

JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

Año VIII, N° 8 - Diciembre 2016

Con derecho al ambiente



FIMA

ONG - DESDE 1998





Consejo Editorial:

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

Director General:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci y Victoria Galleguillos Alvear.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll

Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA

ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile

Representante Legal:

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

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros.

Fotografía:

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

Impresión:

Jorge Luis Roque.

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





Concurso Microrrelatos “Tu cuento, cuenta”

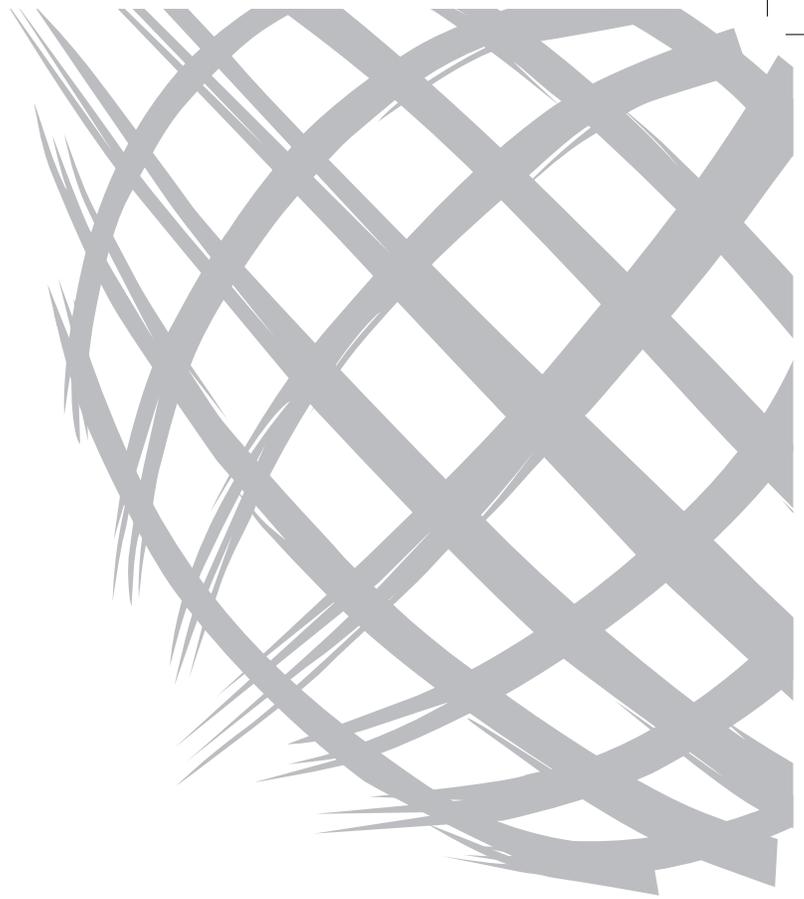
PRIMER LUGAR

Pescador de Flores

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

Marcelo Fredz





Índice de Contenidos ■



ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL

Raul Campusano Droguett. / 13

ESTUDIOS

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

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

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

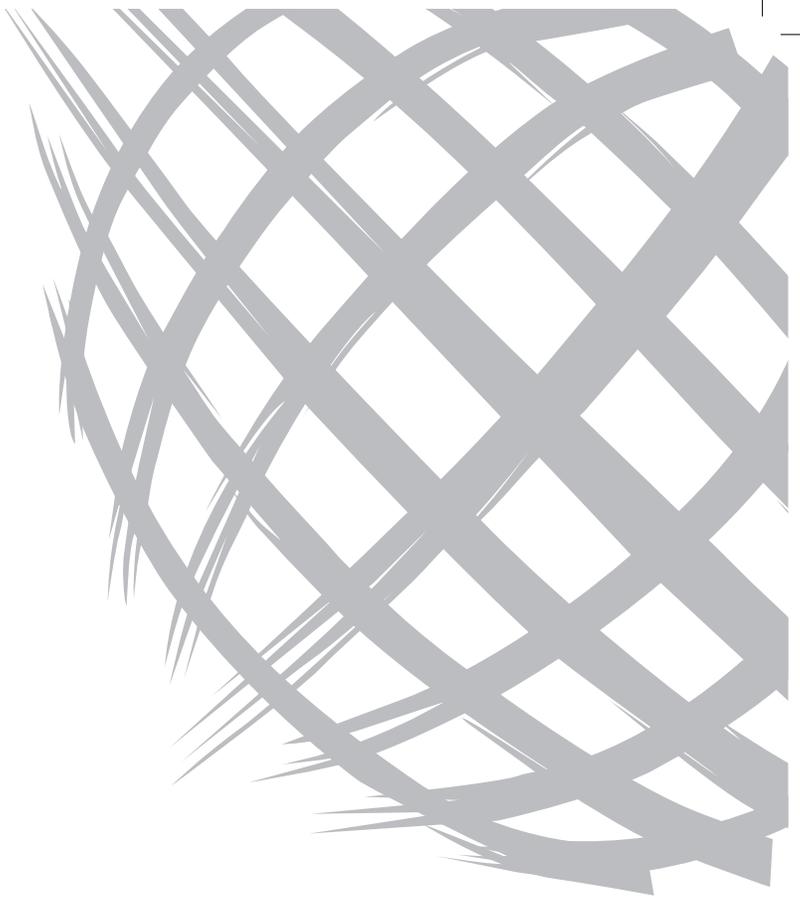
1. Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: / 225
Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa
Rol N°-1397-2015.

Victoria Belemmi Baeza y Diego Lillo Goffreri.

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

Gabriela Burdiles Perucci.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES / 271



Editorial ■



EDITORIAL

Raul Campusano Droguett

Abogado, Universidad de Chile.

Master en Derecho, Universidad de Leiden.

Master of Arts, Universidad de Notre Dame.

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

Director ONG FIMA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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