vida es un hecho que escapa de la voluntad humana. Lo que ella protege es *el derecho a conservar la vida* una vez adquirida, lo que guarda la debida congruencia con la conservación de la *integridad física y psíquica de la persona*. Si nos fijamos, en el caso del N° 8 del artículo 19 de la Constitución el verbo rector de esa garantía es “vivir”, y el “vivir” es “Tener vida”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, 22ª versión, esto es, la “acción” o demostración que se tiene *vida*. Por lo tanto, lo que el inciso 1° del N° 8 del artículo 19 garantiza, entre otras cosas, es el derecho a vivir una vida en un entorno *libre de contaminación*, por lo que salta a la vista que no es cualquier vida, sino que una vida propiamente humana, dado que, como ya se dijo, el artículo 1° de la Constitución reconoce expresamente la dignidad humana, la cual conlleva al derecho a tener una vida acorde con su condición de ser humano, y no sólo a la mera sobrevivencia física como algunas veces se ha entendido.

261

Igualmente, la garantía en análisis está vinculada con la ya descrita del N° 21 del artículo 19 de la Constitución, como se verá más adelante, así como con la del N° 23 en lo tocante a la imposibilidad de adquirir los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda, como ocurre con los bienes nacionales de uso público,¹³ calidad que a menudo revisten los elementos que conforman el medio ambiente.

Respecto del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, esto es el derecho de propiedad, debe tenerse presente que en ese número se autoriza

12 KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1960. pp. 143 – 145.

13 Ver: DOUGNAC R., Fernando, “Los Bienes que la Naturaleza ha hecho Comunes a Todos los Hombres, como Fundamento Jurídico en Chile de la Regulación de las Emisiones Atmosféricas”. Revista Temas de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Volumen 8 - N° (1); Enero – Junio. 1993.

la *expropiación* por causa de utilidad pública o de interés nacional, debidamente calificado por el legislador, entre otros casos, cuando sea necesaria la conservación del patrimonio ambiental. Recuérdese que el N° 18 del Acta Constitucional N° 3, del año 1976, consideraba que: “La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”.

Finalmente, el inciso 2° del N° 8 del artículo 19 de la Constitución debe ser analizado en relación con el N° 26 del mismo artículo, donde se señala que las limitaciones de las garantías que la Constitución establece “... no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” De tal manera, las *restricciones específicas a determinados derechos* que la ley establezca para proteger el medio ambiente se refieren al *ejercicio* de tales derechos, pero dichas limitaciones no pueden ser de tal envergadura que afecten los derechos en su *esencia*, es decir, en aquello que constituye su naturaleza, o lo más importante y característico de ellos, pero todo ello debe entenderse a la luz de la conservación de la dignidad humana, elemento esencial y básico de nuestro ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico internacional.

262

Entonces, si analizamos correctamente la disposición del N° 8 del artículo 19 de la Constitución veremos que esa garantía coloquialmente llamada “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, abarca muchas más materias que las señaladas en su nombre, tal como la protección de la naturaleza, del patrimonio ambiental, etc., a más de la posibilidad de establecer restricciones legales al ejercicio de otras garantías o derechos constitucionales, siempre que esas restricciones sean *específicas* y señalen o “determinen” los derechos afectados (“determinados”).

Desde otra perspectiva, parte de esta ley, sobre todo el párrafo 2° de su Título I, está más en relación con la garantía del N° 21 del artículo 19 de la Constitución, esto es el derecho a realizar cualquier actividad económica lícita, que con la garantía del N° 8 del mismo artículo, dado que lo que se impide en el artículo 8° de la ley 19.300 es la ejecución de cualquier proyecto o actividad de las enumeradas en su artículo 10, esto es, las más relevantes, sin que ellas *previamente* hayan sido evaluadas ambientalmente.

Sin embargo, una cosa es el texto de la Constitución y la ley, y otra distinta

es la interpretación que de ellas hacen los tribunales de justicia. Como todo el mundo sabe, ellos son, en definitiva, los que determinan la aplicación y el alcance del derecho.

Así lo establece, por lo demás, la Constitución Política de la República en su artículo 76, siendo esta una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial y un derecho de cualquier persona para acudir ante ellos a fin de buscar su protección (Nº 3 del artículo 19 en relación con el inciso 2º del artículo 76 de la Constitución).

Dicha norma busca asegurar la subsistencia del *estado de derecho*, que no es otra cosa que el acatamiento por parte de todos los habitantes de la Nación, en especial de sus autoridades, incluyendo por supuesto al Poder Judicial, de los preceptos de la Constitución y las leyes (art. 6º inciso 1º de la Constitución).

De lo dicho se desprende que los tantas veces llamados que se hacen a través de los medios de comunicación de evitar la “judicialización” de los problemas ambientales, constituyan una tentativa inaceptable de limitar el derecho de las personas de recurrir a los tribunales de justicia del país en busca de amparo frente a agresiones injustas a sus derechos y libertades.

De ahí que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sea esencial para determinar el verdadero estado de la protección ambiental.

263

A continuación analizaremos algunas sentencias recientes de la Corte Suprema que han ido precisando el contenido y alcance tanto de las normas constitucionales como legales en materia ambiental. Por supuesto, ellas no son las únicas, pero si nos sirven para darnos cuenta de la forma como la jurisprudencia ha ido perfilando la aplicación de las normas ambientales.

II. EL CASO HIDROAYSÉN

El Proyecto HidroAysén contempla la construcción y operación de cinco centrales hidroeléctricas, dos en el río Baker y tres en el río Pascua, ubicadas en la región de Aysén, en el sur de Chile. Fue ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por Centrales Hidroeléctricas de

Aysén S.A., obteniendo una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) aprobatoria el 13 de mayo de 2011.¹⁴

El 4 de abril de 2012, la Excelentísima Corte Suprema en la sentencia de segundo grado recaída en los autos Rol N° 10.220 – 2011, sobre apelación de la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en los autos Rol N° 153-2011 sobre recurso de protección interpuesto por diversas organizaciones no gubernamentales y personas naturales en contra de la resolución de calificación ambiental de la *Comisión Regional del Medio Ambiente* de la XI Región de Aysén que aprobó el *Estudio de Impacto Ambiental* del proyecto “Hidroeléctrico Aysén”, y cuyo titular es *Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, dictó un interesante fallo, el cual, a nuestro juicio, no ha sido suficientemente analizado por los especialistas en la materia y que sienta una importante jurisprudencia.

Dicho fallo rechazó esas apelaciones, entre otras cosas, por los siguientes fundamentos:

“Vigésimo quinto: *Que, finalmente, otro de los aspectos controvertidos dice relación con la alegada fragmentación del proyecto.*

Se sostiene que Hidroaysén, desde el punto de vista de su desarrollo operacional, ha fragmentado las obras y actividades que componen el proyecto en dos subproyectos distintos: uno, el de las centrales y obras anexas; y otro, el de las líneas de transmisión. Se argumenta que es un hecho público y notorio la interdependencia de ambas obras, y que al someterlas a un estudio de impacto ambiental en forma separada se impide la determinación de los efectos sinérgicos de todos los agentes que componen el proyecto. Lo anterior permitió además alterar la competencia del órgano encargado de conocer del estudio de impacto ambiental, pues al presentarlo en forma separada el procedimiento se inició ante la COREMA de la XI Región de Aysén, en circunstancias que de haberse presentado correctamente en forma conjunta debió haber sido evaluado por la CONAMA, como organismo nacional y por expresa disposición de la ley, en atención a que el impacto recaería en siete regiones del país.

14 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA), Ficha del Proyecto: Proyecto Hidroeléctrico Aysén, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3103211&idExpediente=3103211&modo=ficha (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012).

Vigésimo sexto: *Que de la lectura del texto de la Ley N° 19.300 como de la Ley N° 20.417 no puede concluirse que el ordenamiento jurídico exija perentoriamente que ambos proyectos se presenten a evaluación en forma conjunta. Es más, lo que prohíbe el artículo 11 bis de la Ley 19.300, incorporado por la Ley 20.417, es que a sabiendas se fraccione un proyecto o actividad con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que no se advierte que en la especie haya ocurrido.*

En efecto, en su oportunidad el titular del proyecto de líneas de transmisión deberá presentarlo a evaluación ambiental porque así lo exige el artículo 10 letra b) de la Ley 19.300, y específicamente a un Estudio de Impacto Ambiental en razón de lo expuesto en la letra e) del artículo 11 del texto citado.

Vigésimo séptimo: *Que además, si como producto de la presentación y evaluación del proyecto de líneas de transmisión se verificare un efecto sinérgico en relación al proyecto relativo a las centrales que no haya sido contemplado, puede procederse a la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de este último, tal como lo permite el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 que faculta la revisión excepcional de oficio o a petición del titular o del directamente afectado cuando, ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.*

265

Vigésimo octavo: *Que de lo relacionado con antelación puede afirmarse que no se advierte ilegalidad o arbitrariedad en la decisión de la autoridad recurrida, pues ha dejado a salvo a los recurrentes respecto de los riesgos que ellos temen mediante la exigencia de condiciones previas al inicio de las obras, las que deberán ser rigurosamente satisfechas constituyendo una salvaguarda para los intereses de los afectados, sin que esta Corte constate la necesidad de una medida urgente de protección que lleve a acoger la acción impetrada.*

Vigésimo noveno: *Que por todo lo expuesto los recursos de protección deducidos no pueden prosperar.*

*Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se **confirma** en lo apelado la sentencia de seis de octubre de dos mil once, escrita a fojas 1596.”*
(Rol N° 10.220-2011) (Lo resaltado es nuestro)

Como se ve, la Corte Suprema, en su voto de mayoría contenido en el Considerando Vigésimo Séptimo deja abierta la posibilidad de que se pueda volver a revisar el permiso ambiental concedido si se dan las condiciones que allí se señalan. Ello será de particular importancia, a la hora de presentarse el proyecto de líneas de transmisión.

Otra conclusión que se debe extraer del fallo en comentario es el *abandono* de la antigua tesis sustentada por ese Alto Tribunal en el sentido que no le era posible a los tribunales de justicia, específicamente las Cortes de Apelaciones, en el conocimiento de los recursos de protección presentados ante ellas en materias ambientales, entrar a analizar y cuestionar las conclusiones técnicas que las autoridades administrativas habían emitido sobre los *Estudios de Impacto Ambiental* presentados para su aprobación.

266

Ese cambio en la orientación de la jurisprudencia se revela nítidamente al comienzo de los “Vistos” del fallo en comentario, donde la Excm. Corte reproduciendo en parte el fallo de primera instancia, elimina derechamente, esto es, **no ratifica** lo sostenido en los párrafos segundo y tercero del considerando vigésimo; el motivo (considerando) vigésimo primero; el párrafo segundo del fundamento (considerando) vigésimo noveno; y las motivaciones (considerandos) cuadragésima, cuadragésima cuarta y cuadragésima novena de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Para una mejor comprensión del lector, a continuación reproducimos los considerandos de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que no comparte la Excm. Corte Suprema.

“VIGÉSIMO:

Por lo demás, las alegaciones de las partes en orden a que si los reparos y observaciones formulados por Servicios Públicos eran o no subsanables mediante la confección de ICSARAS y presentación posterior de Adendas,

es una cuestión técnica, compleja y que corresponde a la Comisión de Impacto Ambiental resolverla. En el presente caso la recurrida, dentro de sus atribuciones, decidió en forma afirmativa esta cuestión en un procedimiento cuya tramitación duró tres años.

Cabe señalar que ésta es una materia que merece ser interpretada; no aparece un derecho indubitado y no resulta posible discutirla y menos resolverla en un procedimiento cautelar como es el del recurso de protección.

En cuanto a que hubo observaciones o reparos que no fueron ponderados por la Comisión recurrida, el artículo 29 de la ley 19.300, faculta en este caso para interponer un recurso de reclamación.

VIGESIMO PRIMERO:

Que, el fenómeno GLOF es un hecho de la naturaleza, por lo que es un hecho incierto e imprevisible, **no es un hecho del que tengamos certeza de que ocurrirá**; ahora, en este mismo orden de ideas **este fenómeno no se produce por la resolución recurrida, sino por un accidente de la naturaleza, como ya se dejó dicho.**

(...)

VIGESIMO NOVENO:

A este respecto, cabe señalar que el recurso de protección persigue restablecer el imperio del derecho de aquellos que se ven amenazados, perturbados o privados en el ejercicio de los invocados por los recurrentes, resguardándolos de los que estén amagados y adoptándose las medidas que correspondieren; **pero de ninguna manera y en ningún caso esta acción cautelar está destinada a resolver cuestiones que requieren ser interpretadas jurídicamente.**

(...)

CUADRAGESIMO: Que si bien este tema ya fue resuelto por el 28° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol 10.107-2008, en la que se presentó una acción declarativa de mera certeza, la sentencia no se encuentra ejecutoriada. Sin embargo existe un fallo ya ejecutoriado de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 851-2010, en el que no se objeta el procedimiento de fraccionamiento.

Como podemos apreciar, **se trata nuevamente de aspectos jurídicos que requieren de interpretación, no siendo entonces la vía del**

recurso de protección la adecuada para resolver esta materia. En consecuencia no hay derechos indubitados.

(...)

CUADRAGESIMO CUARTO: *Que atendido lo anterior, siendo ésta también una materia que requiere interpretación jurídica, que debe ser discutida en otra sede y no existiendo, además, afectación a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, se desestima el presente recurso.*

En cuanto a la garantía el debido proceso, no se advierte su vulneración, toda vez que las observaciones a que se refiere la recurrente fueron presentadas extemporáneamente.

(...)

CUADRAGESIMO NOVENO: *Que de todo lo colacionado hasta ahora y una vez analizados los recursos de protección, acumulados en la causa Rol 153-2011 de esta Corte de Apelaciones de Puerto Montt, se ha podido concluir, en primer lugar, que ellos no son la vía adecuada para obtener interpretaciones sobre el sentido y alcance de normas legales que además revisten el carácter de técnicas, ya que, como se ha dicho anteriormente, el análisis de dichas normas en materia ambiental ha sido entregado a determinados órganos de la Administración del Estado. En segundo término, tampoco el recurso de protección está destinado a dirimir cuál de dos o más hipótesis técnicas planteadas es la correcta. **A la Corte de Apelaciones no le corresponde pronunciarse sobre las bondades técnicas que pudiere presentar un proyecto que ha sido sometido a conocimiento y evaluación por parte de la autoridad competente.***

Y se tiene en su lugar y además presente(...)." (Lo destacado es nuestro)

La eliminación de los *Considerandos* del fallo de primera instancia recién transcritos, efectuada por la Excm. Corte Suprema, permite concluir legítimamente que el tribunal de segunda instancia no los comparte. En consecuencia, la nueva jurisprudencia sentada por ella es que SI se puede discutir en sede de protección "... **cuestiones que requieren ser interpretadas jurídicamente...**"; que "...**la vía del recurso de protección (es) la adecuada para resolver esta materia...**"; que efectivamente se puede controvertir en este tipo de acciones constitucionales las

conclusiones técnicas a que ha arribado la autoridad administrativa ambiental cuando esas cuestiones afectan las garantías constitucionales alegadas por los recurrentes, no siendo cierta la afirmación que ellas constituyen **“(...) una cuestión técnica, compleja y que corresponde (exclusivamente) a la Comisión de Impacto Ambiental (sic) resolverla(...).”** Igualmente es equivocado sostener, como lo hace el fallo apelado, que **“(...) ésta también (es) una materia que requiere interpretación jurídica, que debe ser discutida en otra sede(...).”**

Finalmente, de lo resuelto en este punto por la Excm. Corte Suprema, se desprende que a los Tribunales de Justicia, específicamente a las Cortes de Apelaciones, le es permitido al conocer de un recurso de protección en materia ambiental **“(...) pronunciarse sobre las bondades técnicas que pudiere presentar un proyecto que ha sido sometido a conocimiento y evaluación por parte de la autoridad competente.”**

Como acertadamente sostuvo el profesor Luis Cordero en su columna publicada en el diario “El Mercurio Legal” con fecha 10 de abril del presente año 2012 bajo el nombre de “¿Qué nos dejó HidroAysén?” donde analiza el mismo punto que motiva esta nota:

“Lo que caracteriza este caso es lo que la literatura legal denomina “control intenso de la discrecionalidad” y esto sucede esencialmente cuando la revisión judicial no sólo verifica la idoneidad formal del acto (competencia, procedimiento, motivación, fin), sino que sostiene su resolución sobre el control del expediente administrativo, desde el cual sostiene su control sobre un estándar legal. La Corte Suprema ha utilizado tras este caso, precisamente ese estándar de control y los litigantes ambientales debieran tenerlo presente cuando lleven sus casos a la Corte.”

269

Y agrega finalmente:

“... este caso sólo confirma que la revisión judicial de la Corte Suprema en casos ambientales descansará en un control intenso de la discrecionalidad técnica.”

Lo resuelto por la Excm. Corte Suprema sobre el alcance de la jurisdicción de los tribunales de justicia en materia de recursos de protección

ambientales constituye un positivo giro dentro de la jurisprudencia en contrario sustentada por muchos años por ella. De no ser así, no se divisaría la razón que habría tenido para introducir la enmienda ya comentada.

Finalmente, el fallo en análisis comprende muchísimas materias más que es útil analizar, pero su exposición y aclaración requiere de un espacio que excede con mucho el que se posee en para este trabajo. No obstante, debe destacarse que las tesis esgrimidas en el voto de minoría por el Ministro señor Crisosto en el fallo de primera instancia fueron recogidas en el caso de la Central Termoeléctrica Castilla, como se verá más adelante.

III. CASO CENTRAL BOCAMINA

Este proyecto corresponde a una central termoeléctrica de 350 MW de potencia, aledaña a la Primera Unidad de la actual Central Termoeléctrica Bocamina, en el sector Lo Rojas, comuna de Coronel, aproximadamente 30 kilómetros al sur de la ciudad de Concepción. Dicho proyecto fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) el 28 de julio de 2006, a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), siendo calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la Región del Biobío, a través de la Resolución Exenta N° 206/07, de fecha 2 de agosto de 2007. Producto de estudios de ingeniería realizados a partir del año 2008, la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Endesa Chile), en su calidad de titular del mismo, decidió optimizar el diseño de la Segunda Unidad, lo que le permitiría mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad, sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado, lo que, a la vez, podría permitir un aumento de potencia en 20 MW.¹⁵

Originalmente, el titular ingresó este proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sin embargo, la Excm. Corte Suprema, en fallo unánime de fecha 15 de junio de 2012, recaído en autos Rol 3141-2012, acogió la apelación planteada por los recurrentes de protección en su contra y revocó la sentencia apelada de

15 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA), Ficha del Proyecto: Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=normal&id_expediente=6298412 (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012)

la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción (autos rol 1911-2011) que había determinado rechazar el recurso de protección, el 9 de abril de 2012, ordenando al titular del proyecto presentar un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaración de Impacto Ambiental. Sus fundamentos son:

“SEGUNDO: *Que en el examen de admisibilidad se deja constancia de que el proyecto “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad” no contempla ninguno de los efectos, características o circunstancias indicadas en el artículo 11 de la Ley 19.300. Que de otra parte, los antecedentes enunciados dan cuenta fehacientemente que el proyecto “Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)” fue sometido a Estudio de Impacto Ambiental, mientras que su ampliación tan sólo fue presentada a evaluación con una mera Declaración de Impacto por su titular.*

TERCERO: *Que el asunto a dilucidar dice relación a si es suficiente que el proyecto que modifica la generadora “Optimización Central Termoeléctrica (Segunda Unidad)”, originalmente evaluado a partir de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, sólo sea sometido en esta oportunidad a Declaración, todo ello a fin de determinar si dicho proceder se encuadra dentro de lo que puede constituir un error evidente, con el objeto de sustituir inmediatamente el procedimiento y de este modo evitar que los interesados deban realizar nuevamente un procedimiento diverso, esto es pasar de Declaración a Estudio.*

CUARTO: *Que en defensa de la suficiencia de la mera Declaración de Impacto Ambiental la recurrida argumenta que el acto que se cuestiona como ilegal y arbitrario constituye un mero examen de admisibilidad y que en tal virtud importa sólo el inicio del procedimiento de evaluación ambiental, según establece el artículo 14 ter de la Ley 19.300, siendo suya la opción de hacerlo por medio de Estudio o de Declaración y de la autoridad el control de suficiencia de la opción escogida.*

QUINTO: *Que no obstante las alegaciones de la recurrida, es un hecho no discutido que la modificación sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en la disposición general de los equipos de la Segunda Unidad, de acuerdo a lo prevenido en la primera consideración, según dan cuenta los antecedentes, todos los cuales inciden de manera importante*

y determinada en la segunda termoeléctrica a instalar. No sólo eso: esos mismos antecedentes informan que las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad. Que así las cosas, la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter del cuerpo legal anteriormente invocado para los casos de modificación de un proyecto, sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración, al contrario de lo que se pretende, pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica.”

En este Considerando la Excma. Corte discurre sobre si una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) proporcionará los antecedentes suficientes como para evaluar la modificación de un proyecto que previamente había sido evaluado ambientalmente por medio de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), concluyendo que ello no es así siendo necesario un EIA.

Aunque no lo señala, la Corte aplica el antiguo adagio que las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen. De esta forma si el proyecto se aprobó por un EIA por ese mismo medio debe modificarse, sobre todo si esas modificaciones son de gran envergadura.

272

“SEXTO: *La necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente.*

Como se ve, la Corte para fundamentar aún más su decisión recurre a los principios de prevención y responsabilidad concluyendo que:

“SÉPTIMO: Que si bien el acto recurrido constituye una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de la competencia del órgano respectivo, la declaración de suficiencia sin embargo **envuelve una decisión carente de razonabilidad y por tanto arbitraria**, pues no se entiende cómo una Declaración de Impacto Ambiental permita evaluar una cuestión técnica compleja, que dice relación con la modificación **de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva requirió precisamente de un Estudio. Desde el momento que el acto cuestionado no contiene fundamentos ni motivos que den cuenta de las razones consideradas por la autoridad para adoptar tal decisión**, lo así resuelto deviene en arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, pues un proyecto que fue aprobado por Estudio de impacto ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometido a una mera Declaración.”

Debe resaltarse respecto de lo dicho en este Considerando que aunque el actual texto del inciso 2º del artículo 20 de la Constitución se refiere solo a la ilegalidad de un acto, no es menos cierto que la ilegalidad subsume la arbitrariedad, de acuerdo a la historia fidedigna de esta modificación constitucional. En este sentido es acertado lo expuesto por la Excm. Corte. A ello debe agregarse que de acuerdo a la jurisprudencia teórica o de los tratadistas, los actos administrativos para ser considerados tales, deben estar fundamentados. Si no se fundamentan, son arbitrarios.

273

“OCTAVO: Que en otro orden de cosas, se rechazará la alegación de la recurrida de carecer los recurrentes “Confederación Nacional de Pescadores Artesanales” de legitimación activa, en atención a que reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que la legitimación activa en un recurso de protección ha sido reconocida ampliamente a cualquier persona, natural o jurídica, afectada “en sus derechos”, no estando nadie excluido de su ejercicio, en especial si se considera que directa e indirectamente pueden verse indudablemente afectados por la obra cuya evaluación ambiental se cuestiona en su procedimiento.”

Este Considerando ratifica lo expresado por esta misma Corte Suprema en el caso Trillium, donde jurisprudencialmente se ha reconocido que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, reviste un doble carácter: es un derecho subjetivo público y, a la vez, un derecho colectivo público. Por este motivo también concluyó que la titularidad de la acción de protección naturalmente no sólo compete a las personas que habitan cerca del lugar físico en que se estuviere desarrollando la explotación de recursos naturales, sino que a todas las personas habitantes del territorio nacional.¹⁶

16 La Excma. Corte Suprema en sentencia de fecha 19 de marzo de 1997, recaída en la causa Rol No.º 2.732-96, en apelación de un recurso de protección interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Punta Arenas por la aprobación ambiental del proyecto Trillium, estableció lo siguiente sobre el alcance la garantía establecida en el N.º 8 del artículo 19 de la Constitución y la procedencia del recurso de protección a favor de las personas afectadas en el ejercicio de este derecho.

"12º) Que el actuar ilegal y arbitrario de la recurrida conculcó la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 No. 8 de la Constitución Política de la República, estos es, el derecho de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de la contaminación. En efecto, dicha disposición impone al Estado la obligación de velar para que este derecho no se vea afectado; y, al mismo tiempo, tutelar la preservación de la naturaleza y esto último se refiere al mantenimiento de las condiciones originales de los recursos naturales, reduciendo al mínimo la intervención humana y, el inciso 2º del mismo artículo establece que "la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". Por lo demás, esta garantía constitucional se encuentra complementada por numerosos preceptos legales, entre ellos por la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente que dispone en su artículo 1º "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 regulará por las disposiciones de esta ley..." Vale decir, los recurrentes tienen derecho, además, a instar por la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, actividad que naturalmente no sólo compete a las personas que habitan cerca del lugar físico en que se estuviere desarrollando la explotación de recursos naturales y, desde ese aspecto, ellos también son afectados por la resolución recurrida;

13º) Que, por último, respecto de la supuesta falta de legitimación activa de los recurrentes para interponer este recurso, alegada por los recurridos y la Empresa Forestal Trillium, cabe señalar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Constitución Política a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, sus resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual.

Por otra parte, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistema ecológica de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. Así, son titulares de este recurso, necesariamente, todas las personas naturales o jurídicas que habitan el Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 19 No. 8 del texto fundamental."
(Lo destacado es nuestro)

De manera coherente con sus considerandos, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema concluye que:

*“Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia de nueve de abril pasado, escrita a fojas 283, se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 17 y se ordena que el titular del proyecto “Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)” presente un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Bío-Bío.*

Regístrese y devuélvase con sus documentos.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol: 3141-2012.”

IV. CASO LÍNEA DE TRANSMISIÓN MELIPEUCO - FREIRE

Este proyecto considera la construcción de una línea de transmisión Eléctrica aérea de 110 Kv de tensión y de 98.9 kilómetros de longitud. Esta red se inicia en la comuna de Melipeuco, en el sector cercano al río Triful Triful, y la red se proyecta de oriente a poniente hasta intersectar con la línea existente de 220 KV de TRANSELEC, red perteneciente al Sistema Interconectado Central (SIC), ubicada en la comuna de Freire. La Resolución Exenta N° 127 de 4 de octubre de 2011, emanada de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía, calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto presentado por su titular Enacon S.A.¹⁷

275

En este caso, la Corte Suprema en fallo unánime de fecha 8 de junio de 2012, recaído en autos Rol N° 1602-2012, revocó lo obrado por la Corte de Apelaciones de Temuco que había acogido un recurso de protección presentado por las comunidades de TragenMapu.

La sentencia determina que no hay infracción a la ley al presentarse una DIA donde no se realizaron las consultas a las comunidades indígenas de

17 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA), Ficha del Proyecto: Línea de Transmisión en postes de Hormigón de 110 Kv Melipeuco-Freire, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=5447936 (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012)

acuerdo al Convenio 169 de la OIT, ya que el proyecto no se emplazará en terrenos ancestrales sino que se aprovechará el tendido eléctrico de una línea férrea en desuso.

“Tercero: *Que las comunidades recurrentes pertenecen a la comuna de Freire, en la cual el tendido eléctrico ocupa, como se indicó, el ex ramal ferroviario de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, empresa a cuyo favor se encuentran inscritas las propiedades que afectará el proyecto eléctrico en la comuna de Freire.*

En síntesis, se debe dejar asentado que el área de influencia del proyecto en la comuna de Freire –lugar en que están asentadas las únicas comunidades originarias que se oponen al proyecto- está representada por esta faja ferroviaria en desuso desde 1960 que recorre 54 kilómetros de longitud con un ancho de 20 metros aproximadamente desde la comuna de Freire a Cunco.

Cuarto: *Que también habrá de establecerse que los terrenos antes descritos no han sido calificados como indígenas. En efecto, tratándose de un concepto jurídico con contenido antropológico, el artículo 12 de la Ley N° 19.253 ha previsto requisitos jurídicos y de hecho que deben concurrir copulativamente para otorgar la calidad de tierra indígena a un determinado territorio. Así, el mencionado precepto dispone que son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley.*

En estos autos jamás fue materia de discusión que la franja ferroviaria no tiene ocupación indígena actual y, por tanto, no pueden ser consideradas tierras indígenas en los términos que establece el citado 12 de la denominada Ley Indígena.

Quinto: *Que tal como lo señalaran los diversos organismos con competencia ambiental que intervinieron en este procedimiento de evaluación, no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la*

Empresa de Ferrocarriles del Estado.

Sexto: *Que la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla. En la especie, no se ha explicitado ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto. Es así como ninguno de los siete sitios de significación cultural que fueron catastrados en el proceso de evaluación se encuentran dentro del trazado de la línea, y el más cercano denominado “sitio de los caballos”, ubicado a una distancia de veinte metros del proyecto, se halla emplazado en un sector colindante a un camino público en que ya existen postes de distribución de energía eléctrica, de modo que no se producirá un cambio relevante en la situación actual.*

Séptimo: *Que la instalación eléctrica a la cual sólo se oponen seis de las casi treinta comunidades indígenas a las que el propio recurso alude, no sólo no presenta evidencias de generar las consecuencias invocadas por los recurrentes, sino que éstos como pueblo originario ni siquiera han justificado alguna afectación a sus derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar.*

Por consiguiente, no es posible constatar la ilegalidad denunciada ni la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración.

277

Octavo: *Que en cuanto a la procedencia de la Consulta en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, es pertinente recordar que el artículo 6 N° 1 letra a) de ese instrumento dispone que ella procede respecto de los pueblos interesados tratándose de la adopción de medidas “susceptibles de afectarles directamente”. Y según se ha señalado precedentemente, los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida.*

De ello se sigue que el reproche de ilegalidad fundado en la omisión de este deber de consulta dispuesto por el mencionado Convenio también ha de ser desestimado.

Noveno: *Que finalmente esta Corte estima necesario dejar consignado que, sin desconocer el carácter preventivo que informa al sistema de*

evaluación ambiental, tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia.

En este sentido se vuelve a destacar que la línea de transmisión utilizará una ex faja ferroviaria como vía en aquella parte del tramo objeto de controversia por las comunidades aledañas. Jamás se argumentó por los actores que esos terrenos –de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado- les prestaran funciones ambientales relevantes, como la presencia de especies vegetales o animales, existencia de humedales o sitios de significación cultural.

La proximidad alegada tampoco resulta en este caso una pauta suficiente, pues tanto el trazado como la franja de seguridad de la línea eléctrica se encuentran fuera de los bienes, servicios, equipamientos y sitios de significación cultural y espiritual que conforman el bienestar básico de los grupos humanos cercanos.

En fin, de la revisión de estos antecedentes no es posible reparar que el proyecto en cuestión produzca alteraciones o interferencias en las comunidades reclamantes.

De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinte de enero de dos mil doce, escrita a fojas 165 y se declara que se rechaza el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 1.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N° 1602-2012.”

Como se ve, la Corte Suprema sienta la doctrina que cuando se exige la aplicación del mecanismo de consulta a los pueblos indígenas que establece el Convenio 169 de la OIT debe acreditarse la afectación eventual de los derechos reclamados, o la forma como las acciones impugnadas afectarán el medio ambiente, si también se invoca ese argumento. No obstante lo anterior, en el Considerando Noveno se reconoce **la plena aplicación del principio preventivo** que informa la Ley N° 19.300, pero, agrega la Corte, “(...) tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia.” Es decir, entendemos que según el sentenciador, la aplicación del principio de prevención debería estar justificada por un eventual daño ambiental, pudiendo acarrear una

“(...) pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

V. CASO DE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA CASTILLA

El proyecto Castilla incluye una inversión de US\$ 4.500 millones para la construcción de una central termoeléctrica que funcionaría con carbón y petróleo, y que inyectaría 2.100 MW al Sistema Interconectado del Norte Grande (SING). Fue ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por CGX CASTILLA GENERACIÓN S.A., habiendo obtenido su Resolución de Calificación Ambiental favorable con fecha 1 de marzo de 2011.¹⁸

En este caso, la Excm. Corte Suprema revocó un fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había rechazado un recurso de protección en contra de dicha central termoeléctrica y confirmó otro fallo que había anulado un acto administrativo de la SEREMI de Salud respecto de la calificación de “contaminante” de dicha actividad.

Para entender el fallo de la Corte Suprema es menester analizar previamente lo que había dicho el tribunal de primera instancia, esto es la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

279

En relación al recurso de protección interpuesto en contra de la SEREMI de Salud por haber modificado su declaración primera en el sentido que la obra era “contaminante”, cambiándola posteriormente a “molesta” a requerimiento de los titulares del proyecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta en su fallo de seis de marzo del año 2012, recaído en autos Rol 174-2011, lo primero que hizo para entrar a pronunciarse sobre estos recursos de protección (fueron varios y se acumularon para su fallo) es determinar el alcance que tiene el Recurso de Protección y las facultades de los tribunales para analizar los antecedentes aportados por las partes. Al respecto sostuvo en su Considerando 4º:

“4º) Que el recurso de protección tiene por objeto amparar a todo aquel

18 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA), Ficha del Proyecto: Central Termoeléctrica Castilla, disponible en: http://www.e-seia.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=3409601 (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012)

*que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarios se vea privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República entre los que están aquellos invocados por los recurrentes, sin que efectúe distinción alguna en relación a si dichos actos u omisiones provienen de un particular o de la autoridad administrativa, recurso que por su naturaleza no obsta a la existencia de los demás medios de impugnación que la ley ha previsto respecto del acto impugnado, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, **de modo que no se trata de resolver o analizar los aspectos técnicos entregados a especialistas, sino de verificar que tales resoluciones no transgredan garantías amparadas por la Constitución, ajustándose a la ley y a lo razonable, que es lo que en definitiva se debe resolver.***

En cuanto a la legitimación activa para interponer los recursos de protección, la I. Corte distingue si estos se han esgrimido en defensa o no de personas naturales. Si lo son, se acepta la legitimación. En caso contrario, como ocurrió en el caso de doña Fabiola Flores Araya, quien comparece en su calidad de dirigente de la Mesa Social Termoeléctrica Castilla, y de don Lucio Cuenca Berger, quien lo hace en su calidad de Director de la Corporación ONG Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, se rechaza la acción. Así se dice:

“36°) Que en cuanto a la falta de legitimación activa de los recurrentes en el Ingreso N° 177-2011, es necesario tener presente que si bien el recurso de protección no es una acción popular y así lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia y que se exige la existencia de una víctima concreta del acto ilegal o arbitrario que amenaza o perturba un derecho o garantía constitucional, protegido por esta vía, en el caso de la recurrente Alicia Monardes Morales, lo hace en su calidad de Presidenta y en consecuencia en representación de la Junta de Vecinos Totoral, Junta de Vecinos que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) de la ley 19.418 es una organización comunitaria representativa de las personas que residen en una unidad vecinal y cuyo objeto es promover el desarrollo de la comunidad, defender los intereses y velar por los derechos de los vecinos y colaborar con las autoridades del Estado y de las Municipalidades, de modo que en este caso y de acuerdo a lo expuesto en el recurso, no se está recurriendo a favor de la Junta de Vecinos en sí, sino a favor de los derechos

de las personas naturales que la componen, en uso de las facultades que la propia ley le otorga, de modo que no existe cuestionamiento alguno en torno a la legitimidad para accionar en estos autos.

37°) Que en cuanto a doña Fabiola Flores Araya quien comparece en su calidad de dirigente de la Mesa Social Termoeléctrica Castilla y de don Lucio Cuenca Berger quien lo hace en su calidad de Director de la Corporación ONG Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, efectivamente no representan a personas naturales que se puedan ver afectadas con el acto impugnado, sino a las instituciones que dicen representar, lo que atendida la naturaleza de la acción cautelar intentada resulta improcedente, por lo que a su respecto deberá acogerse la falta de legitimación activa”.

En sus Considerandos 12, 13, 14, 15 y 16 la Corte de Apelaciones expresa lo siguiente respecto de la procedencia del recurso de protección para invalidar actos administrativos contrarios a derecho, aún cuando en la Ley N° 19.300 y en la Ley N° 19.880 existieran otros procedimientos al efecto:

13°) *Que en relación con la existencia de recursos en contra de la resolución de calificación ambiental, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 19.300, vigente a la época, que en lo pertinente dispone: “En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente” . Si bien el artículo 20 fue modificado por la ley 20.417, en cuanto al órgano que conoce del recurso, la Comisión sólo fue suprimida de pleno derecho con fecha 1° de octubre de 2010 según el DFL N° 4 de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. A continuación se determina el plazo para resolver respecto de dicha reclamación disponiendo a continuación que “De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contados desde su notificación, ante el juez de letras competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de ésta ley.”*

14°) *Que la solicitud de invalidación y los recursos de reposición y jerárquicos, deducidos por el titular del Proyecto en contra de la resolución que rechazó el Estudio de Impacto Ambiental se fundaron en los artículos 53 y 59 de la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos*

que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, ley que en su artículo 1° dispone: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.”

15°) *Que conforme lo ya expresado en el considerando décimo tercero, la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece procedimientos administrativos especiales para la tramitación de un Estudio de Impacto ambiental, normas que regulan además, la forma de impugnar u obtener la modificación de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, como lo era el ORD BS3 110/2010, medios de impugnación que no se hicieron valer por el titular del proyecto, recurriendo derechamente a aquellas formas de revisión de los actos administrativos reglamentados en la ley 19.880, por lo que desde esta perspectiva, en relación con el recurso de reposición y jerárquico se vulneró el carácter supletorio de la ley 19.880, no obstante carece de incidencia en el caso de autos desde que no puede entenderse como ello vulneraría alguna de las garantías de los recurrentes.*

282

16°) *Que por otra parte, si bien el artículo 1° de la ley 19.880 dispone expresamente que ésta tiene el carácter de supletoria, la invalidación solicitada por el titular del proyecto dice relación con una facultad extraordinaria que tiene un objeto distinto a los recursos reglamentados por la ley 19.300, cual es dejar sin efecto actos contrarios a derecho, aspecto no tratado en la ley sobre Bases del Medio Ambiente, por lo que no existe impedimento alguno para hacer uso de esta vía especial, ajustándose con ello al carácter supletorio de la norma.”*

Finalmente, respecto del fondo del asunto concluye la procedencia de los recursos de protección y por tanto los acoge en atención a que:

“38°) *Que en relación con las ilegalidades denunciadas cabe tener presente que según ya se indicó la resolución N° 46 de 1 de marzo de 2011, emanada de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, impugnada por los recursos en análisis, tiene como fundamento necesario la resolución exenta N° 578 de 15 de febrero de 2011 del Seremi de Salud de Atacama que*

para los efectos del permiso Ambiental Sectorial establecido en el artículo 73 del Reglamento del Sistema de Evaluación Impacto Ambiental calificó la actividad Industrial del proyecto Central Termoeléctrica Castilla como “molesta”, resolución que por los fundamentos transcritos en relación con los recursos Ingresos Corte N° 174-2011, estas sentenciadoras han considerado que al no haberse ajustado a los parámetros establecidos por la ley, dicha calificación de molesta es ilegal y atenta contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes.

39°) *Que necesaria consecuencia de lo anterior es que se mantenga la vigencia del ORD BS3 110/2011 que se manifestaba inconforme con el Proyecto por tratarse de una industria contaminante, sin que en consecuencia se pudiera continuar con la calificación ambiental a que se refiere la resolución exenta N° 42 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, la que debe ser dejada necesariamente sin efecto por la autoridad administrativa, como consecuencia de no poder sustentarse en la Resolución 578 de 15 de febrero de 2011 del Seremi de Salud de Atacama, de acuerdo a lo decisorio de esta sentencia, haciendo innecesario un pronunciamiento respecto de las alegaciones de las partes en torno al fondo de los recursos.*

(Rol 174-2011, acum. 175-2011, 176-2011 y 177-2011)

Apelada a la Corte Suprema esta sentencia por los perdidosos, en autos 1960-2012, ella la confirma con fecha 28 de agosto del año 2012, eliminan sus motivos tercero a trigésimo primero y los fundamentos trigésimo octavo y trigésimo noveno. En ese mismo acto, revocó la sentencia de esa Corte que había rechazado otros recursos de protección interpuestos en contra de la Resolución de Calificación Ambiental de ese proyecto, causas que, en definitiva, se acumularon.

Además, la Corte Suprema en su sentencia declaró, en la parte pertinente para este trabajo, lo siguiente respecto del fraccionamiento de proyectos, asunto que ya se había debatido, como hemos visto, en la causa de HidroAysén:

**“I.- Asuntos relacionados con la presentación de los proyectos:
Fraccionamiento de proyectos.**

(...)

Duodécimo: *Que para resolver el tema relativo al fraccionamiento de proyectos, se hace necesario analizar cómo se relacionan ambos proyectos, cómo éstos han sido tratados en los respectivos estudios sometidos a evaluación de impacto ambiental, cuál es el marco jurídico aplicable a la situación planteada para así determinar si se ha incurrido en algún acto u omisión arbitrario o ilegal que conculque alguna de las garantías constitucionales protegidas por el Constituyente.*

Décimo quinto: *Que de lo expuesto precedentemente, resulta inconcuso afirmar que ambos proyectos están relacionados, puesto que el principal sitio del puerto está destinado precisamente a la recepción de petróleo y carbón, que serán utilizados como insumos en la Central Termoeléctrica. Además, en el proyecto Puerto, se reconoce que ya existen pre-contratos con la Central Termoeléctrica, de modo que la vinculación entre uno y otro, es evidente.*

A lo anterior se suma, que tal como fue reconocido en las audiencias de conciliación, la existencia de la Central no es posible sin el puerto, de lo contrario esta última no tiene forma de abastecerse y el puerto sin la central, no resulta viable económicamente, por cuanto su principal cliente, según se ha reconocido, es precisamente, la Central. Por otra parte, los titulares de los proyectos expresaron que éstos utilizarían combustible de carbón, no diesel.

(...)

3.- Marco Jurídico aplicable a la situación planteada:

Décimo octavo: *Que los dos proyectos se presentaron a evaluación ambiental separadamente, Puerto Castilla, el 17 de julio de 2009; y la Central Castilla, el 10 de diciembre de 2008, es decir, bajo el amparo de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, previo a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.*

Décimo noveno: *Que el artículo 2 letra i) de la Ley N° 19.300 define el*

“Estudio de Impacto Ambiental” como “El documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretende llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”.

Por su parte la “Evaluación de Impacto Ambiental” es definida en la letra j) del mismo artículo citado, como “El procedimiento, a cargo de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normativas vigentes”.

El artículo 10 de la misma ley, ordena que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

“c) Centrales generadoras de energía mayores a 3MW” y “f) Puertos, vías de navegación, astilleros y áreas protegidas”.

Vigésimo: *Que conforme a lo dicho, si bien el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma, lo importante, es destacar que para el legislador esta clase de actividades deben someterse a evaluación, porque son susceptibles de causar impacto ambiental, es decir, una alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada, según reza la letra k) del artículo 2 de la Ley N° 19.300.*

285

Vigésimo primero: *Que de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Tal carencia, queda de manifiesto con las modificaciones introducidas por la Ley 20.417, que incorporó el artículo 11 bis, que dispuso la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades, a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental.*

Vigésimo segundo: *Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en*

realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley.

Vigésimo tercero: *Que la crítica aludida, resulta efectiva. En efecto, tal como se ha dicho, el puerto tiene como principal cliente y finalidad abastecer a la Central Termoeléctrica, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo diesel que se suministra a través del Puerto, de tal forma que nitidamente existen tres unidades para una misma actividad que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas.*

Vigésimo cuarto: *Que si bien tanto el puerto, como la central han sido sometidos a evaluación, no puede afirmarse lo mismo con la conexión entre dichos proyectos.*

En efecto, en el Proyecto Central Termoeléctrica, se dijo dentro del considerando relativo a los "Antecedentes Generales del Proyecto" y específicamente en la "Descripción" punto 4.2.3.1 página 14 de la Resolución Exenta N° 46 lo siguiente: "El proyecto de generación eléctrica se realizará mediante una turbina de combustión operando en ciclo abierto, utilizando petróleo diesel B como combustible. El combustible llegará al complejo desde el puerto en camiones o en tuberías, el cual será descargado y almacenado en 4 estanques en superficie de 3.000 m³ cada uno". En cuanto al carbón, se contempló en el punto 4.2.3.2 letra b) página 20, "El transporte de carbón se iniciará en la torre de transferencia T3, ubicada en sector de Puerto, posteriormente se trasladará, vía correas transportadoras encapsuladas y selladas, hasta el sector de la cancha de carbón".

Sin embargo, cuando se efectuaron observaciones por la ciudadanía al proyecto y que incluía su relación con el puerto, siempre se sostuvo que eran proyectos distintos, de modo que tales observaciones no fueron resueltas como se aprecia a fojas 26 y 49 de la Resolución N° 46.

Vigésimo quinto: *Que en lo que se refiere al Proyecto del Puerto en la parte relativa a la "Descripción de obras y partes del proyecto" en el punto 4.2.1.1 letra a) párrafos quinto y sexto páginas 4 y 5 de la Resolución Exenta N° 254 se dice que: "Cabe indicar que el proyecto no considera acopio de petróleo, sólo transferencia desde el Sitio N° 1 directo a V-3 (límite del proyecto), donde será recepcionado por un tercero (cliente*

energético). La transferencia de diesel se realizaría a través de una línea de combustible u oleoducto, el cual presentaría dos partes, la primera parte marítima, que abarca todo el muelle de acceso y la plataforma, y la segunda, correspondiente a la que está en tierra, desde el sitio de descarga del combustible (sitio 1) hasta el límite del puerto (entrada/salida del Proyecto) específicamente la válvula (V-3) ubicada a unos 2000 m de distancia, donde sería recepcionado por un tercero (cliente energético) y que contaría con una bomba de transferencia booster que serviría de apoyo a la nave y una válvula check con el objeto de evitar que el producto se devuelva. Asimismo, el combustible atravesaría la vía troncal denominada Avenida Chascos (declarada como tal mediante Decreto Alcaldicio N° 1206 de 2003, del Alcalde de Copiapó, que aprueba la modificación de los Planes Reguladores de Caldera y Copiapó, sector Bahía Salado, publicada en el Diario Oficial el 01 de septiembre de 2005) y para efectos de ejecutar las obras de atraveso, el Titular solicitaría cuando corresponda, los permisos municipales que sean aplicables.

En todos estos cruces se proyectarían las obras que permitan el atraveso de la tubería minimizando la interferencia con la futura vía contemplada en el Plan Regulador correspondiente, cumpliendo con el D.S. N° 160/2009, Reglamento de Seguridad para las Instalaciones y Operaciones de Producción, Refinación, Transporte, Almacenamiento, Distribución, y Abastecimiento de Combustibles Líquidos, se inscribiría la instalación en la SEC y se le daría aviso previo antes de su puesta en marcha. Esta cañería sería de 12 pulgadas en acero y todo su trayecto considera bandeja de emergencia (láminas 6 y 7 del Anexo 1 del Adenda N° 1).” Luego añadió: “La cañería tendría un recorrido en paralelo respecto a la línea de carbón, tendría una longitud aproximada de 2,300 m, e iría junto al muelle, fuera del agua de mar, por lo que no habría corrosión por sumergimiento”.

En cuanto a la transferencia de carbón, el proyecto dice en la letra b) “En relación a las instalaciones en tierra asociadas a la transferencia de carbón corresponderían a las correas transportadoras encapsuladas, enrejados, mesas, tolvas y torres de transferencia que conducirían el material descargado hasta la torre T-13(...)” En la página 90 de la misma resolución se dice: “El sistema de descargadores de naves para Petróleo Diesel por su parte, considera el transporte mediante cañerías de acero que transportarán el diesel hasta sus respectivos estanques de almacenamiento (de terceros). Bajo la cañería y en toda su extensión

sobre el puerto, se dispondrá de una bandeja para el control de eventuales filtraciones. Además se contará con estanques recolectores para contener eventuales derrames. Con todo lo anterior, el manejo tanto del carbón como del petróleo, se realizará con los más altos estándares de seguridad en cuanto a impedir fugas o vertimiento de los insumos. Mayores detalles de la descripción de estos sistemas se presentan en la sección 2.2.1 del Capítulo 2 del E.I.A. en tanto que en la Figura 6.3.5-1 “Proyección del Puerto de Castilla” del Anexo Figuras de la adenda se presentan los sistemas antes señalizados.”

Vigésimo sexto: Que de lo transcrito, puede advertirse que para el Proyecto Central Termoeléctrica, el combustible puede llegar por medio de camiones o de cañerías (página 14 de la Resolución Exenta 46); en cambio, para el Proyecto Puerto, el combustible se transferirá por medio de cintas transportadoras, en el caso del carbón; y por medio de una cañería; en el caso del Petróleo Diesel, no se contempla la posibilidad de salida a través de camiones.

Además, no se detalla la ruta precisa por donde se trazarán la cañería de petróleo y las cintas transportadoras de carbón que unen las instalaciones V-3 y de transferencias T13 del Puerto con los estanques de almacenamiento de petróleo de la Central Termoeléctrica y el sector de las canchas de carbón, debiendo tenerse presente que para el último proyecto citado (central) el transporte del carbón se inicia en la torre de transferencia T3 y no T13 como se indica en el Proyecto Puerto.

El Proyecto Central dice en la página 20 de la Resolución N° 46, que el transporte de carbón se iniciará en la torre de transferencia T3, ubicada en el sector de puerto, posteriormente se trasladará, vía correas transportadoras encapsuladas y selladas, hasta el sector de la cancha de carbón, omitiendo decir por donde se desplazarán dichas correas transportadoras.

Vigésimo séptimo: Que las **omisiones aludidas son relevantes, y tienen directa relación con las exigencias que el artículo 12 de la Ley N° 19.300 obliga a considerar en los estudios de impacto ambiental, esto es, la “Línea Base” definida en la letra l) del artículo 2 de la misma ley como: “la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución”.**

Ciertamente, si los proyectos de Puerto y Central se hubiesen presentado

en forma conjunta –dada su relación de dependencia de uno y otro– habrían incluido en forma clara la descripción detallada de conexión de la transferencia de carbón y petróleo que irá de una instalación a otra, ello permitiría primero, determinar en forma exacta el área de influencia total del proyecto, enseguida, conocer los antecedentes para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental, es decir, la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución; también posibilitaría a la ciudadanía hacer uso de los procedimientos de participación en la evaluación del proyecto, pues cada vez que se preguntó u observaron situaciones del conjunto de actividades, se respondió que cada proyecto era independiente del otro. Finalmente, se habría permitido a la autoridad dar cabal cumplimiento al inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300 que permite la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental si cumple con la normativa ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas, variables que en lo que se refiere a la conexión de ambos proyectos, no han podido ser correctamente ponderadas dadas las falencias anotadas, estimándose insuficiente la condición impuesta en el punto 12.17 de la Resolución Exenta N° 46, de 1° de marzo de 2011 que calificó favorablemente el Proyecto Central Termoeléctrica Castilla en cuanto dispuso que: “El titular deberá consolidar en un informe semestral el Plan de Monitoreo del EIA del Puerto Castilla y de la Central Termoeléctrica Castilla con el objeto de sistematizar la información ambiental del proyecto y de otras fuentes de información pública”.

289

Es insuficiente, por cuanto, la autoridad ambiental, sólo al final de la evaluación dispuso consolidar en un informe el Plan de Monitoreo de ambos proyectos, para lo cual ha de tenerse presente que “consolidar” significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Dar firmeza y solidez a una cosa.// Reunir, volver a juntar lo que antes se había quebrado o roto de modo que quede firme.// Asegurar del todo, afianzar más y más una cosa, como la amistad, la alianza, etc. // Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado”.

Es decir, siempre prima la idea de reunir dos cosas que deben estar juntas, por ello la exigencia planteada sólo viene a dejar en evidencia que, aunque tardíamente, la autoridad ambiental también vio la necesidad de evaluación conjunta de ambos proyectos, circunstancia

que debió concurrir al principio y no al final de la evaluación.”

Debe destacarse que en esta parte de su fallo, la Corte Suprema **sigue la argumentación esgrimida por el Ministro Crisosto** en su fallo de minoría en el caso Hidroaysén (2011) en relación a los fraccionamientos de proyectos, no obstante que en esa ocasión por fallo de mayoría rechazó los recursos de protección interpuestos en contra de la autorización ambiental otorgada a dicha construcción.

Respecto del **“Principio Preventivo”** ya analizado en este trabajo, la Excm. Corte expresó en ese mismo fallo:

“Vigésimo octavo: *Que en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual “se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”.*

En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán.

Vigésimo noveno: *Que de acuerdo a lo expuesto, y apreciados todos los antecedentes citados conforme a las reglas de la sana crítica no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente.*

Trigésimo: *Que un comportamiento carente de la necesaria racionalidad –que en la especie estaba dado por permitir una visión y ponderación de conjunto de todas las fases de la actividad- se torna arbitrario y una conducta tal, además de revestir esta calidad no puede tampoco*

entenderse inserta en el marco de la legalidad, como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho que en estas circunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia.

Ello produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre.”

(Lo resaltado es nuestro)

Más adelante la sentencia analiza diversos aspectos debatidos pero que por no tener directa atinencia con este trabajo los omitiremos, no por carecer de importancia, sino por el motivo recién indicado.

Concluye la Excm. Corte en su parte decisoria que:

“I.- Se revoca, en lo apelado, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta de treinta de enero de dos mil doce, escrita a fojas 751 del tomo II signado con el rol 1960-2012 que rechazó los recursos de protección y en su lugar se acoge el recurso de protección deducido por los señores Maikol Rodrigo Piñones Vásquez, Carlos Manuel Cortes San Francisco, Jorge Esteban Morales Mandiola y Eric Mauricio Cortes Orbenes y en consecuencia se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 254, de 23 de diciembre de 2010 que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Puerto Castilla.

II.- Se confirma la sentencia de seis de marzo de dos mil doce, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta escrita a fojas 708 del tomo II signado con el rol 2703-2012, en cuanto dejó sin efecto la Resolución Exenta N° 578 de 15 de febrero de 2011.

*III.- Se dispone como medida de tutela constitucional que los titulares de los Proyectos Puerto Castilla y Central Termoeléctrica Castilla deben presentar un estudio de impacto ambiental que considere los **dos***

proyectos en forma conjunta y su conexión para la transferencia del carbón y del petróleo Diesel B, en su caso, desde el primero hacia la segunda.”

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 1960-2012.-

Las sentencias aquí citadas constituyen una manera meramente ejemplar de ilustrar como la jurisprudencia ha ido “modelando” la aplicación de la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.





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.

La Revista someterá a evaluación por un miembro del Consejo Editorial o un asesor externo los trabajos recibidos, cuyo resultado será comunicado al autor a más tardar 60 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 castellano, 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.

297

Tratándose de estudios, el autor titulará su trabajo de la forma más breve posible y anotará al inicio su nombre y apellidos, grado académico, dirección postal, correo electrónico y la institución a la que pertenece.

La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 10 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. El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados, incorporando el o los números de página en que aparece la cita.

Las colaboraciones deben enviarse en papel y, además, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible (CD-ROM o por correo electrónico), a la dirección postal de Fiscalía del Medio Ambiente y al correo electrónico fima@fima.cl. Los trabajos recibidos no serán devueltos.

* * *

***Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción o compra
debe dirigirse a:
Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA
La Concepción 141, oficina 901, Providencia / (56-2) 2355007
www.fima.cl***



