



JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL
AÑO VI, N° 6 - DICIEMBRE 2014

Con derecho al ambiente



FIMA
ONG - DESDE 1998



Consejo Editorial:

Raúl Letelier Wartenberg, Fernando Dougnac Rodríguez,
Enrique Navarro Beltrán y Álvaro Fuentealba Hernández.

Director General:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci y Jorge Ossandón Rosales.

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
Portugal 120, oficina 1-A, Santiago / (56-2) 222 216 70
www.fima.cl

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros.

Fotografía:

Lourdes Lastra Díaz.

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

Rodrigo Polanco Lazo.	11
----------------------------	----

ESTUDIOS

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL.	17
Sergio Muñoz Gajardo.	
2. EL CIERRE DEL MERCADO EUROPEO DE CARBONO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO: ANÁLISIS DE ESTA MEDIDA Y NUEVOS DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA CHILE.	39
Felipe Ramírez Parada.	
3. LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA ELABORACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE AARHUS.	73
Eduardo Salazar Ortuño y Magda Tóth Nagy.	
4. EL DEBER - OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTEGER EL DERECHO A LA VIDA DE LAS PERSONAS.	95
Fernando Dougnac Rodríguez.	
5. CONTAMINANTES CLIMÁTICOS DE VIDA CORTA: UNA OPORTUNIDAD PARA COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO Y MEJORAR LA SALUD PÚBLICA.	115
Florencia Ortúzar Greene.	
6. COMPENSACIÓN POR INSTALACIÓN DE PROYECTOS LOCALES NO DESEADOS: CONSIDERACIONES PARA SU DISCUSIÓN.	145
Andrés Sáez Astaburuaga.	
7. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y REGULACIÓN AMBIENTAL EN CHILE: OPERANDO SIN INSTRUCCIONES, PERO OPERANDO.	159
Ezio Costa Cordella.	

8. PROPUESTAS REGULATORIAS PARA LA MITIGACIÓN DEL IMPACTO DE LA MINERÍA EN LOS GLACIARES. 181
Fernanda Skewes Urtubia.

9. HACIA UNA NUEVA HERMENÉUTICA AMBIENTAL. 197
Mario Peña Chacón.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. CAZA DE BALLENAS EN LA ANTÁRTIDA (AUSTRALIA C. JAPÓN) Y LA EVOLUCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA REGULACIÓN DE LA CAZA DE BALLENAS: DE LA EXPLOTACIÓN SOSTENIBLE A LA CONSERVACIÓN. 231
Junko María Nozawa.

2. EL ESTÁNDAR DE LA CONSULTA INDÍGENA EN CHILE. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA NELTUME. 253
Jorge Ossandón Rosales.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 271



Editorial



EDITORIAL

¿QUÉ NECESITAMOS PARA OBTENER JUSTICIA AMBIENTAL?

Rodrigo Polanco Lazo*

El concepto "Justicia Ambiental" fue acuñado en los Estados Unidos a fines de los 70's, y si bien se ha desarrollado desde diversos enfoques, puede señalarse que consiste en la "distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan"¹, o en palabras de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA), el "tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de leyes, reglamentos y políticas ambientales"².

Las contribuciones de este número se refieren precisamente a los diversos elementos que conforman la justicia ambiental, incluyendo el acceso a una justicia distributiva, el reconocimiento de ciertas comunidades o grupos vulnerables de la sociedad, el derecho a la participación y el acceso a la información, entre otros.

* Rodrigo Polanco Lazo es Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y miembro del Directorio de FIMA. Actualmente se desempeña como Investigador y Ph.D Fellow del World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Berna.

1 HERVÉ ESPEJO, Dominique. "Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica". *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.1 [citado 2015-01-06], pp. 9-36, <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100001>>.

2 EPA. Justicia ambiental y participación comunitaria [en línea] <<http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/justicia.html>> [consulta: 21 de marzo 2014]

Uno de los elementos centrales de la Justicia Ambiental es el acceso a la justicia. Precisamente ese es el tema central de la contribución a este número del Presidente de nuestra Excm. Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, quien analiza la creación de una judicatura especializada en esta materia mediante la dictación de la Ley N° 20.600 sobre Tribunales Ambientales, tratando aspectos atinentes a su aplicación de la ley, como la legitimación activa y las condiciones de igualdad ante estos tribunales, así como la aplicación de principios orientadores del derecho ambiental por parte de la Corte Suprema, destacando la utilización del principio precautorio y su relación con conceptos tales como la razonabilidad y la prudencia. Este es sin duda un avance hacia una nueva hermenéutica en materia ambiental, tal como nos propone en su artículo Mario Peña Chacón.

Es precisamente la operación del principio precautorio, el objeto del análisis de Ezio Costa, particularmente en lo referido al tratamiento que de él ha hecho la literatura legal-ambiental en Chile. Para el autor, dicho principio es necesario para dar legitimidad a las decisiones regulatorias en casos de incertidumbre y si bien no se ha articulado una normativa específica que le dé más densidad, este principio se encuentra operando en la práctica como parte de la regulación ambiental chilena.

La participación ciudadana, como otro elemento de la Justicia Ambiental, es estudiada por Eduardo Salazar Ortuño y Magda Tóth Nagy, la que si bien se desarrolla principalmente en el ámbito local, puede también efectuarse en el plano internacional, como prueba la vinculación de diversas ONGs en la génesis del Convenio de Aarhus (1998) sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales, el que si bien se desarrolló en el seno de la UNECE (*United Nations Economic Commission for Europe*), se encuentra abierto para la firma de países fuera de la región europea. El análisis de la compensación por instalación de proyectos locales no deseados, se examina desde la misma óptica de la participación ciudadana por parte de Andrés Sáez. Y en el comentario de jurisprudencia sobre la Central Hidroeléctrica Neltume, Jorge Ossandón se interroga acerca del estándar actual de la consulta indígena en Chile, derivada de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. ¿Cómo se determinan los grupos humanos indígenas para efectos de incluirlos o no en el procedimiento de consulta? ¿Cabe impugnar un procedimiento administrativo de consulta cuando no existe resolución final y todavía se encuentra abierto o en curso? ¿Cabe detenerse en la conveniencia o no de una reinterpretación de toda la legislación administrativa a partir de la ratificación del Convenio 169?

Otras contribuciones a esta revista, se centran en los elementos "colectivos" y "ecológicos" de la Justicia Ambiental, entendidos como aquellos que referidos a los grupos y

comunidades humanas y su relación con la naturaleza³. Así, Florencia Ortúzar nos presenta un estudio acerca de los contaminantes climáticos de vida corta (CCVC), analizando si es posible que las políticas enfocadas a su reducción constituyan una oportunidad para combatir el cambio climático y mejorar la salud pública. Desde otro punto de vista, pero vinculado al mismo bien ambiental protegido, Felipe Ramírez expone los desafíos y oportunidades derivadas del cierre del mercado europeo de carbono para los países en desarrollo y en particular para Chile. Fernanda Skewes Urtubia y Junko María Nozawa examinan la situación de protección (o desprotección) de verdaderos emblemas en el resguardo del medio ambiente y la biodiversidad. La primera nos adelanta interesantes propuestas regulatorias para la mitigación del impacto de la minería en los glaciares y el segundo analiza la evolución de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, desde la explotación sostenible hacia la conservación. Para cerrar este elemento de la Justicia Ambiental, Fernando Dougnac profundiza en reflexiones anteriores acerca del deber - obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas, en el contexto de la protección del medio ambiente.

La Justicia Ambiental es una meta, que sin duda se construye desde diversos puntos de vista y evoluciona junto con la disciplina del derecho ambiental. Estamos todos llamados a ser parte de este proceso, para evitar que debido a la falta de compromiso y acciones razonadas, fallemos en tomar adecuado cuidado del medio ambiente que nos rodea de manera que sea sustentable para nuestra vida. En palabras de Sen, para "prevenir catástrofes causadas por negligencia u obstinación insensible, necesitamos un examen crítico, no sólo buena voluntad hacia los demás"⁴.

3 HERVÉ, Dominique. Op. cit.

4 SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Harvard University Press. 2009, p. 48.



Estudios



El Acceso a la Justicia Ambiental*

The Access to Environmental Justice

Sergio Muñoz Gajardo

Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Chile
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RESUMEN

La prudencia en las actividades humanas, en cuanto a la explotación de los recursos naturales se refiere, proviene de la confluencia entre el cuidado del medio ambiente y la participación de las comunidades, dentro de un Estado Democrático de Derecho que sea respetuoso de un desarrollo sustentable. Así, en el contexto o tendencia mundial a reconocer el derecho fundamental de los seres humanos a un medio ambiente adecuado se ha ido convergiendo hacia una mayor participación ciudadana, íntimamente relacionada con tres derechos, el de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación en la toma de decisiones ambientales de la Administración y el de acceso a la justicia ambiental. En atención a lo anterior el legislador ambiental chileno ha dictado la Ley N° 20.600 sobre Tribunales Ambientales, con el fin de dotar al sistema de una jurisdicción especializada en esta materia. Este artículo trata diferentes temas atinentes como la aplicación de la ley, legitimación activa y condiciones de igualdad ante estos tribunales, terminando con la idea de que la Corte Suprema estaría llamada a proteger el medio ambiente en virtud del principio precautorio, lo que se refleja en alguno de sus últimos fallos.

Palabras clave: jurisdicción ambiental, tribunal ambiental, principio precautorio, Estado de Derecho, participación ciudadana

* Discurso presentado en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental, organizado por el Segundo Tribunal Ambiental de Chile, el 10 de octubre de 2014.

SUMMARY

The prudence that humanity puts in its exploitation of natural resources is the result of the confluence between the protection of the environment and public participation of communities, in the framework of a Democratic System and in respect of the Rule of Law. Is because of this that the global trend of protection of the human right to a healthy environment has converged in a call for more public participation, a mechanism that is closely related with the three Access Rights: Access to environmental information, Public Participation in environmental matters and Access to Justice in environmental issues. Regarding all this, Chile has issued the Law N° 20.600, that creates the Environmental Courts, in order to provide a special court for environmental issues. This article deals with some important issues regarding this change, such as the application of the law, legal standing and equality conditions in these courts, finishing with the idea that the Supreme Court it's called to protect the environment in respect of the precautionary principle, as it has been reflected in recent decisions.

Key words: environmental jurisdiction, environmental court, precautionary principle, rule of law, citizen participation.

INTRODUCCIÓN

La democracia solamente es tal si consagra una efectiva participación de la población en las definiciones esenciales de la sociedad y entre ellas se encuentran las relacionadas a materias ambientales. Así, el Estado democrático, constitucional y social de derecho, con todo lo que tal conceptualización importa, se constituye en el modelo ideal de gobierno para alcanzar un desarrollo equilibrado, que compatibilice el crecimiento con la preservación del medio ambiente.

La noción "desarrollo sustentable", sobre la base de una responsabilidad social, importa asumir un modelo de crecimiento "que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"¹.

La ecuación es directamente proporcional: a mayor participación, mayor protección del medio ambiente, consecuentemente se genera mayor prudencia en las actividades humanas, en especial en el uso y explotación de los recursos naturales no renovables, como en los efectos que produce en el ecosistema.

$$(p1 + p2) = +p3$$

En que:

p1: Participación ciudadana

p2: Protección del medioambiente

p3: Prudencia en la actividad humana

Esta mayor participación social impone una mayor responsabilidad con el medio ambiente y con el uso de los recursos naturales, frenando su explotación indiscriminada, y racionalizando la presencia de los intereses particulares respecto de los intereses sociales generales.

1 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Informe de la Comisión Mundial Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro Futuro Común". Madrid – España, Alianza Editorial, 1987.

El desarrollo sustentable en una sociedad democrática exige que el logro de metas económicas, sociales y culturales, se compatibilice con la preservación y conservación del medio ambiente. Para ello se requiere la creación e implementación de instrumentos jurídicos aptos para lograr una protección efectiva del medio ambiente y una infraestructura jurídica que posibilite de manera adecuada el ejercicio y defensa del derecho de las personas a vivir en un ambiente saludable².

Posibilita una garantía de protección efectiva del medio ambiente el acceso a la información relevante, como la factibilidad de ser ejercitada bajo cualquier circunstancia y sin restricciones. Se justifica así la exigencia de esta doble garantía, que importa el ejercicio informado de las acciones en defensa del medioambiente, como reflejo de una participación efectiva en una sociedad democrática de manera responsable, todo lo cual requiere de un ordenamiento jurídico que contemple en sus cuerpos normativos los mecanismos que permitan accionar, regulando los procedimientos de una forma breve y sencilla, con amplia legitimación activa.

Lo anterior tiene sustento tanto en la responsabilidad estatal que ha de recaer en la materia, como en la concreción de la función de protección de los intereses sociales relevantes, a través del establecimiento de controles administrativos y jurisdiccionales, toda vez que "la protección ambiental y el desarrollo sustentable no pueden dejarse sólo a los gobiernos, sino que requieren y se benefician de las nociones de participación cívica en los asuntos públicos ya reflejados en los derechos civiles y políticos existentes. En su sentido más amplio, puede ser representado como la aplicación a asuntos ambientales de argumentos para la gobernabilidad democrática como un derecho humano. En su sentido más estricto, es un argumento para mejorar la calidad del gobierno y para promover la responsabilidad ambiental de parte del público"³.

Se concluye que "los gobiernos que operan abiertamente, con responsabilidad y participación cívica, tienen muchas más probabilidades de promover la justicia ambiental, de equilibrar las necesidades de las generaciones presentes y futuras en la protección del ambiente, de integrar consideraciones ambientales en decisiones gubernamentales y de

-
- 2 Cfr.: RÍOS ANGULO, M. y RIQUELME SALAZAR, C. "Acceso a la justicia en materia ambiental en la Unión Europea". Valentina Durán. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2006, p. i.
 - 3 BOYLE, A. "Los Derechos Ambientales y el Derecho Internacional". *Revista de Estudios Internacionales*. 2004, Vol. 37, No. 147, Octubre – Diciembre, pp. 18 y 19.

implementar y fiscalizar las normas ambientales existentes, que las sociedades cerradas y totalitarias gobernadas de manera rígidamente centralizada”⁴.

Principios relativos a la transparencia activa y pasiva, la publicidad, rendición de cuentas y probidad, tanto pública como privada, traen como consecuencia la apertura de los antecedentes y la posibilidad de desarrollar un estudio particular y especializado de todos ellos, con lo cual el interés por los temas ambientales se concreta en una mayor participación, que se realiza de manera informada. De esta forma, se promueve el control social, indispensable en toda sociedad democrática, en que las actividades son analizadas por los actores relevantes. La discusión se produce de cara al pueblo y no a sus espaldas.

El derecho a vivir en un medio ambiente sano ha sido reconocido por los ordenamientos jurídicos en virtud del cumplimiento de presupuestos básicos como son: la dignidad humana, su respeto y el mantenimiento de determinadas condiciones de vida que permitan su desarrollo armónico y equilibrado, que sin duda importa su protección, pero fundamentalmente lleva al uso racional y ecológico de la propiedad, especialmente de la tierra y los medios de producción, sin dejar de lado todo lo que se emplea diariamente por la población en su vida cotidiana.

Con el progresivo aumento y diversificación de los problemas de contaminación, se ha acelerado la evolución de este derecho, sobre todo al nivel del Derecho Internacional, el cual a través de recomendaciones, declaraciones, conferencias y tratados, ha promovido y regulado la protección de la Naturaleza, de modo tal que estas normas, “por la fuerza de las cosas, han ido alcanzando carácter obligatorio al ser aceptados por los Estados y transformados en derecho interno”⁵.

Hay un aspecto que intranquiliza: La evolución del derecho a vivir en un medioambiente saludable, libre de contaminación y al uso racional de los recursos naturales, ha sido observado por sus negativos efectos a nivel mundial, más que a nivel local, no obstante que el primero es la suma de los segundos.

4 BOYLE, A. Cit. ant. (3), p. 19.

5 HERRERO DE LA FUENTE, A., El Derecho a la Protección del Medio Ambiente. A Propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Contribución Registrada en el Marco del “Debate Público sobre el Futuro de Europa”. Issue 16 [en línea] <www.europa.eu.int> [consulta: 10 de noviembre 2014]

Los países individualmente han sido incapaces de controlar el uso económico desmedido de los recursos naturales. Como consecuencia, los sistemas jurídicos internos de los Estados no son totalmente eficaces a la hora de entregar una respuesta global para el país y para el mundo, en orden a obtener un desarrollo sustentable, como también al establecimiento de la protección efectiva de los derechos que los mismos Estados declaran sin mayores problemas.

No es posible ignorar que las mayores acciones de contaminación emanan, a nivel mundial, de los países más industrializados y con mayor producción. Diagnóstico que se replica a nivel local, pero asociado a los centros urbanos igualmente con más industrias y con mayor presencia en la elaboración de bienes de consumo.

Surge así, de manera inmediata, más que la función, el deber, la exigencia y el imperativo de coordinar los esfuerzos en todas las áreas que importa la preservación del medioambiente para evitar males mayores; coordinación en la que ciertamente se integran las medidas de control, pero especialmente las de ejecución de los compromisos adquiridos internacionalmente, como, de la misma forma, la fiscalización destinada a obtener la vigencia efectiva de la normativa interna de los Estados.

En las últimas cuatro décadas el derecho a la protección del medio ambiente, es decir, el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente saludable y equilibrado, ha sido reconocido por los Estados y la Comunidad Internacional, de manera que puede afirmarse que hoy se le ha consagrado dentro de los derechos fundamentales del ser humano.

Desde hace un tiempo a la fecha, se ha estado gestando al interior de los países democráticos un importante proceso de "constitucionalización" del derecho a la protección ambiental. En tal sentido, un destacado autor ha señalado que "existe una tendencia mundial a reconocer el derecho fundamental de los seres humanos a un medio ambiente adecuado"⁶.

En una primera etapa, el concepto clásico de democracia reconoció la existencia de los derechos civiles y políticos, denominados derechos de primera generación. Luego, con el advenimiento del Estado Social de Derecho se consagraron los derechos económicos, sociales y culturales del ser humano o derechos de segunda generación. En la actualidad,

6 BRAÑES BALLESTEROS, R. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Ciudad de México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, p. 96, 1994.

el desarrollo de los sistemas jurídicos ha propiciado el reconocimiento de los derechos de la solidaridad, o derechos de tercera generación, que trascienden la esfera de los derechos individuales de las personas, tratándose de derechos que comprenden a la comunidad toda. Entre estos derechos colectivos de la sociedad, llamados también “derechos de los pueblos”, se han incluido, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo y a la protección y no contaminación del medio ambiente⁷.

Un sector de la doctrina especializada en derechos humanos no valora positivamente estos derechos de tercera generación, puesto que sostienen: “ellos devalúan el concepto de los derechos humanos, y desvían totalmente la atención de la necesidad de implementar completamente los derechos civiles, políticos, económicos y sociales existentes. Otros los ven casi enteramente despojados de utilidad”⁸.

No obstante lo anterior, la gran mayoría de los autores sostiene que el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado se encuentra íntimamente vinculado con la teoría de los derechos humanos, sea en virtud a su conformación como un derecho fundamental de tercera generación, o en virtud a su propio contenido, cuyos rasgos esenciales mantienen una conexión intrínseca con la teoría de los derechos humanos. Aspectos substanciales, formales y procesales confluyen en dar importancia y valorar dicha garantía.

Puede sostenerse, entonces, que el derecho a la vivir en un medio ambiente adecuado comparte caracteres con cada una de las “generaciones” de derechos humanos. De igual forma que los derechos civiles y políticos, o de primera generación, los derechos ambientales reconocen y amparan la facultad de las personas y ONGs de ser partícipes en la toma de decisiones de la administración, requiriendo la existencia de un efectivo acceso a la información, a recursos jurisdiccionales y a procesos políticos. Por otra parte, la Administración está obligada a cumplir con estándares mínimos de protección del derecho a la vida y a la salud de las personas, asegurando, de tal modo, un ambiente sano y garantizando el disfrute pleno del derecho de propiedad, protegiéndolo de cualquier daño ambiental⁹.

De igual forma que los derechos económicos y sociales, o derechos fundamentales de segunda, generación, el derecho a vivir en un ambiente adecuado requiere, para su ejercicio el incentivo e implementación de planes y políticas dirigidas a crear condiciones de vida que

7 Cfr.: RÍOS ANGULO, M. y RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (2), p. ii

8 BOYLE, A. Cit. ant. (3), p. 6.

9 Cfr.: RÍOS ANGULO, M. y RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (2), p. iii.

permitan a las personas, tanto en su esfera individual como colectiva (ONGs), desarrollarse de una forma equilibrada y equitativa, posibilitando el disfrute de un ambiente saludable o viable como un derecho económico o social, tal como los derechos ya protegidos en el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966¹⁰. "El principal argumento para este enfoque es que daría a la calidad ambiental un estatus comparable a otros derechos económicos y sociales, con prioridad sobre los objetivos no basados en los derechos"¹¹.

El derecho a vivir en un ambiente adecuado adscribe también a la categoría de un derecho de tercera generación, en tanto que es el propio Derecho Ambiental el que determina la necesidad de proteger intereses de naturaleza colectiva. En tal sentido, se hace indispensable la cooperación entre los gobiernos y entre estos y las organizaciones internacionales con el fin de otorgar los recursos, habilidades y tecnología necesarias para el cumplimiento de los objetivos ambientales.

Habiéndose, entonces, entendido el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado como una categoría inserta en cada una de las generaciones descritas, la tendencia es a considerarlo como un derecho autónomo de la persona humana. Para esos efectos, el derecho a la protección del medio ambiente, ha obtenido un reconocimiento jurídico por parte de la Administración mediante el establecimiento de estándares de calidad ambiental que sean susceptibles de ser reclamados por las personas, mediante la acción correspondiente. Por ello se requiere que el Estado reconozca "el carácter vital del ambiente como una condición básica de la vida, indispensable para la promoción de la dignidad y el bienestar humano, y para el cumplimiento de otros derechos humanos"¹².

En tal contexto, la evolución del Derecho Ambiental, a través de diversos instrumentos internacionales - todos los que tienen aplicación directa en los países que los suscriben, sean de naturaleza declarativa como aquellos que impongan obligaciones específicas y constatables en cuanto a su cumplimiento - así como el intensivo desarrollo de esta materia, que se verifica mediante la recepción del Derecho Internacional del medioambiente en los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados, ha propendido al reconocimiento del derecho a la protección del medio ambiente en la mayoría de las Constituciones y legislaciones de los países democráticos occidentales, alcanzando en opinión de un amplio sector de la doctrina y del Derecho Comparado, el carácter de derecho fundamental de la persona humana.

10 Cfr.: Ibid.

11 BOYLE, A. Cit. ant. (3), p. 6.

12 BOYLE, A. Cit. ant. (3), p. 10.

Esta es la razón fundamental por la cual la protección de este derecho se conforma, al día de hoy, en una tarea esencial de cualquier Estado que pretende un crecimiento económico acorde a los lineamientos que plantea el principio de desarrollo sustentable. Para llevar a cabo esta tarea, ha sido necesario crear mecanismos jurídicos adecuados, que permitan a las personas ejercer una tutela efectiva para gozar de un medio ambiente sano y saludable, apto para el disfrute del entorno sin detrimento de su calidad de vida y bienestar¹³.

Los mecanismos susceptibles de ser aplicados por los ordenamientos jurídicos para una protección efectiva del medio ambiente se traducen en el reconocimiento y ejercicio de los siguientes derechos:

- a) El derecho de acceso a la información ambiental relevante;
- b) El derecho de participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales de la Administración; y
- c) El derecho de acceso a la justicia en materia ambiental.

De los tres derechos señalados, el que se vincula directamente con la protección judicial efectiva del medio ambiente es el derecho de acceso a la justicia, a través del cual se le reconoce a la persona la capacidad de actuar ante órganos competentes establecidos por ley, tanto para garantizar el ejercicio de los dos primeros derechos, como para solicitar directamente la defensa del medio ambiente afectado por actos u omisiones de particulares o la administración¹⁴.

De esta forma, hemos de entender el derecho de acceso a la justicia como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho. Como tal, obliga a los países a poner a disposición de sus ciudadanos, mecanismos de tutela de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales simples, accesibles, de breve tramitación y con un adecuado sistema de cumplimiento, reconociendo siempre en el tribunal el principio de oficialidad. Se impone tal relevancia, puesto que es una de las principales herramientas para equilibrar el desarrollo con la sustentabilidad.

13 Cfr.: RÍOS ANGULO, M. y RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (2), p. iii.

14 Ibid.

En su calidad de derecho procedimental¹⁵, el derecho de acceso a la justicia ambiental, es el que concreta el derecho a vivir en un ambiente adecuado, es como uno de los mecanismos a través del cual las personas pueden participar en el control del cumplimiento de las normas ambientales¹⁶.

En este orden de ideas, resulta particularmente interesante la conceptualización formulada por el jurista Brañes Ballesteros, quien entiende el derecho de acceso a la justicia ambiental como "la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos"¹⁷.

Bajo este prisma, a efectos de propender a la evolución del derecho de acceso a la justicia ambiental, es necesario:

- a) Permanente desarrollo de la normativa sectorial;
- b) Efectiva aplicación de tales estatutos;
- c) Capacitación de las autoridades con competencia para conocer los asuntos de esta índole;
- d) Fortalecimiento de los mecanismos que permiten la resolución de conflictos ambientales de forma completa y expedita;
- e) Amplia legitimación activa; y
- f) Generación de condiciones de igualdad en el acceso a la información ambiental para todos los ciudadanos.

15 JARIA I M., J. "El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006". En: PIGRAU S., A. (Dir.). *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*. Barcelona, Atelier, 2008, pp. 133 y ss. y RAZQUIN L., JOSÉ A. y RUIZ DE APODACA E., ÁNGEL. *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2007. pp. 105 y ss.

16 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C., "Los Tribunales Ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IV, N° 1, 2013, p. 3.

17 BRAÑES B., R. "El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible". En: *SIMPOSIO JUDICIAL Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina* (26 al 28 de enero de 2000) Ciudad de México. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México, p. 40.

Los primeros estudios destinados a la determinación de la efectiva implementación del derecho acceso a la justicia ambiental en Chile, tuvieron lugar desde la academia¹⁸, a través de la elaboración de una serie de estudios tendientes analizar dicha temática, visto a la luz de los lineamientos establecidos por el Derecho internacional y comparado.

Sin desconocer el importante desarrollo del Derecho del entorno, del ecosistema y del medio ambiente en nuestro país desde la década de los años 70', que tuvo como resultado la aprobación de la institucionalidad ambiental por la Ley N° 19.300, cabe señalar que tales avances fueron paulatinos. Este panorama se mantuvo prácticamente intacto hasta el año 2012, cuando se publicó la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales y que supuso un importante cambio en el desarrollo del derecho del acceso a la justicia en materia ambiental, permitiendo analizarlo desde un punto de vista distinto, dando comienzo a una nueva etapa para este pilar de acceso en el ordenamiento jurídico chileno, en el cual se tienen puestas las esperanzas de una evolución que recoja con prontitud los nuevos estándares internacionales vigentes en la materia.

En consecuencia, el Derecho Ambiental de nuestro país ha experimentado un gran desarrollo, principalmente luego que la sociedad civil organizada requiriera con fuerza la aplicación de la legislación vigente, reclamando sus derechos ante los tribunales de justicia, a lo que se sumó el ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), asumiendo los desafíos que dicha instancia internacional obliga.

Es en ese contexto donde se establece una nueva institucionalidad ambiental en el país, concretada en primer término por la Ley N° 20.417 de 26 de enero de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y en segundo término por la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales.

Pese a que son variados los aspectos posibles de analizar en cuanto a la creación de este nuevo ente jurisdiccional, únicamente me abocaré a reflexionar acerca de la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental en el ámbito de su competencia. Observaré este fenómeno desde una óptica procesal, por cuanto en lo relativo a la substancial unidad

18 Durante el año 2004, un grupo de juristas adscritos al Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile realizó el primer proyecto piloto destinado a determinar la situación del acceso a la justicia ambiental en Chile, mediante la aplicación de una metodología establecida por la organización "The Access Initiative" Véase: THE ACCESS INITIATIVE [en línea] <<http://www.accessinitiative.org/poverty/node/323>> [consulta: 10 de noviembre 2014]

de la jurisdicción se ha dejado en evidencia un ideario de parte del legislador, el cual no comparto.

1. Evolución del Derecho Ambiental a través de la creación de la Ley N° 20.600

La prevención anterior no impide reconocer el esfuerzo que, a lo largo de estos últimos años, ha realizado el legislador destinado al desarrollo de la normativa ambiental chilena, en especial en lo que dice relación con la instauración de una nueva institucionalidad ambiental.

Conociendo las deficiencias existentes en el sistema legal, respecto a la aplicación efectiva de la normativa atingente, el legislador ambiental ha pretendido corregirlas. Por ello ha considerado al cumplimiento de la regulación ambiental “como un importante fundamento del Estado de Derecho, la buena gobernanza y el Desarrollo Sostenible”¹⁹, que propenda equilibradamente a “la certeza jurídica para la inversión, la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia ambiental”²⁰.

2. Tribunales competentes establecidos en la Ley N° 20.600

Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.600 no existían en Chile órganos jurisdiccionales especializados que conocieran de los asuntos suscitados en la esfera medioambiental. Por ello, las Cortes de Apelaciones se conformaron como tribunal competente para conocer, en primera instancia, de las acciones de protección ambiental y se radicaron en los tribunales ordinarios civiles la competencia para conocer de las acciones indemnizatoria ordinaria y de daño ambiental²¹.

La concreción de la nueva ideología del legislador, en cuanto al establecimiento órganos jurisdiccionales especializados en materia ambiental, se ha sido materializando a través de la gradual entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales, cuya función, en general, consiste en “resolver las controversias medio ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento”²².

19 Véase el Mensaje N° 1419-357 de S. E., La Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental, de 28 de octubre de 2009.

20 Ibid.

21 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 25.

22 Véase el artículo 1° de la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales.

Se justificó la existencia de tres tribunales distribuidos de forma equidistantes a lo largo del país, asumiendo “un cierto compromiso de que dependiendo de cómo éstos funcionen se podría ir sumando uno por región”²³. Si la cantidad de Tribunales Ambientales que ha establecido la ley resulta o no suficiente, solo podrá determinarse una vez transcurrido un plazo prudencial desde la su instauración y funcionamiento²⁴.

3. Competencia de los Tribunales Ambientales y procedimientos establecidos en la Ley N° 20.600

El Mensaje Presidencial, que dio inicio al proyecto de Ley, consideró al Tribunal Ambiental como “un organismo jurisdiccional de carácter exclusivo para cuestiones ambientales”²⁵. Esta disposición puede otorgar al intérprete una idea de competencia amplia de los Tribunales Ambientales, sin embargo se trata de una idea meramente aparente, toda vez que a continuación, es la propia norma la que se encarga de morigerar su contenido al establecer que sus competencias están asociadas integralmente a la regulación ambiental, refiriéndose específicamente a “todas las atribuciones contenciosas administrativas de la ley N° 19.300”²⁶.

La competencia de los Tribunales Ambientales se encuentra establecida en el Título II de la Ley 20.600/2012, las cuales se encuentran enumeradas en su artículo 17 y que, en general, dicen relación con el conocimiento de reclamaciones que se interpongan en contra de actos administrativos de carácter ambiental²⁷. En consecuencia, se ha de entender que se trata de entes jurisdiccionales que tienen el carácter de un tribunal de lo contencioso administrativo ambiental. Se salva de esta regla, la competencia establecida en el número 4 del artículo señalado, referente al conocimiento de ciertas solicitudes referentes a medidas provisionales, suspensiones y aplicación de ciertas sanciones y la competencia establecida en el número 2 del mismo artículo, por cuanto se le otorga también competencia para conocer de las demandas destinadas a obtener la reparación del medio ambiente dañado.

23 Véase la opinión del jurista CORDERO VEGA en El Mercurio Legal: CORDERO VEGA, Luis. “Tribunales Ambientales: la pieza faltante de la institucionalidad ecológica” *El Mercurio Legal*. 27 de noviembre de 2011 [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2011/11/27/Tribunales-Ambientales-la-pieza-faltante-de-lainstitucionalidad-ecologica.aspx>> [consulta: 18 de abril de 2012]

24 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 27.

25 Véase el Mensaje N° 1419-357. op. cit.

26 Ibid.

27 Se trata de reclamaciones principalmente referentes a los actos regulatorios, calificaciones ambientales expedidas en segunda instancia administrativa, invalidaciones y revisiones de resoluciones de calificación ambiental, y sanciones aplicadas por la Superintendencia de Medio Ambiente. Cfr: GUZMÁN ROSEN, R. *Derecho Ambiental Chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Planeta Sostenible, Santiago de Chile, 2012, p. 240.

Por tanto, respecto del daño ambiental la ley hace una remisión expresa a los Tribunales Ambientales, de la competencia que antes se encontraba radicada en los juzgados de letras en lo civil.

Finalmente, cabe señalar que, de ningún modo, la Ley N° 20.600 otorga a los Tribunales Ambientales la exclusividad en el conocimiento de los asuntos ambientales. En efecto, aquellas competencias relativas al ámbito ambiental sectorial específico, como es el caso de las aguas, de cuestiones sobre la biodiversidad, del tema forestal, de pesca, entre otros, quedan relegadas de su conocimiento²⁸. En el proyecto en actual tramitación se corrigió lo anterior en cuanto a la biodiversidad. Las disposiciones contenidas en el Título III de la Ley N° 20.600 establecen, los procedimientos correspondientes para el ejercicio de las competencias otorgadas a los Tribunales Ambientales.

El Párrafo 2º dispone el procedimiento para el conocimiento y fallo de las reclamaciones; el Párrafo 3º el procedimiento de las solicitudes, y el Párrafo 4º el procedimiento por daño ambiental. Estos tres procedimientos están sujetos, además, a ciertas disposiciones comunes, las que se encuentran contempladas en el Párrafo 1º del Título en comento, finalmente, en el Párrafo Final, señala las disposiciones atinentes a la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental, el órgano jurisdiccional encargado de su conocimiento y el procedimiento en concreto al cual ha de ceñirse.

Una vez abordado el panorama relativo a las competencias de los Tribunales Ambientales y los procedimientos establecidos para su conocimiento, resulta posible realizar un análisis crítico acerca de la idoneidad de los mismos. A estos efectos resulta de suma utilidad la aplicación de ciertos principios formativos del procedimiento, como herramientas indicadoras del nivel de acceso a la justicia ambiental, que rige al día de hoy, en virtud de la implementación de la Ley N° 20.600.

El artículo 21 de la Ley N° 20.600²⁹, dispone que ha de regir en los procedimientos que ella contempla, el principio de oficialidad. Aún cuando, el procedimiento dispuesto para el conocimiento de las reclamaciones y el que tiene por objeto el conocimiento y fallo de

28 Véase la Ley N° 20.283 de 30 de julio de 2008, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, en lo referente al conocimiento de las infracciones que son y seguirán siendo de competencia del Juez de Policía Local, conforme lo dispone su artículo 45.

29 Artículo 21 de la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales: "Publicidad del procedimiento y representación de las parte. El procedimiento será público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. Las partes deberán actuar representadas en la forma prevista en la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio".

demandas por daño ambiental se inicien a instancia de parte, tal como se establece en los artículos 27 y 33 de la Ley N° 20.600, es el Tribunal Ambiental quien tiene el impulso procesal para realizar las demás actuaciones que sean pertinentes con la finalidad de hacer avanzar el procedimiento, independientemente de la previa solicitud de parte³⁰. En consecuencia, la ecuación está dada por el inicio del procedimiento a instancia de parte, y la tramitación del mismo a instancia del tribunal.

El principio de publicidad también encuentra asidero expreso en la norma. Conforme lo dispone el propio artículo 21, previamente referido, un procedimiento público permite un efectivo conocimiento de la causa por parte de la sociedad lo cual es requisito *sine qua non* para que se ejercite el derecho de participación, sea en calidad de tercero, o como *amicus curiae*, propendiendo, de tal modo, a una solución completa y efectiva del asunto.

Finalmente, cabe señalar que durante la tramitación del proyecto de ley por el cual se crearon los Tribunales Ambientales, algunas Organizaciones No Gubernamentales presentaron ciertas indicaciones que apuntaban a la incorporación del principio de oralidad³¹, considerando que es, a través de la oralidad, donde tienen total cabida los principios de inmediación, se propende a la concentración y a la economía procesal³².

No obstante lo anterior, esta indicación, no fue acogida por el Parlamento. Actualmente, por tanto, rige la escrituración en los procedimientos de reclamo, de solicitudes y de daño ambiental, presentándose, excepcionalmente, ciertas manifestaciones de oralidad³³ en algunas etapas del procedimiento, como por ejemplo la audiencia de conciliación, formulación de alegaciones y prueba en el procedimiento por daño ambiental³⁴.

30 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 30.

31 OJO CON EL PARLAMENTO Y CHILE SUSTENTABLE., (2010, 20 agosto). Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales. Minuta de tramitación en el Senado del Congreso Nacional [en línea] <<http://diariodelderechoambiental.bligoo.com.ar/media/users/8/417260/files/31290/Minuta-Tramitacion-Tribunales-Ambientales-Senado-Agosto-2010.pdf>> [consulta: 11 de abril 2013] de <<http://diariodelderechoambiental.bligoo.com.ar/media/users/8/417260/files/31290/Minuta-Tramitacion-Tribunales-Ambientales-Senado-Agosto-2010.pdf>>.

32 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 30.

33 Siguiendo a MONTERO AROCA Y GÓMEZ REDONDO: "Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalectimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito" en: MONTERO AROCA, J., (et al). *Derecho Jurisdiccional*. Parte General, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 16ª ed., Valencia, 2008, p. 393.

34 Véase los artículos 36, 37 y 38 de la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales.

4. La legitimación activa en la Ley Nº 20.600

El artículo 18 de la Ley Nº 20.600 establece el derecho de acción, correspondiente a la reclamación, la solicitud o la demanda. Están facultadas para accionar ante los Tribunales Ambientales mediante las mencionadas vías, solamente aquellas personas autorizadas para intervenir en el procedimiento, en calidad de parte, conforme la enumeración que dispone la norma referida. Esta enumeración se relaciona con las competencias señaladas en el artículo 17³⁵, acotando así los legitimados individuales o colectivamente que pueden acudir al Tribunal por cada una de las competencias establecidas³⁶.

El proyecto originario de la Ley que crea los Tribunales Ambientales permitía un acceso más generalizado³⁷, en cambio, en la normativa actual la legitimación activa se restringe³⁸ al establecer filtros de acceso para cada una de las competencias de los Tribunales Ambientales. Según el académico Julio Lavín, el legislador consideró necesario establecer estos filtros para “prevenir los riesgos de una excesiva judicialización”³⁹, no obstante que

35 Así, por ejemplo, conforme dispone el número 1 del artículo 18, están legitimados para interponer la reclamación del número 1 del artículo 17 (reclamaciones en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión...), cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley Nº 19.300 y le causen perjuicio. Conforme el número 2 del artículo 18; están legitimados para interponer la demanda del número 2 del artículo 17 (para obtener la reparación del medio ambiente dañado), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (...).

36 Cfr: OLIVARES CORTÉS, C. *Legitimación activa en los Tribunales Ambientales*. Blog del Centro de Derecho Ambiental. 15 de octubre de 2010 [en línea] <<http://www.derecho-ambiental.cl/2010/07/legitimacion-activa-en-lostribunales.html>> [consulta: 17 de septiembre de 2012]

37 “Estarán legitimados para intervenir ante el tribunal las personas naturales o jurídicas que se encuentren en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 21 de la Ley Nº 19.880”.

38 Conforme el actual texto del artículo 18 de la Ley Nº 20.600, son legitimados activos para comparecer en calidad de partes ante el Tribunal ambiental competente: 1. Cualquier persona que considere que los Decretos Supremos (que establecen normas de calidad ambiental, normas de emisión, zonas latentes o saturadas, y planes de prevención o descontaminación) no se ajustan a la ley y le causan perjuicio; 2. Las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño, las municipalidades y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado, en casos de daño ambiental; 3. Las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por resoluciones de la Superintendencia de medio ambiente; 4. La Superintendencia de Medio Ambiente para solicitar la autorización de medidas provisionales, suspensiones y sanciones; 5. Las personas naturales o jurídicas que presenten reclamaciones en contra de resoluciones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, cuando consideren que sus observaciones no hubieren sido apreciadas en el procedimiento de evaluación ambiental; 6. Cualquier persona que considere que los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas y/o los objetivos de los instrumentos señalados; 7. Las personas que hayan solicitado la invalidación administrativa de un acto administrativo de carácter ambiental o las personas afectadas por las resoluciones que resuelvan dichos procedimientos de invalidación.

39 PROGRAMA DE DERECHO Y POLÍTICA AMBIENTAL. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Comentarios acerca del proyecto de ley que crea los tribunales ambientales (Boletín Nº 6747-12). 27 de septiembre de 2010 [en línea] <www.derechoambiental.udp.cl/?p=1059> [consulta: 30 de abril de 2012]

se debería haber propendido a esa finalidad, puesto que es la forma en que corresponde participar en un Estado Democrático. Se cierra, de esta forma, el acceso a la justicia a un conjunto de interesados.

"Desde las organizaciones no gubernamentales ha habido cierta crítica a este respecto⁴⁰, considerando que en ninguna de las etapas de la tramitación de la norma y, finalmente, tampoco en su redacción final, se contempló de manera expresa la participación de la ONG de carácter ambiental, como ente legitimado para comparecer ante los Tribunales Ambientales"⁴¹.

La consecuencia es muy relevante, puesto que se pretendía que la discusión se produjera ante la justicia especializada, sin embargo, se mantiene aplicable la acción constitucional de protección, la que sigue siendo ejercida por las ONGs directamente o en representación de los afectados, a lo cual se suma su mayor rapidez.

Pudo llegarse a una solución intermedia mediante una legitimación activa más amplia, al menos en lo que a acción ambiental se refiere, contemplado expresamente la participación de las ONGs como legitimadas en defensa del interés difuso. No obstante, no se insistió con una especie de acción popular, entendiéndose que con ello se produciría "un interminable peregrinar de demandas particulares con un serio peligro para la seguridad jurídica"⁴².

El Derecho Administrativo ofrece diferentes soluciones para este tema⁴³, el que se radica fundamentalmente en las acciones de interés, restringida únicamente a las ONG de carácter ambiental, permanentes y con presencia territorial en el lugar afectado, tal como la que se establece en el ordenamiento jurídico español⁴⁴, que para evitar cuestiones de excesiva judicialización ha establecido una serie de requisitos destinados a filtrar la participación de estas entidades. Tales requisitos son:

40 OJO CON EL PARLAMENTO Y CHILE SUSTENTABLE. Cit. ant. (22).

41 RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 34.

42 BORDALÍ SALAMANCA, A., "Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. Vol. 9, dic. 1998, p. 57. Quien se ha mostrado a favor de la implementación de la acción popular.

43 Ver reclamo de legalidad municipal.

44 Para ahondar en este tema véase: RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., "La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. núm. 11, 2007.

- a) Tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o en alguno de sus elementos en particular;
- b) Estar constituida legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y venir ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para el cumplimiento de los fines que establece su estatuto;
- c) Desarrollar su actividad en el ámbito territorial que resulte afectado por la acción u omisión administrativa que vaya a ser objeto de impugnación⁴⁵.

Sin embargo, necesario considerar que, aun cuando las ONGs no puedan ejercitar las referidas acciones ante los Tribunales Ambientales en calidad de parte, salvo que se encuentren en alguna de las situaciones enumeradas en el artículo 18 de la Ley N° 20.600, pueden actuar en juicio en calidad de *amicus curiae*.

Son *amicus curiae*, conforme lo dispone el artículo 19 de la Ley N° 20.600, "cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público". A los *amicus curiae* se les faculta para presentar sus comentarios, observaciones o sugerencias durante la tramitación de una proceso de conocimiento de Tribunales Ambientales, que si bien carecen de efecto vinculante, deben ser consideradas en la sentencia definitiva.

En consecuencia, aun cuando la Ley N° 20.600, presenta una legitimación activa restringida, con relación a lo que establecía el proyecto de ley inicial, el esfuerzo por parte de los legisladores en incorporar la figura del *amicus curiae* favorece la participación de ONG ambientales en los juicios que versen sobre asuntos ambientales⁴⁶.

En definitiva, a través del establecimiento de la figura del *amicus curiae*, no solo se fortalece indirectamente la legitimación activa, sino que propende al desarrollo normativo ambiental de una forma democrática, porque es la primera vez que se incorpora esta figura en la legislación chilena mediante la aceptación de observaciones que se realizaron desde la sociedad civil, durante la tramitación del proyecto.

45 Véase el artículo 23 de la Ley N° 27, de 18 de julio de 2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

46 Cfr.: RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 35.

5. La igualdad económica en el acceso a la justicia ambiental en la Ley Nº 20.600

Para que exista una verdadera implementación del derecho de acceso a la justicia es necesario que la capacidad económica de los sujetos involucrados para poder ejercer la acción se encuentre equilibrada. Con el objeto de cumplir con este requisito, desde la sociedad civil se presentaron, durante el periodo de tramitación del proyecto de Ley, una serie de indicaciones tendientes al establecimiento de un fondo público para financiar la participación de los sectores de menores ingresos en las causas.

No obstante lo anterior, dicha indicación, "no fue acogida y tampoco se estableció otra alternativa, manteniéndose, en consecuencia, las fórmulas generales: el privilegio de pobreza y la defensa a través de la Corporación de Asistencia Judicial, que no son los mecanismos más idóneos para intentar igualar las posiciones de las partes ante un conflicto de naturaleza ambiental"⁴⁷.

A este respecto, sin embargo, cabe señalar que, la Ley Nº 20.600 también contempla una virtud tendiente a igualar a las partes en lo que dice relación con sus capacidades económicas. Así, el inciso 3º del artículo 42 de la Ley 20.600 dispone que el Tribunal, de manera excepcional, podrá eximir a la parte, total o parcialmente del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo. Este costo será de cargo del Estado⁴⁸.

En conclusión, en lo referente al tema de equidad de las partes en los procedimientos ambientales, ha de entenderse que se trata de un principio que no logra ser cumplido a través de las disposiciones propias de la Ley Nº 20.600, y se estima que, en tal sentido, aún quedan tareas pendientes por cumplir.

47 RIQUELME SALAZAR, C. Cit. ant. (16), p. 36.

48 Véase el artículo 42 inciso 3 de la Ley 20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales.

CONCLUSIONES

La Ley Nº 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, vino a incorporarse al conjunto de disposiciones ya existentes, cifrando esperanzas de un cambio, como se ha dicho en recoger, en mayor medida los postulados a que se ha hecho referencia en esta exposición.

No ha de perderse de vista, que en el ejercicio de las competencias jurisdiccionales propias de los Tribunales Ambientales, como los tribunales de la jurisdicción ordinaria, entre ellos la Corte Suprema, la normativa que implementa la nueva institucionalidad ambiental, a la que hemos hecho referencia, ha de ser siempre aplicada e interpretada conforme a los principios generales del Derecho y especiales del Derecho Internacional del Medio Ambiente, entendiendo que "(...) cuando decimos que un principio en particular es un principio de nuestro derecho, es que el principio es de aquellos que deben ser tenidos en cuenta, esto es, como una consideración que inclina (la decisión) en un sentido o en otro. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se consideran (...) quien resolver el conflicto debe tomar en consideración el peso relativo de éstos"⁴⁹.

A este respecto⁵⁰, la Corte Suprema da cuenta de la modelación de principios orientadores e interpretativos que se han desarrollado, fundamentalmente, en el proceso de construcción del Derecho Ambiental. Reconocidos éstos por los operadores jurídicos, han ido cumpliendo una función de interpretación, aplicación, integración, innovación y contención de las normas.

Específicamente, en lo que respecta al principio de precaución o de acción precautoria que ha venido a reforzar el tradicional principio de prevención, que en lo medular consiste en la inadmisibilidad del argumento de falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas eficaces, en los casos en que se enfrente un peligro de daño grave e irreversible del medio ambiente. Si bien este principio no está reconocido expresamente en nuestra legislación sectorial, se ha aplicado en el último tiempo por extensión y homologación del principio preventivo, cuya finalidad es evitar que se produzcan los problemas ambientales y no intentar superarlos una vez producidos. Esta es la forma en

49 DWORKIN, R., "Is law a system of rules?". The philosophy of law. Inglaterra, Oxford University Press, 1997, p. 47.

50 CORDERO, L., "Precaución y recurso de protección. Sobre los alcances de la sentencia de la Corte Suprema en el caso de 'Construcción Tranque El Mauro' y su relación con el sistema de impugnación de decisiones ambientales". *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, pp. 339-374.

que la Corte Suprema ha razonado sus sentencias en los últimos años, no en busca de que los particulares se ubiquen en estándares de riesgo cero, sino en atención a que aquellos peligros que sean advertidos, sean considerados, evaluándose las medidas y mitigaciones pertinentes, minimizando las inseguridades.

Ejemplificando la doctrina que comenta, Luis Cordero cita el fallo del recurso de protección contra la construcción del tranque El Mauro, en el que se explicita que se habrían vulnerado los derechos a la integridad física y psíquica de la comunidad de Caimanes al construirse una obra subestimando los riesgos sísmicos de la zona, situación que la Corte estaría llamada a proteger en virtud del principio precautorio. En este caso, se estima que el referido principio tiene su premisa en la conservación del medio ambiente y la protección de la salud pública, valores que se identifican como bienes comunes.

En el mismo sentido, entendiendo la labor interpretativa que le corresponde a los tribunales de justicia en advertencia de la procedencia de considerar todas las fuentes del derecho, entre ellas los principios jurídicos. Es así que en los conocidos casos de Bocamina I y II, en las que se aplicaron estándares de control sustantivo, que implicaron un desafío directo a la decisión ambiental, la Corte, utilizando los principios del derecho ambiental, cuestionó las medidas de carácter técnico de la autoridad administrativa, sobre la base de la protección efectiva de las garantías constitucionales.

De esta manera, en el fallo de Bocamina I y II, la Corte afirma que si un proyecto aprobado por Estudio de Impacto Ambiental es modificado por una Declaración de Impacto Ambiental, produce un problema de información que permite evaluar por completo los impactos de un proyecto o actividad. Concretamente, la necesidad de un estudio 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 solo se cumplen cuando los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que solo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental.

La Corte Suprema tiene presente que, aun cuando el acto recurrido sea una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de competencia del órgano respectivo, si ésta se considera carente de razonabilidad y, por lo tanto, arbitraria, debe ser, a lo menos, observada; circunstancia que en el caso Bocamina se refleja en la incomprensión de la procedencia de una Declaración de Impacto Ambiental, la que no permite evaluar una cuestión técnica compleja que dice relación con la modificación de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva, por lo que requirió precisamente de un Estudio. En

consecuencia, el establecimiento de una Declaración de Impacto Ambiental, en este caso conforma una actuación desprovista de sustento y, por tanto, resulta arbitraria.

Del mismo modo en tales sentencias, se dio un espacio de confianza a la nueva autoridad ambiental, entregándole la iniciativa en la preservación del ecosistema marino, procediendo con particular empeño a tramitar una medida de suspensión, la cual dejó sin efecto a los pocos días, sin que existiere constancia de haberse subsanado el hecho sobre la base del cual se solicitó por la autoridad administrativa y se dispuso por la autoridad jurisdiccional especializada. Queda, de esta forma la autoridad administrativa, malamente reflejada en su proceder, todo lo cual puede generar desconfianza en la jurisdicción a su respecto y, por lo mismo, determinar que en el futuro sean los tribunales quienes dispongan con todas sus particularidades y profundidad las medidas pertinentes, sin dejar mayor amplitud a la Administración, la que se limitará a ejecutar las detalladas acciones acordadas por los tribunales.

Ante este escenario, cabe aseverar que le corresponde a la judicatura ejercitar sus competencias en materia de derecho ambiental, dando estricto cumplimiento a los principios que le son propios que, indudablemente, han marcado una nueva tendencia durante los últimos años. La esperanza se ha abierto. Estamos expectantes. La comunidad espera que los jueces sean artífices en la construcción de la sociedad, lo cual corresponde realizar conforme a los dictados del legislador, según la evolución que ha experimentado el Derecho en nuestro país y en el mundo, dando estricto cumplimiento a todos los instrumentos que conforman el ordenamiento jurídico medioambiental.

Recibido: 18 de noviembre de 2014

Aprobado: 19 de noviembre de 2014

El cierre del Mercado Europeo de Carbono para los países en desarrollo: Análisis de esta medida y nuevos desafíos y oportunidades para Chile

*The closure of the European carbon market for
developing countries: Analysis of this measure and
new challenges and opportunities for Chile*

Felipe Ramírez Parada

Consejo para la Transparencia, Chile

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Master in Environmental Law and Policy,

University College London.

Diplomado en Recursos Naturales y Energía,

Pontificia Universidad Católica de Chile.

fbramirezp@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza las razones fundamentales que existen detrás de la reciente decisión de la Unión Europea de cerrar las puertas de su Sistema de Comercio de Emisiones, a los créditos provenientes de proyectos amparados bajo el Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto, ubicados en países en desarrollo. Esta medida, que se ha hecho efectiva a partir de enero de 2013, forma parte de un nuevo fenómeno en la política de la Unión Europea llamado "unilateralismo contingente", por el cual esta última busca imponer a terceros países, su propia agenda en materia de Cambio Climático.

Además, se revisarán los efectos de esta decisión en los países en desarrollo, a la luz de sus necesidades de desarrollo sustentable, reconocidas largamente en uno de los principios fundamentales del régimen jurídico del Cambio Climático, el Principio de "Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas", y recogidas como primer objetivo del mecanismo de flexibilidad ya mencionado. Finalmente, repasaremos la perspectiva y experiencia chilena en materia de Cambio Climático y los desafíos y oportunidades que presenta este nuevo escenario del mercado internacional de carbono.

Palabras clave: Cambio Climático, Mecanismo de Desarrollo Limpio, Desarrollo Sustentable, Unilateralismo Contingente, Sistema de Comercio de Emisiones.

SUMMARY

This paper examines the fundamental reasons behind the recent decision of the European Union to close the door of its Emissions Trading Scheme, to credits from projects covered under the Clean Development Mechanism of the Kyoto Protocol and located in developing countries. This measure, which has been effective from January 2013, is part of a new phenomenon in the politics of the European Union called "contingent unilateralism", by which the latter seeks to impose its own Climate Change agenda on third countries.

Furthermore, we will review the effects of this decision in developing countries, in the light of their needs for sustainable development, long recognized in one of the fundamental principles of the legal regime of Climate Change, the Principle of "Common but Differentiated Responsibilities" and collected as the first objective of the mentioned flexibility mechanism. Finally, we will go through the Chilean experience and perspective on Climate Change and the challenges and opportunities presented by this new stage of the international carbon market.

Key words: Climate Change, Clean Development Mechanism, Sustainable Development, Contingent Unilateralism, Emissions Trading System.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos 25 años el mundo ha sido testigo de los grandes esfuerzos realizados por la comunidad internacional para detener y, en lo posible, hacer retroceder los impactos de la economía moderna en el medio ambiente global. Un paso fundamental en este camino, ha sido el Protocolo de Kyoto de 1997¹ (el Protocolo), de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático² (UNFCCC según su sigla en inglés *United Nations Framework Convention on Climate Change*). Es el primer acuerdo internacional en incluir compromisos vinculantes, por parte de los países desarrollados (o países del Anexo I de la UNFCCC), para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) con el fin último de frenar el calentamiento global. Mientras tanto, los países en desarrollo solo han asumido acciones de mitigación voluntarias a nivel nacional, de acuerdo a sus propias capacidades, y atendiendo sus necesidades de desarrollo sustentable.

Con el fin de ayudar a los países con obligaciones bajo el Protocolo a alcanzar sus metas de mitigación, este contempla tres “mecanismos de flexibilidad” destinados a facilitar el cumplimiento de sus compromisos rebajando el costo de reducir emisiones: el Comercio Internacional de Emisiones (CIE)³, el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)⁴ y la Implementación Conjunta (IC)⁵. Entre ellos, el MDL destaca por ser el único mecanismo creado bajo el alero del Protocolo que permite la participación de los países en desarrollo, mediante la implementación de proyectos “verdes” en su territorio, financiados por países desarrollados a cambio de “reducciones certificadas de emisiones” (CERs por su sigla en inglés *certified emissions reductions*), cada una equivalente a una tonelada de CO₂ y que constituyen créditos transables para el cumplimiento de los compromisos de mitigación de los países industrializados.

Ahora, en el plano global, desde un comienzo la Unión Europea (UE) ha reclamado el liderazgo en el combate contra el cambio climático. En este espíritu, a través de la Directiva 2003/87⁶, estableció el Sistema de Comercio de Emisiones (SCE) de la UE, y en 2004

-
- 1 ONU. "Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático" (adoptado el 12 de diciembre de 1997, entró en vigencia el 16 de febrero de 2005). *International Legal Materials (ILM)*. 1998, vol 37, p. 22-46. (Protocolo de Kyoto)
 - 2 ONU. "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático" (adoptada el 9 de mayo de 1992, entró en vigencia el 21 de marzo de 1994). *ILM*. 1992, vol. 31, p. 849-875. (UNFCCC)
 - 3 Protocolo de Kyoto, artículo 17.
 - 4 Ibid. Artículo 12.
 - 5 Ibid. Artículo 6.
 - 6 PARLAMENTO Y CONSEJO EUROPEO. Directiva 2003/87/EC, 13 de octubre de 2003. *Official Journal of the European Union (OJ)*. 2003, vol 275, p. 32-46.

aprobó una "directiva de enlace"⁷ que conectó este último con el MDL. El SCE-UE, como veremos, es por lejos, el mercado de carbono más grande del mundo y ha sido el núcleo de la demanda internacional de CERs procedentes de países en desarrollo como Chile. Teniendo en cuenta lo anterior, el futuro desarrollo de proyectos sustentables en el marco del MDL está ahora amenazado. Las reglas para el reconocimiento de créditos internacionales han experimentado un cambio sustancial en la UE desde la revisión legislativa del SCE-UE por la Directiva 2009/29⁸. De acuerdo a esta última, a partir del 1º de enero de 2013, los CERs generados en proyectos alojados en países en desarrollo, no serán transables en el SCE-UE, a menos que se alcance un nuevo y efectivo acuerdo internacional sobre Cambio Climático, o un acuerdo bilateral con la UE.

Las implicancias de esta nueva postura de la UE sobre el MDL pueden ser graves. Su objetivo primordial de asistir a los países en desarrollo a lograr un desarrollo sustentable, a través de la transferencia de recursos técnicos y económicos, ha quedado virtualmente congelado tras las modificaciones al SCE-UE.

Este trabajo identificará y analizará las razones fundamentales detrás de esta Directiva de la UE, que ha sido relacionada con una nueva estrategia de la UE en la esfera del Cambio Climático que algunos autores han denominado "unilateralismo contingente"⁹, y las repercusiones de esta medida para el mundo en desarrollo.

Para ello revisaremos los orígenes del régimen jurídico internacional del Cambio Climático, para recordar cómo este ha evolucionado de la mano con las aprensiones relativas a las necesidades de desarrollo de los países no industrializados. Lo anterior, se ha hecho más evidente tras el surgimiento del principio de "Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas"¹⁰ (RCPD) y la creación del MDL, que ya analizaremos con mayor detalle. Luego, revisaremos el sistema de comercio de emisiones adoptado por la UE, sus etapas, y el análisis de la reforma que cierra la puerta a los países en desarrollo a partir de 2013.

¿Cuál es el impacto de esta medida en la inversión y en las prioridades de desarrollo de los países no industrializados? Responderemos desde la perspectiva y experiencia de Chile como caso de estudio.

7 PARLAMENTO Y CONSEJO EUROPEO. Directiva 2004/101/EC, 27 de octubre de 2004. OJ, 2004, vol. 338, p. 18-23.

8 PARLAMENTO Y CONSEJO EUROPEO. Directiva 2009/29/EC, 29 de abril de 2004. OJ, 2009, vol. 140, p. 63-87.

9 SCOTT, Joanne; RAJAMANI, Lavanya. "EU Climate Change Unilateralism". *European Journal of International Law (EJIL)*. 2012, vol. 23, núm. 6, p. 469-494.

10 Articulado por primera vez en el Principio 7 de la Declaración de Río de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, (3-14 Junio de 1992). ONU, Doc. A/CONF.151/26, vol. 1.

A la fecha, el MDL ha demostrado en este país un significativo potencial en varias áreas relacionadas con la generación de energía, especialmente en proyectos de energías renovables no convencionales (ERNC), con más de 140 proyectos registrados o en trámite¹¹. No obstante lo anterior, los cambios adoptados por la Directiva 2009/29, pueden afectar seriamente las perspectivas del MDL en Chile si nuevas oportunidades no son tomadas en cuenta.

1. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto

La actual preocupación por el clima global y la concientización internacional sobre la necesidad de avanzar hacia una economía con niveles considerablemente más bajos de emisiones de GEI, están estrechamente vinculadas con el concepto de desarrollo sustentable, esbozado por primera vez en el Informe Brundtland de 1987, publicado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹².

Más tarde, dado el impulso producido tras las conclusiones del primer informe de diagnóstico del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático¹³ (IPCC por su sigla en inglés *Intergovernmental Panel on Climate Change*) de 1990¹⁴, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992, estuvo empapada de aprehensiones por el Cambio Climático y significó un foro clave para que los países en desarrollo fueran escuchados y considerados. Un hito fundamental en la Conferencia de Río fue la adopción de la UNFCCC.

Esta última Convención, iluminó el camino para el futuro desarrollo de un proceso de colaboración y acción internacional, y diseñó la primera estructura de principios y objetivos bajo la cual se enmarcaría la futura aplicación de medidas más tangibles contra

11 UNEP, Risoe. CDM/JI Pipeline, Analysis and Database [en línea] <<http://cdmpipeline.org/publications/CDMPipeline.xlsx>> [consulta: 20 de marzo 2014].

12 WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED). *Our Common Future*. 1987 [en línea] <<http://www.un-documents.net/ocf-01.htm>> [consulta: 17 de Junio 2013]. El Informe, identificó de manera notable el emergente problema del "efecto invernadero", como una amenaza real a los sistemas de vida del planeta que se desprende directamente de la acumulación de dióxido de carbono (CO₂) y otros gases en la atmósfera.

13 Creado por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), para proporcionar orientación sobre los aspectos científicos, técnicos y socioeconómicos del Cambio Climático y promover la acción internacional para combatir los efectos adversos del Calentamiento Global.

14 IPCC. *First Assessment Report*. J.T. Houghton, G.J. Jenkins y J.J. Ephraums (eds). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press (CUP), 1990. Llegó a la conclusión de que en un escenario *business as usual*, se esperaba un aumento de 0,3 °C en la temperatura media global por década durante el próximo siglo.

el Cambio Climático. Su principal objetivo es "la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático"¹⁵, el que ha de alcanzarse en un plazo de tiempo "suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible"¹⁶. Este último punto, fue una de las preocupaciones más importantes de los países no-Anexo I durante las negociaciones, quienes no estuvieron dispuestos a sacrificar su "derecho a desarrollarse económicamente"¹⁷ por asumir obligaciones de mitigación, y apuntaron a los países desarrollados, como los encargados de tomar la delantera en la adopción de medidas de reducción de emisiones, argumentando que "ya que el Norte ha sido históricamente responsable de crear el problema del Cambio Climático, el Norte debe ser responsable de resolverlo"¹⁸. Esta posición de los países en desarrollo y el reconocimiento general de la superioridad técnica y económica de las naciones desarrolladas para manejar y adaptarse al Cambio Climático, fue sintetizada en el ya enunciado principio de RCPD, cuya aceptación se elevó como una de las condiciones necesarias para garantizar una amplia participación de países en desarrollo en los instrumentos de Río¹⁹.

El principio de RCPD, se incluyó en la UNFCCC como una luz guía para lograr el objetivo final de su artículo 2, y es la razón subyacente a la imposición de responsabilidades más exigentes y onerosas para los países del Anexo I, que, desde un comienzo, tuvieron la misión de desarrollar e implementar políticas y planes para restablecer sus emisiones antropogénicas de GEI a los niveles de 1990 para 2000²⁰.

Otra característica notable en la Convención que brota del principio de RCPD, es la conciencia de que los efectos negativos del cambio climático pueden afectar desproporcionadamente a los países en desarrollo, muchos de los cuales son especialmente vulnerables a tales impactos. Atendido lo anterior, su artículo 4, n° 4 establece el deber de los países incluidos en el Anexo II (conjunto de países desarrollados más ricos, que forman

15 UNFCCC, artículo 2.

16 Ibid

17 ONU. "Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo". *Resolución de la Asamblea General (UNGA)* 41/128. 4 de diciembre 1986.

18 BODANSKY, Daniel; RAJAMANI, Lavanya. "The Evolution and Governance Architecture of the Climate Change Regime". En: SRIPNZ, Detlef; LUTERBACHER, Urs (eds.). *International Relations and Global Climate Change*. 2d ed. Cambridge, MA: MIT Press, 2013. p. 8-42.

19 BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International Law & the Environment*. 3a ed. Nueva York: Oxford University Press (OUP), 2009. p.132.

20 UNFCCC, artículo 4, n°2, letra b).

un subgrupo del Anexo I), de ayudar a los países en desarrollo a financiar los costos de adaptación a esos efectos negativos²¹.

Por otra parte, al momento de su adopción la UNFCCC fue duramente criticada por ser casi completamente simbólica. En este sentido, Posner y Weisbach, destacan que la Convención no contiene límites obligatorios para las emisiones; en cambio, su lenguaje es meramente aspiracional, y, aun cuando los países industrializados acordaron tratar de reducir las emisiones a los niveles de 1990 para el año 2000, este acuerdo no se materializó en una obligación jurídicamente vinculante²².

Mientras estas críticas parecen válidas, "la prueba del éxito no radica en los compromisos asumidos en la Convención misma, sino en su posterior evolución"²³. Desde su adopción, se han alcanzado más de 400 decisiones en ámbitos como la mitigación, la adaptación y la transparencia, celebrándose a la fecha 20 Conferencias Internacionales, pero más importante, la UNFCCC trazó una línea entre los países desarrollados y en desarrollo, compensando las inequidades y logrando un balance equitativo y aceptable para la gran mayoría de los Estados²⁴. Lo anterior, en gran parte promovido por el principio de RCPD; la piedra angular sobre la que se va a cimentar la adopción del futuro Protocolo de Kyoto, y que se encuentra en el centro de la postura en contra del nuevo intento de la UE de extender su influencia en el ámbito del Cambio Climático. Por lo expuesto, revisaremos con más detalle este principio antes de avanzar sobre los aspectos más importantes del Protocolo de Kyoto.

1.1 Responsabilidades comunes pero diferenciadas

La historia del diálogo internacional sobre el medio ambiente es una historia de intentos por conciliar premisas ideológicas contradictorias y realidades discordantes, entre los países industrializados y aquellos en vías de desarrollo para unificar una agenda ambiental común²⁵. Luego, a pesar de que ha habido claros conflictos de prioridades e intenciones, ciertos puntos de convergencia han surgido en el contexto de una emergente

21 Para Philippe Sands "esta disposición equivale a una aceptación implícita por parte los países desarrollados de su responsabilidad en causar el cambio climático (...)". SANDS, Philippe; PELL, Jacqueline. *Principles of international environmental law*. 2a ed. Cambridge, Reino Unido: CUP, 2012. p. 282.

22 POSNER, Eric A.; WEISBACH, David. *Climate Change Justice*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press (PUP), 2010. p. 42.

23 BIRNIE, Patricia. Cit. ant. (19), p. 371.

24 Ibid

25 RAJAMANI, Lavanya. *Differential Treatment in International Environmental Law*. Oxford, Reino Unido: OUP, 2006. p.54.

y compartida idea de justicia ambiental. Uno de estos puntos de consenso es el principio de "Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas", que se ha desarrollado a partir de la noción de equidad en el derecho internacional y el reconocimiento de que las desventajas y debilidades de los países en desarrollo deben considerarse al aplicar e interpretar las normas del derecho internacional del medio ambiente²⁶.

Lo más cercano a una definición del concepto de RCPD se encuentra en el Principio N°7 de la Declaración de Río de 1992²⁸. Sin embargo, este principio ha encontrado su expresión más prominente en el régimen internacional del Cambio Climático. En efecto, el Protocolo de Kyoto "es ampliamente considerado como el más claro intento de transformar, activar y poner en práctica el principio de RCPD de un concepto jurídico a un instrumento político"²⁹.

El principio de RCPD comprende dos dimensiones:

La primera se refiere a la responsabilidad común de todos los Estados por la conservación, protección y restauración del medio ambiente, como resultado del reconocimiento que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una "preocupación común de la humanidad"³⁰. Luego, en el contexto de la Convención, dado que el clima de la Tierra es por naturaleza un recurso de carácter universal, se requiere de una acción común por parte de todos los estados si las medidas de protección van a funcionar, esto es, una obligación debida por la comunidad internacional en su conjunto.

La segunda dimensión consiste en los diferentes niveles de responsabilidad que recaen en los Estados, sobre la base de sus contribuciones a la degradación ambiental (calentamiento global), y sus respectivas capacidades económicas y técnicas para abordar estos problemas. Lo anterior, descansa largamente en el Principio N° 7 de la Declaración de Río, cuya definición destaca la brecha que separa a los países ricos y las naciones en vías de desarrollo en cuanto a su responsabilidad por la protección y restauración del medio ambiente.

26 SANDS, Philippe. Cit. ant. (21), p. 233.

27 Principio N°7: "(...) En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen."

28 ONU. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. 1992 [en línea] <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>> [consulta: 21 de mayo 2014]

29 JOYNER, Christopher C. "Common but Differentiated Responsibility". *ASIL Proceedings*. 2002, vol. 96, p. 358-366.

30 UNFCCC, Preámbulo, Recital 1.

Respecto al primer elemento de diferenciación, basado en la contribución de los países a la degradación del medio ambiente, el Principio N° 7 no aclara el elemento temporal envuelto en estas contribuciones, pero existe un consenso más o menos generalizado en que es la escala actual de emisiones de un país, la primera referencia para determinar el nivel de responsabilidad de un Estado bajo el régimen del Cambio Climático. Esto fluye de la obligación nacida de la costumbre internacional de asegurar que las actividades bajo la jurisdicción o control de un país, no causen daño al medio ambiente de otros estados o de áreas más allá de sus fronteras³¹.

En cuanto al segundo elemento de diferenciación, este surge de la capacidad económica y técnica de los estados, no solo para mitigar y adoptar medidas en contra del Cambio Climático, sino también para adaptarse a sus consecuencias. En la práctica esta idea se refleja, por ejemplo, en la clasificación que hace la UNFCCC de los países que son Partes en tres categorías: todas las Partes (no-Anexo I); Partes que son países desarrollados y países con economías en transición (Anexo I) y las Partes que constituyen los países desarrollados más ricos (Anexo II: los miembros de la OCDE).

Sin embargo, lo anterior es solo una cara de la moneda, ya que la falta de capacidad técnica y económica y las necesidades especiales de los países en vías de desarrollo tienen que ser asimismo consideradas para los efectos de asumir diferentes responsabilidades. Consecuente con lo anterior, el Artículo 3 (2) de la UNFCCC señala: "Deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático (...)".

Por último, el principio de RCPD "es parte fundamental del aparato conceptual del régimen del Cambio Climático, de manera tal que forma la base para la interpretación de las obligaciones existentes y la elaboración de las futuras obligaciones legales internacionales dentro del marco del régimen en cuestión"³². En este sentido, dado su esencial rol en el ámbito del derecho ambiental internacional, el principio de RCPD debe operar no solo como un estándar de referencia en el proceso de toma de decisiones o en la interpretación y aplicación de convenios, sino también en las acciones unilaterales de los países *vis-a-vis* con otros.

31 ONU. Cit. ant. (28). Principio 2°. También reconocido por la Corte Internacional de Justicia, véase el caso relativo a los Ensayos Nucleares (Australia v Francia) (Fallo) [1974] CIJ Rep. 253; o el caso relativo al Proyecto *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría / Eslovaquia) (Fallo) [1997] CIJ Rep. 7.

32 SCOTT, Joanne. Cit. ant. (9), p. 477.

1.2 El Protocolo de Kyoto

El Protocolo fue aprobado por consenso en la COP 3, en Kyoto, Japón, el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigor siete años más tarde, el 16 de febrero de 2005. El principal logro del Protocolo fue que por primera vez los Estados desarrollados se comprometieron a objetivos y cronogramas de cumplimientos explícitos e inequívocos, con respecto a restricciones cuantitativas de emisiones de GEI, y al desarrollo de mecanismos internacionales para asegurar la observancia de estos compromisos.

El Artículo 3, n° 1 del Protocolo exige que las Partes incluidas en el Anexo I, aseguren, individual o conjuntamente, que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono, en relación a seis importantes GEI: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆ u Ozono a nivel suelo), no excedan sus cantidades asignadas³³, con miras a que el total de emisiones de esas Partes se reduzcan a un nivel al menos 5% inferior al de 1990, en el primer período de compromiso 2008-2012.

Para verificar el cumplimiento de sus obligaciones bajo la Convención y el Protocolo, las Partes con compromisos en el Anexo B, están sujetas a estrictos deberes de reporte y revisión, los que son sometidos al escrutinio de distintos equipos de expertos antes de ser considerados por la Conferencia de las Partes -como máxima instancia de supervisión para la Convención, así como para el Protocolo- y sus órganos subsidiarios.

1.2.1 Mecanismos de Flexibilidad establecidos en el Protocolo de Kyoto

Para Sands, la propuesta de incluir diversos "mecanismos de flexibilidad" dirigidos a reducir los costos de cumplimiento para los países del Anexo B, mediante la compra o adquisición en otros países, de créditos que representan reducciones de GEI, fue "por lejos, el más innovador (y polémico) aspecto de las negociaciones en Kyoto"³⁴.

El primero de estos mecanismos en ser abordado por el Protocolo, es la "Implementación Conjunta". Permite a los países desarrollados cumplir con sus compromisos bajo el Protocolo a través del desarrollo de proyectos en conjunto con otros países industrializados.

33 "Cantidad asignada" es la cantidad máxima de emisiones (en su equivalente en dióxido de carbono) que una Parte puede emitir en un período de compromiso a fin de cumplir con sus objetivos de emisión. Los objetivos, definidos en términos de cantidades de emisiones atribuidas a cada país, se enumeran en el Anexo B.

34 SANDS, Philippe. Cit. Ant. (21), p. 287.

El segundo mecanismo incluido en el Protocolo es el MDL. Básicamente, permite "externalizar" la reducción de emisiones en favor de los países industrializados mediante la inversión en proyectos "verdes" que contribuyan al desarrollo sostenible de los países en desarrollo en que se emplazan. Más adelante volveremos al MDL.

El tercer y último mecanismo de flexibilidad que figura en el Protocolo es un sistema de comercio internacional de emisiones (CIE), que establece un mercado de carbono entre las Partes con objetivos en el Anexo B. Este instrumento permite participar solo a los países desarrollados, para los efectos de asistirlos con sus compromisos de reducción, siempre y cuando dicha participación sea suplementaria a la adopción de medidas a nivel nacional. Bajo el CIE, las partes podrán expedir "unidades de cantidad asignada" (UCAs) hasta el total de sus cantidades atribuidas, y, en el caso de superar sus objetivos de reducción, pueden vender sus "excedentes", a los países que los necesitan para cumplir con sus propios objetivos o a aquellos que les resulte más barato comprar créditos que reducir emisiones en casa, o bien guardarlos para futuros objetivos de reducción. Por otra parte, las UCAs no son los únicos créditos que las Partes pueden transar, también pueden comerciar unidades en forma CERs, de proyectos del MDL, ERUs de proyectos de IC y "unidades de remoción de emisiones" (RMUs por su sigla en inglés *Removal Unit*), provenientes de sumideros que resulten de cambios en el uso de la tierra inducidos por el hombre y de actividades forestales³⁵.

1.2.2 Rol de los países en desarrollo en el Protocolo de Kyoto

Como destaca la profesora Rajamani: "El Protocolo de Kyoto es único, en cuanto a que es el único instrumento actualmente vigente que diferencia entre los países desarrollados y en desarrollo con respecto a sus obligaciones centrales"³⁶. Negociar este tipo de diferenciación, probó ser posible para los países en desarrollo dado el general reconocimiento, en ese momento, que la mayor responsabilidad por las emisiones históricas y actuales de GEI pertenecía a los países industrializados, que las emisiones *per cápita* en los países en desarrollo seguían siendo bajas, y que el porcentaje global de emisiones de los países en desarrollo debía aumentar para satisfacer sus necesidades sociales y de desarrollo³⁷.

35 BIRNIE, Patricia. Cit. ant. (19), p. 367.

36 RAJAMANI, Lavanya. "The Changing Fortunes of Differential Treatment in the Evolution of International Environmental Law." *International Affairs*. May 2012, vol. 88, núm. 3, p. 605-623. 611

37 *Ibid.* p. 612.

No obstante lo anterior, el panorama internacional, ha cambiado dramáticamente desde que la UNFCCC y el Protocolo se negociaron. Potencias emergentes como China –país que superó las emisiones de Estados Unidos en 2006 en un 8%³⁸, la India, Brasil y Sudáfrica, se argumenta, ya no merecen la extensión del tratamiento diferencial que disfrutaban bajo el actual régimen. Hay quienes sostienen, por lo tanto, que futuros acuerdos, deben contener una mayor paridad o “paralelismo” en los compromisos entre países desarrollados y (al menos algunos) países en desarrollo³⁹. Con todo, parece justo sugerir que el principio de RCPD no debiera ser evitado, sino tal vez reformulado, para identificar las circunstancias propias de los países en desarrollo dentro del mismo grupo.

Por último, en el marco de las negociaciones del Protocolo de Kyoto, en la tercera Conferencia de las Partes, en calidad de Reunión de las Partes para el Protocolo de Kyoto (CMP por su sigla en inglés), celebrada en Bali en 2007, se lanzó oficialmente el Fondo de Adaptación (FA), para ayudar a los países en desarrollo especialmente vulnerables a los efectos adversos del Cambio Climático, a financiar los costos de adaptación. El FA facilita el desarrollo y el despliegue de tecnologías que pueden ayudar a aumentar la resiliencia ante los impactos del clima. Durante el primer período de compromiso, el FA se financió principalmente con una participación del 2% del valor de los CERs emitidos cada año en proyectos del MDL. Atendido lo señalado, un importante argumento en contra de las nuevas restricciones de la UE, se refiere a la evidencia de que el FA se verá tremendamente afectado por la falta de fondos resultantes de la drástica disminución del número de proyectos registrados en el MDL a partir de 2013, y, por lo tanto, de los futuros ingresos procedentes de transacciones de CERs. En efecto, si consideramos que el mercado del MDL está dominado por compradores de CERs de la UE, con una participación de mercado de más del 80% en 2012⁴⁰, en el medio plazo, el FA podría ver sus ingresos reducidos sustancialmente.

1.3 Segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kyoto

La COP 17, celebrada en Durban en 2011, representó un punto de inflexión en las negociaciones sobre el Cambio Climático. En esta, se llegó a un acuerdo respecto a un segundo período de compromiso para el Protocolo, a comenzar en 2013. Además, las Partes decidieron lanzar una nueva plataforma de negociaciones, conocida como la “Plataforma de

38 PBL. Netherlands Environmental Assessment Agency. *Global CO2 emissions: increase continued in 2007* [en línea] <<http://www.pbl.nl/en/publications/2008/GlobalCO2emissionsthrough200713-06-2008>> [consulta: 23 de mayo 2014]

39 Ibid

40 UNFCCC. *CDM Insight* [en línea] <<http://cdm.unfccc.int/Statistics/Public/index.html/>> [consulta: 23 de mayo 2014]

Durban", para concluir un nuevo, universal y legalmente vinculante acuerdo sobre Cambio Climático el año 2015, con vigencia a partir del 2020.

Más tarde, en el marco de la COP 18, celebrada en Doha, Emiratos Árabes Unidos, en diciembre de 2012, la CMP, en su octava sesión, lanzó con éxito el nuevo período de compromiso para el Protocolo de Kyoto⁴¹ mediante la adopción de la "Enmienda de Doha para el Protocolo de Kyoto"⁴², cuyas principales características son las siguientes:

- Los gobiernos acordaron un segundo período de compromiso de 8 años, que comenzó el 1 de enero de 2013.
- Durante el segundo período de compromiso (2013-2020), las Partes se comprometieron a reducir las emisiones de GEI en al menos un 18% por debajo de los niveles de 1990.
- Los mecanismos de flexibilidad -MDL, IC y CIE- continuarán más allá de 2012, pero el acceso a ellos será solo ininterrumpida para los países desarrollados que hayan asumido objetivos para el segundo período de compromiso.
- Se incluyó el trifluoruro de nitrógeno (NF₃) en la lista de GEI invernadero del Anexo A del Protocolo.

Asimismo, en la reciente COP 19, celebrada en Varsovia, en noviembre de 2013, las Partes confirmaron el acuerdo adoptado en la Conferencia de Doha, y establecieron que a partir del segundo periodo, el FA fuera financiado con el 2% de los ingresos provenientes de los demás mecanismos de flexibilidad, CIE e IC, lo que representa un pequeño aporte si se compara con los anteriores ingresos del MDL.

41 Durante el primer período de compromiso, 37 países industrializados y la UE se comprometieron a reducir sus emisiones de GEI. Durante el segundo periodo, 38 países desarrollados han asumido nuevos compromisos. Sin embargo, importantes economías siguen ausentes: en diciembre de 2010 Japón y Rusia declararon su intención de no participar en un segundo período después de 2012; Nueva Zelanda confirmó que solo va a adoptar una meta nacional de emisiones en virtud de la Convención en el periodo de 2013 -2020; Canadá se retiró del Protocolo de Kioto en diciembre de 2012 y Estados Unidos se mantiene fuera del cuadro.

42 UNFCCC. *Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto*. Diciembre. 2012 [en línea] <http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/kp_doha_amendment_spanish.pdf> [consulta: 23 de mayo 2014]

2. El Mecanismo de Desarrollo Limpio

2.1 Definición y objetivos

El MDL es quizás la innovación más notable en la esfera de la política y el derecho del Cambio Climático, ya que congrega a países incluidos y no incluidos en el Anexo I y al sector público y privado, hacia el mismo objetivo general. A través del MDL, proyectos ambientalmente amigables que reducen emisiones de GEI, desarrollados por Estados Anexo I, en países en vías de desarrollo, generan CERs, que pueden transarse como *commodities* en los mercados de carbono y utilizarse como créditos de reducción de emisiones de bajo costo para contribuir al cumplimiento de las obligaciones de reducción de los países desarrollados.

La lógica detrás del MDL es principalmente de carácter económico. Como las emisiones de GEI son fungibles en naturaleza, cualquier forma y lugar donde se lleven a cabo importan el mismo impacto positivo, por lo que el análisis de costo-efectividad exige que las oportunidades de reducción más baratas sean explotadas primero. "La base de esta idea fue que el costo de construir instalaciones industriales y energéticas más eficiente y menos emisoras de GEI en el mundo en desarrollo, sería mucho menor que el costo de retirar prematuramente o reacondicionar el stock de capital existente en el mundo desarrollado"⁴³.

Ahora, con respecto a los objetivos del MDL, la primera declaración del artículo 12 que define el MDL establece claramente: "El propósito del mecanismo de desarrollo limpio es ayudar a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr un desarrollo sustentable y contribuir al objetivo último de la Convención (...)"⁴⁴.

Esto es cierto, pese a que en la literatura del Cambio Climático, la mayoría de los comentaristas hagan hincapié en la importancia del segundo objetivo del MDL; ayudar a las Partes incluidas en el Anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos bajo el artículo 3. Esto se refleja también en la práctica del MDL, que "ha demostrado que los proyectos del MDL se inician en gran medida por la demanda de CERs de bajo costo, lo que conlleva a una serie de proyectos *ad-hoc*, en lugar de servir a las políticas ambientales de los países anfitriones"⁴⁵.

43 WARA, Michael. "Measuring the Clean Development Mechanism's Performance and Potential". *UCLA Law Review*. 2008, vol. 55, núm. 6, p. 1763.

44 Protocolo de Kyoto, artículo 12, n°2.

45 KARAKOSTA Charikleia; DOUKAS, Haris; PSARRAS, John. "Directing clean development mechanism towards developing countries' sustainable development priorities". *Energy for Sustainable Development*. 2009, vol. 13, p. 77-84.

No obstante lo anterior, la razón de ser del MDL es asegurar el desarrollo sustentable mediante la promoción y facilitación de la inversión en tecnologías para una energía limpia y la construcción de capacidades en los países en desarrollo. Aquí, además, hay una razón operativa. Antes de su registro en el MDL, el diseño de los proyectos debe recibir la aprobación escrita de la Autoridad Nacional Designada (AND) del país en desarrollo, y “es prerrogativa de la Parte anfitriona confirmar si un proyecto del MDL contribuye a su desarrollo sustentable”⁴⁶, por lo tanto, la capacidad de abaratar costos de reducción de emisiones por parte de un proyecto, en el papel resulta ser irrelevante ante el análisis de sus beneficios ambientales, tecnológicos y sociales. El objetivo de facilitar el cumplimiento de los objetivos del Anexo B de una manera rentable, está subordinada a las prioridades de desarrollo sustentable del país anfitrión. Al menos esa es la idea.

2.2 Requisitos para los proyectos del MDL

El MDL está sujeto a la autoridad y orientación de la CMP, y es supervisado por una Junta Ejecutiva. A nivel doméstico, la AND, como se mencionó, es la autoridad pública designada para verificar la conformidad de los proyectos con la normativa nacional, así como su contribución al desarrollo sustentable del país anfitrión. Otros actores importantes son las Entidades Operacionales Designadas (EOD). Estas pueden ser personas jurídicas de derecho privado u organizaciones internacionales, que deben estar acreditadas por la Junta Ejecutiva del MDL y que actúan como certificadores, en la validación de los proyectos y la verificación de las reducciones de emisiones.

Ahora, antes de que cualquier proyecto del MDL pueda ser beneficiado con CERs, existen ciertos requisitos obligatorios que estos deben cumplir. El artículo 12, n° 5 del Protocolo establece que “La reducción de emisiones resultante de cada actividad de proyecto deberá ser certificada por las EOD (...) sobre la base de:

- a. La participación voluntaria en el MDL aprobado por cada Parte involucrada;
- b. Beneficios reales, mensurables ya largo plazo relacionados con la mitigación del cambio climático; y
- c. Reducciones de emisiones que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada.”

46 SANDS, Philippe. Cit. ant. (21), p. 289.

El primero de estos requisitos tiene que ser acreditado en la carta de aprobación de la AND. El segundo, debe ser sopesado por la EOD contratada e implica una extensa evaluación del potencial de reducción de emisiones del proyecto, y de las necesidades de tecnología y prioridades de desarrollo del país de acogida. En lo que respecta al requisito de adicionalidad, este ha demostrado ser altamente polémico. Para verificar la adicionalidad de un proyecto propuesto, se debe establecer una línea de base, esto es, el escenario que representa de manera razonable las emisiones de GEI que se producirían en ausencia del proyecto propuesto, según las metodologías aprobadas por la CMP⁴⁷. Por lo tanto, a pesar de las mejoras introducidas en los últimos años a través de un proceso de "estandarización" de las líneas de base, "la pregunta de si un proyecto hubiera sido de todas formas implementado sin el incentivo del MDL, es hipotética y contra-fáctica, es decir, no se puede probar con absoluta certeza"⁴⁸. No es de extrañar entonces que un gran número de proyectos no-adicionales hayan sido registrados.

2.3 Críticas al MDL

El MDL ha sido criticado por no lograr sus objetivos de desarrollo sustentable, por la dificultad de verificar el requisito de la adicionalidad, por tener largos y burocráticos procedimientos de aprobación, y por la escasa participación de los países menos desarrollados. Sin embargo, debido a la extensión y el enfoque de este artículo, solo se abordará la primera de estas críticas.

Las preocupaciones acerca de la capacidad del MDL para desplegar beneficios de sustentabilidad en los países en desarrollo se han expresado desde el principio. "Una explicación para esto es que no existe una definición generalmente aceptada de desarrollo sustentable"⁴⁹. En efecto, esto es debido en parte a que "los países en desarrollo estaban preocupados de que la uniformidad de criterios y estándares con respecto al concepto de desarrollo sustentable dentro del MDL, podría infringir su soberanía nacional"⁵⁰.

47 UNFCCC. Modalidades y procedimientos del mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto (Decisión 3/CMP.1). 30 de marzo de 2006 [en línea] <<http://unfccc.int/resource/docs/2005/cmp1/spa/08a01s.pdf#page=6>> [consulta: 23 de mayo 2014]

48 SCHNEIDER, Lambert. *Is the CDM fulfilling its environmental and sustainable development objectives. An evaluation of the CDM and options for improvement*. Berlin: Oeko-Institut, 2007, p. 17.

49 TORVANGER, Asbjørn; SHRIVASTAVA, ManishKumar; PANDEY, Nimisha; TRNBLAD, Silje H. "A two-track CDM: improved incentives for sustainable development and offset production". *Climate Policy*. 2013, vol. 13, núm. 4, p. 471-489.

50 *Ibid.* p. 473.

Como resultado, se tomó la decisión de asignar a los gobiernos anfitriones la responsabilidad de establecer los criterios de desarrollo sustentable. Idealmente, esta independencia de las ANDs ayudaría a los países no-Anexo I a dirigir los proyectos de MDL y canalizar fondos hacia sus propias prioridades de desarrollo, por ejemplo, la necesidad de expandir y optimizar el sector energía a través de nuevas tecnologías de ERNC. Sin embargo, “en la mayor parte de los países, los proyectos no tienen que cumplir con todos o la mayoría de los criterios de desarrollo sustentable, sino sólo [sic] con alguno de ellos (por ejemplo, la creación de empleos)”⁵¹. En otros casos, los criterios de desarrollo sustentable se han relajado para atraer inversiones debido a su considerable valor económico, en la llamada “carrera hacia el fondo”⁵².

Por otra parte, muchos problemas pueden plantearse con respecto a la distribución no equitativa de los proyectos del MDL. Desde 2005 hasta mayo de 2014, el MDL ha experimentado un crecimiento relativamente constante, totalizando 7.719 proyectos registrados o en trámite⁵³. Sin embargo, desde un punto de vista geográfico, es claro que los proyectos se reparten de manera desigual a lo largo del mundo en desarrollo.

Al 30 de abril de 2014, China por sí sola representa más de un 50% del total de proyectos registrados y más de un 60% de los CERs emitidos por país anfitrión, seguido por la India con un 20% y un 13% respectivamente. También un número importante de proyectos de MDL se están implementando en América Latina y el Caribe, con una participación del 13% de los proyectos registrados, mientras que solo un 2,9% se encuentra en África. Por último, un número limitado de 119 proyectos registrados, representando el 1,4% del total se encuentra en el grupo de países menos desarrollados (PMD)⁵⁴. Con todo, dadas las restricciones impuestas por la UE a los países en desarrollo, durante la tercera fase del SCE-UE, el número de proyectos del MDL en los PMD se encuentra en aumento.

51 SCHNEIDER, Lambert. Cit. ant. (51), p. 10.

52 Del inglés *race to the bottom*. Concepto socioeconómico que describe el fenómeno de la competencia entre países, estados o regiones, por la desregulación comercial, tributaria o ambiental, entre otras, con miras a atraer y fomentar la inversión externa, lo que provoca una reducción general del nivel de vida.

53 UNFCCC.CDM *Insight*. [en línea] <<http://cdm.unfccc.int/Statistics/Public/index.html/>> [consulta: 23 de mayo 2014]

54 UNEP, *Risoe*. Cit. ant. (12)

3. Sistema Europeo de Comercio de Emisiones: nuevas reglas para admisibilidad de créditos internacionales

3.1 El Sistema de Comercio de Emisiones de la Unión Europea

El SCE-UE, es el emblema de la política de Cambio Climático de la UE y la herramienta clave para reducir sus emisiones industriales de GEI de manera rentable y efectiva, siendo decisivo en los esfuerzos de la UE por cumplir con su objetivo de 8% de reducción de emisiones en el primer período de compromiso del Protocolo. El SCE-UE, además, es el primer y más importante régimen internacional de límites y comercio de derechos de emisión. Incluye los seis GEI enumerados en el Anexo A del Protocolo de Kyoto, generados por diversas fuentes, desde plantas de energía, a una amplia gama de sectores industriales energéticamente intensivos y la aviación comercial.

Con los años, este régimen se ha convertido, individualmente, en el mayor mercado de carbono en el mundo, con un valor total de US\$ 148 mil millones (€ 106 mil millones) en 2011⁵⁵ y cubriendo alrededor del 45% de las emisiones totales GEI procedentes de los 28 miembros de la UE más Islandia, Liechtenstein y Noruega⁵⁶.

El SCE-EU se puso en marcha en 2005 como un sistema o régimen de tres fases:

La primera fase fue una etapa de 2 años para aprender sobre la marcha (2005-2007), donde se pidió a cada Estado miembro que desarrollara su propio Plan Nacional de Asignación (PNA), estableciendo la cantidad prevista de permisos o derechos de emisión y la forma de asignarse. Luego, cada PNA debió ser notificado a la Comisión Europea (la Comisión) para su aprobación. El resultado de esta primera experiencia de auto-asignación fue la aprobación de PNAs excesivamente generosos que derivaron en la fijación de un límite global de emisiones de GEI completamente excesivo. Finalmente, "la primera fase tuvo un pésimo despegue cuando el mercado se desplomó, perdiendo más del 70% de su valor"⁵⁷.

55 KOSOY, Alexandre; GUIGON, Pierre. *State and Trends of the Carbon Market 2012*. Washington: TheWorld Bank, 2012. P. 9. El mercado global de carbono en su totalidad tuvo un valor de US\$176 mil millones (€126 mil millones) el mismo año. El mercado de CERs fue el segundo más grande en 2011, con un valor total de US\$23 mil millones (€17 mil millones).

56 COMISIÓN EUROPEA. *The EU Emissions Trading System* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm> [consulta: 23 de mayo 2014]

57 BIRNIE, Patricia. Cit. ant. (19), p. 368.

En 2004, la UE adoptó la Directiva 2004/101 para conectar el MDL al SCE-UE, dando un decisivo paso hacia la transformación del sistema de transacción de emisiones de la UE en un régimen mundial. Conocida como la “directiva vinculante”, fue diseñada para aumentar las opciones de cumplimiento de bajo costo dentro del régimen comunitario.

Durante la segunda fase (2008-2012), la Comisión optó por una reducción general del 10,4% de la cantidad de derechos de emisión propuestos en los PNAs. El objetivo fue fijar un tope a las emisiones a un nivel que pudiera conseguir una reducción del 6,5% de emisiones de GEI en relación con una línea de base al año 2005. Además, en esta fase se permitió a los participantes del SCE-UE comprar créditos provenientes del MDL y de la IC (que no fueran de instalaciones nucleares y actividades agrícolas y forestales), convirtiéndose pronto en los mayores demandantes de CERs en el mercado.

Para la tercera fase (2013-2020), se llevó a cabo una importante revisión del SCE-UE. Esta consistió en un proceso legislativo establecido por la Comisión como parte de un plan más amplio conocido como el “Paquete para el Clima y la Energía”⁵⁸. La Directiva 2009/29 intenta remediar las inconsistencias de las fases anteriores mediante la creación de un sistema más armónico. En síntesis, los principales cambios en el SCE-EU fueron:

- Un único límite comunitario sobre los permisos de emisión fijado por la Comisión (en lugar de 27), con una disminución anual lineal de 1,74% en los permisos, hasta y más allá de 2020. Esta disminución es equivalente a una reducción de emisiones al año 2020, de un 21% menos que los niveles de 2005.
- La subasta, no la libre asignación, pasa a ser el método por defecto para la asignación de derechos de emisión.
- Normas más estrictas sobre el tipo de créditos internacionales que se pueden usar en la UE.

La revisión del SCE-EU por la Directiva 2009/29, representa un marcado giro en el discurso de la UE hacia el mundo en desarrollo. Las duras restricciones a la aceptación de créditos internacionales de países en desarrollo, no parece obedecer a ningún otro interés sino al deseo de la UE de extender su influencia y usar su poder político para provocar los cambios que considera necesarios en la esfera del Cambio Climático.

58 COMISIÓN EUROPEA. *The 2020 climate and energy package* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/package/index_en.htm> [consulta: 25 de mayo 2014]

3.2 Nuevas reglas para el uso de créditos internacionales en el SCE-UE

El reconocimiento de créditos internacionales en el SCE-EU ha experimentado un cambio significativo desde la dictación de la Directiva 2009/29. De acuerdo con el artículo 11 bis, nº 5 de esta última, a partir del 1º de enero de 2013 solo CERs originados en proyectos del MDL registrados antes de esa fecha, son elegibles para usarse en la tercera fase del SCE-UE. Sin embargo, estas nuevas reglas de elegibilidad tienen 3 excepciones:

- CERs provenientes de nuevos proyectos situados en países menos desarrollados.

Esta es una clara demostración de la firme voluntad de la UE por impulsar la inversión en proyectos del MDL en los PMD y mejorar la desigual distribución de este tipo de proyectos en todo el mundo. En este mismo espíritu, la UE permite que un proyecto situado un país que a la fecha de ser registrado, se encontraba incluido en la lista de los PMD que lleva la ONU, continúe generando créditos hasta 2020, pase lo que pase con esa lista⁵⁹.

- CERs provenientes de nuevos proyectos situados en un país que ha firmado un acuerdo con la UE especificando niveles y condiciones para su uso.

En vista del nuevo unilateralismo que la UE ha adoptado activamente en su política internacional sobre el Cambio Climático, es justo prever que cualquier acuerdo en este sentido tendrá la forma de un "contrato de adhesión", con una serie de cláusulas y condiciones previamente establecidas por la Comunidad Europea y la presión de los países del sur por firmar para reactivar sus créditos.

Otra observación importante respecto de esta segunda excepción, es la evidencia de que la opción de un acuerdo bilateral entre un país en desarrollo y la UE solo será tomada en consideración como un "Plan B", "en el caso que la celebración de un acuerdo internacional sobre el Cambio Climático se retrase"⁶⁰.

59 ONU. *List of Least Developed Countries* [en línea] <http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/ldc/ldc_list.pdf> [consulta: 24 de mayo 2014]

60 UNIÓN EUROPEA. Cit. ant. (9), p. 30.

Por último, incluso en el escenario de la imposibilidad de llegar a un acuerdo internacional, “la Comisión prevé que el primer foco de los posibles acuerdos bilaterales va a estar en la creación de demanda para créditos de nuevos mecanismos de mercado, y para pilotear la implementación de estos nuevos mecanismos de mercado”⁶¹. Adicionalmente, estos posibles acuerdos bilaterales están diseñados para ser negociados de preferencia con los mayores anfitriones de proyectos del MDL.

- CERs provenientes de nuevos proyectos situados en un país que es Parte de un nuevo acuerdo internacional sobre el Cambio Climático.

La tercera excepción depende de la conclusión de un nuevo acuerdo internacional vinculante sobre el Cambio Climático en 2015. Sin embargo, alcanzar este acuerdo no reabrirá automáticamente el SCE-UE a CERs de proyectos en países en desarrollo registrados después del 2012. De acuerdo con el artículo 11 bis, nº 5 de la Directiva 2009/29: “Una vez que se haya alcanzado un acuerdo internacional sobre Cambio Climático, sólo [sic] los créditos de proyectos de terceros países que hayan ratificado dicho acuerdo, se aceptarán en el régimen comunitario a partir del 1 de enero de 2013”. Luego, también los PMD, tendrán que ratificar el acuerdo con el fin de abrir las puertas del SCE-UE a sus CERs.

3.3 Razones y objetivos del cierre del mercado europeo a los CERs de países en desarrollo

La decisión que la UE de restringir la entrada de CERs a su mercado de carbono, ha hecho mella en el núcleo de su herramienta más importante para luchar contra el Cambio Climático, transformándola en un eficaz instrumento para controlar el ritmo del mercado mundial y, últimamente, la política de terceros países. Luego, tras haber revisado las disposiciones de la Directiva 2009/29 en específico, corresponde analizar los objetivos fundamentales que han impulsado a la UE a adoptar esta medida. Al hacerlo, agruparé estos objetivos en tres grandes ideas. Así, y de acuerdo a la Comisión: “los objetivos generales que persigue la Unión Europea en el reconocimiento de los créditos internacionales se han extendido”⁶², por lo tanto, cabe preguntarse cuáles son esos objetivos y por qué se han extendido:

61 COMISIÓN EUROPEA. *Questions and answers on use of international credits in the 3er trading phase of the EU ETS* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/news/articles/news_2012011101_en.htm> [consulta: 25 de mayo 2014]

62 Ibid

3.3.1 Porque la UE quiere

La primera idea detrás de la decisión de la UE en cuestión, es que esta quiere utilizar las restricciones a la aceptación de los CERs en el SCE-UE post 2012, como un aliciente para asegurar que cualquier futura respuesta internacional sobre el Cambio Climático, se tome según su propia agenda.

Como un actor clave en las negociaciones internacionales, la UE ha buscado asiduamente jugar un rol de liderazgo en la lucha contra el Cambio Climático. Su “bien establecida reputación como el defensor más incansable del mundo, respecto de la idea de adoptar compromisos internacionales vinculantes en materia de Cambio Climático”⁶³, le ha permitido a la UE, extender el alcance de su política en esta materia. Sin embargo, a partir de los disímiles resultados de sus experiencias de negociación en Copenhague y Durban, la UE ha aprendido que, mientras que tener una buena credibilidad y liderazgo es importante para hacerse escuchar y dar peso a las propuestas, para aumentar las posibilidades de lograr un acuerdo en el futuro, se requiere el apoyo de un gran número de países en desarrollo, incluidos los países del grupo BASIC⁶⁴.

En este sentido, las restricciones al uso de CERs durante la tercera fase del SCE-UE, han entregado a la UE la seguridad de que cualquier país en desarrollo que busque la restitución de sus CERs en el mercado europeo, tendrá que remar hacia la conclusión del futuro acuerdo y luego ratificarlo. De esta forma, tratándose del grupo BASIC, que concentra la mayor cantidad de proyectos MDL a nivel mundial, la restricción impuesta sirve a dos propósitos igualmente beneficiosos para los intereses de la UE: convencer a dichos países a asumir acciones de mitigación apropiadas, y en segundo lugar, incentivarlos a llegar a un acuerdo y ratificarlo.

Por último, mientras la UE cree que la participación de los PMD en el MDL debiera fortalecerse, aceptando sus créditos de manera ininterrumpida, en caso de que se alcance un nuevo acuerdo internacional, tendrán que ratificarlo, en orden a mantener su acceso al sistema de la UE.

63 HEYVAERT, Veerle. “Governing Climate Change: Towards a New Paradigm for Risk Regulation”. *Modern Law Review (MLR)*. 2011, vol. 74, núm. 6, p. 817-844.

64 Bloque conformado por los 4 mayores países en desarrollo del mundo –Brasil, Sudáfrica, India y China- que se unieron por acuerdo el 28 de noviembre de 2009, como un grupo de diálogo de cara a la Conferencia de Copenhague (COP15).

3.3.2 Porque la UE puede

En efecto, como lo ha señalado la profesora Joanne Scott, “la UE está comprometida en un ambicioso, controvertido, y riesgoso experimento para extender el alcance de su legislación en materia de Cambio Climático”⁶⁵. Para ponerlo en palabras más simples, la UE está utilizando el poder de su mercado interno para demandar cambios regulatorios más estrictos, a la altura de los estándares que manda la ley europea, forzando, de este modo, el avance de sus propias políticas y regulaciones sobre el Cambio Climático a través de las puertas que terceros países, especialmente aquellos en desarrollo, se han visto en la necesidad de abrir. Luego, independiente de los objetivos específicos que persigue esta medida, la UE ha tomado esta ruta, porque tiene la capacidad y la habilidad para hacerlo. Porque la UE puede.

Ahora, el nuevo fenómeno en cuestión, que se ha denominado “unilateralismo contingente” por Scott y Rajamani, no se limita a la prohibición de usar CERs para cumplir en el SCE-UE, sino que también puede ser percibido con respecto a la inclusión de la aviación comercial en el SCE-UE o la introducción de criterios de sostenibilidad para los biocombustibles, por parte de la UE. Este fenómeno político-regulatorio, comprende dos elementos:

- a. La aplicación del Derecho de la UE para el Cambio Climático a emisiones de GEI generadas en el extranjero.
- b. La aplicación extraterritorial de la ley europea contingente, en el sentido de que “puede ser evitada si los bienes o servicios están sujetos a una adecuada regulación en materia de Cambio Climático, a nivel internacional o por parte de otros estados”⁶⁶.

En el caso de las restricciones que la UE ha establecido sobre la elegibilidad de los CERs de nuevos proyectos en el tercer periodo del SCE-UE, la contingencia está dada por la posibilidad de los países en desarrollo de recuperar el acceso al régimen, mediante la celebración de acuerdos bilaterales con la UE o mediante la ratificación de un futuro acuerdo internacional sobre el Cambio Climático, que sea ambicioso, comprensivo y vinculante para todos los países. Luego, se puede decir que esta medida funciona como una “cláusula penal por defecto” para los países en desarrollo⁶⁷.

65 SCOTT, Joanne. Cit. ant. (9), p. 469.

66 Ibid. p. 472.

67 SCOTT, Joanne. *EU Global Action on Climate Change and Regulatory Penalty Defaults* [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1954667>> [consulta: 22 de mayo 2014]

Por otra parte, el gran bloque de los países en desarrollo cuenta con las mayores desproporciones entre Estados, tanto en términos de responsabilidad por emisiones actuales, como en sus capacidades evaluadas en referencia su PIB per cápita.

Por lo tanto, si la UE hubiera de cumplir con el principio de RCPD en la aplicación de cualquier tipo de restricción que afecte a países tan disímiles como, por ejemplo, Ecuador y China⁶⁸, esta debería tomar en cuenta la responsabilidad y la capacidad de cada Estado, a partir de datos confiables y transparentes, y evaluar esta información, junto con otras variables como el número de proyectos MDL o la cantidad de CERs emitidos, para elaborar un criterio objetivo y representativo respecto de cada país. Luego, en el contexto de su "unilateralismo contingente", la UE podría aplicar este criterio país estableciendo diferentes condiciones de acuerdo a cada situación, por ejemplo, mediante la fijación de un máximo en la cantidad aceptada de CERs por país, el alzamiento de las restricciones a ciertos Estados más vulnerables o por medio de compromisos adicionales para los países en desarrollo más avanzados.

3.3.3 Porque la UE lo necesita

En noviembre de 2012, la Comisión envió un informe al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo abordando la situación del mercado de carbono de la UE⁶⁹. En este informe, la Comisión culpó a la crisis económica gatillada en 2008 como la principal responsable del gran excedente de derechos de emisión y créditos internacionales que sufre el SCE-UE. Esta denunció que a principios de 2012, se acumuló un exceso de 955 millones de derechos de emisión y que un rápido y continuo aumento de este excedente era de esperar en 2012 y 2013. La alta oferta de créditos internacionales jugó un papel fundamental, en la medida de que "sin créditos internacionales, el excedente en el SCE-UE para el año 2020 sería, potencialmente, sólo [sic] una cuarta parte (25%) del excedente que en la actualidad se espera"⁷⁰.

68 Ecuador y China, comparten un ingreso per cápita similar, pero China triplica las emisiones per cápita de Ecuador. Una diferencia más increíble se da al comparar sus emisiones anuales de CO₂: en 2011, China totalizó 7,7 mil millones de toneladas, mientras que Ecuador solo 30 millones de toneladas. Datos obtenidos en: THE WORLD BANK. Data Bank [en línea] <<http://data.worldbank.org/indicator?display=default>> [consulta: 20 de mayo 2014]

69 COMISIÓN EUROPEA. *The state of the European carbón market in 2012* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/reform/docs/com_2012_652_.pdf> [consulta: 20 de mayo 2014]

70 Ibid. p. 9.

Lo anterior significa que incluso si la UE quisiera dar marcha atrás a sus restricciones al uso de CERs de proyectos *post* 2012 en países en desarrollo, le sería extremadamente difícil dada a la situación actual del mercado de carbono de la UE.

Finalmente, la Comisión propuso, como medida inmediata un *back-loading* de permisos, es decir, posponerla subasta de 900 millones de permisos de emisión para el periodo 2019-2020, con lo que se pretende reequilibrar la oferta y la demanda en el corto plazo y reducir la volatilidad de los precios, sin ningún impacto significativo en la competitividad. A continuación, en enero de 2014, la Comisión propuso soluciones más permanentes, como la creación de una reserva de estabilidad en el mercado a principios del próximo período de negociación en 2021. Sin embargo, el anuncio más relevante fue la presentación de “La Política Marco para el Clima y la Energía al 2030”⁷¹. En el centro de esta propuesta, que la UE espera aprobar antes de octubre de 2014, está el objetivo de reducir las emisiones GEI en un 40% por debajo del nivel de 1990 para el año 2030. Para alcanzar esta meta y, al mismo tiempo, reducir el excedente de permisos en el mercado, la Comisión propone un aumento en el factor actual de reducción lineal de permisos de 1.74% a 2,2% por año a partir de 2021.

En la actualidad, la magnitud del problema es considerable, “en el inicio de la tercera fase, el excedente se situó en casi dos millones de derechos de emisión, el doble de su nivel a principios de 2012”⁷². Bajo estas circunstancias, las restricciones al uso de CERs en el SCE-UE para el período *post* 2012, parecen más una necesidad que una decisión.

4. Desafíos y oportunidades para Chile en el nuevo escenario mundial

4.1. Desarrollo energético: el principal desafío para Chile

Chile como nación solo contribuye 0.26% de las emisiones de GEI del mundo, y ha desempeñado un rol menor en la generación del fenómeno del calentamiento global. Sin embargo, desde un comienzo ha sido un participante activo en las distintas iniciativas que han reunido a la comunidad internacional para hacer frente a este problema global. Consecuente con ello, como parte del componente de mitigación del Plan de Acción de

71 COMISIÓN EUROPEA. *2030 Framework for Climate and Energy policies* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/2030/index_en.htm> [consulta: 21 de mayo 2014]

72 COMISIÓN EUROPEA. *Structural reform of the European carbon market* [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/reform/index_en.htm> [consulta: 21 de mayo 2014]

Bali acordado en la COP13⁷³, Chile comunicó sus "Acciones Nacionales de Mitigación Apropriadas" (NAMAs por su sigla en inglés *Nationally Appropriate Mitigation Actions*) con el fin de lograr una reducción del 20% por debajo de la trayectoria de crecimiento de las emisiones al 2020, según la proyección del año 2007. Eficiencia energética, energía renovable y medidas relacionadas al uso de la tierra, al cambio en el uso de la tierra y la actividad forestal (LULUCF por su sigla en inglés), serían el foco principal de las 4 NAMAs presentadas por Chile. Además, en 2006 elaboró su propia Estrategia Nacional de Cambio Climático, sobre la base de tres ejes: mitigación de emisiones, adaptación al Cambio Climático y creación y fomento de capacidades; en 2008 lanzó su visionario Plan de Acción de Cambio Climático 2008-2012 y, el año 2010, luego de la creación del Ministerio del Medio Ambiente, se crea la Oficina de Cambio Climático, como un ente dependiente directamente de la Subsecretaría.

Por otra parte, desde la adopción del Protocolo de Kyoto en 1997, Chile ha estado muy interesado y activo en la promoción y ejecución de proyectos en el marco del MDL⁷⁴. Fiel a su interés de hacer un temprano uso de este mecanismo, Chile estableció su Autoridad Nacional Designada (AND) en 2003, convirtiéndose en un jugador importante en América Latina y el mundo en términos de proyectos registrados y metodologías aprobadas⁷⁵.

Con respecto al potencial de Chile para ser sede de nuevos proyectos del MDL, el país se ha fijado el objetivo de ser una nación desarrollada en el mediano plazo, y por lo tanto, enfrenta el gran desafío de crear las condiciones correctas para alcanzar este desarrollo en las próximas décadas. Para cumplir esta meta, el país necesita crecer, lo que impulsará inevitablemente la demanda de energía. Como primer paso entonces, Chile ha considerado necesario contar con directrices y políticas claras e instrumentos regulatorios sólidos, por lo que, en febrero de 2012 publicó una completa Estrategia Nacional de Energía (ENE) para el período 2012-2030. Esta ENE anticipa que la demanda energética en Chile se duplicará para el año 2020 si el país mantiene inalterable su objetivo de desarrollo, por lo que existe una imperiosa necesidad de promover el desarrollo de fuentes limpias, seguras

73 UNFCCC. Decision 1/CP.13 *Bali Road Map. Key Steps, Bali Road Map* [en línea] <<http://unfccc.int/resource/docs/2007/cop13/spa/06a01s.pdf>> [consulta: 21 de mayo 2014]

74 Para promover el MDL, la antigua CNE, publicó en 2006, la "Guía del Mecanismo de Desarrollo Limpio para Proyectos del Sector Energía en Chile" [en línea] <<http://www.cne.cl/images/stories/public%20estudios/raiz/mdl.rar>> [consulta: 20 mayo 2014]

75 La temprana designación de su AND, le ha permitido a Chile, otorgar al 27 de marzo de 2014, un total de 142 cartas de aprobación nacional. Información obtenida en respuesta a una solicitud de acceso a la información, de fecha 18 de marzo de 2014, de conformidad con la Ley de Transparencia.

y económicamente eficientes, para evitar la dependencia energética o un retorno a los combustibles fósiles. En este sentido, debido a las características únicas de su territorio, Chile posee un potencial excepcional para la inversión en nuevos proyectos de energías limpias y renovables, como la energía hidroeléctrica, que actualmente alimenta el 34% de la matriz eléctrica del país.

Asimismo, la Ley N° 20.257, de 1 de abril de 2008, dictada para promover las fuentes de ERNC, estableció el objetivo de aumentar la participación de éstas en la matriz, a un 10% para el 2024. Sin embargo, dado que el mecanismo resultó ser eficaz, que las tecnologías han seguido su proceso de maduración y la información de precios proyectados hoy, tanto de tecnologías ERNC como del mercado eléctrico chileno, permiten ser más “agresivos”, el Congreso chileno aprobó recientemente la iniciativa de aumentar esta meta a un 20% de participación para el año 2025⁷⁶. Esto significa en la práctica, que las empresas generadoras que suscriban contratos después del 1 de julio de 2013, deberán acreditar que un porcentaje de la energía suministrada, que aumentará todos los años hasta alcanzar el objetivo “20/25”, provino de ERNC. Luego, si tomamos en cuenta que a la fecha la capacidad instalada total renovable asciende a 1.589 MW, representando un 8,35% de la matriz, y que para lograr la meta 20/25 se estima que se requerirá una inyección al sistema aproximada de 4.200 MW a 5.000 MW⁷⁷, Chile debe triplicar la participación de estas fuentes de energía, lo abre enormes oportunidades para los inversores locales y extranjeros interesados en participar en proyectos energéticos de este tipo.

Pero no obstante sus potencialidades, Chile, como el resto de los países en desarrollo, han visto el flujo de inversiones en tecnología para su desarrollo sustentable gravemente afectado por la ya analizada decisión de la UE. El efecto de esta medida en el mercado internacional de CERs ha sido claramente observable. Durante el segundo semestre de 2012, movidos por el próximo cierre del primer periodo de compromiso de Kyoto, así como del plazo para la inscripción de proyectos para asegurar su elegibilidad en el SCE-UE, el número de proyectos MDL a nivel mundial aumentó dramáticamente ascendiendo a más de 860 proyectos registrados solo en diciembre. Luego de eso, los números se derrumbaron en 2013, con 57 proyectos en proceso de registro enero y solo 1 proyecto en febrero de 2013⁷⁸.

76 CHILE. Ley N° 20.698, Propicia la ampliación de la matriz energética, mediante fuentes renovables no convencionales. 22 de octubre 2014 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20698&tipoVersion=0>> [consulta: 22 de mayo 2014]

77 CER. *Estado de Proyectos ERNC en Chile*. Mayo 2014 [en línea] <<http://cer.gob.cl/sobre-las-ernc/datos-y-estadisticas/>> [consulta: 24 de mayo 2014]

78 UNEP, *Risoe*. Cit. ant. (12).

En Chile, el efecto de esta medida es observable en la tendencia y número de cartas de aprobación nacional emitidas. Mientras durante el año 2012 se entregaron 49 cartas de aprobación a proyectos del MDL, a partir del 1 de enero de 2013, con las restricciones de la UE operando, solo se han emitido 4 cartas de aprobación a marzo de 2014.

4.2 Buscando nuevas oportunidades

En la actualidad, resulta evidente que la UE ha dejado de lado el MDL. Incluso en el caso de alcanzarse un futuro acuerdo internacional, no existe garantía de que el MDL vaya a salir victorioso de las negociaciones. Considerando que aproximadamente el 75% de los proyectos del MDL en Chile son ERNC, a la luz de lo ya señalado, nuevas oportunidades de inversión tienen que ser sopesadas si Chile quiere aprovechar todo su potencial para hacer frente a los nuevos desafíos domésticos e internacionales. De este modo, se presentan aquí 3 alternativas que entregan buenas oportunidades para Chile.

4.2.1 Nuevo Mecanismo de Mercado

El nuevo mecanismo basado en el mercado (NMM) está siendo desarrollado bajo la Convención, como un intento de ampliar los esfuerzos de mitigación y la cooperación de todas las Partes, teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias.

Las modalidades y procedimientos del NMM todavía no están definidos, sin embargo, se está pensando con el mismo espíritu que el MDL, pero remediando sus inconsistencias y fomentando sus fortalezas. "El NMM es ampliamente entendido como un mecanismo con base en la Convención, que aumentará la escala de reducción de emisiones de GEI en amplios segmentos de la economía, como sus distintos sectores, en los países en desarrollo"⁷⁹. Como parte de la visión de la UE, el NMM debiera cubrir sectores económicos por entero, no solo proyectos como el MDL, ir más allá de la pura externalización de emisiones y ser un primer peldaño hacia un sistema globalmente vinculado de regímenes de límites y comercio de derechos de emisión. Asimismo, el NMM debiera ayudar a los grandes países en desarrollo a ampliar sus esfuerzos de mitigación de la manera más rentable. Finalmente, mientras continúan las negociaciones, la UE no ha dicho nada acerca de reemplazar el MDL.

79 BOLSCHER, Hans. *Design options for sectoral carbon market mechanisms*. Rotterdam, Holanda: ECORYS, 2012. Reporte para la Comisión Europea [en línea] <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/linking/documentation_en.htm> [consulta: 25 de mayo 2014]

4.2.2 Nuevos mercados de carbono

Uno de los objetivos adicionales del SCE-UE al ser creado, fue la de servir como un ejemplo de alto estándar y convertirse en el “núcleo de un solo mercado global del carbono”⁸⁰. Consecuente con ello, en los últimos años, han nacido varias iniciativas internacionales para desarrollar sistemas nacionales y regionales de comercio de emisiones, basadas o inspiradas en el SCE-UE. Este creciente interés, representa una tendencia tanto en las economías desarrolladas y como en las en desarrollo. Así, existen varios regímenes de comercio de emisiones ya legislados y algunos operando a nivel nacional en Nueva Zelanda, Australia, Suiza, Corea del Sur y Kazajistán. También se han desarrollado alrededor de 20 sistemas subnacionales en los EE.UU., Canadá y Japón. Por último, muchos otros países como México, Vietnam y China, y estados subnacionales como Río de Janeiro y Sao Paulo en Brasil, tienen planes de desarrollar sus propios SCE.

A modo de ilustración, algunos sistemas que permiten el uso de CERs u otros créditos internacionales y, por lo tanto, ofrecen oportunidades para Chile son los siguientes:

- En funcionamiento desde 2008, el Sistema de Comercio de Emisiones de Nueva Zelanda (SCE-NZ) tiene una conexión excepcional con los mercados internacionales. Los participantes en el SCE-NZ pueden comprar y rendir CERs, así como ERUs y RMUs, emitidos en otros países sin ningún tipo de límite. Sin embargo, como la Enmienda de Doha dispuso que a partir del 1 de enero de 2013, solo los países con compromisos en el segundo periodo del Protocolo de Kyoto fueran elegibles para adquirir y transferir CERs, al no sumarse, Nueva Zelanda se ha excluido a sí mismo de participar en la transacción de CERs post 2012. Solo CERs generados antes del 2013 pueden seguir siendo comercializados en el SCE-NZ hasta el año 2015⁸¹.
- En julio de 2012, el Mecanismo de Precios de Carbono de Australia (CPM según su sigla en inglés *Carbon Pricing Mechanism*), comenzó una fase inicial de tres años, con un precio fijado de antemano para facilitar la transición a un futuro régimen de comercio, durante la cual los participantes no pueden

80 BOJEVIC, Sanja. “The EU ETS Revised: Yet Another Stepping Stone”. *Environmental Law Review (ELR)*. 2009, vol. 279, p. 280.

81 NZ GOVERNMENT. *The New Zealand Emissions Trading Scheme* [en línea] <<https://www.climatechange.govt.nz/emissions-trading-scheme/>> [consulta: 22 de mayo 2014]

rendir créditos internacionales. No obstante, partir de julio de 2015, en un segundo período, con precios libres, los participantes podrán satisfacer hasta el 50% de sus obligaciones de reducción mediante créditos internacionales. Por consiguiente, Australia puede ser una interesante fuente de demanda para esos CERs que ya no son elegibles en el SCE-UE a partir de 2013⁸².

- En mayo de 2012 Corea del Sur aprobó un SCE a nivel de toda su economía y se prevé que comience en 2015⁸³. Está diseñado como un régimen de tres fases y abarcará alrededor de un 60% del total de emisiones de ese país. Durante el primero (2015-2017) y segundo (2018-2020) períodos, no se permitirán créditos internacionales. A partir de la tercera fase (2021-2026), CERs y otros créditos internacionales, se permitirán hasta un 10% de las emisiones del participante.

4.2.3 Asociación del Banco Mundial para la Preparación de Mercado

The World Bank's Partnership for Market Readiness (PMR) es una asociación internacional de 31 países desarrollados y en desarrollo que "proporciona financiamiento mediante donaciones y asistencia técnica para la construcción de capacidades y la puesta a prueba de instrumentos de mercado para la reducción de emisiones de GEI."⁸⁴ El objetivo del PMR es ayudar a los países en desarrollo para explorar y desarrollar formas innovadoras y rentables de extender sus esfuerzos de mitigación, basándose en sus propias prioridades de mitigación y enfocándose mayormente en planes domésticos de comercio de emisiones. En otras palabras, se trata de una iniciativa internacional que permite a Chile financiar el costo de los estudios e implementación de un potencial sistema nacional o sectorial de comercio de emisiones.

El proceso de diseño e implementación una actividad en el marco del PMR sigue tres fases: una fase de expresión de interés; una fase de preparación, en el que el participante elabora una Propuesta de Preparación de Mercado (PPM); y una fase de ejecución. Chile es uno de los cuatro países en tener su PPM aprobada⁸⁵ y, de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Energía, actualmente hay una delegación de Chile reunida con el Banco

82 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Carbon pricing mechanism* [en línea] <<http://www.cleanenergyregulator.gov.au/Carbon-PricingMechanism/Pages/default.asp>> [consulta: 22 de mayo 2014]

83 KOSSOY, Alexandre. Cit. ant. (55), p. 90.

84 PARTNERSHIP FOR MARKET READINESS. About the PMR [en línea] <<http://www.thepmr.org/content/about-pmr>> [consulta: 23 de mayo 2014]

85 Junto a México, Costa Rica y China. Información obtenida en Partnership for Market Readiness [en línea] <<http://www.thepmr.org/content/shaping-next-generation-carbon-markets>>

Mundial para revisar la inclusión de un eventual impuesto verde como mecanismo de mercado en la PPM. Esta reunión se llevó a cabo en Colonia, Alemania, bajo la Carbon Expo, del 28 al 30 de mayo de 2014. Luego, solo restará firmar el acuerdo de cooperación para gestionar la transferencia de los fondos asignados al proyecto y pasar a su ejecución, que se espera comience el 2do semestre de 2014.

Según la PPM de Chile⁸⁶, el objetivo general del aporte será la potencial implementación de un SCE para el sector energía. En particular, el financiamiento permitirá la realización de los análisis reglamentarios, económicos e institucionales necesarias para diseñar el SCE, apoyará el diseño e implementación de los sistemas de medición, reporte, verificación y registro de GEI, y la generación de conocimiento y capacidades a través de los grupos de interés.

86 MINISTERIO DE ENERGÍA, Chile. *Market Readiness Proposal for Chile*. 20 de febrero 2013 [en línea] <http://www.thepmr.org/system/files/documents/Chile_MRP_Final_20-02-2013.pdf> [consulta: 23 de mayo 2014]

CONCLUSIONES

No existe una única explicación detrás de la rigurosa postura de la UE frente a la elegibilidad de los créditos internacionales, durante la tercera fase de negociación del SCE-UE, pero a través de este trabajo hemos podido descubrir cómo la falta de avances significativos en la materia y el ímpetu europeo por impulsar la acción internacional por el clima, ha ido convirtiendo las necesidades de desarrollo sustentable de países como Chile, y su dependencia en la inversión generada, en último término, por el SCE-UE, en la moneda de cambio para presionar y comprometer a las grandes economías del mundo que aún se consideran teóricamente “en desarrollo”, a adoptar obligaciones de mitigación.

El fundamento específico detrás esta reforma, parece perderse dentro de una tendencia mayor que está dando forma a las políticas de la UE frente a terceros países: el unilateralismo contingente. En este nuevo espíritu, la UE está utilizando activamente su influencia política y su poder de mercado para generar incentivos (o sanciones) con el objetivo de inscribir a terceros países en su propia estrategia de Cambio Climático.

Por otra parte, incluso cuando el objetivo ambiental detrás de la decisión de frenar el flujo de CERs al SCE-UE fuera legítimo, los medios utilizados no responden a un deseable estado equidad internacional y parecen chocar con las premisas de justicia distributiva sobre las que está construido el régimen internacional del Cambio Climático. Esto es más evidente cuando, las medidas que la UE ha tomado al adoptar este nuevo unilateralismo, amenazan con dejar atrás a aquellos países incapaces de utilizar las “vías de escape” previstas por la UE, para eximirse de su aplicación. En efecto, el peso de la decisión latamente analizada, se ha aplicado por igual a países en desarrollo explícitamente distintos. Así, mientras las grandes economías emergentes pueden asumir sin mucha dificultad el costo económico y social que implica el cierre del mercado europeo de emisiones, cumpliendo finalmente con las condiciones de mitigación que la UE puede llegar a imponerles, en las pequeñas economías la decisión de la UE puede afectar a toda una industria de desarrolladores de proyectos y comunidades que necesitan de la inversión para estimular el desarrollo sustentable y la generación de beneficios sociales. Luego, siguiendo a Scott “la UE debe distinguir no sólo [sic] entre bloques de países desarrollados y en desarrollo, sino entre distintos países en desarrollo también”⁸⁷.

87 SCOTT, Joanne. Cit. ant. (9), p. 488.

Asimismo, el unilateralismo contingente adoptado por la UE, plantea muchas interrogantes acerca del tratamiento y el peso que la UE le da al principio de RCPD y de su autoridad para ir en contra del primer y más importante objetivo del MDL.

En Chile, los efectos de la medida de la UE sobre el uso de los CERs son claramente visibles en la aprobación de proyectos del MDL por parte de la AND, que durante el año 2013 cayó en un 92% en relación al año anterior. Esto ha supuesto una gran pérdida de potencial, justo cuando en nuestro país una nueva y auspiciosa Agenda Energética⁸⁸ ha sido lanzada, proporcionando un gran impulso en favor de la inversión "verde", con metas y objetivos ambiciosos. Luego, dado su propósito de alcanzar el desarrollo durante la próxima década, y la urgente necesidad de invertir en la matriz eléctrica del país para asegurar el suministro energético, Chile se ve obligado a buscar otras alternativas para el MDL. Nuevos mecanismos de mercado para fomentar el desarrollo sustentable, naciendo mercados de carbono como destino para los créditos internacionales y alianzas internacionales que permitan desarrollar y financiar nuestro propio sistema nacional de comercio de emisiones, son las más factibles.

Finalmente, la cuenta atrás para la consecución de un posible acuerdo en el año 2015 ya comenzó. Chile y el resto de los países en desarrollo estarán expectantes por un posible acuerdo. Pero estarán también expectantes por que la UE no incurra en ningún nuevo y dañino unilateralismo en caso de no alcanzarse el objetivo.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

88 MINISTERIO DE ENERGÍA. Chile. *Agenda de Energía*. 14 de mayo 2013 [en línea] <<http://www.minenergia.cl/documentos/estudios/2014/agenda-de-energia-un-desafio-pais.html>> [consulta: 23 de mayo 2014].

La Participación del Público en la Elaboración del Derecho Ambiental Internacional: El Convenio de Aarhus

*Public Participation by creating International
Environmental Law: The Aarhus Convention*

Eduardo Salazar Ortuño

Universidad de Murcia, España

Abogado, Profesor Asociado de
Derecho Administrativo,
Universidad de Murcia
eduardo.salazar@um.es

Magdolna Tóth Nagy

Hungría

Regional Environmental Center for
Central and Eastern Europe (REC)
MTothNagy@teammembers.rec.org

RESUMEN

La participación del público se desarrolla usualmente en un ámbito local. A partir del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro (1992) los gobiernos deben impulsar la participación del público en la toma de decisiones ambientales. El Convenio de Aarhus (1998) es un ejemplo global de cómo la sociedad civil puede influir un proceso regulatorio internacional en el seno de la UNECE (*Economic Commission for Europe – United Nations*). La importancia de la participación del público en el Convenio no se limita a su elaboración sino a su desarrollo y cumplimiento. Los autores traen ejemplos de casos de cumplimiento en la ciudad de Murcia (España).

Palabras clave: Participación pública, Principio 10, Convenio de Aarhus, Democracia ambiental, Cumplimiento ambiental.

SUMMARY

Public participation meets usually local level decisions. Under Principle 10 of The Rio de Janeiro Declaration (1992) the governments must improve the public participation at every level of environmental decisions. Aarhus Convention (1998) is a global example, of how civil society can influence a regulatory process at the UNECE (Economic Commission for Europe – United Nations). The importance of the public participation of Aarhus Convention includes not only the negotiations of the International Treaty but the implementation and enforcement. The authors bring examples of this enforcement in the city of Murcia (Spain).

Key words: Public participation, Principle 10, Aarhus Convention, Environmental Democracy, Environmental Law Enforcement.

1. Organizaciones civiles en el plano internacional

Las organizaciones civiles no gubernamentales (en adelante, ONG) han venido siendo reconocidas como interlocutoras en la elaboración del Derecho Internacional ya desde la conformación de la propia organización de Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social. El reconocimiento de un estatuto para tener voz en las reuniones de este organismo se ha alcanzado tras la posibilidad inicial de asistir a las reuniones y circular los documentos que se presentaban ante dicho organismo. Otros organismos adscritos a la ONU, a excepción del Fondo Monetario Internacional, han creado regulaciones para acercar a sus senos a las ONG a través de la creación de grupos de trabajo u otros comités, o incluso involucrando a las ONG como *operational partners* en el desarrollo de determinadas políticas¹.

En el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, las ONG han venido participando con intensidad creciente en la preparación, elaboración y cumplimiento de normas desde 1970, ostentando cada vez una posición de mayor calado. La primera norma ambiental internacional que permitió la participación de las ONG fue el denominado Convenio CITES².

La participación masiva en el proceso preparatorio de la Conferencia de la ONU de Medio Ambiente y Desarrollo, que se inició en 1990, legitimó a éstas en lo sucesivo, consiguiendo una apertura mayor de lo que hasta entonces el Consejo Económico y Social permitía. Al final del proceso preparatorio el estatus de observadoras fue reconocido a más de 1400 ONG, de las cuales 1000 no tenía previamente dicho estatus en el Consejo Económico y Social. La Agenda 21, adoptada en la citada Conferencia estableció entre los *major groups* a las ONG, la industria, las empresas, los científicos, la comunidad científica, mujeres, trabajadores, etc., y dedicó a su vez 10 capítulos a las ONG, todo ello bajo el manto del Principio 10 de la propia Declaración de Río³.

1 WILLETS, Peter. "From Rio to Stockholm". *Review of International Studies*: 22, 64, 1996.

2 Artículo XI, párrafo 7. Así mismo, el Protocolo de Montreal referido a sustancias que deterioran la capa de ozono (1987), se refiere a la intervención de las ONG, en su artículo 11, parágrafo 5, y del mismo modo, el Convenio de Basilea para el Control Transfronterizo de los Residuos (1989), el Convenio Marco de Cambio Climático (1992), el Convenio sobre Biodiversidad (1992) y el Protocolo de Cartagena en materia de Bioseguridad (2000).

3 "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."

En lo que se refiere al seno de la Unión Económica para Europa (UNECE), en los diferentes Tratados multilaterales en materia ambiental – a excepción del Convenio de Aarhus – no se menciona la participación de las ONG directamente en el texto del Tratado, aunque luego sus normas de procedimiento (*Rules of Procedure*) si las citen como posibles observadores: así ocurre en el Convenio de Espoo, referido a la Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza (1992) y el Convenio de Helsinki de Protección de los Cursos de Agua y Lagos Internacionales (1992).

2. La negociación del Convenio de Aarhus

El Convenio de Aarhus fue el primer texto internacional a nivel global que fue negociado con la colaboración de las ONG y que incluso aseguró la presencia de éstas en los Encuentros de las Partes⁴.

El Convenio se fundamenta en que para el ejercicio del derecho humano al medio ambiente sano es necesario el reconocimiento de derechos adjetivos o procedimentales como el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia, que el Convenio considera como tres “pilares” en una suerte de definición didáctica.

El Convenio fue fruto del proceso político de cooperación intergubernamental “Medio Ambiente para Europa”⁵ – organizado en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas - y del trabajo conjunto con las ONG de las que surgió la propuesta de un instrumento regional vinculante en materia de acceso a la información ambiental, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia. El primer paso hacia dicho objetivo lo constituyeron las “Líneas Maestras de Sofía”, de octubre de 1995, que supusieron un desarrollo concreto de los postulados del Principio Décimo de la Declaración de Río de Janeiro, previamente citado, y que sirvieron de arranque para la redacción del Convenio que fue finalmente suscrito en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998.

No obstante, el Convenio tiene su antecedente en el Borrador de la Carta de Derechos y Obligaciones de personas, grupos y organizaciones adoptado por un grupo de expertos invitados por el gobierno neerlandés en la Conferencia de Bergen (Noruega) el 11 de mayo

4 Artículo 10, párrafo 5 del Convenio de Aarhus.

5 Proceso iniciado en 1991 en Dobris (República Checa) y que reunía los Ministros de Medio Ambiente de los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa. En su segunda reunión en Lucerna, en 1993, fue donde se identificó la necesidad de propiciar un instrumento jurídico regional en materia de participación pública en asuntos ambientales.

de 1990 y en la iniciativa de la UNECE de un Borrador de Carta de Derechos y Obligaciones en materia ambiental adoptada en Oslo el 31 de octubre de 1990⁶.

La participación de las ONG se incardina en los primeros momentos, en la génesis del Convenio, a través del Grupo de Amigos del Secretariado (*Friends of the Secretariat*), al que fueron invitados miembros de organizaciones internacionales ambientalistas el 17 de enero de 1996 en el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* creado al efecto para definir los elementos esenciales del Convenio. Estos elementos se basaron sobre todo en la Directiva 90/313/CEE y en la participación regulada en el Convenio de Espoo, antes citado. La participación de las ONG fue precisamente la garantía de efectividad de la regulación del Convenio en los Estados Parte pues proviene de la experiencia en Europa referida al acceso a la información ambiental y la participación del público en materia de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada. En este Grupo de Trabajo había muchos representantes de los gobiernos, pero también de las ONG o con vinculación a las mismas, tanto del Este como del Oeste europeo, tales como el *Environmental European Bureau* (EEB) y el *Regional Environmental Center* (REC).

Las reglas del juego, o normas de procedimiento seguidas para la elaboración del Convenio, por decisión del Presidente del Grupo *Ad Hoc*, fueron flexibles en relación a la transparencia de los documentos y la participación de las ONG, que no necesitaban estar acreditadas ante el Consejo Económico y Social para participar en las reuniones. Aunque formalmente las ONG eran meros observadores, tuvieron derecho a hablar y fueron tratadas como partes iguales en las negociaciones del Convenio. El contenido del Convenio, derechos otorgados a los ciudadanos para el ejercicio y defensa del derecho a un medio ambiente sano, aconsejaba a su vez la presencia de los representantes más cualificados de los ciudadanos y del "interés público". Las decisiones fueron tomadas por consenso a través de compromisos mutuos y aunque las ONG no tenían derecho a votar, el Presidente del Grupo siempre esperó la ocasión de que algún país (más de uno) apoyase las propuestas del grupo de ONG. Para ello las ONG debieron buscar el consenso de varios países que secundaran sus propuestas, cuestión que no siempre fue fácil, especialmente en materia de participación del público en relación a decisiones que afectasen a los organismos modificados genéticamente.

6 The Aarhus Convention: An Implementation Guide, p. 2-3, UN-ECE, 2000. ENVWA/R.38, annex I.

Las ONG participaron en la génesis del Convenio con la estrategia de establecer un núcleo duro innegociable que llegase hasta el final de las posteriores negociaciones, incluyendo los siguientes elementos: un convenio firme que incluyera derechos en los tres pilares, un amplio espectro de autoridades afectadas por las obligaciones del texto, la inclusión de las instituciones de la Unión Europea, una amplia definición de la "información ambiental", periodos cortos para el acceso a los datos, claras y precisas excepciones al acceso a la información, amplia participación del público, aceptación del pilar de acceso a la justicia incorporando *citizen suits* y mecanismos fuertes de cumplimiento para controlar la aplicación de las provisiones del Convenio.

3. El desarrollo posterior del Convenio de Aarhus

El Convenio de Aarhus, tiene una vocación de desarrollo y seguimiento conforme a su propio artículo 10⁷. Las ONG que participaron en la gestación del Convenio y que asistieron a la ratificación del mismo el 25 de junio de 1998, han seguido formando parte de los Grupos de Trabajo (*Working Groups y Task Force*) generados en el seno del Secretariado del Convenio⁸.

Los Grupos de Trabajo han sido diversos y muchos de ellos se han referido a los tres pilares del Convenio, o a otras cuestiones importantes como organizar las Reuniones de las Partes y la formación del *Clearinghouse Mechanism* (una suerte de página web con recursos didácticos para la exposición del público).

En todos los grupos de trabajo las ONG se han organizado para mandar siempre representantes, todos ellos englobados en la Coalición EcoForum⁹ y la participación no solo ha sido intensa sino que ha propiciado el apoyo de los Estados Partes a muchas iniciativas provenientes de las ONG. Así ha sido el caso en la Reunión de las Partes en Almaty (Kazajistán) cuando se propuso una enmienda al Tratado ampliando la participación pública a las cuestiones relacionadas con los organismos modificados genéticamente.

7 PIGRAY I SOLÉ, Antoni. *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*. Barcelona: 2008.

8 Ver: www.unece.org/env/pp/welcome.php

9 Ver: www.participate.org

4. El cumplimiento del Convenio de Aarhus

Entre las peculiaridades del Convenio de Aarhus relativas a su desarrollo y aplicación, quizá la más importante sea la instauración del mecanismo de control de cumplimiento previsto en el artículo 15. En su virtud, la Reunión de las Partes debía adoptar por consenso mecanismos facultativos, de carácter no conflictivo, no judicial y consultivo, para examinar el respeto de las disposiciones del Convenio con una participación apropiada del público, pudiéndose prever incluso la presentación de comunicaciones por parte de sus miembros respecto de cuestiones que guarden relación con la Convención.

El mecanismo de que se trata fue preparado por el Grupo de Trabajo de Cumplimiento y Normas de Procedimiento y fue adoptado mediante la Decisión I/7 de la Primera Reunión de las Partes celebrada en Lucca (Italia) del 21 al 23 de octubre de 2002, en la que se eligieron también a los primeros miembros del Comité de Cumplimiento de la Convención. Tras las modificaciones introducidas en la Segunda reunión de las Partes mediante la Decisión II/5, el Comité está formado por nueve expertos independientes de países Partes en el Convenio, con competencia reconocida en la materia y que no ostentan la representación de su país sino que actúan "a título personal". La independencia de sus miembros dota de mayor agilidad al Comité y de mayor calidad a sus resoluciones que estarán basadas únicamente en conocimientos técnicos (y jurídicos) en la materia. Los miembros del Comité son elegidos por las Partes y por las organizaciones no gubernamentales con la condición de observadoras que cumplan los requisitos del artículo 10.5 del Convenio. La apertura a la intervención de las ONG en el proceso de elección de los miembros del Comité fue uno de los puntos que más duramente criticó la representación estadounidense en la Reunión de las Partes de Lucca del año 2002.

Al margen de sus cometidos generales con respecto a la aplicación de la Convención, el Comité de cumplimiento ejerce una función más específica orientada a verificar si las Partes cumplen debidamente las obligaciones establecidas por el Convenio. La activación del Comité puede producirse mediante peticiones (*submissions*) presentadas por un Estado parte frente a otro o por un Estado parte respecto de sí mismo, por remisión (*referral*) de la Secretaría del Convenio, por comunicaciones (*communications*) por parte del público, e incluso por iniciativa del propio Comité. Los miembros del público han iniciado hasta el momento 49 casos ante el Comité frente a un solo caso interestatal iniciado por Rumania frente a Ucrania.

En el caso de las comunicaciones provenientes del público el procedimiento es relativamente sencillo. Cualquier miembro del público puede presentar una comunicación

al Comité, a través de la Secretaría del Convenio, pudiendo solicitar que se mantenga el secreto en cuanto a los autores de la denuncia en caso necesario. Una vez comprobada la constancia de los datos indispensables para la interposición de una comunicación, que son los necesarios para conocer quién comunica, qué hechos se denuncian y qué autoridades y de qué país se trata, la Secretaría circulará la comunicación a los miembros del Comité. El Comité procederá al examen de la admisibilidad de la comunicación aplicando criterios elementales como que no se trate de una denuncia anónima, abusiva o irrazonable y que tenga como objeto el cumplimiento de obligaciones derivadas del Convenio. Una vez admitida la comunicación, el Comité nombrará un ponente y le dará traslado a la Parte denunciada para que proceda a responder por escrito en un plazo breve que será como máximo de cinco meses. Recibida la contestación del Estado, el Comité podrá recabar más información de los comunicantes y también podrá pedir la opinión de expertos o consejeros e incluso convocar una vista pública para completar los datos aportados por las partes. A ello seguirá una deliberación a puerta cerrada en la que el Comité adoptará una decisión final, en forma de proyecto de conclusiones, del que enviará copia a las partes interesadas (el Estado Parte y los miembros del público que han presentado la comunicación). Los informes del Comité de Cumplimiento expresarán el parecer de sus miembros con respecto a las conductas de las Partes y efectuarán recomendaciones para reconducir las situaciones de incumplimiento. Las conclusiones del Comité podrán declarar o no el incumplimiento de la Parte denunciada y, en caso afirmativo, podrán formular las recomendaciones pertinentes y proponer a la Reunión de las Partes las medidas aplicables a la Parte incumplidora.

En la Reunión de las Partes en la que se examinen los dictámenes del Comité, los Estados afectados podrán plantear las consideraciones políticas o diplomáticas pertinentes para explicar su posición. Las medidas que puede imponer la Reunión de las Partes sobre la base del informe elaborado por el Comité podrán consistir en: consejos y ayudas que faciliten el cumplimiento; recomendaciones concretas adaptadas a la situación del Estado; exigencia de la presentación de una estrategia de cumplimiento con plazos concretos; publicación de una declaración de incumplimiento; o adopción de medidas de apercibimiento (*mise en garde*). En el caso de comunicaciones por parte del público, se podrá recomendar que la Parte afectada adopte medidas particulares para intentar resolver las cuestiones planteadas por los autores de la comunicación. En caso necesario, se podrá suspender la aplicación de los derechos y privilegios conferidos en el Convenio o adoptar cualquier otra medida amistosa, no judicial y concertada que pueda resultar apropiada.

En situaciones urgentes, y dado que las Partes se reúnen cada cuatro años, el Comité puede adoptar recomendaciones y medidas concretas sin esperar a la Reunión de las Partes, siempre que llegue a un acuerdo con la Parte afectada.

5. Aplicación del Convenio en España

Aunque España firmó el Convenio en el momento de su adopción el 25 de junio de 1989, su ratificación se demoró considerablemente por razones diversas.

Las Cortes Generales autorizaron la ratificación el 5 de diciembre de 2000, condicionándola a la elaboración de la normativa de desarrollo necesaria. El 23 de junio de 2004 la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobó la Proposición no de Ley relativa a la ratificación del Convenio de Aarhus y la puesta en marcha de los instrumentos legales y administrativos necesarios para su desarrollo efectivo. La ratificación se aplazó hasta el 15 de diciembre de 2004 pues el Ministerio de Medio Ambiente reclamó un espacio de tiempo necesario para preparar la transposición de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, relativas al acceso a la información y a la participación del público en materia de evaluación ambiental, respectivamente. El Convenio de Aarhus entró en vigor en España el 29 de marzo de 2005, el nonagésimo día posterior a la fecha de depósito del instrumento de ratificación, y pasó así a formar parte del ordenamiento jurídico interno como establece el artículo 96 de la Constitución.

Dada la concreción del contenido del articulado, especialmente en materia de acceso a la información y participación del público, el Convenio de Aarhus podría haberse considerado como *self executing* y aplicarse directamente sin necesidad de acudir a otras normas complementarias. Sin embargo, el legislador nacional creyó oportuno dictar una norma de carácter básico que incorporase el texto del Convenio y lo adaptara a nuestra realidad jurídica – dispersa en cuanto a las diferentes competencias – transponiendo a la vez las Directivas europeas vinculadas al “proceso de Aarhus”.

Este proceso se llevó a efecto mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. El preámbulo de esta Ley afirma que su propósito es reforzar el carácter participativo de la democracia constitucional española y el ejercicio del derecho-deber a un medio ambiente adecuado contenido en el artículo 45 de la Constitución, creando un catálogo básico de derechos basados en los tres pilares del Convenio de Aarhus. Sin embargo, la regulación establecida – sobre todo en materia de difusión de información y participación en planes, programas y normas – y en cuestiones de acceso a la justicia – con excepción del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a algunas asociaciones ambientales - han suscitado críticas, e incluso se ha afirmado por la doctrina que la Ley 27/2006 supone una regresión con respecto a la situación anterior por la discutible creación de un monopolio del control jurisdiccional

objetivo en los contenciosos ambientales sin entrar en cuestiones cruciales referidas al escaso control efectivo de la Administración en los contenciosos ambientales, las fianzas y cauciones y la desigualdad de armas.

6. El caso "Senda de Granada"

6.1 Antecedentes

La actividad urbanística en los municipios de las regiones costeras del Levante español se ha incrementado exponencialmente en los últimos decenios, en gran medida por el crecimiento poblacional y el desplazamiento de extranjeros en busca de trabajo (inmigración) o de turismo de "sol y playa". La especulación del suelo y un aumento exacerbado de la demanda de viviendas ha propiciado lo que se ha venido a llamar "burbuja inmobiliaria", que ha mostrado los riesgos que un determinado tipo de urbanismo conlleva para el derecho de propiedad de los terrenos agrícolas y para la conservación del medio ambiente.

Y es que las continuas exigencias de crecimiento y la superación de previsiones en el planeamiento territorial, lejos de conciliarse con decisiones administrativas basadas en un planteamiento racional del desarrollo sostenible, han generado en ocasiones un urbanismo improvisado y arbitrario que ha abusado de la figura de los convenios urbanísticos. Estos convenios hacen posible la financiación de los Ayuntamientos merced a acuerdos con los agentes urbanizadores como mecanismo de modificación del planeamiento urbanístico. Así, pese a las garantías democráticas contempladas en las normas sobre ordenación del territorio, que exigen dar la posibilidad a los ciudadanos de expresar su opinión y a los propietarios afectados aportar sus visiones, en la práctica se ha producido una suerte de "urbanismo a la carta" que no siempre ha respetado los derechos de participación de la ciudadanía. Este modelo urbanístico pervertido configura un escenario desigual que reduce el *quorum* de las partes interesadas a autoridades y promotores y sustrae del debate público decisiones de gran trascendencia económica y social, marcadas por la pérdida de viviendas centenarias y modos de vida agrícola así como por las grandes ganancias en promociones inmobiliarias.

El caso de la Senda de Granada se plantea una vez que vecinos y propietarios de suelo de huerta tradicional en Espinardo (Murcia) tienen conocimiento mediante Avance de modificación del planeamiento urbanístico del municipio de que sus tierras – que no han variado su condición de agrícolas y que les brindan una gran calidad de vida paisajística- van a ser objeto de reclasificación a suelo urbanizable para la construcción de más de tres mil

viviendas de protección oficial para jóvenes. La iniciativa respondía a la propuesta realizada por la empresa privada Joven Futura al Ayuntamiento de Murcia para el desarrollo de una zona residencial que abarcaba 92.000 m², urbanizando dichos terrenos y recalificando parte de los mismos de "no residencial" a "residencial". Todo ello, tras décadas de uso agrícola del suelo más fértil del municipio. Pocos años después de que el planeamiento municipal considerase sus huertas como suelo no urbanizable protegido por su interés paisajístico y ambiental, meses después de que algunos de ellos consiguiesen licencia para construir casas unifamiliares adscritas a la actividad agrícola. Al mismo tiempo, numerosos corredores iban ofreciendo a los vecinos grandes cantidades de dinero por sus tierras y convenciendo a otros con la amenaza de la expropiación, mientras los nuevos propietarios procedían a arrancar los árboles frutales.

6.2 Actuaciones ante la administración española

La situación planteada trae causa de un convenio urbanístico celebrado el 8 de octubre de 2003 entre los promotores – la empresa Joven Futura, que aún no era propietaria de las tierras - y las autoridades regionales y locales de Murcia. El objeto del Convenio era comprometer a las autoridades urbanísticas a reclasificar suelos otrora protegidos para convertirlos en suelo urbanizable, aprobando el correspondiente proyecto de urbanización mediante su incorporación al Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad de Murcia.

Los vecinos afectados han realizado desde el principio ímprobos esfuerzos para ver garantizado su derecho a una participación real y efectiva ante lo que entienden ha sido una decisión ilegítima de las autoridades administrativas competentes. Confiados en que la decisión urbanística necesitaría un respaldo técnico y la integración de criterios ambientales, la asociación de vecinos Senda de Granada decidió intervenir en los procedimientos de aprobación de los instrumentos urbanísticos. La posición vecinal partía de la necesidad de someter la decisión de modificar el planeamiento a la evaluación de impacto ambiental y pretendía demostrar la pervivencia de los valores ambientales en los terrenos de huerta afectados por la recalificación. Sin embargo, la autoridad regional eximió a los promotores de realizar una evaluación de impacto ambiental, lo que permitió al Ayuntamiento de Murcia aprobar la "Modificación Puntual Nº 50 del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia", el 28 de abril de 2005. Esta modificación del PGOU fue aprobada definitivamente por la autoridad regional el 24 de junio de 2005, concediendo a los promotores el mayor índice de edificabilidad del municipio. La decisión había de tener importantes consecuencias para los vecinos y para el medio ambiente de la zona afectada: las acequias históricas fueron desviadas y entubadas sin la participación de los regantes, los terrenos de huerta fueron convertidos en solares e incluso los promotores fueron dispensados de proceder a medidas

efectivas de conservación de restos arqueológicos que permitían datar en la época romana el uso de la huerta del río Segura a su paso por Murcia.

La Asociación de Vecinos siguió intentando ejercitar sus derechos de participación en las sucesivas fases de planeamiento y gestión urbanística, encontrándose con numerosos obstáculos para acceder a la información y para preparar las alegaciones en tiempo. Todas las irregularidades encontradas por los vecinos fueron puestas en conocimiento de las autoridades competentes que, haciendo caso omiso, continuaron el proceso urbanístico con gran celeridad e improvisación y poca transparencia. La aprobación casi simultánea de la modificación de planeamiento (24 de junio 2005), del plan parcial para el desarrollo de la zona de construcción de viviendas (24 de noviembre de 2005), del proyecto de urbanización (5 de abril de 2006) y de las licencias de construcción, todo ello en un plazo de dos años, pone de manifiesto la determinación de las autoridades en impulsar el proyecto urbanístico. Aunque los vecinos intervinieron en todos los procedimientos ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, cuestionando las múltiples irregularidades de los proyectos, el Ayuntamiento no respondió a sus alegaciones más allá de una notificación formal del resultado desestimatorio de todas y cada una de sus alegaciones.

6.3 Procedimientos judiciales en España

Dada la poca utilidad de los procedimientos administrativos urbanísticos para permeabilizar los argumentos de vecinos y otros propietarios que pretendían la aplicación de la legalidad urbanística y ambiental, todos los actos administrativos que aprobaban los instrumentos urbanísticos fueron recurridos en vía contencioso-administrativa por la Asociación de Vecinos entre los años 2005 y 2007. Los recursos contra los instrumentos de planeamiento fueron conocidos por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia y los planteados contra los proyectos y licencias por Juzgados contencioso-administrativos sin que hasta la fecha haya un solo pronunciamiento referido a la actuación urbanística dada la lentitud judicial.

En la mayoría de los casos se pidió también la suspensión cautelar de los efectos de los actos administrativos impugnados para evitar así la transformación y pérdida irreversible de terrenos de huerta tradicional. La respuesta judicial fue, sin embargo, doblemente desfavorable ya que no solo no se atendió la petición de suspensión solicitada sino que, tras un recurso de apelación por denegación de la medida cautelar, se condenó a la asociación vecinal a pagar las costas del procedimiento, por un total de 2.148 Euros que en su mayoría cubrían los honorarios de los abogados del Ayuntamiento de Murcia. Las razones de esta medida se entienden con dificultad, ya que el objetivo de la Asociación de Vecinos pretendía

no dejar sin sentido el recurso ya que, una vez construidos los edificios – como lo están hoy día –, de poco sirve obtener la razón en relación a la nulidad de la reclasificación operada. La condena en costas, fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional que no admitió a trámite el recurso por entender que no planteaba una cuestión de índole constitucional.

La Asociación también acudió ante los tribunales penales para poner en su conocimiento, por una parte, los hechos referidos a la reclasificación de los terrenos que pudieran implicar un delito de prevaricación y, por otra parte, los eventuales daños a los yacimientos de época romana hallados casualmente al proceder a las obras de urbanización, que podían constituir una violación del artículo 404 del Código Penal. En ambos casos – pese a estar defendiendo intereses colectivos – se exigió a la asociación vecinal fianzas para poder ejercer la acusación popular que, en uno de ellos, ascendió a 60.000 euros.

6.4 Comunicación ante el Comité de cumplimiento del Convenio de Aarhus

La barrera que supuso el acceso a la Justicia en España, por la gran cantidad de obstáculos acumulados en el camino frente al ejercicio del derecho a la participación del público, sumió a la asociación vecinal en una sensación de frustración que solo se vio aliviada con la posibilidad de acudir a órganos internacionales.

Pese a que la lentitud judicial impedía el acceso a otras vías internacionales, que exigen el agotamiento previo de los recursos internos, la Asociación entendió que la denegación de sus derechos de participación en sede administrativa y judicial en España, podía suponer una violación del Convenio de Aarhus susceptible de ser comunicadas al Comité de Cumplimiento. Con ello se pretendía que el Estado español y las autoridades murcianas conociesen sus obligaciones en materia de democracia ambiental y que se evidenciase la falta de transparencia en las decisiones urbanísticas de gran trascendencia económica, pese a la existencia de legislación nacional y autonómica en la materia.

La comunicación fue presentada al Comité el 13 de mayo de 2008 por la Asociación para la Justicia Ambiental (AJA) conjuntamente con la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste. En ella se describían presuntos incumplimientos a diversas disposiciones del Convenio que mostraba lo que en ocasiones puede ser la realidad de la participación en España, donde el reconocimiento legal de los derechos no garantiza un efectivo ejercicio de los mismos. Las violaciones comunicadas fueron las siguientes: incumplimiento del criterio de "cuantía razonable" en el cobro de tasas por la entrega de información ambiental - artículo 4, párrafo 8 del Convenio; ausencia de aplicación de las garantías de participación establecidas en el artículo 6 del Convenio en la aprobación de los instrumentos de

planeamiento, al comienzo del proceso, "cuando todas las opciones estén abiertas y el público pueda ejercer una influencia real"; e incumplimiento de lo establecido en el artículo 9 sobre el derecho de acceso a la justicia en relación a la denegación de las medidas cautelares solicitadas y a la imposición de costas y de fianzas extraordinarias.

La comunicación presentada fue notificada al Estado español el 6 de junio de 2008, a través del punto focal nacional designado en el Ministerio de Medio Ambiente.

7. Procedimiento ante el Comité de Cumplimiento

7.1 Admisibilidad de la comunicación

La discusión sobre la admisibilidad de la comunicación presentada tuvo lugar en la vigésima reunión del Comité de Cumplimiento, celebrada durante el transcurso de la Tercera Reunión de las Partes celebrada en Riga (Letonia) del 8 al 10 de junio de 2008. Los miembros de la delegación española, que estaban presentes en Riga y habían sido invitados a participar, no asistieron a los debates ante el Comité de Cumplimiento.

El 10 de junio de 2008 el Comité admitió de forma preliminar la comunicación, estimando que cumplía con los requisitos formales del parágrafo 20 de la Decisión I/7. Posteriormente, el 7 de agosto de 2008 trasladó la comunicación al Estado Parte afectado y más concretamente al punto focal en el Ministerio de Medio Ambiente. El 8 de agosto de 2008 el Comité, a través de la Secretaría del Convenio, solicitó información adicional sobre ciertos aspectos suscitados en el debate público con los comunicantes así como un sumario de todas las actuaciones llevadas a cabo por éstos. La documentación complementaria adicional fue aportada por los comunicantes en plazo, el 28 de agosto de 2008, y todo quedó pendiente de la respuesta del gobierno español.

7.2 Actuaciones ante el Comité

La participación del Estado español en el procedimiento fue mínima. Expirado el plazo de contestación que se concede a los Estados "denunciados" sin tener noticia alguna de los representantes gubernamentales, el 20 de enero de 2009, la Secretaría del Convenio citó a los delegados de España para acudir a la vigésimo tercera reunión del Comité en la que se trataría la comunicación que le afectaba (31 de marzo-3 de abril de 2009). En la notificación de la Secretaría se anunciaba el formato de la vista en la que podrían intervenir con cuestiones previas y conclusiones, se advertía de la imposibilidad de introducir cuestiones nuevas que pudiesen haber sido puestas de manifiesto previamente y se pedía a la parte

en cuestión confirmación de su asistencia. Asimismo citó a los comunicantes para la vista pública el 1 de abril de 2009 en el Palacio de las Naciones en Ginebra.

Llegado el día 1 de abril de 2009, ni el Comité ni la Secretaría del Convenio ni los propios comunicantes habían recibido noticia alguna de los representantes del gobierno español, ni desde el Punto Focal en Madrid ni por parte de la Delegación Permanente ante la CEPE en Ginebra. Fue una situación única en la corta historia del Comité por cuanto, habiéndose notificado todos los actos, podía considerarse como mínimo una descortesía por parte del Estado español al Comité, como hizo constar su Presidente Mr. Veit Koester en el acta y figura en el fallo pronunciado.

El desarrollo de la vista no fue ni mucho menos sencillo, suscitándose un intenso cruce de preguntas y respuestas entre los miembros del Comité y los representantes de la Asociación Vecinal, especialmente en lo que concierne a la aplicación temporal del Convenio, a la necesidad o no de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental en la fase preliminar (o de *screening*), y a la conformidad de ciertas normas regionales de ordenación del territorio con las disposiciones del Convenio. Finalmente, los comunicantes se comprometieron a aportar más información adicional referida a la legislación urbanística estatal, regional y local, a la normativa en materia de evaluación de impacto ambiental, a las normas jurisdiccionales aplicables y a la propia Ley 27/2006, de 18 de julio. Toda la documentación solicitada fue aportada el 11 de mayo de 2009, sin que aún se tuviera noticia alguna de la reacción de España.

El 12 de mayo de 2009 la Secretaría del Convenio se volvió a dirigir al punto focal en Madrid, con copia a la Misión Permanente en Ginebra, haciéndole saber la celebración de la vista, la admisión firme de la comunicación, la presentación de documentos y la extrañeza que suscitaba su silencio. A los pocos días, el Embajador Representante Permanente se puso en contacto con la Secretaría, alegando un error en la comunicación entre éste y el Ministerio de Medio Ambiente y prometiendo diligencia. El 26 de junio de 2009, más de 12 meses después del traslado de la comunicación, los encargados del Convenio de Aarhus en el Ministerio remitieron informes y documentos, algunos de ellos provenientes de la Administración municipal murciana, todos en español, lo que requirió una posterior traducción. En resumen, en los escritos presentados tardíamente las autoridades españolas negaron la virtualidad de los hechos y afirmaron la extraordinaria salud democrática de sus procedimientos administrativos, la transparencia de sus actuaciones y el coste razonable de la información ambiental puesta a disposición de los solicitantes. Ante la temeridad del gobierno español presentando tales afirmaciones de forma extemporánea, los comunicantes solicitaron al Comité que no abriera de nuevo el debate para no retrasar más la decisión y

contradijeron las afirmaciones de las autoridades estatales, regionales y locales.

El borrador de fallo y recomendaciones del Comité se produjeron el 16 de noviembre de 2009 y fue trasladado a las partes para que realizaran sus comentarios. Los comunicantes lamentaron que el Comité hubiera reducido tanto el contenido de la comunicación y matizaron algunas cuestiones relativas a la imposición automática de costas en la segunda instancia de los procedimientos contencioso-administrativos y los plazos para una participación efectiva en materia de urbanismo. El Estado español, por vía del Abogado del Estado, manifestó lapidariamente que, con excepción de la aplicación concreta de las normas por parte de una entidad local, “carecen de fundamento los reproches a nuestra legislación”¹⁰.

7.3 Fallo del Comité de Cumplimiento

El fallo adoptado por el Comité el 18 de diciembre de 2009 puede considerarse como prudente y moderado aunque detecta diversas situaciones que suponen incumplimiento del Convenio por la Parte en cuestión¹¹.

Dada la fecha tardía de la ratificación española del Convenio, que entró en vigor para España el 29 de marzo de 2005, el Comité no tomó en consideración ninguna de las actuaciones urbanísticas que se produjeron con anterioridad a dicha fecha. Quedó así fuera del escrutinio del Comité tanto el Convenio urbanístico entre el Ayuntamiento de Murcia y Joven Futura, celebrado en 2003, como la modificación del PGOU de Murcia que se había realizado en abril de 2005 pero cuyos actos preparatorios habían tenido lugar con anterioridad en el año 2004. Este recorte es particularmente importante porque excluye el pronunciamiento del Comité sobre la necesidad de proceder a una evaluación de impacto ambiental para la recalificación de los terrenos efectuada.

El Comité centró su fallo en las prácticas llevadas a cabo por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia tras la entrada en vigor del Convenio de Aarhus, principalmente con relación a la información solicitada por la Asociación de Vecinos, a la participación en la

10 Respuesta del Abogado del Estado español, don Juan Antonio Purgserver Martínez de fecha 4 diciembre de 2009 [en línea] <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-24/Correspondence/FrSPC24_Reply_Abogado_Sp_11Dec2009.pdf> [consulta: 26 de diciembre 2014]

11 *Findings and recommendations with Regard to Communication ACCC/C/2008/24 concerning compliance by Spain* [en línea] <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-24/DFR/ece_mp_pp_c.1_2009_8_add.1_e.pdf> [consulta: 20 de diciembre 2014]

planificación urbanística y el acceso a los tribunales. En relación al acceso a la información, consideró probados: la ausencia de entrega de información durante cuatro meses desde la presentación de una solicitud, la negativa inmotivada a entregar la información en formato digital, la falta de posibilidades de acceso completo a los expedientes y el cobro de una cantidad de 2,15 euros por fotocopia, establecida en la tasa municipal de servicios y que supone una cantidad "desmesurada" cuando se trata de estudiar expedientes urbanísticos. Por ello el Comité declaró que España – el Ayuntamiento de Murcia – incumplió con la obligación establecida en el artículo 4, apartado 1 (b) del Convenio, al no entregar la información en el formato digital requerido y también incumplió la obligación del artículo 4, apartado 2 del Convenio al no entregar en el plazo de un mes la información ambiental requerida mediante solicitud. Asimismo, el fallo afirma que España incumplió la obligación del artículo 4, apartado 8 al exigir un coste irrazonable de 2,15 euros por copia, cuando el precio ordinario de la fotocopia en Murcia es de 0,03 euros.

En relación con la participación, el Comité no entró a analizar el convenio urbanístico de 2003, ni la decisión sobre la exclusión de la evaluación de impacto ambiental de la modificación del planeamiento urbanístico en 2004, ni la modificación puntual número 50, en relación a la falta de información al público afectado y a la ausencia de una participación temprana, cuando todas las opciones están abiertas. En lo que respecta al plazo de un mes para la presentación de alegaciones al Plan Parcial, el Comité no estimó que el hecho de que dicho plazo transcurriese durante las vacaciones de verano (25 de agosto a 25 de septiembre de 2005) implicara un incumplimiento del Convenio. Sin embargo, el fallo estimó que el proyecto de urbanización expuesto al público en período navideño y con un plazo de 20 días para que el público pudiera prepararse y participar de manera efectiva no satisfacía las exigencias del artículo 6, párrafo 3 del Convenio, ya que no se otorgó un plazo razonable para la participación.

En materia de acceso a la justicia, la situación "kafkiana" que se plantea en relación con las medidas cautelares en el planeamiento lleva al Comité a considerar que España incumplió el artículo 9, apartado 4 del Convenio ya que tras casi un año se niega la suspensión por temprana ante los planes y por tardía ante los proyectos:

"103 (...) el Comité observa que en el caso 487/2005, el tribunal sostuvo que la solicitud de suspensión de la Modificación número 50 y del Plan Parcial eran demasiado temprana; también sostuvo que no habría un impacto irreversible en el medio ambiente porque la construcción no podría comenzar sin decisiones adicionales. Sin embargo, cuando el Proyecto de Urbanización fue aprobado y el denunciante pidió la suspensión de la decisión antes de que finalizase el

proceso judicial, el tribunal en el caso 539/2006 mantuvo que era demasiado tarde, porque esta decisión estaba sujeta a la consideración y a decisiones anteriores, específicamente la Modificación número 50 y el Plan Parcial. Como consecuencia, el tribunal mantuvo que el Proyecto no podía ser suspendido, ya que ninguna de aquellas decisiones había sido suspendida por los tribunales. En la apelación, el tribunal (caso 953/2007) se ajustó a este razonamiento y no suspendió la decisión.

104. El Comité considera que este tipo de razonamiento crea un sistema donde los ciudadanos no pueden obtener ni pronto ni tarde una medida cautelar; indica que aunque dicha medida cautelar está teóricamente disponible, no lo está en la práctica. Como resultado, el Comité encuentra que la Parte en cuestión se encuentra en una situación de incumplimiento del artículo 9, apartado 4, del Convenio, que obliga a las Partes a proporcionar recursos adecuados y eficaces, incluyendo medidas cautelares.¹¹²

En relación a la imposición de costas en la segunda instancia de la vía contencioso-administrativa, el Comité considera que se podría estar incumpliendo a su vez el artículo 9.4 del Convenio si se trata de una situación generalizada.

El Comité afirma en sus conclusiones que las situaciones anteriormente descritas suponen un incumplimiento del Convenio por parte del Estado en cuestión. Además, el fallo señala que "(j)unto a las anteriores averiguaciones y conclusiones principales, el Comité observa con pesar que España, al no presentar por escrito explicaciones o declaraciones para aclarar el tema tratado por la comunicación (...) incumplió con las obligaciones del Convenio relacionadas con el apartado 23 del anexo de la Decisión I/7. En opinión del Comité es de vital importancia que para la eficacia y la credibilidad del mecanismo de cumplimiento las normas procedimentales establecidas en la decisión I/7 respecto al examen del cumplimiento sean cumplidas no solo por el Comité, los denunciantes y la secretaría, sino también por las Partes del Convenio"¹¹³.

12 *Findings and recommendations with Regard to Communication ACCC/C/2008/24 concerning compliance by Spain.* Párrafos 103 y 104.

13 *Findings and recommendations with Regard to Communication ACCC/C/2008/24 concerning compliance by Spain.* Párrafo 118.

Por todo lo anterior, el Comité formula las siguientes recomendaciones:

“117. El Comité, de conformidad con el apartado 36 (b) del anexo de la decisión I/7 y tomando nota de la conformidad de la Parte en cuestión en que el Comité tome las medidas contempladas en el apartado 37 (b) del anexo de la decisión I/7, recomienda al Gobierno de España:

“a. Que se adopten las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas y compromisos prácticos para garantizar que:

(...) i. Que se abone solo un coste razonable, equivalente a los costes medios de una fotocopia en papel o en medios electrónicos (CD/DVD) para facilitar acceso público a la información medio ambiental a nivel estatal, regional y local, con medidas tales como una revisión de las tablas de tasas por los servicios del Ayuntamiento de Murcia;

ii. Que las solicitudes de información sean respondidas a la mayor brevedad posible, a más tardar dentro de un mes después de que la solicitud se haya presentado, a menos que el volumen y la complejidad de la información justifique una ampliación de este período a un máximo de dos meses a partir de la fecha de la solicitud; y que la legislación relacionada sea revisada para establecer un procedimiento fácil y específico a seguir, en el caso de que haya una falta de respuesta a la solicitud;

iii. Que se establezcan requisitos claros para que el público sea informado de los procesos de toma de decisiones de una manera adecuada, oportuna y eficaz, incluyendo una notificación a las autoridades públicas de que realizar acuerdos relevantes para el Convenio que puedan hipotecar determinadas opciones sin facilitar la participación pública puede suponer un conflicto con el artículo 6 del Convenio;

iv. Que se realice un estudio sobre cómo el artículo 9, apartado 4, se está aplicando por los tribunales de apelación de España; en caso de que el estudio demostrase que la práctica general no se ajusta a la previsión de ese artículo, deben tomarse las medidas oportunas para ajustarlas al Convenio;

v. Que los procedimientos de participación pública incluyan períodos temporales razonables para las diferentes fases otorgando suficiente tiempo al público para

preparar y participar efectivamente, considerando que tomar los períodos de vacaciones como parte de esos períodos temporales impide la participación pública efectiva; dada la complejidad y la necesidad de consulta con expertos, la legislación sobre usos del suelo debe ser revisada para ampliar el período existente de 20 días a la vista de las averiguaciones y conclusiones del Comité.

vi. Que se facilite al público, en materia medio ambiental, recursos adecuados, oportunos y eficaces, incluyendo medidas cautelares que sean justas, equitativas y no excesivamente costosas, en primera y segunda instancia en los tribunales de apelación; y,

b. Que se desarrolle un programa de creación de capacidad y se promueva la formación sobre la aplicación del Convenio de Aarhus para las autoridades estatales, regionales y locales responsables de la cuestiones de Aarhus, -incluyendo Comisiones provinciales que garanticen ayuda legal gratuita-, así como para los jueces, fiscales y abogados; asimismo el desarrollo de un programa de sensibilización para el público sobre los derechos de Aarhus.¹⁴

7.4 Efectos de la decisión y actuaciones subsiguientes

La decisión del Comité no tiene carácter de una sentencia ni efectos jurídicos obligatorios que puedan imponerse desde este órgano. Por ello las conclusiones y recomendaciones contenidas en el fallo pronunciado formaron parte del informe que se presentó en la siguiente Reunión de las Partes de Chisinau (Moldavia) en julio de 2011, en el seno de la cual se pidieron explicaciones al gobierno de España y se impusieron por la Conferencia de las Partes las medidas propuestas por el Comité y los plazos para llevarlas a cabo, bajo amenaza de caución o suspensión.

En cualquier caso, el efecto didáctico y ejemplar del fallo pronunciado es importante pues se trata de uno de los primeros casos planteados ante el Comité en el que resulta finalmente que un Estado miembro de la Unión Europea incumple con las obligaciones del Convenio y debe asumir que la legislación nacional en materia de participación ciudadana no es suficiente para garantizar su aplicación. Esto tiene un efecto de descrédito de la democracia ambiental en España, que se ve confirmado por la presentación de otras

14 *Findings and recommendations with Regard to Communication ACCC/C/2008/24 concerning compliance by Spain.* Párrafo 117.

comunicaciones en las que se ha fallado en el mismo sentido, o bien de acicate para mejorar la situación en materia de acceso a la información, participación y justicia ambiental.

Fruto de la aprobación por parte de la Conferencia de las Partes en 2011 de la situación de incumplimiento por parte de España y de las medidas impuestas – que se llevaron a cabo acumulando el caso de Senda de Granada de Murcia – ACCC/C/2008/24 – con el de “Almendralejo” en Extremadura – ACCC/C/2009/36 –, el Estado español tuvo que asegurar el cambio en relación a las tasas de acceso a la información ambiental (incluyendo la urbanística) en el Ayuntamiento de Murcia, realizar los cambios legales necesarios para asegurar la participación en la elaboración de planificación urbanística en la Región de Murcia y elaborar un informe reconociendo las deficiencias en el sistema de acceso a la justicia, especialmente en materia de medidas cautelares y de asistencia jurídica gratuita, llegándose a proponer reformas legales.

En la Conferencia de las Partes celebrada en Maastricht en 2014 fueron aceptadas las medidas llevadas a cabo por el Reino de España, quedando únicamente pendiente la reforma en el importe de las tasas de acceso a la información ambiental en el Ayuntamiento de Murcia, algo que se ha producido en fechas recientes.

Tan importante como el procedimiento de la comunicación para demostrar el incumplimiento del Estado español ha sido el proceso de ejecución de las medidas impuestas por el Comité de Cumplimiento y respaldadas – siempre – por la Conferencia de las Partes, desde el momento que aquéllas han servido para variar la situación fáctica en el marco legal español, dotando de gran eficacia práctica a este extraordinario proceso de cumplimiento del Convenio de Aarhus.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

El Deber – Obligación del Estado de Proteger el Derecho a la Vida de las Personas

The duty-obligation of the State to protect the people's right to life

Fernando Dougnac Rodríguez

Presidente de la ONG
Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA

Abogado, Pontificia
Universidad Católica de Chile
Magister en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca
dougnac@vtr.net

RESUMEN

Este artículo trata sobre la obligación del Estado de proteger de forma irrestricta la vida humana como un deber constitucional, no pudiendo ser esta obligación desestimada por motivos económicos, los que, además, no revisten ni pueden revestir una entidad de tal naturaleza que permita afectar el bien más preciado de cada ser humano como son su salud y su derecho a la vida. Además se explican y desarrollan las normas constitucionales que respaldan el “Deber – Obligación” del Estado de proteger en forma irrestricta el derecho a la vida de las personas.

Palabras clave: Constitución Política, Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, Derecho a la Vida, Principio Preventivo.



SUMMARY

This article is about the state's obligation to protect human life without restriction as a constitutional duty, so this obligation can't be dismissed for economic reasons, and they are not coated or they can not take an entity as such nature to allow them to affect the most precious good of every human being, such as it's health and it's right to life. It also explains and develops the constitutional norms that support the "Duty - Obligation" of the State to protect without restriction the people's right to life.

Key words: Political Constitution, Righth to live in an unpolluted environment, Righth to life, Preventive principle.

1. Fundamentos constitucionales y legales

Es menester en primer lugar, explicitar y desarrollar las normas constitucionales que respaldan el "Deber – Obligación" del Estado de proteger en forma irrestricta el derecho a la vida de las personas (salvo las excepciones constitucionales contempladas en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución¹) y su relación con la aplicación del principio preventivo y el principio precautorio.

1.1 Normas constitucionales en que se basa el deber - obligación del Estado de proteger la vida en forma irrestricta

El artículo 6° de la Constitución en su inciso 2° establece que los preceptos de la Constitución:

"(...) obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona institución o grupo."

De lo anterior se desprende que en virtud del principio de la "Supremacía Constitucional" consagrada en este artículo, ninguna autoridad o funcionario del Estado, en particular, puede ir en contra de las normas constitucionales, especialmente en contra de los derechos o garantías individuales que ella consagra.

Al ser de la manera indicada, todo acto o mandato de la autoridad o funcionarios del Estado que vaya en contra de las normas constitucionales es nulo de nulidad de derecho público (inciso 3° del artículo 7 de la Constitución²).

El artículo 19 de la misma Norma Fundamental, dispone en su N° 1 que ella asegura a todas las personas el derecho a la vida e integridad física y psíquica.

1 "Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

2 "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale." CHILE. Constitución Política de la República [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta: 3 de abril 2014]

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo." CHILE. Constitución Política de la República [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 3 de abril 2014]

Es de toda lógica que en el inicio de las garantías individuales, la Constitución haya expresado su voluntad soberana de proteger la vida de las personas, vida que va más allá de la mera sobrevivencia, tal como quedó constancia en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución³. El señor Ortúzar (presidente) dijo que "... en primer lugar, y por orden de jerarquía estaría el derecho a la vida". Se dejó constancia de la opinión de don Jorge Iván Hübner Gallo contenida en su obra "Panorama de los Derechos Humanos". Las características de ellos es que son innatos, pues se nace con ellos; son universales, pues se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar; son absolutos, pues su respeto puede reclamarse, indeterminadamente, a cualquier persona o autoridad, o a la comunidad entera; son necesarios, inalienables inviolables e imprescriptibles. Se acordó en la sesión N°89⁴ dejar constancia que el derecho a la vida se consagra como un derecho humano básico. En Chile se protege la vida constitucionalmente y legalmente, desde la concepción hasta la muerte de una persona. Esa vida es la "propriadamente humana", a la vez que comprende tanto la integridad física como la psíquica, como ya se dijo.

Por su parte, el artículo 1° de la Constitución establece en su inciso 4° que el Estado está al "servicio de la persona humana" y que su finalidad es promover el "bien común" el cual define como aquel que permite crear las condiciones sociales necesarias a fin de que "todos y cada uno" de los integrantes de la comunidad nacional logren su mayor realización "espiritual y material" posible, reiterando que ello debe ser "(...) con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Redondea lo anterior, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución⁵ que establece como límite de la soberanía, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales se encuentran los derechos o garantías constitucionales, en especial el derecho a la vida; la integridad física o psicológica; y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esto significa, entre otras cosas, que impide legislar de forma que se los afecten.

Es verdad que en relación al medio ambiente se aceptó por los miembros de la Comisión que exista un cierto grado de contaminación permitida pues era muy difícil evitar "toda contaminación". Quedó constancia de este hecho en las Actas de la Comisión

3 Sesión N° 84, de 4 de noviembre de 1974 y siguientes.

4 CHILE. Actas de las Comisión Ortúzar [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r> [consulta: 5 de marzo 2014]

5 El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante, CENC), pero ella tiene como límite la afectación radical de las garantías constitucionales. En ese aspecto hay que distinguir entre la “simple molestia” que ella produce, de los ataques al ejercicio de las garantías que la Constitución establece.

Ese límite está expresamente señalado y establecido en el N° 26 del artículo 19 de la Constitución donde se indica que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ella establece no podrán afectar los derechos en su esencia, no imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Sin embargo y sobre el particular, debe agregarse que la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente⁶, no es una ley orgánica constitucional, de tal manera que parece dudoso, al menos, que a ella se le aplique este principio constitucional, dado que ella no complementa o regula la mencionada garantía constitucional.

No obstante lo señalado precedentemente, el artículo 2° de la Ley N° 19.300, señala en su letra n) relativa a las “normas primarias de calidad ambiental” que ellas tienen por objeto evitar que los elementos que allí se señalan puedan “(...) constituir un riesgo para la vida o salud de la población”; (de las personas, agregamos nosotros, dado que ello está sobrentendido en la norma, según lo indicado en la letra m anterior), con lo cual ella está en perfecta congruencia con las garantías del N° 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución.

En consecuencia, el Deber – Obligación del Estado es prohibir que la contaminación se encuentre en el ambiente en un nivel tal que puedan afectar el derecho a la vida, ya sea en su salud o permitiendo que ella pueda provocar directa o indirectamente la muerte de las personas. Si no es así, la norma que se fije es inconstitucional, a la vez que ilegal.

Por su parte, la letra anterior m) del mismo artículo 2° de la Ley N° 19.300 reitera y amplía el concepto de “(...) riesgo para la salud de las personas”, extendiendo el concepto de “Medio Ambiente Libre de Contaminación” a la “calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. Debe destacarse que la letra m) del citado artículo está, a nuestro juicio, en una relación de género a especie con las normas de sus letras n; ñ y o, siendo el “género” el concepto de “Medio Ambiente Libre de Contaminación” (letra m) y la “especie”, alguno de los medios

6 CHILE. Ley N° 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Modificada por la Ley N° 20.417 publicada el 26 de enero de 2010 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>> [consulta: 5 de abril de 2010]

para lograrlo, tal como lo señalan dichas letras recién indicadas (letras n; ñ y o). Pero, reiteramos, ellas son normas simplemente legales.

Debe tenerse presente que el artículo 19 N° 8 de la Constitución, establece el denominado derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (el que es muchísimo más amplio que este simple enunciado), el cual, por el verbo rector empleado en ella, está en directa relación con la "vida humana" o de las personas.

En las sesiones de la CENC, en lo tocante a este tema⁷, se hace referencia al "desarrollo de la vida humana (...) en condiciones normales" (observación de don Sergio Diez), la cual, en opinión de la Comisión, abarcaba ("condiciones normales") lo que hoy el moderno Derecho Ambiental llama el "patrimonio natural", más no la preservación o cuidado del "patrimonio cultural, artístico, histórico y general del país". La razón de esta restricción se encontraba en el hecho que, a juicio de sus miembros, si bien tenía y tiene mucha importancia este punto, había y hay diversas leyes que abordan esta materia (aclaración del señor Enrique Evans, redactor de la garantía propuesta a la CENC).

Desde la perspectiva anterior, si se compara lo dicho precedentemente, con la definición de Medio Ambiente dada por la letra ll) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, se verá que esta última es más comprensiva que la norma constitucional pues ha considerado dentro del concepto en comento, también los elementos "artificiales", esto es, no naturales. Por lo tanto, estos elementos artificiales están protegidos legal, pero no constitucionalmente.

Otro punto muy importante e interesante de destacar, es que el término "contaminación" que emplea la Constitución es diferente del dado por la letra m) del tantas veces citado artículo 2° de la Ley N° 19.300.

Constitucionalmente, se entiende por "contaminación" la definición que para este vocablo daba el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigente en ese momento, esto es: "Alterar la pureza de alguna cosa, como los alimentos, las aguas, el aire, etcétera. 2. Penetrar la inmundicia un cuerpo, causando en él manchas y mal olor. 3. Contagiar, inficionar (...)" Se agregó que: "En técnica ecológica, lo que es la ecología de nuestro tiempo, "contaminación" tiene un sentido muy preciso y muy claro. Los libros de ecología se refieren al "ambiente libre de contaminación", a la "contaminación ambiental" como capítulo

7 Sesión N° 186, de 9 de marzo de 1976.

esencial de esta nueva ciencia. De manera que tanto por su acepción gramatical como por el significado que le otorga esta ciencia contemporánea a la palabra "contaminación", no cabe duda que el término está bien empleado" (Aclaración del señor Evans en la sesión 186 de CENC⁸).

Como se ve, constitucionalmente no hay ninguna referencia a una supuesta facultad del legislador para establecer límites a la garantía constitucional del N° 8 del artículo 19. Aclara este punto, el nutrido debate que se produjo en el seno de la Comisión respecto de la pena de muerte en relación con el derecho a la vida, pena que quedó fijada como excepción constitucional a esa garantía. En consecuencia, al ser el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación una manifestación del derecho a la vida, es inconcuso que si se hubiera querido crear una limitación a este derecho, se la habría establecido constitucionalmente, salvo la consideración que quedó establecida en las actas de establecimiento de esta norma, que ella no abarcaba "toda contaminación" sino aquella perjudicial para el desarrollo de la vida misma, como ya se señaló.

Quedó nítidamente establecido en las actas de la CENC que los límites establecidos en favor de este derecho se aplicaban a las demás garantías con el fin de proteger el medio ambiente. Se aclaró que no se podía establecer en ese momento qué garantías constitucionales podrían ser restringidas, mencionándose, solo a modo de ejemplo y como algunas de ellas, el derecho de propiedad, el de reunión y la libertad de trabajo.

Finalmente, el N° 2 del artículo 19 de la Constitución establece la igualdad ante la ley, declarando que en Chile no hay personas o grupos privilegiados. De tal suerte, que no se puede permitir la existencia o autorización para contaminar más allá de la simple molestia, pues de hacerse, se estaría creando una categoría de sujetos "privilegiados" que estarían sobre la Constitución misma.

1.2 Esencia del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación

Es fácil hablar de la "esencia" de un derecho, pero, en realidad, es bien difícil establecerlo. La mayoría de las veces no se recurre a una definición de ella, sino que a elementos descriptivos, o a lo que no es el derecho que se analiza. Ello se debería, seguramente, a la calidad más bien filosófica que este concepto encierra.

8 CHILE. Actas de las Comisión Ortúzar [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r> [consulta: 5 de marzo de 2014]

Sin embargo, es evidente que la "esencia" de la "vida" se manifiesta en el "vivir", de tal suerte que si una norma acepta como una consecuencia lógica de su aplicación que algunas o muchas personas no puedan "vivir", esto es, por ejemplo, que tengan muertes no esperadas, se les restringe su derecho a gozar de la vida natural que les corresponde, es decir, se le está afectando ese derecho en su esencia. Lo mismo ocurre si se permite que ellas puedan sufrir consecuencias graves en su salud o integridad física, muchas veces irreversibles.

2. Análisis relacionado de las normas constitucionales citadas

La primera conclusión a que se puede arribar del análisis de las normas citadas, es, aunque resulte obvio, que las autoridades políticas y administrativas están obligadas a respetar la Constitución, en especial, las garantías que ella establece.

Respecto de la trascendencia e importancia del derecho a la vida, el Tribunal Constitucional al aprobar la norma sobre restricción vehicular declaró que el derecho a la vida "era el derecho fundamental" de todas las personas dado que de él derivan todas las demás garantías constitucionales⁹.

Así dijo en su considerando N° 46 que las situaciones de emergencia y preemergencias obedecen a un deber del Estado consagrado en el Artículo 19 N° 8 de la Constitución y que "ellas tienen por objeto proteger" el derecho máspreciado de los asegurados por nuestro Código Político, cuál es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas.

Como se ve, es el propio Tribunal Constitucional quien resalta la íntima relación entre el derecho a la vida (art. 19 N° 1) y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8).

Sobre este aspecto es necesario recordar que como también lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en materia de derechos fundamentales, se debe aplicar en su interpretación el Principio *Pro Homine*, que significa que:

"(...) la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus* (cuestión que, evidentemente, se extiende a todos los seres humanos, agrego yo) obliga al

9 CHILE. Tribunal Constitucional. Causa Rol N° 325-2001 dictado el 23 de junio de 2001.

juez constitucional a aplicar el principio "favor persona" o *pro homine* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado en la Carta Fundamental de estar "al servicio de la persona humana" y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud"¹⁰.

El fallo recién citado contradice abiertamente lo expresado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de la apelación y casación planteada en el recurso de reclamación en contra de la norma que fijaba los límites permitidos del material particulado respirable, MP 10, ("Dougnaç con Frei", año 1998¹¹), donde se sostenía:

"(...) Como llegar a contaminación cero es imposible, pero al mismo tiempo una contaminación desenfrenada es mortal para la salud, como ya ha sucedido en otras ciudades del mundo, la autoridad ha estimado necesario regular hasta cuánta contaminación habrá de aceptarse, y si pasado los niveles de aceptación, qué medidas han de adoptarse para que cese la transgresión de ese límite. Se entra de este modo en un tema total y absolutamente opinable. Habrá buenas razones para fijar este límite en uno más alto o más bajo, según el punto de vista que se adopte (...)".

De acuerdo al fallo del Tribunal Constitucional (posterior en el tiempo del recién citado), en materia del derecho a la vida, el Juez no puede optar por la indecisión: debe aplicar o interpretar siempre la ley de acuerdo al *Principio Pro Homine*, para cumplir con el deber constitucional que manda al Estado estar al servicio de la persona humana, tal como lo indica el inciso 4º del artículo primero de la Constitución.

En consecuencia, de lo dicho se concluye pacíficamente que:

a) El derecho a la vida es el derecho más esencial de la persona humana; b) su respeto debe ser irrestricto; c) en caso de dudas científicas, el juez debe obrar aplicando la interpretación que mejor favorezca o pueda proteger la vida de las personas (*Principio Pro homine*); d) que las demás garantías están al servicio o emanan de la garantía fundamental del derecho a la vida, por lo que no pueden afectarla en su esencia.

10 CHILE. Tribunal Constitucional. Rol Nº 740-2007, dictada el 18 de abril de 2008 [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=740-07>> [consulta: 5 de abril 2014]

11 Causa Rol Nº C-2426-1998 caratulada "Dougnaç Rodríguez, Fernando con Ruiz Tagle, Eduardo Frei y Otros".

Como corolario se desprende que no se puede, en consecuencia, optar por el sacrificio eventual o posible de algunas personas humanas en favor de otras, ni menos, en favor de derechos constitucionales derivados del derecho a la vida como serían, por ejemplo, los señalados en el N° 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución, si estos pueden afectar dicho derecho fundamental.

En relación con la afectación por actos de la Autoridad Política Administrativa del derecho constitucional y humano a la vida y a vivir en un medio libre de contaminación, analizaremos por considerarlo perfectamente atinente a lo que se analiza en este artículo, el "Informe del Estado del Medio Ambiente en Chile"¹², un documento presentado en La Moneda y que por ley debe realizarse cada cuatro años para ver si las propuestas e intervenciones efectuadas en el país están funcionando correctamente, esto es, si cumplen con el fin perseguido en su establecimiento. Citaremos, a modo ejemplar, lo que se dice en relación con el material particulado respirable (MP 10 y 2,5).

Según ese Informe, al menos 10 millones de chilenos están expuestos a una concentración promedio anual de MP 2,5 superior a 20 microgramos por metro cúbico. El cálculo que hizo la autoridad entonces fue que más de cuatro mil personas en Chile mueren en forma prematura por enfermedades cardiopulmonares asociadas a la exposición crónica a MP 2,5.

Dice Edgardo Grob, miembro de la Sociedad Chilena de Enfermedades Respiratorias (SER):

"Respirar material particulado entre 2.5 y 10 provoca daño al pulmón, lo va envejeciendo en forma prematura, disminuyendo su capacidad de oxigenación y de ventilación. En pacientes cardiopatas o más susceptibles, causa déficit de oxigenación y problemas respiratorios que pueden provocar la muerte"¹³.

Como se ve de la citas señaladas, es posible evitar las muertes no esperadas (31.000 o 15.000 o 4.000 anuales, según la opinión que se tome) que produce la contaminación por MP 10 o MP 2,5, incluso a un costo económico relativamente bajo.

12 CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. Informe del Estado del Medio Ambiente 2011 [en línea] < http://www.mma.gob.cl/portal_2011/w3-article-52016.html > [consulta: 5 de abril 2014]

13 Ibid

Si se compara esa cifra con las muertes producida por el último terremoto del año 2010, se podrá apreciar la magnitud de daño y dolor que representaría no establecer una norma que asegure en las personas, la inocuidad de la contaminación por MP 10 – MP 2,5. A la vez, queda palmariamente claro el incumplimiento del Estado a su deber de proteger la vida de todas las personas, no solo de algunas de ellas, sobre todo considerando que los afectados por este tipo de contaminación son siempre los grupos más vulnerables (niños y ancianos).

No hacerlo así, significaría que los habitantes del país que no están en condiciones de riesgo (los adultos) optan por permitir la muerte no esperada de los seres más vulnerables a la contaminación (los niños y ancianos), con el objeto de mantener una cierta prosperidad económica. Y esta opción es abiertamente inconstitucional y atenta contra los derechos humanos de las personas.

No obstante, el Consejo de Defensa del Estado en un “Informe” presentado al 2º Tribunal Ambiental en la causa Rol 22- 2014¹⁴, también de relevancia para los efectos de lo ya dicho con anterioridad, y que, además, refleja el pensamiento de la Ministro del Medio Ambiente de la época (2013), sostuvo:

“Es importante explicitar que los impactos en la salud, se pueden caracterizar de distintas maneras. Primero es si el impacto se genera a nivel de morbilidad (generalmente medido en consultas médicas) o mortalidad, luego a si este efecto es producto de una exposición de corto plazo (concentración diaria) o si esta es a largo plazo (concentración anual) y finalmente a la fracción de MP medida. Los estudios nacionales recientes para medir el riesgo por exposición a MP no son muchos, ninguno considera MP 10-2.5, y tampoco la exposición a largo plazo. En la Tabla N° 2 se presenta un resumen de estos estudios.”

Agregó:

“Por su parte, es importante mencionar que la evidencia para la exposición a MP 2.5 tanto de corto como largo plazo es suficiente para concluir que existe una relación causal. En este sentido, es claro que la regulación ambiental en

14 Causa Rol 22-2014, caratulados Fernando Dougnac Rodríguez y otros con Ministerio del Medio Ambiente (Decreto Supremo N° 20 de 2013) [en línea] <http://consultas.tribunalambiental.cl/ambiental_portal/Web/Portal/LEX_POR_ConsultaCausa.aspx> [consulta: 5 de abril de 2014]

materia de calidad del aire debe verse de manera integral. La norma de material particulado fino juega un rol fundamental y por ello la revisión de la norma de MP10 debe mirarse conjuntamente con ella”.

Continuó diciendo:

“Es importante recordar aquí las conclusiones del estudio “Relación de la norma de calidad primaria MP 2,5 con la norma de calidad primaria de MP 10”, preparado por Luis Abdón Cifuentes para la Comisión Nacional del Medio Ambiente para la discusión sobre la fijación de niveles para MP 2,5 que indica: “Con respecto a la derogación de la norma de MP 10 a nivel nacional, esta no es recomendable si la norma de MP 2.5 anual se establece en el nivel propuesto de 25 ug/m³. Debido a la presencia de la fracción gruesa del material particulado, de difícil control, el cumplimiento de la norma de MP 10 actual resulta en una concentración promedio nacional (ponderada por población) de aproximadamente 18 ug/m³ de MP 2.5. En esta situación, derogarla para establecer una norma anual de 25 ug/m³ sería un retroceso más que un progreso. La ventaja de la norma de MP 2.5 es que centra los esfuerzos de control en la fracción del material particulado más agresiva para la salud. Esto se traduce en que se logran beneficios similares en cuanto a salud a un costo mucho menor (tal como muestran las tablas 5-2 y 5-3, el costo para lograr una concentración nacional promedio anual de MP 2,5 de aproximadamente 18 ug/m³ controlando el MP 2.5 puede ser solo un 70% del costo de lograr la misma concentración, pero a través del control de MP10). Pero al pasar de una norma a otra se debe resguardar que el nivel final de exposición de la población sea similar, o que por lo menos, no se incremente. Nuestro análisis muestra que pasar de la actual norma anual de MP 10 de 50 ug/m³ a solo una norma de MP 2.5 de 25 ug/m³ aumentaría la exposición anual de la población al MP 2,5 desde un nivel promedio de 17,7 a 22,1 ug/m³. Los casos de mortalidad prematura evitados por el cumplimiento de cada norma en los primeros 10 años de aplicación se reducirían de aproximadamente 31 mil a solo 15 mil. Aunque los costos de cumplimiento se reducirían en una proporción mayor, el análisis muestra que para los niveles de 25 y 20 ug/m³, los beneficios marginales de reducción de MP 2,5 son mayores que los costos marginales, justificando incluso una concentración final de MP 2.5 inferior a 15 ug/m³. En estas circunstancias, no es recomendable la sustitución de la norma de MP 10 actual por la norma de MP 2,5 en el nivel de 25 ug/m³. Solo sería recomendable derogar la norma de MP 10 si la norma de MP 2,5 se estableciera en el nivel 20 ug/m³. De otro modo, se estaría empeorando la situación de protección de

salud de la población que la norma debe resguardar" (fojas. 1009 al 1089 del expediente de elaboración de la norma MP2,5).

3. Análisis doctrinario del Deber – Obligación del Estado de resguardar el Derecho a la Vida de forma irrestricta, en relación con los Principios Precautorio y Preventivo del Derecho Ambiental Nacional e Internacional

Antes que nada, si bien es cierto que existe y tiene plena aplicación en Chile tanto el Principio Preventivo como el Precautorio, es menester señalar que en cuanto al derecho a la vida, constitucionalmente en nuestro país, ese derecho no se funda necesariamente en dichos principios, sino que en la obligación y deber constitucional del Estado, de resguardar el derecho a la vida en su integridad.

En efecto, el N° 1 del artículo 19 de la Constitución solo admite como excepción al derecho a la vida, la aplicación de la pena de muerte, pero ella solo está permitida si una ley de quorum calificado la establece para delitos de extrema gravedad. Fuera de ella, no hay excepción alguna y rige plenamente la obligación del Estado de Proteger la vida de las personas.

La redacción del N° 1 del art. 19 de la Constitución, está en absoluta consonancia con la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de las Naciones Unidas del año 1972, suscrita por Chile¹⁵, entre otras naciones, donde se señala:

"(...) Atenta a la necesidad de un criterio y principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio ambiente humano.

Proclama que:

El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente.

15 ONU. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de las Naciones Unidas del año 1972 [en línea] <<http://www.dipublico.com.ar/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-de-las-naciones-unidas-sobre-el-medio-humano-estocolmo-5-a-16-de-junio-de-1972/>> [consulta: 5 de abril 2014]

En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea.

Los dos aspectos del medio ambiente 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".

Respecto de la obligación constitucional e internacional que pesa sobre los Estados de hacer respetar este derecho, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) ha señalado que en la causa antes mencionada (2° Tribunal Ambiental, Rol 22- 2014)¹⁶ que:

"4. Fundamentos de la derogación

"(...) Sin perjuicio que dichas reclamaciones en ningún caso acreditan de qué manera se habría cometido esa falta de objetividad, debe tenerse presente que no existe obligación legal que imponga la necesidad de revisar todas las "aristas" de la norma como expresan los reclamantes (...)".

Insistiendo sobre ese punto dijo:

"En la misma línea de la supuesta falta de fundamentación, se reclama que en el proceso no se habría considerado la opinión de un consultor, sobre la necesidad de realizar una "licitación" (referido a una encuesta a expertos) para conocer la opinión de la comunidad científica sobre los efectos del MP 2,5 a la salud y sobre la continuidad o derogación de la norma anual de MP 10.

Sobre este particular, debe indicarse que las consultorías asociadas a los procesos normativos son insumos para la toma de decisión pero en ningún caso sustituyen la decisión de la autoridad. Ni siquiera los informes de otros servicios son vinculantes para la decisión, de conformidad con el artículo 38 de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo. De esta manera, no es una obligación el considerar las opiniones o recomendaciones de los consultores, sino que debe tratarse como una mera recomendación que la autoridad deberá ponderar".

16 CHILE. Cit. ant. (14).

Continuó señalando:

"En este caso se estimó innecesario seguir la sugerencia que sobre este estudio adicional, puesto que a juicio de la autoridad ambiental se contaba con todos los antecedentes suficientes para fundar la decisión".

Concluyó, olvidando que la finalidad perseguida por la norma que no es otra que proteger la vida y la salud de las personas, reiterando que:

"(...) no existe obligación legal que imponga la necesidad de revisar todas las "aristas" de la norma como expresan los reclamantes".

Como se ve, el CDE negó a la obligación constitucional que pesa sobre el Estado de proteger la vida de las personas; de aplicar en caso de dudas el principio *pro homine*, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, y el derecho de las personas a exigir del Estado el irrestricto respeto a la garantía constitucional de su derecho a la vida.

El cumplimiento de ese mandato constitucional obliga al Estado a examinar todas las aristas del problema, así como las implicancias que la norma va a producir en la salud, y sobre todo, en la vida de las personas.

También es grave lo sostenido por el CDE en el sentido que:

"Al contrario de lo que señalan los reclamantes, corresponde probar que un contaminante produce efectos en la salud para que su regulación sea obligatoria.

Una consideración en contrario determinaría que el Estado debiera restringir todo elemento o sustancia en tanto no pruebe que no afecta la salud. Lo anterior no significa desconocer la importancia del Principio Precautorio respecto de ciertos casos, pero al menos en materia de dictación normas de calidad ambiental, basta estudiar el Reglamento respectivo para ver que aún rige en esta materia el Principio Preventivo y no el Precautorio.

Por tanto, es una falacia sostener que no se contemplaron los principios preventivo ni el precautorio, ya que para sostener la aplicación de estos principios se requiere como elemento esencial la posibilidad de ocurrencia de un efecto negativo, lo que en este caso no ocurre, pues precisamente el fundamento de la derogación de la norma anual de MP 10 es que tal efecto no se produce".

Es decir, se pretende trasladar a los particulares la obligación de probar los efectos negativos de los contaminantes, cuando, constitucionalmente, la obligación es a la inversa: es el Estado el cual debe, en cumplimiento de su obligación constitucional, cerciorarse plenamente que la norma que fija los límites de la contaminación no afectará la salud y la vida de las personas.

Por otra parte, si existen opiniones científicas que permitan concluir lo contrario de lo propuesto (aunque no fueren todo lo concluyente de desear), se debe adoptar la política más favorable al hombre, es decir, fijar como límite aquellos valores que aseguren la intangibilidad de la vida humana.

En definitiva, de lo expresado por el Consejo de Defensa del Estado se desprende la intención del Poder Ejecutivo de hacer primar normas infraconstitucionales, como son las normas del D.S. N° 38 del año 2012, del MMA, sucesor del D.S. N° 93 de 1995, de MINSEGPRES¹⁷, por sobre el claro texto y sentido de la Constitución.

Ello constituye una negación absoluta del deber del Estado establecido en nuestra Carta Fundamental de proteger dicho derecho a la vida.

Debe recalcar que no nos referimos solo a la hipótesis de la aplicación del principio de prevención ni del de precaución, sino que lisa y llanamente, al cumplimiento del deber constitucional que le corresponde al Estado de proteger en forma absoluta la vida humana, excepto en el caso de la excepción constitucional ya indicada.

3.1 El Principio Preventivo

En Chile el Principio Preventivo está establecido tanto en la Constitución (art. 19 N° 8) como en diversas normas infraconstitucionales algunas directamente aplicables al tema como la Ley N° 19.300, la Convención sobre Protección de la Biodiversidad, la Convención sobre Tráfico Internacional de Desechos Tóxicos, etc., así como también otras con algunos aspectos de relevancia ambiental, tal como el Código de Aguas, el Código Sanitario, la Ley de Protección de la Agricultura (D.L. 3557, del año 1980), etc. No obstante, ha existido debate sobre su alcance y aplicación.

17 CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. Decreto Supremo N° 38, publicado en el Diario Oficial el 22 de julio de 2013 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053036>> [consulta: 5 de abril 2014]

A continuación expondremos nuestro punto de vista sobre él, haciendo algunas referencias a las diferencias que posee con el Principio Precautorio¹⁸.

Fundamentalmente, su auge se debe a la Cumbre de Río de Janeiro, del año 1992¹⁹, donde se lo incluyó dentro de los principios rectores necesarios para la protección ambiental. Su mejor expresión se encuentra, tal vez, en la promoción del Sistema de Evaluación Ambiental a través de los Estudios de Impacto Ambiental, recomendación seguida en Chile en la Ley N° 19.300.

Para el profesor argentino don Ernesto Cafferata la diferencia entre el principio preventivo y el precautorio estriba en que:

"(...) el principio de prevención se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real, en tanto que el de precaución interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible"²⁰.

Para Cafferata, ambos principios son la base del derecho ambiental. De tal manera que como la mayoría de los autores, pone el acento en la precaución, considerando la prevención como un hecho obvio, sabido y que no reviste mayor discusión. Por dicha razón, los trata en conjunto.

Como cita don Ezio Costa Cordella en su trabajo "El Principio Preventivo en el Sistema de Evaluación Ambiental en Chile"²¹, para la mayoría de los autores la relación entre el Principio Preventivo y el Principio Precautorio es innegable e incluso vista como una relación evolutiva, donde la precaución sería un paso más elevado, una mezcla entre el Principio Preventivo y el Principio del Contaminador-Pagador²². Así, a la hora de tomar

18 En estas materias seguimos el trabajo del profesor don Ezio Costa Cordella sobre la materia denominado "El Principio Preventivo en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile", en prensa.

19 ONU. Conferencia de las Naciones Unidas para el sobre el Ambiente y el Desarrollo 1992 [en línea] <http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost/conf.htm#tierra> [consulta: 5 de abril 2014]

20 CAFFERATA, Néstor. Los principios y reglas del Derecho ambiental [en línea] <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>> [consulta: 5 de abril 2014], p. 53.
<<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>> [consulta: 19 de mayo 2013]

21 COSTA, Ezio. "El Principio Preventivo en el Sistema de Evaluación Ambiental en Chile". *Revista Justicia Ambiental*. N° 4. Diciembre 2013, p. 199-218.

22 COONEY, Rosie. The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Nature Resources Management, IUCN Policy and Global Change Group [en línea] <<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/pgc-002.pdf>> IUCN Policy and Global Change Series No. 2, 2004. [consulta: 19 de mayo 2013]

decisiones, puede que el Principio Preventivo y el Precautorio actúen como escalones de una misma escalera²³, dado que solo allí se podrá determinar el grado de riesgo ambiental comprobado o presumido que se podría producir en los componentes del medio ambiente y las posibles consecuencias reales (Principio Preventivo) o hipotéticas (Principio Precautorio). En la aplicación del Principio Precautorio no se trata de elucubraciones carentes de bases sólidas, sino que la aplicación de una alerta temprana respecto de un tema en estudio, pero no del todo acabado. En cambio, por aplicación del Principio Preventivo los posibles efectos esperados respecto de una conducta que puede afectar el medio ambiente tienen un respaldo experiencial y de investigación previamente efectuada, donde con certeza se sabe "que" efectos podrá producir. En otras palabras, el Principio Precautorio no es otra cosa que la modernización del viejo principio "En la duda, abstente", basados en que si las nefastas consecuencias que se podrían producir, efectivamente se producen, ya sería tarde para remediarlas.

Pero, tal como ya se ha dicho, en Chile, por mandato constitucional en materia de protección del derecho a la vida, la autoridad debe cumplir con su obligación de proteger la vida en forma irrestricta. Puede que en este aspecto, el mandato constitucional y los principios de prevención y precautorio coincidan, dado que el Estado está al servicio de la persona humana, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, pero el origen de la obligación de la autoridad no emana de ellos sino que la misma Constitución.

Debe recordarse que la única garantía que la Constitución permite que se restrinjan las demás a su favor, es la del N° 8 del artículo 19. Así lo establece expresamente el inciso 2° del N° 8 del artículo 19 al decir:

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

Si consideramos que esta norma apareció por primera vez el año 1976 en el Acta Constitucional N° 3 que modificó la Constitución de 1925, debemos saludar la clarividencia del constituyente que se anticipó incluso a la Cumbre de Río de Janeiro del año 1992.

Ahora bien, los elementos comunes al mandato constitucional de proteger la vida y a ambos principios y que constituyen la clave de ellos son: a) la anticipación a los impactos; b) determinación de ellos y su probabilidad científica de ocurrencia, con mayor o menor certeza; c) posibilidad de aminorar los daños ambientales o de evitar que ellos sean irreversibles en el sentido de afectar basalmente el bien protegido. A esas características se

debería agregar que d) los impactos deben ser científicamente previsibles y de acuerdo a las reglas del arte del momento.

En resumen, la obligación del Estado de proteger de forma irrestricta la vida humana es un deber constitucional, no la aplicación de principios del derecho ambiental nacional e internacional, no pudiendo ser esta obligación desestimada en razón o por motivos económicos, los que, además, no revisten ni pueden revestir una entidad de tal naturaleza que permita afectar el bien máspreciado de cada ser humano como son su salud y su derecho a la vida.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

Contaminantes de Vida Corta: Una oportunidad para combatir el cambio climático y mejorar la salud pública*

*Short - Lived Climate Pollutants:
An opportunity to tackle Climate Change and
improve public health***

Florencia Ortúzar Greene¹
Universidad Católica de Chile

Abogada de la Asociación Interamericana
para Defensa del Ambiente (AIDA)
fortuzar@aida-americas.org

RESUMEN

Los Contaminantes Climáticos de Vida Corta (CCVC) son agentes atmosféricos que contribuyen al cambio climático y que provocan impactos negativos en la salud de las personas y de los ecosistemas. Además, como su nombre lo indica, duran poco tiempo en la atmósfera una vez que se emiten, a diferencia del CO₂ que puede durar milenios antes de desaparecer. Todas estas características hacen que reducir las emisiones de CCVC, mediante medidas que ya están disponibles y son costo-eficientes, sea una oportunidad única en nuestra lucha contra los efectos del cambio climático.

El presente artículo describe los CCVC, ahondando en los beneficios que su reducción traería. Luego detalla los cuatro CCVC más relevantes, a saber, el carbono negro, metano, ozono troposférico y los hidrofluorocarbonos (HFC). Posteriormente, describen algunas

* Este artículo contiene extractos de un trabajo en elaboración que analiza la situación legislativa y regulatoria de los Contaminantes Climáticos de Vida Corta en tres países de la región Latinoamericana (México, Brasil y Chile).

** *This article contains excerpts from a work in process that analyses the legislative and regulatory status of Short-Lived Climate Pollutants in three countries of the Latin-American region (Mexico, Brazil and Chile).*

1 Se agradece la colaboración de Javiera Espinoza de la Fundación Terram, en la elaboración de este artículo.

iniciativas internacionales que han abordado el desafío. Una segunda sección se enfoca en la situación de Chile en particular, revisando la normativa que se relaciona con la regulación de los CCVC.

Si bien hasta el momento no existe reconocimiento oficial del concepto de los CCVC en nuestra legislación, sí existen normas, proyectos y programas que influyen en las emisiones de estos contaminantes, constituyendo los primeros pasos para avanzar hacia una regulación integral de los mismos.

Palabras clave: Contaminantes Climáticos de Vida Corta (CCVC), Carbono negro, Metano, Ozono troposférico, Hidrofluorocarbonos (HFC).

SUMMARY

Short-Lived Climate Pollutants (SLCP) are atmospheric agents that contribute to climate change and also cause negative impacts on the health of people and ecosystems. In addition, as the name says, they have a short atmospheric life-span once emitted, unlike CO₂ which can last millennia before disappearing. All these features make the reduction of SLCP emissions, through measures that are already available and cost-efficient, a unique opportunity in our battle against the effects of climate change.

This article describes the main characteristics of SLCP, delving into the benefits that their reduction would bring. It goes on to detailing the four most relevant SLCP, namely black carbon, methane, tropospheric ozone and hydrofluorocarbons (HFCs). Subsequently, it describes some of the international initiatives that have addressed the challenge. A second section focuses on the situation in Chile in particular, reviewing the normative framework in search of rules that relate to the regulation of SLCP.

Although there is no official recognition of the concept of SLCP in the Chilean legislation so far, there are rules, projects and programs that influence the emission of these pollutants, constituting the first steps to move towards a comprehensive regulation thereof.

Key Words: Short-Lived Climate Pollutants (SLCPs), Black Carbon, Methane, Tropospheric Ozone, Hydrofluorocarbons (HFCs).

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto informar al público interesado acerca de lo que son los CCVC y la oportunidad que su reducción significa para Chile, tanto en relación con la lucha contra el cambio climático, como en favor de la salud y bienestar de las personas y protección del medio ambiente.

En efecto, los CCVC aparecen hoy en día como una oportunidad global que otorga la posibilidad de poner cierto freno a los efectos más inmediatos que desde ya está causando el cambio climático, comprándonos algo de tiempo para que como sociedad logremos las necesarias reducciones de CO₂, que permitan mantener el equilibrio climático en el mediano y largo plazo. En razón de que la investigación y toma de conciencia sobre este tema es aún incipiente, un primer paso para sacar provecho de esta oportunidad es correr la voz sobre su existencia, abriendo camino para que en los diferentes países se avance en la regulación de estos contaminantes.

Con esa finalidad, es que en la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), una organización regional que aplica el derecho nacional e internacional para proteger el medio ambiente en el continente americano, hemos tomado parte en esta iniciativa. Como primer paso, junto con otras organizaciones de la región, estamos investigando el marco legislativo de tres países latinoamericanos (México, Brasil y Chile) en lo que se relaciona con estos contaminantes. El objetivo es levantar la información necesaria que permita incidir en su regulación en los diferentes gobiernos de la manera más efectiva.

El presente artículo rescata parte de la investigación que en AIDA hemos avanzado, enfocándose en esta ocasión, particularmente en el caso de Chile. El objetivo es instruir al público chileno sobre esta novedosa oportunidad y comenzar desde ya a informar y a pavimentar el camino para una pronta regulación que influya en las emisiones de estos contaminantes.

1. Qué son los CCVC y por qué regularlos

Los CCVC son agentes atmosféricos que contribuyen al cambio climático y, como su nombre dice, tienen una vida útil relativamente corta en la atmósfera, de entre algunos días hasta décadas. Los CCVC provocan además impactos en la salud humana y de los ecosistemas. Los principales contaminantes climáticos de vida corta son el carbono negro,

el metano, el ozono troposférico y los hidrofluorocarbonos (HFC)². El metano, carbono negro y ozono troposférico son los contribuidores más importantes al calentamiento global después del dióxido de carbono (CO₂)³. Las emisiones de HFCs, por otro lado, aún son bajas, pero de continuar en su actual patrón de crecimiento, podrían llegar a representar el equivalente a entre 7 y 19% de las emisiones de CO₂, para el 2050⁴.

El CO₂, a diferencia de los CCVC, es un contaminante de larga vida que puede permanecer en la atmósfera por milenios desde su emisión. De hecho, durante los primeros cien años desde que se emite, solo la mitad del CO₂ se elimina, permaneciendo una fracción significativa en la atmósfera por varios milenios⁵. De acuerdo con el Quinto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental del Cambio Climático (PICC), el efecto de calentamiento producido por las emisiones acumuladas de CO₂ va a persistir por siglos, incluso si todas las emisiones de CO₂ pudieran detenerse inmediatamente⁶.

La reducción de las emisiones de CCVC, por tanto, proporciona una oportunidad de mitigación de los efectos del cambio climático que repercutiría en el corto plazo, disminuyendo la velocidad del calentamiento para las próximas dos a cuatro décadas y evitando los cambios climáticos más abruptos, especialmente los que se relacionan con cruzar peligrosos puntos de inflexión⁷.

Considerados en conjunto, el PICC estima que los CCVC son responsables de más del 30% del calentamiento climático global. Estudios más recientes han elevado dicha cifra a entre el 40 y 45% del total, existiendo incluso estimaciones aún mayores⁸. Mitigar el

-
- 2 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). *Primer on Short-Lived Climate Pollutants: Slowing the rate of global warming over the near term by cutting short-lived climate pollutants to complement carbon dioxide reductions for the long term* [en línea] <<http://www.igsd.org/documents/PrimeronShort-LivedClimatePollutants.pdf>> Abril 2013 [consulta: 18 de junio 2014].
 - 3 CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). *Time to Act to reduce Short-Lived Climate Pollutants*. Ed. 2. Paris, Francia. Mayo 2014 [en línea] <<http://www.unep.org/ccac/Publications/Publications/TimeToAct/tabid/133392/Default.aspx>> [consulta: 18 de junio 2014]
 - 4 Ibid
 - 5 ARCHER, David. *Millennial Atmospheric Lifetime of Anthropogenic CO2*. Potsdam, Germany. Junio 2006 [en línea] <<http://www.pik-potsdam.de/~victor/archer.subm.clim.change.pdf>> [consulta: 10 de julio 2014]
 - 6 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2013. The Physical Science Basis. Summary for Policy Makers 2013* [en línea] <http://www.climatechange2013.org/images/report/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf> [consulta: 10 de julio de 2014]
 - 7 THE WORLD BANK. *Integration of Short-Lived Climate Pollutants in World Bank Activities. A Report Prepared at the Request of the G8*. Washington DC, Estados Unidos. Junio 2013 [en línea] <<http://www.worldbank.org/en/news/feature/2013/09/03/cutting-short-lived-climate-pollutants-win-win-health-climate>> [consulta: 10 de octubre de 2013]
 - 8 Ibid

CO₂, responsable del 70 al 55% del efecto invernadero, es sin duda esencial si esperamos mantener el equilibrio climático de la tierra en el largo plazo⁹, pero enfocarse exclusivamente en ello no es suficiente ni lo más eficiente, para revertir el problema mundial y limitar el calentamiento en el corto e incluso mediano plazo¹⁰. La mitigación de CO₂, por tanto, debe combinarse con reducciones de los CCVC, responsables de casi la mitad del problema¹¹.

Lo que resulta aún más prometedor, es el hecho de que ya existen y están disponibles medidas eficientes y costo-efectivas para reducir las emisiones de los CCVC¹². De hecho, en el reciente informe *Time to Act to reduce Short-Lived Climate Pollutants*, publicado por la Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC, por sus siglas en inglés) en 2014, se identifican 16 medidas costo-efectivas para reducirlos, que involucran tecnologías y prácticas que ya se han implementado en el mundo. Según el mismo informe, si se implementaran a escala global, estas medidas podrían reducir las emisiones globales de metano en un 40% y las de carbono negro en un 80% para el año 2030, evitando un calentamiento adicional de 0.5°C para el 2050¹³. Las medidas para reemplazar los HFC por alternativas con menos potencial climático, podrían evitar un 0.1°C adicional para el mismo año¹⁴. Algunas de las medidas sugeridas por este informe son, por ejemplo, la captura de metano en la gestión de residuos; la eliminación de los medios de transporte que más emiten carbono negro; y la aplicación de nuevas tecnologías que ya existen para eliminar el uso de HFC, entre otras^{15 16}.

Además, abordar los CCVC trae otros beneficios, sumados a los que tienen relación con el cambio climático. Por una parte el carbono negro y el ozono troposférico son también contaminantes del aire que aumentan el riesgo de padecer males respiratorios y cardiacos¹⁷, contribuyendo a millones de muertes prematuras en el mundo al año¹⁸. En 2011 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) estimaron que 2.4 millones de muertes prematuras, especialmente

9 Ibid

10 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). *Integrated Assessment of Black Carbon and Tropospheric Ozone. 2011* [en línea] <http://www.unep.org/dewa/portals/67/pdf/BlackCarbon_report.pdf> [consulta: 13 de agosto 2013]

11 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

12 CLIMATE AND CLEAN AIR COALITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

13 Ibid

14 Ibid

15 Ibid

16 Para ver la lista completa de las 16 medidas costo efectivas identificadas por la Coalición del Clima y Aire Limpio. Ver Cit. ant. (3), p. 4.

17 THE WORLD BANK. Cit. ant. (7), p. 4.

18 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

de mujeres y niños, podrían evitarse mundialmente, mediante una reducción sostenida de carbono negro y de ozono¹⁹. A nivel mundial, la contaminación del aire es el cuarto factor principal de riesgo de muerte previsible, luego de la mala alimentación y la presión arterial alta, ocupando casi el mismo lugar en el ranking que el humo del tabaco²⁰. En el mismo sentido, un informe de 2012 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), estimó que para el año 2050, la contaminación ambiental podría transformarse en la mayor causa global de mortalidad prematura²¹.

Sumado a esto, dichos contaminantes, y especialmente el ozono troposférico, perjudican gravemente el rendimiento de los cultivos, por lo que su control mejoraría la seguridad alimentaria a nivel global²². Se estima que hoy, a nivel global, se pierde entre siete y doce por ciento de trigo, entre seis y dieciséis por ciento de soya, entre tres y cuatro por ciento de arroz y entre tres y cinco por ciento de maíz a causa del ozono troposférico²³. Además, el carbono negro influencia la formación de nubes, lo que interrumpe los patrones de lluvia, perjudicando también la formación de las plantas. Según informes del PNUMA, reducir los CCVC tiene el potencial de evitar la pérdida anual de más de 30 millones de toneladas de cultivos al año, a nivel global²⁴.

Otro estudio científico reciente, determinó que medidas efectivas para reducir los CCVC podrían disminuir la velocidad de elevación del mar en un 20% durante la primera mitad del presente siglo²⁵. Esto resulta significativo si consideramos que el impacto que podría tener el crecimiento de los mares es uno de los efectos del cambio climático más preocupantes para el planeta hoy²⁶.

19 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP). *Near-term Climate Protection and Clean Air Benefits: Actions for Controlling Short-Lived Climate Forcers. Nairobi, Kenya. Noviembre 2011* [en línea] <http://www.unep.org/pdf/Near_Term_Climate_Protection_&_Air_Benefits.pdf> [consulta: 16 de septiembre 2013]

20 LIM, Stephen S. et al. A comparative risk assessment of burden of disease and injury attributable to 67 risk factors and risk factor clusters in 21 regions, 1990—2010: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2010. *The Lancet*. 2012, vol 380, p. 2224-60 [en línea] <<http://press.thelancet.com/GBDpaper7.pdf>> [consulta: 16 de septiembre 2013]

21 CLEAN AIR INSTITUTE (CAI). *Air Quality in Latin America: An Overview*. Washington, Estados Unidos. Mayo 2013 [en línea] <<http://www.cleanairinstitute.org/calidaddelaireamericalatina/cai-report-english.pdf>> [consulta: 11 de diciembre 2013]

22 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2). p. 4.

23 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

24 Ibid

24 Ibid

25 Ibid

26 CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

Finalmente, es interesante destacar lo que sucede en las áreas de la tierra que están cubiertas por hielo y nieve, conocidas como la “criósfera”²⁷. Estas zonas, que son las más afectadas por el cambio climático, y a la vez más favorecidas por la rápida reducción de los CCVC, están sufriendo cambios dramáticos, ya que se están calentando entre dos a tres veces más rápido que el promedio global al que se calienta el mundo²⁸. Se estima que una rápida reducción de los CCVC podría reducir el calentamiento del Ártico en dos tercios para la mitad de este siglo y es probable que dichos beneficios serían compartidos también por otras regiones de criósfera del planeta²⁹.

Considerando la totalidad de costos sociales evitables al reducir las emisiones de CCVC, incluyendo costos en hospitalizaciones, días de trabajo perdidos, adaptación a cambios abruptos de cambio climático, o cultivos menos productivos, entre otros, los beneficios económicos de regular y mermar las emisiones de CCVC son muy superiores a los costos que implica reducir emisiones³⁰.

2. Los más relevantes CCVC

2.1 Carbono negro

El carbono negro se conforma de partículas en la atmósfera y es uno de los principales componentes del hollín³¹. Ocurre como consecuencia de la combustión incompleta de combustibles fósiles, biocombustibles o biomasa³², por ejemplo en autos y camiones, cocinas domésticas, incendios forestales y dependencias industriales³³. La combustión completa generaría solamente CO₂, pero en la práctica esto nunca ocurre.

El carbono negro contribuye al calentamiento global de varias maneras: sus partículas negras absorben la luz, calentando la atmósfera al emitir calor; contribuye al derretimiento del hielo y nieve al depositarse sobre estas superficies oscureciéndolas; y perturba los patrones de precipitación al afectar las propiedades microfísicas de las nubes³⁴. Según la

27 Ibid

28 Ibid

29 Ibid

30 CLEAN AIR INSTITUTE (CAI). Cit. ant. (21), p. 6.

31 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

32 Ibid

33 Ibid

34 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

CCAC, el carbono negro tiene un impacto en el calentamiento climático entre 460 a 1,500 veces mayor que el CO₂ y su tiempo de permanencia en la atmósfera varía de entre unos pocos días a unas pocas semanas³⁵.

Además de contribuir al calentamiento global, el carbono negro es perjudicial para la salud humana, siendo el componente principal de las partículas finas (MP2.5) que contaminan el aire. Las partículas de MP2.5 contribuyen a problemas respiratorios y males como cáncer de pulmón y asma, entre otros, siendo una de las principales causas de muerte prematura en el mundo³⁶. Según estudios científicos, se estima que en 2010, la contaminación intra-domiciliaria y exterior por MP2.5 causó 3.5 y 3.2 millones de muertes prematuras en el año, respectivamente³⁷. Sumado a esto, y como se explicó anteriormente, el carbono negro perjudica también el rendimiento de los cultivos.

Según un estudio de estos contaminantes llevado a cabo por el Banco Mundial, basado en estudios del PNUMA, las oportunidades más eficientes para reducir las emisiones de carbono negro se encuentran en los sectores de transporte, industria, agricultura y dentro de las residencias de las personas³⁸.

2.2 Ozono troposférico

El ozono es un gas reactivo que existe en dos capas diferentes de la atmósfera. El que se encuentra en la estratósfera (la parte más alta), absorbe la radiación ultravioleta protegiéndonos de los rayos peligrosos del sol. Cuando el ozono se encuentra en la tropósfera (atmósfera inferior, desde el suelo hasta unos diez o quince kilómetros), se comporta como un contaminante del aire perjudicial para la salud humana y para los cultivos, que además contribuye con el calentamiento global³⁹. Algunos de los impactos a la salud humana que se le asocian son bronquitis, enfisema, asma y cicatrices permanentes en el tejido pulmonar⁴⁰. Se ha estimado que anualmente el ozono troposférico es responsable de alrededor de

35 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). Sitio de la Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC) [en línea] <<http://www.unep.org/ccac/Short-LivedClimatePollutants/Definitions/tabid/130285/Default.aspx>> [consulta: 11 de diciembre 2013]

36 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4; CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

37 CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

38 THE WORLD BANK. Cit. ant. (7), p. 4.

39 United Nations Environment Program (UNEP) and World Meteorological Organization (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

40 Ibid

150 mil muertes prematuras en el mundo, y afecta la salud de muchas personas más⁴¹. Sus impactos en los cultivos incluyen reducción de su rendimiento y disminución de su capacidad para absorber CO₂⁴². Su permanencia en la atmósfera es de apenas algunos días hasta unas pocas semanas⁴³.

El ozono troposférico no se emite directamente sino que se forma por la interacción del sol con otros gases, a los que se le conoce como "gases precursores". Estos precursores pueden ser de origen antropogénico, es decir, producidos por los humanos, o bien ser naturales. Los más importantes son el monóxido de carbono, óxidos de nitrógeno y compuestos orgánicos volátiles, dentro de los que se incluye el metano. Globalmente el aumento de las emisiones de metano ha causado el aumento de aproximadamente dos tercios del ozono troposférico⁴⁴. Por eso, al reducir el metano se reducirá también el ozono troposférico⁴⁵.

2.3 Metano

El metano es un poderoso gas de efecto invernadero, con un potencial de calentamiento global veinte veces mayor que el CO₂⁴⁶. Su vida atmosférica es de aproximadamente doce años⁴⁷. Además de influenciar el clima, este contaminante afecta la salud humana y la de los ecosistemas, especialmente por su rol como propulsor del ozono troposférico⁴⁸.

Alrededor del 60% de las emisiones mundiales de metano se debe a actividades humanas⁴⁹, siendo sus fuentes más importantes la extracción y quema del petróleo y gas,

41 CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

42 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

43 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

44 Ibid

45 Ibid

46 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). Sitio de la Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC) [en línea] <<http://www.unep.org/ccac/Short-LivedClimatePollutants/Definitions/tabid/130285/Default.aspx>> [consulta: 11 de diciembre 2013]

47 CLIMATE AND CLEAN AIR COALLITION (CCAC). Cit. ant. (3), p. 4.

48 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). Sitio de la Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC) [en línea] <<http://www.unep.org/ccac/Short-LivedClimatePollutants/Definitions/tabid/130285/Default.aspx>> [consulta: 11 de diciembre 2013]

49 Institute for Governance & Sustainable Development (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

los vertederos de basuras, los cultivos de arroz y las minas de carbón, entre otras⁵⁰. Según un estudio de la Comisión Pew, la ganadería, especialmente la industrializada, también es una importante fuente de gases de efecto invernadero (GEI), en particular de metano⁵¹. A la vez, estudios científicos han demostrado que las represas contribuyen significativamente al efecto invernadero, por la generación de cantidades substanciales de metano a la atmósfera, ocasionada por la descomposición de la materia orgánica sumergida por los embalses. Este efecto se potencia aún más cuando se trata de represas que se han construido en zonas tropicales⁵².

De acuerdo a una reciente evaluación del PNUMA y de la OMM, se espera que las emisiones antropogénicas de metano aumenten en un 25% para el año 2030 respecto de los niveles del 2005, impulsadas por el aumento de minas de carbón, producción de petróleo y gas, desechos agrícolas y municipales⁵³. El aumento esperado sería aún mayor si se consideraran las emisiones de metano que genera la producción industrializada de carne y las grandes represas, especialmente en zonas tropicales, que hasta el momento no han sido consideradas por estos organismos.

Según estudios del Banco Mundial basados en informes del PNUMA, las áreas donde se podría reducir el metano de manera más eficiente, y por ende el ozono troposférico, están en la energía, manejo de residuos y la agricultura⁵⁴.

50 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

51 PEW COMMISSION ON INDUSTRIAL FARM ANIMAL PRODUCTION. *Putting Meat on the Table: Industrial Farm Animal Production in America. Abril 2008* [en línea] <http://www.ncifap.org/_images/PCIFAPFin.pdf> [consulta: 13 de agosto 2013]

52 Ver por ejemplo, ANDERSON, Natalie. "Not-so-Clean Hydropower is Damming Us All". *Water Currents: ideas and insights about the world of freshwaters*. Septiembre 2013 [en línea] <<http://newswatch.nationalgeographic.com/2013/09/25/not-so-clean-hydropower-is-damming-us-all/>> [consulta: 11 de diciembre 2013]; PUENTES, Astrid y KOPAS, Jacob. *Grandes Represas en América, ¿Peor el Remedio que la Enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas* [en línea] <http://www.aida.americas.org/sites/default/files/InformeAIDA_GrandesRepresas_BajaRes.pdf> [consulta: 13 de septiembre 2013]; FEARNESIDE, P.M. *Hydroelectric dams in the Brazilian Amazon as sources of 'greenhouse' gases. Manaus, Brazil. Noviembre 1995* [en línea] <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/Preprints/1995/HYDRO-GH-EC.pdf> [consulta: 13 de septiembre 2013]

53 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP) AND WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). Cit. ant. (10), p. 5.

54 THE WORLD BANK. Cit. ant. (7), p. 4.

2.4 Hidrofluorocarbonos (HFC)

Los hidrofluorocarbonos (HFC) entraron al mercado en reemplazo paulatino de los clorofluorocarbonos (CFC), cuando la comercialización de estos últimos fue limitada abruptamente por el Protocolo de Montreal. Dicho acuerdo internacional tuvo por objeto terminar con la producción y uso de los CFC debido al daño que estaban produciendo en la capa de ozono, generando un agujero en la Antártida que permitía la entrada de la peligrosa radiación ultravioleta a la superficie terrestre⁵⁵. Dicho Protocolo ha sido un ejemplo de un pacto internacional efectivo, y de hecho se espera que la capa de ozono recupere sus niveles de 1980 durante el presente siglo⁵⁶. Sin embargo, el éxito del Protocolo no llegó sin efectos colaterales: como resultado de la eliminación de sustancias que agotan la capa de ozono, comenzó la comercialización de los HFC, que tienen un potencial de calentamiento global importante⁵⁷.

El uso de los HFC se da comúnmente en aires acondicionados, refrigeración, extinguidores de fuego y aerosoles, entre otros. No se sabe de fuentes de emisión naturales de estos contaminantes⁵⁸. Hay diferentes tipos de HFC, que varían en su capacidad de influir en el clima dependiendo de la cantidad de tiempo que permanecen en la atmósfera. En general, mientras menos permanezcan en la atmósfera, menos se acumulan y por ende, provocan menos efecto de calentamiento global. Algunos de los HFC más saturados tienen una vida atmosférica de entre uno a cincuenta años. Los menos saturados permanecen de entre días a semanas⁵⁹.

Actualmente los HFC representan solo una pequeña fracción de los contaminantes conocidos como gases de efecto invernadero, pero son fuente de preocupación porque se proyecta que sus emisiones aumentarán significativamente si no se toman acciones concretas para evitarlo⁶⁰. Si se mantiene la tendencia actual, advierte un informe científico del PNUMA, se estima que los HFC superarán, para el 2050, el nivel máximo que alcanzaron los CFC en la década de 1980. Esto se debe principalmente a su creciente demanda por

55 INSTITUTE FOR GOVERNANCE & SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGSD). Cit. ant. (2), p. 4.

56 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP). *HFCs: A Critical Link in Protecting Climate and the Ozone Layer*. Noviembre 2011 [en línea] <http://www.unep.org/dewa/portals/67/pdf/HFC_report.pdf> [consulta: 16 de septiembre 2013]

57 Ibid

58 Ibid

59 Ibid

60 Ibid

parte de las economías emergentes y al crecimiento de las poblaciones⁶¹.

3. Iniciativas internacionales relevantes en el tema

3.1 Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC)

La CCAC fue lanzada en febrero del 2012 y constituye la primera iniciativa global creada con el objetivo específico de reducir los CCVC.

Gestada inicialmente por el PNUMA y los Gobiernos de Bangladesh, Canadá, Ghana, México, Suecia y los Estados Unidos, hoy día ya cuenta con más de 60 socios, entre países y organizaciones de diversa índole, tales como organizaciones intergubernamentales, representantes del sector privado, organizaciones medio ambientales y otros miembros de la sociedad civil. De los países de la región, se han sumado Colombia, Chile, República Dominicana y Perú.

La Coalición es un foro voluntario y participativo que busca crear conciencia sobre los impactos de estos contaminantes, mejorar el conocimiento científico sobre sus impactos y fortalecer y desarrollar nuevas acciones nacionales y regionales para abordarlos.

Desde que se creó, en 2012, la Coalición ha identificado diez iniciativas en las que basa su accionar. Siete de ellas se tratan de acciones de rápida implementación que entregarán beneficios a corto plazo al reducir CCVC claves, a saber: reducir emisiones de carbono negro de motores y vehículos grandes de tipo diésel; mitigar carbono negro y otros contaminantes de la producción de ladrillos; reducir CCVC del sector de residuos sólidos municipales; promover tecnología y estándares alternativos a HFCs; acelerar la reducción de emisiones de metano y carbono negro de la producción de petróleo y gas natural; abordar CCVC en la agricultura; y reducir CCVC de cocinas y sistemas de calefacción domiciliario.

Las tres iniciativas restantes se tratan de esfuerzos que buscan reducir las emisiones de todos los CCVC transversalmente y por ahora son las siguientes: abordar el financiamiento de la mitigación de CCVC; apoyar el planeamiento nacional para la acción respecto de los CCVC (SNAP); y llevar a cabo evaluaciones regionales de los CCVC⁶².

61 Ibid

62 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). Sitio de la Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC) [en línea] <<http://www.unep.org/ccac/Short-LivedClimatePollutants/Definitions/tabid/130285/Default.aspx>> [consulta: 16 de septiembre 2013]

3.2 Clean Air Institute (CAI)

El Instituto del Aire Limpio se formó el año 2006, como una organización sin fines de lucro con el objetivo de mejorar la calidad del aire y combatir el cambio climático. Si bien no es una organización que entre sus líneas definitorias mencione a los CCVC, influye importantemente en la posibilidad de su reducción en la región, al trabajar por una mejor calidad del aire en general. Su origen se remonta a un acuerdo entre el Banco Mundial y los miembros de la Iniciativa de Aire Limpio para Ciudades de América Latina (IAL-CAL), asociación que había sido creada en 1998.

Si bien el CAI es un organismo internacional, su énfasis está en América Latina. Sus líneas de acción buscan servir como puente entre las naciones y ciudades que buscan soluciones proveyendo un foro para la estrategia regional y el desarrollo de proyectos. Asimismo, se ocupa de estimular la capacitación, asistencia técnica, e intercambio de conocimientos. Del mismo modo, identifica oportunidades de financiación, busca aumentar el apoyo público y promover alianzas para el desarrollo y ejecución de proyectos⁶³.

3.3 Red Regional Intergubernamental de Contaminación Atmosférica

En 2008, el Foro de Ministros de Medio Ambiente de la región, iniciativa impulsada por el PNUMA, fundó la Red Regional Intergubernamental de Contaminación Atmosférica, integrada por políticos, expertos y otros actores clave. El mandato de dicha Red fue generar un Plan de Acción Regional de Cooperación Intergubernamental en materia de Contaminación Atmosférica para América Latina y el Caribe y Planes Nacionales acordes para cada país de la región, que guíen la acción de la Red hacia el futuro.

El borrador de dicho Plan de Acción Regional fue elaborado por la Secretaría del PNUMA con apoyo del Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático de México y el CAI, y compartido durante la XIX Reunión del Foro de Ministros celebrada en marzo de 2014 en México. Interesantemente, este primer borrador reconoce la existencia e importancia de los CCVC, incluyéndolos explícitamente en el texto como parte fundamental del esfuerzo por mitigar los efectos del cambio climático y mejorar la calidad del aire en la región. Más aún, las variadas acciones sectoriales estratégicas que describe están muy relacionadas con las que propone la CCAC, tales como iniciativas en el sector de transportes; la producción

63 CLEAN AIR INSTITUTE. Sitio del Clean Air Institute [en línea] <http://www.cleanairinstitute.org/index.php?id_sitio=1&p_idioma=ESP> [consulta: 16 de septiembre 2013]

de ladrillos y cerámica; el uso de biomasa para cocinar y para la calefacción; entre muchas otras⁶⁴.

4. Análisis de la situación legislativa y regulatoria de los CCVC en Chile

4.1 Mirada general

En el marco regulatorio legislativo chileno de hoy día no existe mención explícita al concepto de los CCVC, de manera que no es algo que se aborde de manera integral. Sin embargo, existen variadas regulaciones e iniciativas repartidas a lo largo de la normativa, en relación a la calidad del aire y al cambio climático, que si tocan el tema, ya sea directa o tangencialmente.

Históricamente, la ciudad capital de Santiago ha sido tristemente célebre por sus altos niveles de contaminación, siendo clasificada como una de las más contaminadas del mundo por la OMS⁶⁵. Se estima que en el país más de 4,000 personas mueren prematuramente al año por enfermedades cardiopulmonares asociadas a la exposición a MP2.5, lo que dobla la cifra de muertes causadas por accidentes de tránsito⁶⁶. Esto se debe, en gran parte, a que la zona y sus alrededores reúnen a más del 40% de la población y a un alto porcentaje de las industrias contaminantes, en una cuenca geográfica rodeada de cadenas montañosas de la cordillera de los Andes y la cordillera de la Costa, con poco viento y lluvia⁶⁷.

En Chile, la gestión de la calidad del aire se inició hace cincuenta años, principalmente con medidas de control que establecían normas para evitar la contaminación sin establecer límites de concentraciones. Recién en 1978 se definieron concentraciones máximas para algunos contaminantes⁶⁸. En 1990 los graves problemas de contaminación motivaron la creación de la Comisión Especial de Descontaminación de la Región Metropolitana,

64 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). *Borrador Plan de Acción Regional de Cooperación Intergubernamental en materia de Contaminación Atmosférica para América Latina y el Caribe*. Enero 2014 [en línea] <<http://www.pnuma.org/forodeminstros/19-mexico/documentos/Borrador%20Plan%20de%20Accion%20Regional%20Contaminacion%20Atmosferica%20Version%20Final%20301013.pdf>> [consulta: 11 de julio 2014]

65 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Evaluaciones del Desempeño Ambiental Chile. 2005* [en línea] <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/21252/lcl2305e_cap2.pdf> [consulta: 13 de diciembre 2013]

66 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. 2011 Informe del Estado del Medio Ambiente. Santiago, Chile. Noviembre 2012 [en línea] <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-52016_Capitulo_1.pdf> [consulta: 13 de diciembre 2013]

67 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Cit. ant. (65), p. 14.

68 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. Cit. ant. (66), p. 14.

organismo responsable de las primeras medidas de control implementadas en la ciudad de Santiago. Más tarde, tras la promulgación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en 1994, las medidas se intensificaron, llevando progresivamente al actual marco regulatorio.

En términos generales, este marco está compuesto por Normas de Calidad Ambiental de alcance nacional, que regulan la concentración en el aire de los seis tipos de contaminantes considerados más importantes, y de Planes de Descontaminación Atmosférica a nivel regional, implementados para descontaminar zonas sensibles y saturadas⁶⁹. Adicionalmente, vale la pena mencionar el Programa de Aire Limpio, actualmente en ejecución, que tiene por objeto reducir la contaminación local centrándose en el MP 2.5.

Producto de las políticas de control implementadas, y si bien aún queda mucho por mejorar, la evolución de la calidad del aire en la ciudad de Santiago ha mostrado mejoría en la última década para la totalidad de los contaminantes normados en Chile, con la excepción del ozono⁷⁰. Prueba de ello es la reducción que se ha experimentado en los estados de alerta ambiental: a modo de referencia, en 1997 se registraron 37 días de preemergencias y cuatro días de emergencia ambiental y en 2011 solo se registraron cuatro preemergencias, las cuales además fueron de una magnitud significativamente menor⁷¹. En el año 2012, sin embargo, se registraron 16 alertas ambientales y 3 preemergencias⁷²; pero para el 2013 se registraron solo ocho alertas ambientales preventivas y ningún episodio de preemergencia o emergencia ambiental⁷³.

Hoy día las emisiones de GEI en nuestro país provienen principalmente de los sectores energía y transporte, lo que se replica respecto del carbono negro. En particular, la principal fuente de emisiones de MP 2.5 a nivel nacional es el consumo de leña para calefacción,

69 Ibid

70 Ibid

71 Ibid

72 GOBIERNO DE CHILE. Sitio de la Intendencia Metropolitana [en línea] <http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/n4404_15-07-2013.html> [consulta: 19 de junio 2013]

73 SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. *Informe Consolidado. Programa Integrado de Fiscalización año 2013 periodo gestión de episodios críticos de contaminación plan de prevención y descontaminación atmosférica de la región metropolitana*. Santiago, Chile. 2013 [en línea] <http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/176-informe-consolidado-gec-2013> [consulta: 19 de junio 2013]

que se acentúa en la zona centro-sur del país⁷⁴. Por su parte, las emisiones de metano, que representan el 21% de emisiones netas de GEI en el país, provienen principalmente de la descomposición de materia orgánica asociada a la agricultura y vertederos⁷⁵. En cuanto a regulación de los CCVC propiamente tal, tenemos que el ozono troposférico y el material particulado, tanto MP 10, como MP 2.5, del cual el carbono negro es el componente principal, han sido considerados “contaminantes criterio”, terminología para destacar los principales contaminantes a los que controla la regulación. Esto implica que cuentan con Normas de Calidad Primaria del Aire (NCPA), el tipo de normativa de control más importante en cuanto a estándares atmosféricos. El metano, por su parte, no es considerado un contaminante criterio, por lo que no ha sido regulado por una NCPA, pero está contenido en un decreto especial, que establece la cantidad máxima de emisiones permitidas para los motores de buses de la locomoción colectiva de la ciudad de Santiago.

En cuanto al ámbito internacional, Chile ratificó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático en 1994 y el Protocolo de Kioto, comprometiéndose a reducir seis gases, entre los que se cuentan el metano y los HFC. En 2012 Chile se hizo socio participante de la Coalición para el Clima y el Aire Limpio, lo que podría significar un primer paso para un marco regulatorio específico de estos agentes.

A continuación se dará una mirada más detallada al marco legislativo chileno buscando los componentes que puedan relacionarse directa o indirectamente con los CCVC. La información se ha dividido en dos importantes bloques: por un lado se analiza la institucionalidad y normativa que tiene que ver con la calidad del aire en el país y por otro se revisa la reglamentación y compromisos adquiridos por Chile en lo que dice relación con el desafío global del cambio climático.

4.2 Calidad del aire

4.2.1 Institucionalidad

El Ministerio del Medio Ambiente (MMA), órgano del Estado encargado de las materias ambientales del país, fue creado mediante la Ley Nº 20.417, que entró en vigencia en enero de 2010 modificando la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

74 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. *Primer Reporte del Estado del Medio Ambiente*. Santiago, Chile. 2013 [en línea] <<http://www.sustentare.cl/reportes/primer-reporte-del-estado-del-medio-ambiente/>> [consulta: 9 de octubre 2014]

75 Ibid

Antes de eso, la regulación atingente al aire fue dictada por distintos Ministerios que asumieron el vacío de no contar con un órgano especializado en temas ambientales⁷⁶. Así, la legislación atmosférica está bastante dispersa.

Hoy en día, uno de los focos estratégicos dentro del Ministerio de Medio Ambiente es la Calidad del Aire, a través de la cual se busca recuperar la calidad del aire en los centros urbanos, ayudándose de diagnósticos e inventarios de emisiones en las principales ciudades del país. Esto lo lleva a cabo mediante el Programa "Aire Limpio", descrito en detalle más abajo.

Durante este año, se resolvió fusionar la División de Calidad de Aire con la Oficina de Cambio Climático, considerando que las principales fuentes de GEI, de CCVC y de contaminantes que afectan la salud son las mismas, por lo que una estrategia conjunta resultaría más efectiva y menos costosa⁷⁷.

4.2.2 Leyes y normas relativas a la calidad del aire

La Constitución Política de la República de Chile, norma principal del Estado, establece dentro de las garantías constitucionales, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El deber de velar por este derecho le corresponde al Estado, que debe además tutelar la preservación de la naturaleza⁷⁸.

El fundamento de la legislación ambiental en Chile es la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, dictada en 1994 y modificada por última vez el año 2010. Es dicha ley la que dispone la forma en que se dictarán las Normas de Calidad Ambiental y las Normas de Emisión, encargadas de la regulación ambiental en Chile.

Las Normas de Calidad establecen los valores máximos permitidos de concentraciones en determinados períodos de los contaminantes. Pueden ser Primarias o Secundarias. Las Primarias tienen por objeto proteger a las personas, mientras que las Secundarias velan por la protección de los recursos naturales, ecosistemas, especies de flora o fauna y monumentos

76 CHILE. Ley N° 20.417/2010, de 26 de enero. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

77 GONZÁLEZ ISLA, CARLOS. Polución eleva temperatura en Santiago [en línea] <<http://diario.latercera.com/2014/09/08/01/contenido/tendencias/16-172757-9-polucion-eleva-temperatura-en-santiago.shtml>> [consulta: 24 de marzo 2014]

78 CHILE. Decreto Ley N° 3464, de 8 de agosto de 1980. Aprueba Nueva Constitución Política y la Somete a Ratificación por Plebiscito.

nacionales o sitios con valor arqueológico. Las Normas de Emisión, por su parte, establecen cantidades máximas para los contaminantes medidos en el efluente de la fuente emisora.

Dentro de las Normas de Calidad Primaria, que son las más relevantes para el presente análisis, existe una que regula el ozono troposférico, una que se ocupa del MP 10 y otra que regula el MP 2.5. Las tres normas corresponden a cuerpos normativos bastante completos que, además de fijar límites máximos permitidos y rangos de emergencia, monitoreo y fiscalización aplicable, contienen descripciones de los contaminantes, sus riesgos para la salud y la obligación de la autoridad competente de mantener a la ciudadanía informada de las materias contenidas en la norma, lo que constituye un elemento de transparencia de gran importancia.

Cuadro: Normas de Calidad Primaria relacionadas con los CCVC y comparación con otros estándares.

Contaminante criterio	Cuerpo normativo	Nivel máximo permitido (µg/m ³)	Media anual máxima permitida (µg/m ³)	Estándares de la OMS (µg/ m ³)	Estándares de los Estados Unidos (µg/m ³)	Estándares de la Unión Europea (µg/m ³)
Ozono (O ₃)	DS 112/2003	120 en 8 hrs.	N/A	100 en 8 hrs.	147 en 8 hrs.	120 en 8 hrs.
MP10	DS 20/2013	150 en 24 hrs.	Norma derogada	50 en 24 hrs. y 20 anual	150 en 24 hrs.	50 en 24 hrs. y 40 anual
MP2.5	DS 12/2011	50 en 24 hrs.	20	25 en 24 hrs. y 10 anual	25 en 24 hrs. y 15 anual	25 anual

Ahora, si bien no existen Normas de Calidad Primaria que regulen el resto de los CCVC, sí hay una regulación específica que norma los motores de buses de la locomoción colectiva de la ciudad de Santiago, que controla específicamente las emisiones de metano y de material particulado en relación con dichos vehículos, entre otros contaminantes. Dicha norma, dictada por la Subsecretaría de Transportes y modificada por última vez en abril del año 2010, diferencia los vehículos normados según si poseen motores a diésel, gas o gasolina fijando diferentes límites máximos de emisiones⁷⁹. El metano solo se regula para aquellos motores que funcionan a gas natural, fijándose el estándar en 1.6 gramos por kilovatio por hora (g/kw-h).

79 CHILE. Decreto Nº 130, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 13 de marzo de 2002. Establece Normas de Emisión de Monóxido de Carbono (CO), Hidrocarburos Totales (HCT), Hidrocarburos No Metánicos (HCNM), Metano (CH₄), Óxidos de Nitrógeno (Nox) y Material Particulado (MP) para Motores de Buses de Locomoción Colectiva de la Ciudad de Santiago.

La Norma de Calidad Primaria que regulaba el MP10 entró en vigencia en 1998 y fijaba los máximos niveles permitidos en 150 por cada 24 horas y 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en promedio anual. En junio de 2014 entró en vigencia el nuevo Decreto Supremo (DS) 20 de 2013, que derogó la regulación anual de dicho contaminante, por lo que solo quedó fijado que el nivel máximo permitido era de 150 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ por cada 24 horas. Dicho decreto fue ampliamente criticado, ya que hace más permisiva la norma, permitiendo por ejemplo, que un agente emisor mantenga a diario un estado que no supere los 150 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, pero que sea de 149 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, cuestión que no ocurría antes, ya que anualmente su nivel no debía ser superior a 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. Recientemente se inició un proceso de revisión de la norma de calidad del aire MP 10⁸⁰, en virtud de las reclamaciones ciudadanas presentadas en contra del DS 20, por lo que se abrió una nueva posibilidad de mejorar la normativa.

4.2.3 Otras iniciativas relativas a la calidad del aire

Cuando las Normas de Calidad son superadas o están cerca de serlo, la ley establece la declaración de Zonas Latentes o Saturadas, y puede dictar Planes de Prevención o de Descontaminación, que disponen medidas para recuperar la calidad ambiental deteriorada⁸¹. Cuando la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80 y el 100% del valor de la respectiva Norma de Calidad Ambiental, la zona se declara Zona Latente, y da lugar a la dictación de un Plan de Prevención. Asimismo, una zona es declarada Zona Saturada, cuando una o más Normas de Calidad Ambiental se encuentran del todo sobrepasadas, y entonces la autoridad ya puede dictar un Plan de Descontaminación.

Varios de estos Planes de Prevención y Descontaminación datan de hace más de quince años, y a pesar de que no regulan específicamente los CCVC, constituyen un valioso primer paso por donde podría comenzar su regulación.

El más importante de estos planes es el de la Región Metropolitana, lanzado en 1998, por la declaración, hecha en 1996, de la Región como área saturada y latente de varios contaminantes. Este Plan fue actualizado el año 2004 y luego el 2010, y entre sus medidas

80 CHILE. Diario Oficial de la República de Chile [en línea] <http://www.mma.gob.cl/transparencia/mma/doc/Res_850_RevisionNormaCalidadAmbienta_MP10_DS_20.pdf> [consulta: 24 de marzo 2014]

81 MATUSC., Patricia y LUCERO Ch., Rodrigo. Norma Primaria de calidad del aire. Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias. 2002, vol. 2, no. 2 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73482002000200006> [consulta: 24 de marzo 2014]

más importantes destacan normas más exigentes para la entrada de vehículos livianos y motocicletas; incentivos para los vehículos de baja y cero emisión; la utilización de mejoras tecnológicas de reducción de emisiones y el uso de dispositivos de postcombustión⁸².

Para 2016 se espera el lanzamiento de la actualización del Plan de Descontaminación de Santiago, cuyo foco será el MP 2.5. Las medidas que se estudian en dicho plan fueron diseñadas por el Centro Mario Molina Chile, organismo que en julio entregó 32 propuestas al Ministerio de Medio Ambiente. Se espera que el plan contenga regulaciones al uso de leña y a las emisiones de los vehículos diésel, comerciales y de carga, entre otras⁸³.

Además, dicha actualización es parte de la Estrategia de Descontaminación Atmosférica 2014-2018, presentada por el Ministerio de Medio Ambiente este año, que propone 14 nuevos planes, con énfasis en las ciudades del sur⁸⁴. Según información recabada informalmente, es posible que dicha nueva estrategia mencione los CCVC por primera vez, denominándolos “Agentes Forzantes de Vida Corta”.

Otra iniciativa que vale la pena mencionar es la Estrategia Nacional de Energía 2012-2030, que entrega las directrices de la política eléctrica que seguirá el país durante los próximos años. Entre sus pilares fundamentales se encuentra el desarrollo de las energías renovables no convencionales y un fuerte impulso a la eficiencia energética. En relación a lo último, en el año 2005 se lanzó el Programa de Eficiencia Energética, que tiene como principal objetivo aumentar la eficiencia energética en los principales sectores de consumo del país, mediante la generación de cambios de hábitos y tecnologías que impliquen ahorro energético. Específicamente, el Programa busca operar en los principales sectores del consumo energético, que a la vez inciden en la emisión de los CCVC. Estos sectores incluyen el transporte, industria, comercio y minería, vivienda y construcción, artefactos domésticos y sector público.

El Programa de Aire Limpio (PAL), es otra iniciativa del MMA que tiene por objeto reducir la contaminación de las ciudades, centrándose en el MP 2.5. El Plan se compone de diferentes estrategias que incluyen planes locales de descontaminación y mejoramiento

82 BETTER TECHNOLOGIES. *Planes de Prevención y Descontaminación Atmosférica (PPDA): Nuevas metas por Cumplir*. Agosto 2012 [en línea] <<http://www.better.cl/assets/files/publicaciones/Newsbetter-PPDA-vigentes-y-anteproyectos.pdf>> [consulta: 24 de marzo 2014]

83 Blog de Marcelo Mena, Subsecretario de Medio Ambiente [en línea] <<http://voces.latercera.com/2014/05/13/marcelo-mena/estrategia-de-descontaminacion/>> [consulta: 24 de marzo 2014]

84 Ibid

en el monitoreo de calidad del aire; control de las emisiones de la industria, dirigida a las fuentes emisoras de MP 2.5, como termoeléctricas, fundiciones y calderas; control de las emisiones de leña (que representa actualmente una de las principales fuentes de contaminación atmosférica en todas las ciudades del centro-sur del país, especialmente de MP 2.5)⁸⁵; y control de las emisiones del transporte, lo que incluye mayores exigencias en el etiquetado de vehículos nuevos a nivel nacional, normas más exigentes de entrada al país para estos vehículos y mejora en los combustibles, entre otras⁸⁶.

Dentro del mejoramiento del monitoreo de la calidad del aire, al año 2012 se reforzó su medición, inaugurándose nuevas estaciones de monitoreo a nivel nacional, en todas las ciudades de más de 100 mil habitantes⁸⁷.

Finalmente, es relevante la próxima incorporación de los Impuestos Verdes, que entrarán a regir el 2015, como parte de la reforma tributaria. Estos contemplan un gravamen para vehículos y uno para fuentes fijas. El impuesto a los vehículos influye en la reducción del carbono negro del Diesel, a través del Nox y CO₂, a pesar que no queda explicitado en la norma. Lo que se espera es promover un parque vehicular nuevo de menores emisiones, revertiendo una tendencia actual en el que pocos vehículos aportan la mayoría de la contaminación⁸⁸.

También se gravarán anualmente las emisiones al aire de material particulado, óxido de nitrógeno (NO_x), dióxido de azufre (SO₂) y CO₂, producidas por fuentes conformadas por calderas o turbinas, con una potencia térmica mayor o igual a 50 megavatios térmicos⁸⁹. Esperemos que la implementación de dichos impuestos tenga el resultado esperado.

4.3 Cambio Climático

4.3.1 Institucionalidad interna relacionada con cambio climático

La última modificación a la Ley General de Bases del Medio Ambiente, el año 2010, incluyó por primera vez el cambio climático, definiéndolo en sus disposiciones generales

85 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. Cit. ant. (74), p. 15.

86 CHILE. Decreto 61. Ministerio del Medio Ambiente, de 2 de agosto de 2012. Aprueba Reglamento de Etiquetado de Consumo Energético para Vehículos Motorizados Livianos que Indica.

87 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. Cit. ant. (74), p. 15.

88 GOBIERNO DE CHILE. Sitio del Ministerio de Medio Ambiente [en línea] <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-56235.html>> [consulta:13 de diciembre 2013]

89 Ibid

e incorporándolo como parte de las funciones que corresponden al Ministerio de Medio Ambiente⁹⁰. No aparece en dicha legislación mención alguna a los CCVC.

A la vez, uno de los ejes estratégicos del Ministerio es el de cambio climático, que hoy cuenta con una Oficina homónima. A través de dicha Oficina el Ministerio debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 70 h) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, que le ordena “proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático”⁹¹.

Como se explicó antes, durante este año, la Oficina de Cambio Climático fue fusionada con la División de Calidad del Aire, por lo que esperamos se produzca una mayor sinergia entre ambas, lo que sin duda daría lugar un espacio más propicio para propender a la reducción de los CCVC.

En mayo de 1996, a raíz de los compromisos relacionados con la CMNUCC, se creó el Comité Nacional Asesor sobre Cambio Global, con el objetivo de asesorar y coordinar a las distintas instituciones vinculadas con los temas de cambio climático⁹². El 2009 dicho Comité fue reemplazado por el Comité Interministerial de Cambio Climático y Comité Técnico⁹³. Ese último fue nuevamente reemplazado el 2013 por el Comité Asesor sobre Cambio Climático, que con la participación de 16 ministerios (excluyendo solo seis), pretende abordar el problema de multisectorialidad que representa el problema del cambio climático⁹⁴.

4.3.2 Iniciativas relacionadas con cambio climático

Chile es signatario de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), desde que ésta se gestó en la Cumbre de Río de 1992. La Convención se transformó en ley de la República el 13 de abril de 1995 y en 2002 el país firmó el Protocolo de Kioto, principal acuerdo de la Convención, que entró en vigencia el año 2005.

90 CHILE. Ley Nº 20.417 de 26 de enero de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

91 CHILE. Ley Nº 19.300 de 9 de marzo de 1994. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

92 MINISTERIO DE AGRICULTURA. Gobierno de Chile. *El Cambio Climático en el Sector Silvoagropecuario de Chile*. Santiago, Chile. Febrero 2010 [en línea] <<http://www.fia.cl/Portals/0/UDE/Documentos/Cambio%20Climatico/Cambio%20Climatico%20en%20el%20Sector%20Silvoagropecuario.pdf>> [consulta:13 de diciembre 2013]

93 Ibid

94 CENTER FOR CLIMATE CHANGE AND RESILIENCE RESEARCH (CR)². *La Gobernanza del Cambio Climático en Chile*. Marzo 2014 [en línea] <http://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2014/04/gobernanza_al_cc_3abril.pdf> [consulta: 9 de octubre 2014]

Producto de esta adhesión, Chile se comprometió a establecer metas de reducción para seis gases: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, HFC, perfluorocarbonos y el hexafluoruro de azufre.

En 2006 la CONAMA (hoy reemplazada por el Ministerio de Medio Ambiente), aprobó la Estrategia Nacional de Cambio Climático, que estableció tres ejes principales para hacer frente al problema: adaptación, mitigación y creación y fomento de capacidades⁹⁵. No existe mención en esta estrategia a los CCVC.

Como respuesta a los ejes de la Estrategia Nacional, en 2008 fue puesto en marcha el llamado Plan de Acción Nacional de Cambio Climático, para los años 2008 a 2012. Su objetivo central es minimizar los impactos adversos del cambio climático mediante acciones integradas que permitan determinar la vulnerabilidad del país y medidas de adaptación para enfrentarlos adecuadamente, aportando al mismo tiempo a la mitigación de los GEI⁹⁶. Se trata de un instrumento articulador de un conjunto de lineamientos políticos que establece una serie de acciones que deberán llevar a cabo los organismos públicos competentes⁹⁷. Éste tampoco considera a los CCVC.

Según fuentes periodísticas, durante septiembre de 2014 se habría iniciado la evaluación final del PANCC 2008-2012 y la elaboración de los elementos que constituirán el próximo PANCC, para los años 2015 a 2020. Se espera este último para fines de 2015⁹⁸.

Posiblemente, lo que en esta materia resulta más interesante en relación con los CCVC, es la obligación que adquirió Chile, como parte de sus compromisos con la CMNUCC, de enviar periódicamente Comunicaciones Nacionales que incluyen, entre la información relevante sobre cambio climático, un inventario de sus emisiones de GEI. La Primera Comunicación fue enviada el año 2000 y en el año 2011 se lanzó oficialmente la Segunda. El proyecto para preparar la Tercera Comunicación Nacional ya ha sido diseñado. Gracias a la preparación de estas comunicaciones el inventario nacional de emisiones de GEI se ha mantenido actualizado, lo que significa que hoy tenemos acceso a la evolución de las

95 MINISTERIO DE AGRICULTURA. Gobierno de Chile. Cit. ant. (93), p. 22.

96 Ibid

97 CORPORACIÓN NACIONAL DE MEDIO AMBIENTE (CONAMA). Gobierno de Chile. Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-2012. Santiago, Chile. 2008 [en línea] <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-49744_plan_01.pdf> [consulta: 13 de diciembre 2013]

98 Ver entrevista a Ministro de Medio Ambiente en Diario La Tercera [en línea] <<http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/09/659-596845-9-ministro-de-medio-ambiente-a-fin-de-ano-iniciaremos-elaboracion-del-proximo-plan.shtml>> [consulta: 13 de diciembre 2013]

emisiones en Chile desde el año 1984 a 2006⁹⁹. Dicho inventario considera específicamente el metano, los HFC y los compuestos orgánicos volátiles no metálicos, precursores del ozono troposférico, entre otros contaminantes¹⁰⁰.

Es relevante también el llamado Proyecto "MAPS Chile", que se lleva a cabo desde la Oficina de Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente, con el objeto de identificar las mejores opciones de mitigación de las emisiones de GEI en el país. El Proyecto se originó a partir de la iniciativa "Maps Internacional", para apoyar a países en desarrollo a elaborar planes de desarrollo que sean compatibles con los desafíos del cambio climático¹⁰¹.

MAPS Chile se lleva a cabo mediante investigación y participación¹⁰², en tres fases de trabajo: durante la primera fase, que duró desde el 2011 al 2013, se realizó una evaluación estratégica de las dos posibles trayectorias para el país: la de crecer sin mayores restricciones (denominada BAU, por sus siglas en inglés, Business as Usual) y la de seguir las recomendaciones más estrictas que sugiere la ciencia (RBS, Required by Science), lo que redundaría en emisiones limitadas y decrecientes. La idea fue identificar, entre ambas trayectorias, diversas opciones de mitigación. En la segunda fase, que comenzó a mediados del 2013 y que concluyó en 2014, se desarrollaron las alternativas de mitigación disponibles, analizando una gran cantidad de posibles medidas abarcando todos los sectores. Finalmente, la última fase, que se desarrollará durante el 2014 para concluir en 2015, será para afinar resultados, incluyendo la consideración de co-beneficios en las diferentes opciones de mitigación y para difundir resultados¹⁰³.

Hasta ahora, y a juzgar por el resultado de la primera fase, el proyecto no ha considerado a los CCVC como concepto a abordar dentro de los escenarios de mitigación, (aunque si le da muchísima importancia al metano como GEI)¹⁰⁴. Esta falta de reconocimiento de los CCVC puede relacionarse con la carencia de información acerca de estos contaminantes y al

99 MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. *Segunda Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco De Las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático*. Santiago, Chile. 2011 [en línea] <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50880_documentoCambioClimatico.pdf> [consulta: 13 de diciembre 2013]

100 POCH AMBIENTAL y DEUMAN. *Inventario Nacional de Emisiones de Gases Efecto Invernadero*. Santiago, Chile. Julio 2008. [en línea] <http://www.sinia.cl/1292/articles-50188_recurso_1.pdf> [consulta: 13 de diciembre de 2013]

101 Ministerio de Medio Ambiente. Sitio del Proyecto Maps Chile [en línea] <<http://www.mapschile.cl/>> [consulta: 29 de octubre 2013]

102 Ibid

103 Ibid

104 MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. Gobierno de Chile. *Escenarios Referenciales para la Mitigación del Cambio Climático en Chile. Resultados de la Fase 1*. Santiago, Chile. Julio 2013 [en línea] <http://www.mapschile.cl/files/Fase_1_MAPS_Chile.pdf> [consulta: 8 de julio 2013]

hecho que se trata de un proyecto que se ha basado en la ciencia de la CMNUCC y su PICC, que tampoco los ha considerado a todos como GEI principales hasta ahora. Esto implica que no hay una manera oficial de hacer la conversión para medir a cuánta mitigación equivaldría su reducción. Posiblemente, en la tercera fase donde se incluirán los posibles co-beneficios de los diferentes escenarios de mitigación para evaluar su conveniencia, podrían entrar a considerarse y aprovecharse la oportunidad.

Otra iniciativa que vale la pena mencionar es el Programa Nacional de Gestión del Carbono (PGCARBONO), impulsado por el PNUMA a través del MMA, que busca promover esfuerzos tanto públicos como privados para reportar emisiones y llevar a cabo acciones de mitigación¹⁰⁵. Este funcionará a través del sitio web del MMA del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RETC), que pone a disposición del público información sobre emisiones y transferencias de contaminantes en el país¹⁰⁶. El programa se puso en marcha en 2013 y a principios de 2014 estaba aún en fase piloto, buscando retroalimentación de grupos de interés¹⁰⁷.

También es destacable la implementación del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) en Chile, donde hasta enero de 2014 ya se habían registrado 106 proyectos en total¹⁰⁸. El MDL es un instrumento establecido por el Protocolo de Kioto que permite a los países industrializados financiar proyectos de reducción de emisiones en países en desarrollo y recibir certificados de reducción de emisiones por ellos, un tipo de bonos de carbono¹⁰⁹.

Otro proyecto internacional del que Chile participa es la Iniciativa Global de Metano (IGM), asociación voluntaria y multilateral que tiene como objetivo reducir las emisiones mundiales de metano, avanzando en su reducción, recuperación y uso como fuente de energía. Esto se logra a través de una red internacional de gobiernos, miembros del sector privado, bancos de desarrollo, universidades y organizaciones no gubernamentales que buscan fomentar la capacidad y el desarrollo de estrategias y mercados y eliminar

105 GOBIERNO DE CHILE. Sitio del Ministerio de Medio Ambiente [en línea] <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-54745.html>> [consulta:8 de julio 2013]

106 GOBIERNO DE CHILE. Sitio de RETC [en línea] <<http://www.mma.gob.cl/retc/1279/channel.html>> [consulta:8 de julio 2013]

107 Ibid

108 CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO (CMNUCC). Sitio del Mecanismo de Desarrollo Limpio. Buscador de proyectos [en línea] <<http://cdm.unfccc.int/Projects/projsearch.html>> [consulta:8 de julio 2013]

109 CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO (CMNUCC). Sitio del Mecanismo de Desarrollo Limpio [en línea] <http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/clean_development_mechanism/items/2718.php> [consulta:8 de julio 2013]

obstáculos para el desarrollo de proyectos que reduzcan emisiones de metano en los países socios del proyecto¹¹⁰.

Finalmente, vale también mencionar que el año 2012 Chile ingresó como país socio a la ya mencionada Coalición del Clima y Aire Limpio (CCAC), lo que denota un primer posible acercamiento a la regulación de los CCVC, que estará por verse en años posteriores. A la vez, Chile es signatario de convenciones internacionales, tales como la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y del Protocolo de Montreal. Si bien éstas no regulan específicamente los CCVC, sí dictaminan normas respecto de la calidad del aire en general que se han implementado con éxito por los países signatarios.

110 GLOBAL METHANE INITIATIVE. Sitio de la Iniciativa Global de Metano [en línea] <<https://gmi-stage.icfwebservices.com/index.aspxZ>> [consulta: 13 de septiembre 2013]

CONCLUSIONES

Las emisiones de GEI en nuestro país provienen principalmente de los sectores energía y transporte, lo que se replica respecto del carbono negro. En particular, la principal fuente de emisiones de MP 2.5 a nivel nacional es el consumo de leña y el metano proviene principalmente de la descomposición de materia orgánica asociada a la agricultura y vertederos.

Con esto en consideración, es claro que los CCVC ofrecen una oportunidad real y factible para mitigar los efectos del cambio climático, comprándonos valioso tiempo para adaptarnos a los cambios que ya son inminentes y conllevando a la vez múltiples beneficios que mejorarían sustancialmente la calidad de vida de las personas y la salud de los ecosistemas.

En el caso particular de Chile, si bien hasta el momento no existe reconocimiento oficial del concepto de los CCVC en la legislación nacional, nos encontramos con un marco regulatorio complejo en cuanto a calidad del aire y cambio climático que establece normas, proyectos y programas que sí influyen en las emisiones de estos contaminantes. Es buen indicio el hecho que este año se hayan fusionado la Oficina de Cambio Climático con la División de Calidad del Aire, ya que los CCVC son un tema que ciertamente vincula ambos espacios. Más aún, aunque no oficialmente, ya se empieza a escuchar sobre la inclusión de estos contaminantes en los próximos Planes Nacionales de Cambio Climático y de Descontaminación. Esto, sumado al hecho de que el país ha dado un paso adelante al unirse oficialmente a la CCAC, nos permiten pensar que una inclusión integral del tema puede ser posible en el corto o mediano plazo.

Existen medidas aplicables para llegar a tal objetivo que ya están disponibles, han sido probadas con éxito en ciertas partes del mundo y son costo-efectivas. Por ejemplo, atendiendo la importancia de la leña como medio de calefacción en nuestro país, y sus altos índices de contaminación, sería recomendable regularla como combustible, estableciendo sobre ella una política nacional que regule su consumo; desincentive su uso promoviendo un recambio a calefactores más seguros, eficientes y menos contaminantes; y vaya más allá abarcando incluso medidas para mejorar el aislamiento térmico de las viviendas, especialmente las entregadas por el Estado a los sectores más pobres. Del mismo modo, atendiendo la importancia del metano como contaminante (21% de las emisiones GEI del país), correspondería también que se le regulara en mayor detalle, tal vez con una norma general para dicho contaminante, que incluya el control de aquellas fuentes de emisiones más importantes, a saber, las que provienen de la agricultura y vertederos.

Con respecto al transporte, dentro de las fuentes más importantes de carbono negro se encuentran los vehículos, camiones y la maquinaria que emplea diésel como combustible. Para reducir este contaminante se recomienda la renovación del transporte de carga y la incorporación de filtros de partículas. El carbono negro puede ser eficientemente capturado usando filtros. También se podría pensar en la electrificación del Transantiago.

En términos más generales, aprovechando la fusión de las Oficina de Cambio Climático y de la División de Calidad del Aire, se recomienda agregar en sus agendas la reducción de los CCVC, aprovechando la gran oportunidad que significan. Al hacer esto, vale la pena resaltar la dimensión de derechos humanos y cambio climático, que comparten los CCVC.

En relación con el cambio climático, es importante asegurar fondos estatales fiables y permanentes para hacer frente a sus desafíos. Lo anterior podría ser parte de una Ley Marco de Cambio Climático para Chile, que defina prioridades de mitigación y adaptación; asegure continuidad en las estrategias de un gobierno a otro; coordine las diferentes esferas del gobierno evitando incoherencias; y asegure una adecuada participación ciudadana, entre otras cosas. Esta debería contemplar la reducción de los CCVC, aprovechando la oportunidad que significan.

Es recomendable también reforzar los sistemas de fiscalización del Estado, para que las empresas contaminantes realmente cumplan las normas de emisión. Asimismo, los Decretos Supremos que fijan los límites máximos para MP 2.5 y 10 y Ozono deberían ser periódicamente revisadas, para progresivamente implementar estándares que aseguren mejoras en la calidad del aire, especialmente de las grandes ciudades. En cuanto a la medición y monitoreo de emisiones, si bien estamos avanzados con respecto a otros países, es importante continuar mejorando y actualizándonos en este aspecto, ya que es la única manera de medir avances y retrocesos y así tener en cuenta la efectividad o no de las medidas tomadas, pudiendo reevaluar y mejorar constantemente.

Finalmente, esperamos que próximamente los CCVC sean incorporados en normativas y políticas que los limiten, incluyendo los planes y estrategias nacionales de cambio climático, planes de descontaminación, estrategias y agendas de energía, etc. Se recomienda la implementación de instrumentos económicos como impuestos que incentiven la reducción de los CCVC, aprovechando el beneficio económico y social que esto traería, e incentivar la participación privada en la reducción de GEI, con un enfoque especial en los CCVC.



Asimismo, es importante también incorporar metas de reducción de CCVC en las esferas locales de gobierno, como regiones y municipios, ya que estas instancias locales son las que muchas veces están a cargo de temas como residuos y transporte.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aceptado: 30 de junio de 2014

Compensación por Instalación de Proyectos Locales no Deseados: Consideraciones para su Discusión

*Compensation for the Siting of Locally Unwanted
Facilities: Considerations for a Discussion*

Andrés Sáez A.

Pontificia Universidad Católica de Chile

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile
MSc en Política y Regulación Ambiental,
The London School of Economics & Political Science
Master en Derecho Público (LLM),
University College London.
asaeza@gmail.com

RESUMEN

Este artículo pretende discutir hasta qué punto la compensación podría mitigar los conflictos ambientales derivados de la instalación de proyectos locales no deseados. Se analiza la existencia de efectos indeseados de la compensación tales como la 'trampa de la injusticia ambiental', el 'efecto soborno' y el 'efecto supresor del espíritu público', todos los cuales configuran un escenario en el cual los mecanismos de compensación son altamente susceptibles de fracasar. Sin embargo, se identifican una serie de condiciones que podrían contribuir a morigerar dichos efectos no deseados, tales como un ordenamiento territorial adecuado, una participación ciudadana robusta, y la compensación en términos idóneos.

Palabras clave: Compensación, NIMBY, justicia ambiental, ordenamiento territorial, participación ciudadana

SUMMARY

This paper seeks to discuss to what extent compensation would adequately address the conflicts deriving from locally unwanted facilities. It argues for the existence of a series of factors, like the 'environmental injustice trap', the 'bribe effect' and the 'crowding-out public spirit effect', all of them configuring a scenario in which compensation, on its own, is very unlikely to succeed. It also identifies a series of conditions to overcome these compensation drawbacks, among them, an adequate land use planning, a stronger public participation and in-kind compensation.

Key words: Compensation, NIMBY, environmental justice, land use planning, public participation

INTRODUCCIÓN

Uno de los casos más emblemáticos e ilustrativos de una situación de injusticia ambiental consiste precisamente en la instalación de un gran número de plantas de tratamiento y disposición de residuos domiciliarios de una región, en una localidad habitada principalmente por personas de escasos recursos, un escenario que de alguna manera transgrede los principios básicos de la justicia de Rawls, de acuerdo con los cuales "(...) no está permitido que el sacrificio impuesto a unos pocos compense los beneficios totales percibidos por muchos"¹. Ejemplos de este tipo de casos no solo abundan en Chile, sino que también en países desarrollados que suelen percibir serios focos de conflicto ambiental por la instalación de proyectos energéticos, de saneamiento, infraestructura, entre otros. Precisamente para disminuir y contrarrestar esta supuesta situación de injusticia que en ocasiones genera protestas², el actual gobierno de Chile estudia la introducción de mecanismos de compensación para las comunidades cercanas a estas instalaciones, mediante la reinversión de un porcentaje de sus ganancias indemnizando así las cargas ambientales sufridas³. En este contexto, hay autores y políticos que suelen respaldar estos mecanismos de compensación basados principalmente en un enfoque de teoría económica⁴, mientras que otros son más críticos y escépticos respecto a su real efectividad y justicia, argumentando por la existencia de posibles efectos perjudiciales⁵.

Considerando las dificultades intrínsecas de situarnos bajo el 'velo de la ignorancia' de Rawls⁶, de manera de diseñar soluciones razonables y eficientes para estos escenarios de injusticia ambiental, el presente trabajo pretende identificar hasta qué punto la introducción de mecanismos de compensación podría mitigar y dar un tratamiento adecuado a los conflictos ambientales derivados de la instalación de proyectos locales no deseados. Para intentar responder esta pregunta, la primera sección utiliza la literatura especializada para, de manera simple, contextualizar los atributos más relevantes sobre esta tipología de proyectos, así como el uso de mecanismos de compensación como

-
- 1 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971, 3–4.
 - 2 LOBER, Douglas. "Why Protest?: Public Behavioral and Attitudinal Response to Siting a Waste Disposal Facility". *Policy Studies Journal*: 1995, 23, p. 499.
 - 3 Comando Michelle Bachelet, 'Hacia Un Desarrollo Inclusivo Y Sustentable: Síntesis de La Propuesta de Programa Área Medio Ambiente' [en línea] <<http://michellebachelet.cl/programa/>> [consulta: 5 de abril 2014]. En el mismo sentido, ver "Agenda de Energía", Mayo de 2015 [en línea] <<http://www.minenergia.cl/documentos/estudios/2014/agenda-de-energia-un-desafio-pais.html>> [consulta: 5 de abril de 2014]
 - 4 BRADFORD, Mank. "Environmental Justice and Discriminatory Siting: Risk-Based Representation and Equitable Compensation". *Ohio State Law Journal*: 1995, 56, p. 329, 332.
 - 5 FREY, Bruno y OBERHOLZER-GEE, Felix. "The Cost of Price Incentives: An Empirical Analysis of Motivation Crowding-Out". *The American Economic Review*: 1997, 87, p. 746.
 - 6 RAWLS, John. Cit. ant. (1), p. 11.

una técnica indemnizatoria, destacando sus posibles efectos no deseados. Revisando algunas soluciones planteadas en el país y utilizando el caso de la disposición de residuos domiciliarios de la ciudad de Santiago para graficar un posible caso de injusticia ambiental, la segunda sección aboga por la insuficiencia de los mecanismos de compensación para, por sí solos, dar una adecuada solución a estos conflictos ambientales. No obstante, este trabajo identifica algunas condiciones (preexistentes y concurrentes) bajo las cuales los mecanismos de compensación podrían obtener resultados más favorables, toda vez que una adecuada ordenación territorial, una robusta participación ciudadana y una compensación en términos idóneos podrían constituir elementos conducentes a contrarrestar los efectos no deseados de la compensación.

1. Proyectos Locales no Deseados: Problema y una Posible Solución

1.1 Sobre los proyectos locales no deseados

El desarrollo humano de los últimos siglos y sus particulares patrones de consumo han acarreado la existencia de una serie de proyectos cuyas externalidades negativas suelen despertar oposición entre las comunidades de acogida. Instalaciones como rellenos sanitarios, centrales nucleares o generadoras termoeléctricas han sido ejemplos bien documentados en la literatura como casos en que los habitantes cercanos a su ubicación tienden a ser reacios a su instalación debido a los altos costos y potenciales riesgos percibidos⁷.

Las dos características esenciales de este tipo de proyectos locales no deseados son, por un lado, que sus beneficios suelen extenderse a un conjunto más o menos extenso de la población, concentrándose sus costos en unas pocas personas o comunidades⁸ y, por otro lado, que estas instalaciones habitualmente generan el denominado síndrome NIMBY ('no en mi patio trasero' o '*not-in-my-backyard*' por sus siglas en inglés). Según dicho síndrome las personas tienden a tener una actitud de resistencia a la instalación de estos proyectos en sus localidades, pero no necesariamente a su ejecución en una ubicación distinta⁹. Dicho de otro modo, estos proyectos suelen crear lo que la literatura denomina una 'oposición egoísta', en que existe una clara disposición a dejar que otros sufran los riesgos y molestias

7 BAXTER, Jamie; EYLES, John; ELLIOTT, Susan. "From Siting Principles to Siting Practices: A Case Study of Discord among Trust, Equity and Community Participation". *Journal of Environmental Planning and Management*: 1999, 42, p. 501, 502.

8 HERMANSSON, Héléne. "The Ethics of NIMBY Conflicts". *Ethical Theory and Moral Practice*: 2007, 10, p. 23, 31.

9 VITES; POLLOCK; LILIE. "Factors Contributing to NIMBY Attitudes". *Waste Management*: 1993, 13, p. 125, 126.

derivados de su instalación, mientras uno se beneficia de las externalidades positivas que el proyecto genera para la sociedad en su conjunto¹⁰.

En Chile la reforma a la institucionalidad ambiental de alguna manera reconoció la existencia de esta tipología de proyectos al enmarcarlos en las declaraciones de impacto ambiental de proyectos que generan cargas ambientales para las comunidades próximas¹¹. Si bien estos proyectos no generarían los impactos ambientales significativamente adversos del artículo 11 de la Ley N° 19.300 –y por consiguiente no requerirían de un estudio de impacto ambiental–, la idea del legislador fue justamente otorgarle a los posibles afectados la alternativa de solicitar un proceso de participación ciudadana atendidas las características propias de estas instalaciones: la generación de beneficios sociales pero también de externalidades ambientales negativas en las localidades próximas¹².

El fenómeno antes mencionado de los proyectos locales no deseados ha sido ampliamente discutido en el marco del concepto de la justicia distributiva, precisamente por la desigual e inequitativa distribución de las cargas ambientales en la sociedad¹³. Asimismo, algunos autores han ido un paso más allá creando el concepto de la justicia ambiental, de manera de transmitir la noción de que la mayoría de estos proyectos suelen instalarse en áreas habitadas por minorías étnicas, raciales, o bien en situación de riesgo social¹⁴, aunque existen versiones sugiriendo que estas instalaciones generaron las condiciones para que estos habitantes se situaran en sus cercanías, y no al revés.¹⁵ De cualquier modo, es importante destacar que las últimas décadas han presenciado un giro en la literatura sobre justicia ambiental, buscando enmarcar el debate en el contexto del concepto de 'reconocimiento' en vez de un problema meramente de justicia distributiva¹⁶. Utilizando dicho enfoque, autores como Fraser y Young ponen mayor énfasis en las estructuras sociales, valores culturales y contextos institucionales para explicar las causas de estas injusticias¹⁷, moviendo, por consiguiente, las soluciones desde un concepto de 'igualdad' que entregaría poca orientación, hacia estrategias que ponen mayor acento en las múltiples causas del problema¹⁸.

10 HERMANSSON. Cit. ant. (8), p. 25.

11 Artículo 30 bis Ley N° 19.300, inciso 1°.

12 Artículo 30 bis Ley N° 19.300, inciso 6°.

13 SCHLOSBERG, David. *Defining Environmental Justice*. Oxford University Press, 2007, p. 12.

14 BEEN, Vicky. "What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses". *Cornell Law Review*: 1992-1993, p. 1001, 1014.

15 BRADFORD. Cit. ant. (5), p. 342.

16 SCHLOSBERG. Cit. ant. (13), p. 14.

17 FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange* (Verso 2003).

18 BEEN. Cit. ant. (14), p. 1006.

1.2 Compensación para mitigar proyectos locales no deseados

A modo de solución de las problemáticas generadas por el establecimiento e instalación de estos proyectos, algunos países han diseñado mecanismos de compensación de manera de redistribuir los beneficios generales percibidos por la sociedad y así contrarrestar las cargas ambientales soportadas por las comunidades que acogen estos proyectos¹⁹. La lógica de estos mecanismos deriva de la teoría económica, cuyo argumento basal consiste en que estas comunidades tendrían beneficios netos positivos después de la compensación. De hecho O' Hare, autor de uno de los trabajos pioneros al respecto²⁰, argumenta que las negociaciones entre las partes involucradas podrían incluso alterar la opinión original de las comunidades de acogida, derivando en un establecimiento exitoso de estas instalaciones.

Con todo, existen algunas advertencias en términos de eficiencia y justicia de estos mecanismos de compensación. En primer lugar, la literatura reconoce la complejidad de una adecuada identificación de quiénes son aquellas personas con mayor exposición al riesgo e impactos ambientales y que, por consiguiente, serían sujetos activos de la compensación²¹, atendidas las complejidades derivadas del riesgo y su tratamiento en la evaluación de impacto ambiental²². Adicionalmente, existe un exacerbado optimismo al asumir que estos mecanismos de compensación regresarían a las comunidades residentes a su grado original de bienestar²³. No obstante, este trabajo identifica tres posibles efectos no deseados de la compensación, cuya existencia debiera ser considerada por las autoridades que pretendan implementarla, a saber, la 'trampa de la injusticia ambiental', el 'efecto soborno' y el 'efecto supresor del espíritu público'.

1.2.1 La 'trampa de la injusticia ambiental'

La primera advertencia de los mecanismos de compensación fluye precisamente de las características propias de los instrumentos de mercado, y se asocia a su lógica y tendencia a minimizar los costos sociales totales, un aspecto de la esencia de estos instrumentos²⁴.

19 FREY, Bruno; OBERHOLZER-GEE, Felix; EICHENBERGER, Reiner. "The Old Lady Visits Your Backyard: A Tale of Morals and Markets". *Journal of Political Economy*: 1996, 104, p. 1297, 1298.

20 O'HARE, Michael. 'Not On My Block You Don't - Facilities Siting and The Strategic Importance of Compensation' Laboratory of Architecture and Planning Massachusetts Institute of Technology 1977.

21 BRADFORD. Cit. ant. (5), p. 333.

22 HUTTER, Bridget M. *A Reader in Environmental Law*. UK: Oxford University Press, 1999, p. 7.

23 FERREIRA, Susana y GALLAGHER, Louise. "Protest Responses and Community Attitudes toward Accepting Compensation to Host Waste Disposal Infrastructure". *Land Use Policy*: 2010, 27, p. 638, 638.

24 FREEMAN, Jody y KOLSTAD, Charles D. *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*. UK: Oxford University Press, 2006, p. 20.

En ese contexto, uno de los factores que se deberían considerar para la instalación de los proyectos locales no deseados consistiría justamente en situarlos en las cercanías de aquellas comunidades más susceptibles de tolerar mayores riesgos al menor costo posible, lo que usualmente coincidiría con aquellas comunidades en mayor riesgo social²⁵. Por consiguiente, se podría generar un círculo vicioso de injusticia ambiental, precisamente gatillado por los mecanismos de compensación.

1.2.2 El 'efecto soborno'

Existen autores sugiriendo que los esquemas de compensación tienden a desatender los principios morales involucrados, y podrían acarrear problemáticas de corrupción de esos principios²⁶. De hecho, y como ha sido ilustrado en estudios empíricos para establecer sitios de disposición de residuos nucleares en Suiza, existen condiciones bajo las cuales las compensaciones pecuniarias tienden inicialmente a reducir el apoyo de la instalación de proyectos locales no deseados debido al 'efecto soborno'²⁷, una reacción producida justamente porque "las personas incurren en costos morales al evidenciar de manera pública que su aprobación o rechazo a un proyecto podría ser comprada (...)"²⁸. Por consiguiente, "la introducción de incentivos monetarios tiende a reducir la susceptibilidad de aceptación de instalaciones no deseadas al imponer costos morales"²⁹ y, en vez de disminuir los posibles conflictos, los mecanismos de compensación los intensificarían.

1.2.3 El 'efecto supresor del espíritu público'

La literatura reconoce a ciertas comunidades que, al confrontarse con proyectos locales no deseados, tienden a responder con un cierto espíritu público que las haría más dispuestas y proclives a acogerlos atendida su contribución al bienestar social general³⁰. Este fenómeno estaría en franca oposición al síndrome NIMBY, toda vez que contrarresta esa 'oposición egoísta' hacia proyectos beneficiosos que ocasionan molestias locales. En consecuencia, la compensación podría eliminar o suprimir la aceptación de estas instalaciones ya que las "(...) recompensas privan a estas comunidades de expresar sus sentimientos de altruismo social"³¹. Luego, en caso que estos esquemas de compensación

25 HERMANSSON. Cit. ant. (8), p. 32.

26 SANDEL, Michael. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. UK: Penguin, 2012, p. 116.

27 FREY. Cit. ant. (19), p. 1298.

28 Ibid

29 Ibid

30 Ibid 1300.

31 Ibid 1301.

atenúen este espíritu público ciertamente contribuirían a exacerbar el problema en vez de solucionarlo, desencadenando en consecuencia mayor oposición y conflicto ambiental.

Según lo descrito, existirían entonces una serie de fallas y advertencias respecto al uso de incentivos y mecanismos de compensación para contrarrestar la oposición a proyectos locales no deseados. De este modo, si el gobierno de Chile pretende introducir estos mecanismos para moderar el conflicto ambiental debiera intentar prudentemente soslayar estos efectos indeseados, atendiendo a una serie de condiciones que permitirían mitigar las fallas de los mecanismos de compensación.

2. Condiciones para mitigar las fallas de la compensación

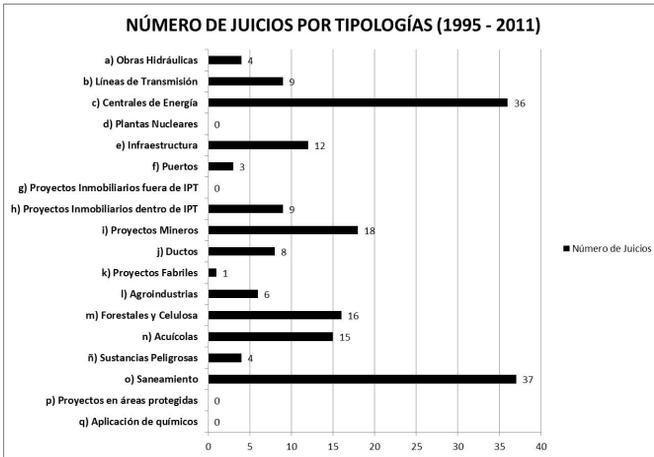
2.1 De la justicia ambiental y compensación en Chile

Una de las consecuencias del denominado 'período dorado de la economía chilena'³² consistió precisamente en el aumento de los residuos generados en un 42% durante los años 2000 a 2009³³. Ello decantó en un aumento de la demanda por construcción de rellenos sanitarios y una serie de otras instalaciones de saneamiento para cubrir la creciente necesidad de disposición de residuos. En ese contexto, la presión por encontrar nuevos sitios para cubrir dicha demanda acarrió un alto grado de conflictividad en los procesos de autorización y aprobación de dichos proyectos, siendo el número de proyectos de saneamiento cuyos permisos fueron impugnados ante los tribunales de justicia una estadística elocuente en ese sentido correspondiente a proyectos de saneamiento en la figura Nº 1.

32 Tres décadas en que el PIB creció a un 7.1% promedio anual. Ver: DE GREGORIO, Jose. *Economic Growth in Chile: Evidence, Sources and Prospects*. Santiago: Banco Central de Chile, 2004, p. 4.

33 CHILE. Comisión Nacional del Medio Ambiente. *Primer Reporte Del Manejo de Residuos Sólidos En Chile*. Santiago: 2010, p. 12.

Figura N° 1: Número de juicios por tipologías del SEIA (1995 – 2011).



Fuente: Benítez & Sáez (2014).

Solo para graficar una posible situación de injusticia ambiental, en la localidad de “Rinconada de Maipú” habitada por 3.500 personas de condiciones socioeconómicas vulnerables, se han construido rellenos sanitarios y dos plantas que en conjunto tratan el 75% de las aguas servidas de la ciudad de Santiago³⁴, cuya población total asciende a 7.007.600 habitantes³⁵. En el marco de la aprobación de dichos proyectos y de acuerdo a lo documentado por una universidad local³⁶, una de las compañías habría ofrecido compensaciones monetarias para efectos de facilitar la tramitación ambiental y, de ese modo instalar un proyecto local no deseado. Sin embargo, y según se puede inferir de las explicaciones de algunos autores³⁷, en este caso la compensación habría desencadenado los efectos soborno y supresor del espíritu público de manera conjunta, toda vez que el titular habría degradado el capital social de las comunidades de acogida, facilitando de ese modo la instalación del proyecto, pero perjudicando, en consecuencia, la confianza entre

34 UDP. *Informe Anual Sobre Derechos Humanos En Chile 2008*. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2008. 511 [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2008/>> [consulta: 6 de abril 2014]

35 INE. *Compendio Estadístico 2012*. Santiago: 2012, p. 100.

36 UDP. *Informe Anual Sobre Derechos Humanos En Chile 2010*. Santiago: 2010, p. 371.

37 CLARO, Edmundo. “Exchange Relationships and the Environment: The Acceptability of Compensation in the Siting of Waste Disposal Facilities”. *Environmental Values*: 2004, 187, p. 200.

los miembros de la comunidad y entre ellos y la autoridad ambiental, transformándose este caso en uno de los conflictos ambientales más llamativos de esos años³⁸.

Ejemplos como estos abundan en Chile y no solo respecto a proyectos de saneamiento, sino también a proyectos energéticos, mineros, de infraestructura, entre otros. A su turno, existe una creciente literatura que da cuenta de estas situaciones y de cómo los titulares y autoridades de gobierno carecen de herramientas regulatorias para dar una adecuada solución al problema³⁹. Justamente en ese contexto han existido al menos ocho iniciativas presidenciales y mociones parlamentarias que han intentado solucionar esta problemática y vacío regulatorio⁴⁰, evidenciándose una suerte de cambio en los mecanismos utilizados desde royalties o impuestos específicos, proscripción de acuerdos entre los titulares y las comunidades, hasta mecanismos de compensación para indemnizar a las localidades de acogida. No obstante, muchas de estas iniciativas parecieran desnudar una suerte de respuesta legislativa reactiva a problemas de casos puntuales más que proyectos regulatorios que hayan sido fruto de un discernimiento y discusión adecuada. Quizás el ejemplo más destacado corresponde al denominado proyecto de 'Ley Tokman'⁴¹, en el cual una iniciativa cuyo principal impulsor fue el ex ministro de energía Marcelo Tokman, pretendía introducir mecanismos de compensación para las comunidades aledañas a proyectos de energía. Dicha iniciativa, en definitiva, aún sigue en trámite en el Congreso no avizorándose futuros avances, al punto que el gobierno del ex presidente Sebastián Piñera habría intentado reabrir la discusión de los mecanismos de compensación creando un nuevo pre-proyecto al efecto⁴². Tras una serie de discusiones que en definitiva frustraron la iniciativa, en la actualidad el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet tendría dentro de su programa de gobierno, y más precisamente, en su agenda energética, la introducción de mecanismos de compensación para indemnizar las cargas sufridas por proyectos locales no deseados, no obstante discutirse en la actualidad el tenor de los referidos mecanismos

38 UDP. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. *Informe Anual Sobre Derechos Humanos En Chile 2008*. Santiago: 2008, p. 510.

39 Ver por ejemplo las versiones anteriores de esta revista de Justicia Ambiental; HERVÉ ESPEJO, Dominique. "Noción Y Elementos de La Justicia Ambiental: Directrices Para Su Aplicación En La Planificación Territorial Y En La Evaluación Ambiental Estratégica". *Revista de derecho (Valdivia)*: 2010, 23, p. 9; CORDERO, Eduardo. "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental Y Zonas Costeras". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 2011, 26, p. 209.

40 Ver al respecto, por ejemplo, boletines N° 7280-12; 6957-12; 6631-12; 6771-12.

41 Qué Pasa Minería. "Ley Tokman": ¿La Tercera Es La Vencida?" (2 de octubre de 2012) [en línea] <<http://www.quepasamineria.cl/index.php/actualidad/item/1125-%E2%80%99Cley-tokman-%C2%BFla-tercera-es-la-vencida/1125-%E2%80%99Cley-tokman-%C2%BFla-tercera-es-la-vencida?start=1>> [consulta: 5 de abril 2014]

42 Ministerio de Economía. Impulso Competitivo. (2011) 15. [en línea] <www.impulsocompetitivo.gob.cl/medidas/> [consulta: 5 de abril 2014] Ver además agenda de energía p. 81.

de compensación que se desprenden de la denominada 'asociatividad local' de la agenda de energía publicada por el gobierno el 15 de mayo de 2014⁴³.

En ese contexto, el presente trabajo pretende poner en la mesa de discusión los efectos indeseados de los mecanismos de compensación, así como una serie de condiciones que podrían ser recogidas por el gobierno para un mejor diseño regulatorio de estos mecanismos, de manera de reducir la conflictividad de los proyectos locales no deseados.

2.2 Condiciones para una adecuada compensación

2.2.1 Ordenamiento territorial

Una de las motivaciones más importantes del ordenamiento territorial es precisamente su capacidad de administrar el conflicto ambiental derivado de los múltiples intereses en juego en el uso del territorio, los cuales en ocasiones podrían ser incompatibles⁴⁴. El ordenamiento territorial es una salvaguarda procedimental fijada con anterioridad a la decisión de establecimiento de un proyecto, en la cual distintas prioridades de desarrollo son asignadas de conformidad a diversas consideraciones económicas, sociales y de equidad. La planificación del uso de suelo, en consecuencia, es una herramienta bastante conducente a distender los conflictos derivados de la instalación de proyectos locales no deseados, con anterioridad a los mecanismos de compensación; toda vez que se asignan diversos usos de suelo utilizando criterios de interés público⁴⁵, que tenderían a aliviar la 'trampa de la injusticia ambiental'. Adicionalmente, se incorporarían aspectos técnicos y éticos a la discusión, aumentando así los niveles de confianza y cohesión social entre los residentes acogiendo proyectos de esta naturaleza, de ese modo compensando el 'efecto supresor del espíritu público'⁴⁶.

En el caso de Chile, la planificación y el ordenamiento territorial no son instrumentos lo suficientemente maduros, y existe una clara tendencia a planificar y determinar los usos de suelo urbanos por sobre los rurales. Adicionalmente, la ley⁴⁷ faculta a algunas autoridades sectoriales la posibilidad de modificar los cambios de uso de suelo en zonas

43 Comando Michelle Bachelet. Cit. ant. (3).

44 CULLINGWORTH, JB y NADIN, Vincent. *Town and Country Planning in the UK*. Psychology Press, 2002, p. 2.

45 Ibid

46 MV RAJEEV GOWDA y DOUG EASTERLING. "Voluntary Siting and Equity: The MRS Facility Experience in Native America". *Risk Analysis*: 2000, 20, p. 917, 918.

47 Artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

rurales, en una determinación caso a caso atendiendo diversos criterios, lo que redundaría en un gran vacío regulatorio en esta materia⁴⁸. Dichos permisos de un alto contenido político y discrecional⁴⁹, no generan un marco regulatorio capaz de velar por enfoque integrado y coordinado en materia de planificación territorial⁵⁰, todo lo cual podría calificarse como uno de los grandes catalizadores de la injusticia ambiental.

2.2.2 Participación ciudadana

Una participación ciudadana robusta da cuenta de una plataforma fértil para lograr mecanismos de compensación efectivos y equitativos. Sin perjuicio de que las comunidades podrían asumir que los procesos de participación darían cuenta de una decisión tomada de antemano, el hecho de considerar a los posibles afectados en el proceso de toma de decisiones les otorga posibilidades de ejercer sus derechos a conocer el proyecto, sus características y posibles efectos; entregar una opinión informada, así como manifestar su apoyo u oposición y reclamar de las decisiones que se tomen. Quizás lo más importante es la aptitud de la participación ciudadana de convertirse en un mecanismo adecuado para obtener resultados sustantivos, como por ejemplo la determinación de los montos de la compensación o de una alternativa de ubicación lograda consensualmente entre las partes⁵¹. No obstante, Rawls establece que solo se puede lograr una justicia procedimental cuando los residentes han dado su consentimiento de manera informada al proyecto local no deseado⁵², un umbral de exigencia situado en la cúspide de las categorías de participación ciudadana⁵³. Un aspecto crucial para lograr dicho consentimiento consiste en otorgar garantías a las comunidades de que su seguridad no estará expuesta a altos riesgos⁵⁴, un factor más asociado a la percepción del riesgo que a la evidencia científica del mismo⁵⁵.

Con todo, autores más pragmáticos como Irvin y Stansbury identifican una serie de condiciones para una participación ciudadana exitosa, destacando una "(...) selección

48 HERVÉ, Dominique. Cit. ant. (39).

49 Atributos derivados de la autoridad que los entrega (el Secretario Regional Ministerial de Agricultura, con informe del Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, y el Director de Obras municipales con informe del Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo y el Servicio Agrícola Ganadero). Su carácter discrecional responde a la ausencia de criterios técnicos o jurídicos plasmados en la ley que sirvan de base para dichos pronunciamientos.

50 HERVÉ, Dominique. Cit. ant. (39).

51 GOWDA. Cit. ant. (46), p. 919.

52 Ibid 918.

53 ARNSTEIN, Sherry R. "A Ladder Of Citizen Participation". *Journal of the American Institute of Planners*: 1969, 35, p. 216.

54 GOWDA. Cit. ant. (46), p. 919.

55 FISCHHOFF, Baruch y otros. "How Safe Is Safe Enough? A Psychometric Study of Attitudes towards Technological Risks and Benefits". *Policy Sciences*: 1978, 9, p. 127.

cuidadosa de los representantes de las partes, un proceso de toma de decisiones transparente para generar mayor confianza, una autoridad embestida adecuadamente para la toma de decisiones, la existencia de negociadores imparciales, un calendario de reuniones con cierta regularidad, y un adecuado financiamiento de los recursos de apoyo para la comunidad durante el proceso de entendimiento y toma de decisiones⁵⁶.

En nuestro país, la literatura especializada identifica a la participación ciudadana débil como uno de los principales causantes del conflicto ambiental, toda vez que se genera una ausencia de instancias de negociación o reunión para obtener información sobre los impactos del proyecto, además de una determinación adecuada de la compensación⁵⁷. Sin embargo, es necesario reconocer que Chile ha transitado por un camino tendiente a mejorar cada vez más la participación ciudadana en las decisiones ambientales, creándose cada vez mayores instancias de encuentro entre el titular y las comunidades, así como un esfuerzo administrativo para potenciar las áreas de participación ciudadana de la autoridad ambiental, aunque lógicamente aún existe espacio para seguir perfeccionando y mejorando este aspecto de la toma de decisiones.

2.2.3 Compensación propiamente tal

Sin perjuicio de las problemáticas de la compensación para lidiar, por sí sola, con el conflicto ambiental, es importante reconocer la aptitud de estos mecanismos de acercarse hacia resultados de mayor justicia objetiva, a través de la indemnización de las comunidades afectadas para lograr una situación similar o mejor a como se encontraban con anterioridad a la decisión de instalación del proyecto local no deseado⁵⁸. En este contexto, la literatura es relativamente consistente en optar por compensaciones en especie (como por ejemplo la construcción de escuelas o cuerpos de bomberos) en vez de utilizar pagos en dinero, toda vez que es más fácil asociar dicha indemnización con valores más positivos, disminuyendo así el efecto soborno⁵⁹. Finalmente y dada la asimetría de información y capacidad de negociación entre las partes involucradas, un aspecto cuya incorporación podría ser estudiada en profundidad podría ser la introducción de la figura de negociadores imparciales que puedan aconsejar adecuadamente a las comunidades de acogida, de modo de obtener mejores resultados en las discusiones sobre la compensación⁶⁰.

56 IRVIN, Renée A; STANSBURY, John. "Citizen Participation in Decision Making: Is It Worth the Effort?". *Public Administration Review*: 2004, 64, p. 55, 61.

57 CLARO. Cit. ant. (30), p. 28.

58 GOWDA. Cit. ant. (46), p. 919.

59 FREY. Cit. Ant. (19), p. 1308.

60 GOWDA. Cit. ant. (46), p. 921.

CONCLUSIÓN

Este artículo ha discutido hasta qué punto los mecanismos de compensación podrían lidiar con los conflictos ambientales derivados de la instalación de proyectos locales no deseados. Se ha descrito por qué estos esquemas de reparación actúan como una espada de doble filo por cuanto, por un lado, se busca redistribuir e indemnizar a las comunidades locales por las cargas ambientales experimentadas al acoger este tipo de instalaciones pero, por otro lado, se podrían generar una serie de efectos no deseados, dentro de los cuales la literatura reconoce la 'trampa de la injusticia ambiental', el 'efecto soborno' y el 'efecto supresor del espíritu público' como posibles resultados negativos. Estos factores podrían configurar un escenario en el cual la compensación, por sí sola, sería incapaz de lograr resultados exitosos, por lo que se requieren soluciones integradas y holísticas para disminuir la conflictividad e injusticia ambiental⁶¹.

El caso de la instalación de sistemas de saneamiento en la ciudad de Santiago entrega un ejemplo claro de por qué los mecanismos de compensación no han sido suficientemente exitosos para lidiar con los conflictos ambientales, lo cual pavimenta el camino para que el gobierno chileno tome en cuenta una serie de condiciones que le permitirían obtener mejores resultados. Entre ellos, este trabajo identificó el rol protagónico para distender el conflicto ambiental que tienen el ordenamiento territorial y una participación ciudadana robusta, así como la forma idónea de proceder a la compensación. En definitiva, este artículo argumenta que los intentos del gobierno chileno de reducir los conflictos mediante la compensación no erradicarán por completo esta problemática, por lo que una batería de medidas y herramientas regulatorias requieren ser instaladas para mejorar la situación de las comunidades para aceptar este tipo de instalaciones no deseadas.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

61 FERREIRA. Cit. ant. (23), p. 638.

Principio de Precaución y Regulación Ambiental en Chile: Operando sin instrucciones, pero operando

Precautionary Principle and Chilean Environmental Regulation: Working without instructions, but working

Ezio Costa Cordella*
Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile
Magister en Regulación,
The London School of Economics and Political Science
Director Ejecutivo de la ONG FIMA e
Investigador del Centro de
Regulación y Competencia (RegCom),
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
costa@fima.cl

RESUMEN

La aplicación del principio precautorio en la regulación ambiental en Chile es un tema que ha sido discutido y cuyo análisis puede tener importantes consecuencias prácticas. El presente artículo explora el concepto de Principio Precautorio y el tratamiento que de él ha hecho la literatura legal-ambiental en Chile, así como la aplicación que se le ha dado. Desde la descripción del Principio Precautorio como un principio general, y pasando por su instrumentalización, el presente artículo argumenta dos cosas, en primer lugar que el principio es necesario para dar legitimidad a las decisiones regulatorias en casos de

* Agradezco la ayuda de María Victoria Galleguillos Alvear.

incertidumbre y en segundo lugar que a pesar de que en Chile no se ha articulado una normativa específica que le dé más densidad, este principio de todas maneras se encuentra operando en la práctica como parte de la regulación ambiental nacional.

Palabras Clave: Principio Precautorio, Regulación Ambiental Chilena, Derecho Ambiental

SUMMARY

How the Precautionary Principle is being applied in the Chilean environmental regulation is something that has been discussed in the literature and that it is important also because of the consequences that a definition can have in practice. This article explores the concept of the principle and the legal-environmental literature around it. Departing from the concept of the Precautionary Principle as a general principle and studying it as a tool, this article argues two things. First, that its application is necessary to achieve legitimacy in cases of uncertainty, and second that despite the lack of normative to its application in Chile, the principle has been applied and it is part of the national environmental regulation.

Key Words: Chilean Environmental Regulation, Precautionary Principle, Chilean Environmental Law

INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la aplicación del principio precautorio en la toma de decisiones administrativas y regulatorias se ha mantenido desde hace varias décadas como una importante controversia. Nuestro país no ha estado exento de ella a pesar de que la literatura – especialmente la legal – ha sido bastante escueta en su tratamiento. Apenas una incipiente discusión se alcanzó a esbozar en los últimos años a propósito de ciertos fallos de la Corte Suprema en materia ambiental donde aplicándose el principio preventivo, se citó de todas formas al principio precautorio como base de las resoluciones¹.

Esta confusión terminológica y la posibilidad de que el principio fuera efectivamente aplicado llevó a algún grado de discusión entre los académicos del área que sobre todo se manifestaron por canales más o menos informales², y a algunas publicaciones académicas.

¿Por qué debería importarnos el asunto? La discusión se ha mantenido siempre latente porque en ella se juegan valores fundamentales para nuestra sociedad. Si el Principio Precautorio existe para informar las decisiones de los reguladores es porque hay buenas razones de carácter práctico y normativo para que este principio tenga un lugar destacado en el proceso de toma de decisiones. Es un hecho, sin embargo, que no existe un acuerdo fundamental en cuanto a su aplicación, siendo además que el Principio Precautorio en su faceta de mecanismo de toma de decisiones compite con otros mecanismos con mucho respaldo, no solo a nivel académico sino también de gobiernos y organizaciones internacionales.

El presente artículo estudia el Principio Precautorio y su aplicación en la regulación ambiental chilena. En especial, explora que significaría su aplicación y como a pesar de no haber normas secundarias que lo hagan operativo a nivel procesal, podría y debiera tener importantes consecuencias en la toma de decisiones regulatorias ambientales.

-
- 1 COSTA, Ezio. "La Prevención como Principio del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile". *Justicia Ambiental*: Santiago, N°5, 2013.
 - 2 CORDERO, Luis; TAPIA, Javier. "Principio Precautorio" [en línea] *El Mercurio*. Martes 16 de octubre de 2012. <http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/16/6379/principio_precautorio.aspx> [consulta: 11 de julio 2014] SAEZ, Andrés. "El principio Precautorio en el Sistema de Evaluación Ambiental"; DURAN, Valentina. "El principio precautorio"; MOYA, Francisca. "El Principio de Precaución en la UE" [en línea] *La Semana Jurídica* <http://issuu.com/legalpublishing/docs/n_23_-_el_principio_de_precauci_n/6?e=3686444/2194422> [consulta: 11 de julio 2014]

1. El Principio Precautorio

Para entender el Principio Precautorio (de ahora en adelante indistintamente PP) es necesario revisar algunos conceptos de PP dados por la doctrina y en especial el hecho de que no exista un concepto unívoco sino diferentes variables que lo componen, así como sus diferencias con el principio preventivo. Finalizaremos esta sección dando las claves del concepto para efectos de este trabajo.

Para muchos, el PP está presente en la formulación del artículo 15 de la Declaración de Río de 1992, al señalar esta que "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

Precisamente en esta formulación, se reconocen los que son los dos pilares básicos de aplicación del principio, vale decir (i) La existencia de un peligro de daño grave e irreversible, y (ii) la falta de certeza científica absoluta. Así entonces, en presencia de estos dos elementos se gatilla la necesidad de aplicación del principio, aplicación que básicamente promueve la toma de una decisión, pero que además avanza en el sentido de informar esa decisión para que ella promueva la protección de los bienes jurídicos tutelados, en especial en este caso la salud, la seguridad y el medio ambiente.

Una distinción siempre importante del principio precautorio es la que lo separa del principio preventivo. En este sentido, Cafferata señala:

"El principio precautorio es el principio básico, esencial del Derecho ambiental. Dicho principio, al igual que el de prevención, opera sobre las causas y las fuentes de los problemas, de manera integral, holística, totalizadora. La diferencia es que el principio de prevención se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real, en tanto que el de precaución interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible"³.

3 CAFFERATA, Néstor. *Los principios y reglas del Derecho ambiental* [en línea] <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>> [consulta: 19 de mayo 2013]

Para el autor, tanto el principio preventivo como el precautorio son bases del derecho ambiental. Cafferata, así como la mayoría de los autores, pone el acento en la precaución, dejando la prevención como un hecho obvio, sabido y que no reviste mayor discusión. Eso, sin perjuicio de que se los trata en conjunto. Para la mayoría de los autores la relación entre el Principio Preventivo y el precautorio es innegable e incluso vista como una "relación evolutiva", donde la precaución sería un paso más elevado, una mezcla entre el Principio Preventivo y el principio del contaminador-pagador⁴.

Moya por su parte, partiendo al revés pero cubriendo el mismo camino, señala que:

"La línea que los separa debe entenderse en torno a la incertidumbre o la relación de causalidad. El principio de prevención suplanta al principio de precaución en los casos en que exista la certeza de que una situación genera riesgo, es decir en aquellos casos en que es posible trazar una línea de correspondencia entre causa y efecto, sin dejar margen alguno a la incerteza de los resultados. Por su parte, el principio de precaución no opera en casos de certeza, pues requiere para su aplicación que dicha correspondencia se vuelva difusa"⁵.

A nuestro entender, esta diferencia entre Prevención y Precaución, se basa en otra diferencia conceptual, que es la que existe entre riesgo, incertidumbre e ignorancia. Ante el riesgo, sabemos cuáles son los escenarios posibles y la probabilidad de que ellos ocurran, frente a la incertidumbre sabemos cuáles son los escenarios posibles, pero no con certeza las probabilidades de su ocurrencia. En la ignorancia en tanto, ni siquiera sabemos cuáles son los escenarios posibles⁶. La prevención está normalmente relacionada con el primer concepto, el de riesgo, mientras que la precaución con los dos siguientes, pero más fuertemente con la incertidumbre, pues es donde se pone la frontera conceptual.

Ahora bien, una de las discusiones más comunes en torno al PP es la existencia de un principio de precaución "fuerte" y otro "débil", sobre esta discusión avanza Moya⁷, pero con las tipologías de "minimalista" y "maximalista", para la autora una versión débil o minimalista sería aquella que permita la precaución solo en casos de riesgo extremo y siempre que los costos lo determinen, mientras una versión fuerte o maximalista sería una

4 COONEY, Rosie. *The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Nature Resources Management*, IUCN Policy and Global Change Group, IUCN Policy and Global Change Series No. 2, 2004 [en línea] <<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/pgc-002.pdf>> [consulta: 19 de mayo 2013]

5 MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago de Chile: Tribunal Constitucional, 2013, p. 183.

6 ZECKHAUSER, Richard y VISCUSI, Kevin. "Risk Within Reason". *Science*. Vol. 248, No. 4955, 1990.

7 MOYA, Francisca. Op.cit.

que permitiría la inacción al poner la carga de la prueba de la seguridad en quien pretende introducir un nuevo proceso o producto. Sobre las mismas bases se reconoce que el principio que se consagra en la declaración de Río sería una versión débil del principio precautorio⁸, mientras que versiones más fuertes serían posibles de encontrar en la legislación europea sobre elementos químicos, donde en efecto se pone a carga de la evaluación del riesgo en el proponente y el estándar para la aceptación de un nuevo producto es que la comisión tenga un alto nivel de certeza de que el producto no producirá daños⁹.

El concepto del PP es a nuestro juicio un continuo, donde los extremos son las versiones que la literatura define como débiles y fuertes, como lo ha planteado Sunstein¹⁰. Es sin embargo un hecho de que existen más entre los dos extremos del continuo (débil y fuerte), coexisten la mayoría de los conceptos. Uno que nos parece especialmente interesante es la que avanzan Holder y Lee, para quienes el entendimiento del principio precautorio implica moverse más allá de la mera calificación técnica del riesgo hacia un área donde la decisión no sea tomada solamente por cuestiones técnicas y científicas, sino también por consideraciones cualitativas y experiencias personales¹¹. Bajo este argumento, lo que el PP hace es llenar el vacío de la incertidumbre científica con legitimidad democrática, pues integra a la decisión tecnocrática otro tipo de consideraciones que pueden ser políticas y comunitarias.

Las variables sobre las que se mueve el concepto de PP son: (i) La magnitud de daño esperable que gatilla el mecanismo, (ii) El nivel de incertidumbre requerido, (iii) El efecto del PP en relación a la carga de la prueba, y; (iv) Cuales son los lineamientos que da el PP a la toma de decisiones en casos de incertidumbre. Dentro de esta variable encontramos otras variables que son: (iv.1) La necesidad de tomar en consideración los costos de las medidas que se adopten, (iv.2) La necesidad de tomar en consideración variables de distribución de riesgos y de potenciales beneficios, y; (iv.3) Los niveles de participación pública y/o de expertos en la toma de la decisión.

Para efectos de este artículo y con la misma elegancia de la mayoría de los autores, no definiremos PP, señalando solamente que en cualquiera de sus formas debe al menos

8 FOSTER, Kenneth; VECCHIA, Paolo; REPACHOLI, Michael. "Risk Management. Science and the Precautionary Principle". *Science: New Series*, 2000.

9 HEYVAERT, Verle. *Guidance Without Constraint: Assessing the Impact of the Precautionary Principle on the European Community's Chemicals Policy*. Yearbook of European Environmental Law, 2006.

10 SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

11 HOLDER, Jane; LEE, Maria, Holder, J., & Lee, M. *Environmental Protection, Law and Policy*. Segunda edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 21.

mantener sus características mínimas que son el forzar la toma de acciones para evitar el daño (especialmente el grave y/o catastrófico) que un nuevo producto o proceso pueda causar sobre la salud o el medio ambiente, en aquellos casos en que no hay certidumbre científica sobre la futura ocurrencia de dicho daño. Entenderemos además que en esta versión mínima hay niveles de participación mayores que en ausencia del PP y que idealmente contiene ciertos lineamientos para la toma de decisiones. En lo que se refiere a la carga de la prueba y si ella es sostenida por quien podría producir el riesgo incierto o por quien debe tomar la decisión, creemos que esa variable es parte de las que gradúan el principio entre fuerte y débil, pero no es fundamental para la aplicación del mismo.

2. El principio precautorio como herramienta

Desde un punto de vista dogmático existe una discusión sobre si el PP es un principio propiamente tal o más bien un enfoque político a tomar en cuenta en situaciones de incertidumbre. De esta discusión da cuenta un artículo de Durán y Hervé¹², en el sentido de oponer las visiones del PP como un principio de carácter general en el derecho ambiental internacional o solo una directriz política o un enfoque. Para efectos de este trabajo consideraremos que siendo el PP un principio general de derecho ambiental, observado desde la toma de decisiones regulatorias es también una "herramienta".

Señalamos anteriormente que el PP compite con otros esquemas en la toma de decisiones. En este sentido, los autores relacionan la utilización del PP como una alternativa, en especial al análisis de costo beneficio, sin perjuicio de que para algunos puedan ser utilizados de manera complementaria¹³. Existiendo incertidumbre sobre los efectos que un nuevo proceso o producto puede causar en la salud o el medio ambiente, es muy difícil hacer uso del análisis de costo/beneficio, en el sentido de que habrán ciertos costos que excepcionalmente difíciles de calcular, cual es la ocurrencia de los posibles daños, en especial si ellos pueden ser de carácter grave e irreversible. Ello no quiere decir que el análisis de costo/beneficio (ACB) en estos casos sea imposible de usar, pero sí pasa a ser una herramienta de menor rendimiento que en casos de riesgos sin incertidumbre.

La comparación es interesante cuando se analiza desde la función que los mecanismos cumplen en la toma de decisiones. El ACB tiene una función específica diferente según el

12 DURAN, Valentina y HERVÉ, Dominique. "Riesgo Ambiental y Principio Precautorio: Breve Análisis y Proyecciones a partir de dos Casos de Estudio". *Revista Derecho Ambiental. Universidad de Chile*: Número I, Santiago de Chile, 2003.

13 ASHFORD, Nicholas. "Implementing the Precautionary Principle: Incorporating Science Technology, Fairness and Accountability in Environmental, Health, and Safety Decisions". *International Journal of Risk Assessment and Management*: 2005.

sistema en el que se le observe, pero su función básica y común en todos los sistemas es la de informar las decisiones, de dar a quienes tienen la responsabilidad de tomar una decisión más y mejores elementos de análisis y guiarlos en ese proceso. Esa guía no solo es de utilidad para los reguladores que pueden echar mano a ella para facilitar su trabajo, sino que también al sistema en general pues aumenta la racionalidad de las decisiones y los administrados pueden escrutar en ellas más fácilmente y con ello asegurarse de que estén alineadas con los intereses generales y los estatutos que le otorgan poder a quienes están tomando esas decisiones. Desde esta perspectiva, el PP cumple una función similar; a falta de aquellos datos que permitirían la ejecución de un ACB, la guía que orienta al regulador será la de la precaución, lo que significará varias cosas dependiendo del sistema legal en el que se inserte. Puede ser que haya variaciones en el procedimiento, los actores, las cargas o los demás principios aplicables a la decisión; en todos los casos, habrá una variación en el sentido en que la decisión regulatoria debe apuntar, siendo que tendrá que estar que será precautoria.

Razonando sobre el mismo tema es que autores como Ashford¹⁴ creen que la existencia y uso del PP es una cuestión de total razonabilidad. ¿Cómo podría decidir el regulador ante casos difíciles sin la existencia de este principio? Frente a casos de incertidumbre científica, las herramientas que los legisladores han diseñado para la toma de decisiones no son suficientes, pues en general ellas están concebidas para un sistema de certezas donde los reguladores pueden analizar todos los elementos disponibles y tomar una decisión que sea la más adecuada a sus estatutos y mandatos legales y a la vez la más adecuada a la evidencia existente. El problema se produce cuando falta esa evidencia; a falta de esa certeza, el regulador sigue estando obligado a tomar una decisión, pero carece de los elementos para que esa decisión sea tomada a la luz de las herramientas disponibles.

En una clave más propia del derecho administrativo pero absolutamente aplicable, Moya cree que la nueva conceptualización del riesgo, acuñada bajo el concepto de la sociedad de riesgo de Ulrich Beck, estaría produciendo una transformación en la actividad de policía de la administración, en cuanto ella tradicionalmente se enfocaba en el orden público (riesgo cero), cuestión que hoy sería imposible de alcanzar. En este escenario, la existencia de incertidumbres erosionaría la lógica de la intervención policial de la administración y haría necesaria la adopción de nuevos modos de actuación, de una “nueva forma de aproximación que permita la utilización de nuevas técnicas de intervención”¹⁵. La

14 ASHFORD, Nicholas. Op.cit.

15 MOYA, Francisca. Op.cit. p. 126.

autora identifica como respuesta a este escenario la existencia de los sistemas de análisis de riesgo y dentro de ellos, el PP.

Incluso en sistemas como el chileno donde la discrecionalidad administrativa tiene guías más difusas, obviar el PP produce un vacío difícil de llenar para los reguladores cuando se encuentran frente a casos de incertidumbre. Por lo pronto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que las decisiones administrativas deben pasar por un doble test de Razonabilidad y Proporcionalidad¹⁶. En lo que se refiere a la razonabilidad, es difícil cumplir con los estándares mínimos sin al menos considerar un enfoque precautorio en la toma de una decisión regulatoria. La utilización de medidas precautorias cuando existe incertidumbre de daños pareciera ser la medida más razonable. En efecto, a dicha medida le asistirían consideraciones tanto de carácter práctico como de carácter ético o moral, pues por una parte estaríamos frente a posibles consecuencias catastróficas no deseadas y por el otro esas consecuencias probablemente afectarían derechos fundamentales de personas indeterminadas, siendo que ambas cosas deben razonablemente ser evitadas¹⁷.

Finalmente, la competencia entre modelos de toma de decisiones también se produce en el eje de la participación, siendo por ello que algunos foros consideran que el PP goza de una mayor legitimidad democrática que sus contendores. En este sentido, Ashford¹⁸ señala que la incorporación del PP a la toma de decisiones permite aumentar la participación y con ello la justicia y equidad en la toma de decisiones, y va más allá cuando expresa que el PP debería ser aplicado no solo en casos de incertidumbre científica sobre la ocurrencia de daño, sino también en caso de que dicha incertidumbre sea sobre la distribución del posible daño entre las personas.

Sobre la participación, si bien ello dependerá de la manera en que estén planteados los mecanismos que compitan con el PP, el argumento en general gira en torno a la idea de que los demás esquemas consideran un rol preponderante de la ciencia y los expertos en la toma de decisiones, lo que en casos de incertidumbre científica pierde parte de su valor intrínseco. Siendo así, la manera de solucionar esa falta de legitimidad sería la utilización de

16 Sobre dicho tema en particular consultar: MARTÍNEZ, José Ignacio y ZUÑIGA, Francisco. "El principio de la razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca: Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 1, Talca, 2011. Los autores hacen un acabado análisis del contenido de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, su evolución y el reconocimiento que les ha dado el TC.

17 Sobre la diferencia entre Racionalidad Moral y Racionalidad práctica y la manera en que ellas interactúan con el derecho consultar: LA TORRE, Massimo. "Sobre el espíritu dúctil de las Leyes -Razón, Racionalidad, Razonabilidad". *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*: número 12, España, 2005.

18 ASHFORD, Nicholas. Op.cit.

esquemas participativos donde la decisión sobre los umbrales de riesgo tolerables, a falta de evidencia científica, serían simplemente una preferencia social, lo cual necesariamente debe ser manifestado en un proceso participativo y democrático.

3. Aplicabilidad del PP en el Derecho Ambiental Chileno

La evolución del PP se ha mantenido muy cerca del derecho ambiental, y como reconoce Moya sus primeras manifestaciones internacionales son a propósito de tratados y programas relativos a medio ambiente¹⁹. De hecho, parte importante de la regulación internacional sobre medio ambiente está basada en conceptos precautorios; ahí el régimen sobre el ozono, sobre el cambio climático, sobre la protección de la biodiversidad, sobre la bioseguridad, etc. Nuestro conocimiento científico sobre el medio ambiente es tan limitado que el PP es esencial para llenar el enorme espacio de incertidumbre.

Este artículo explora la utilidad práctica de que el PP sea utilizado por el regulador para la toma de decisiones ambientales en caso de incertidumbre. Sin embargo, no pretende ser un artículo normativo sobre la necesidad de que el acercamiento precautorio sea tenido en consideración para tomar mejores decisiones, sino que dar cuenta de cómo el PP podría operar dentro en la regulación ambiental en Chile partiendo de la base de que ya es parte del régimen regulatorio ambiental.

Se hace esta presunción por cuanto es un principio de derecho ambiental internacional ampliamente reconocido por la doctrina y que está incorporado en una serie importante de tratados internacionales de los cuales Chile es parte, notablemente de la Declaración de Río que ha sido una suerte de carta de navegación para la regulación ambiental en todo el mundo. Además, la aplicabilidad del principio precautorio en materia ambiental ha sido reconocida por nuestra propia doctrina y jurisprudencia.

Respecto de la primera afirmación, ella es reconocida en prácticamente todos los textos sobre la materia, no siendo necesario nuevamente elaborar una lista con los instrumentos que lo contienen y de los que Chile es parte²⁰. En lo relativo al reconocimiento

19 MOYA, Francisca. Op. cit.

20 Ver entre otros, LUCAS, Andrea. *Nociones del principio precautorio en el contexto internacional y su aplicación*. Santiago de Chile: Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Estudios, 2010; DURÁN, Valentina; URBINA, Cecilia. *Regulación de la Contaminación Electromagnética en Chile a la luz de los Principios Precautorio y Acceso a la Información Ambiental*. Santiago de Chile: Actas de las II Jornadas de Derecho Ambiental. LOM Ediciones, 2003; MORAGA, Pilar, *Más allá de la Prevención el Principio de Precaución*, Medio ambiente y sociedad: conceptos, metodologías y experiencias desde las ciencias sociales y humanas (ALISTE, Enrique y URQUIZA, Anahí, Comps). Santiago de Chile: RIL Editores, 2010.

doctrinario, es el caso por ejemplo de Durán y Urbina²¹, quienes estiman que el PP a pesar de no estar consagrado expresamente, se inserta en nuestra legislación por vía de los tratados internacionales, siendo especialmente importante el hecho de que está contenido entre los 27 principios de la Declaración de Río de 1992. En el mismo sentido Moraga²², que además agrega que a propósito del fallo Campiche y el reconocimiento del PP, estaríamos ante un escenario en que la madurez del sistema ambiental permitiría la incorporación normativa del PP. Asimismo Astorga, quien en su obra "Derecho Ambiental Chileno", incluye al PP como parte de los principios que informan el Derecho Ambiental²³.

Encontramos el reconocimiento de la incorporación del principio incluso en el caso de autores que son críticos del mismo. Es el caso de Saéz²⁴, quien considera que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental descansa sobre una versión débil del PP (y describe los inconvenientes que a su juicio tendría la adopción de una versión fuerte). Lo mismo es repetido por Cordero en otro artículo en el sentido de que la Ley N° 20.417 habría incorporado al Derecho Ambiental Chileno el PP, a pesar de que él considera que esa incorporación se ha producido solo en una versión débil²⁵.

Por último, es posible encontrar al principio mencionado en diversos fallos en los últimos 10 años. El primero de ellos es, como cita Moraga, el fallo Campiche en el año 2009²⁶ que señala que el PP es internacionalmente reconocido e impone al Estado la necesidad de actuar a pesar cuando exista amenaza de daño grave e irreversible a la naturaleza a pesar de que exista incertidumbre.

En 2012, la Corte Suprema reconoció la aplicabilidad del principio en los fallos Río Cuervo²⁷ y Dunas de Con Con²⁸. Ha sido por una parte destacado el hecho de que la Corte confunde en su razonamiento los principios preventivo y precautorio²⁹, pero por otra parte

21 DURÁN, Valentina y URBINA, Cecilia. Op.cit.

22 MORAGA, Pilar. Op.cit.

23 ASTORGA, Eduardo. *Derecho ambiental chileno parte general*. Cuarta edición actualizada. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.

24 SAEZ, Andrés. "El principio Precautorio en el Sistema de Evaluación Ambiental" [en línea]. *La Semana Jurídica. El principio de precaución* [en línea] <http://issuu.com/legalpublishing/docs/n_23_-_el_principio_de_precauci_n/6?e=3686444/2194422> [consulta: 11 de julio 2014]

25 CORDERO, Luis y COSTA, Ezio. "Comentario a la Sentencia sobre el Proyecto Hidroeléctrico Río Cuervo". *Justicia Ambiental*: Número 4, 2012, nota al pie n° 25, p. 253.

26 Sentencia Corte de Apelaciones (SCA) de Valparaíso, 8 de enero 2009, rol N° 317-2008.

27 Sentencia Corte Suprema (SCS), 3 de septiembre 2012, rol N° 2643-2012.

28 Sentencia Corte Suprema (SCS), 27 de julio 2012, rol N°2138-2012.

29 COSTA, Ezio. Op. cit. y MOYA, Francisca. Op. cit.

es interesante el hecho de que cita a los dos como aplicables en la normativa ambiental y de hecho hace ese reconocimiento expreso a propósito del PP.

Por último, en un fallo más reciente, la Corte Suprema, el 2 de junio de 2014 ratificó la lógica de que el PP se encuentra inserto en la regulación ambiental a propósito de una causa por el daño ambiental causado por un derrame de petróleo en la región de Antofagasta. Señala la Corte que:

“(…) es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precaución, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile”³⁰.

Con todo, nos parece un hecho de que el PP es parte de la regulación ambiental chilena y que a pesar de que no tenga un reconocimiento expreso ni normas y herramientas especiales que lo operabilicen, puede y debe ser tenido en cuenta por el derecho ambiental, los reguladores a la hora de tomar decisiones, así como por los tribunales al juzgar esa toma de decisión.

4. Consecuencias del PP en la toma de decisiones

Como hemos venido diciendo el PP modifica la manera en que se toman las decisiones. Ahora bien, la mayor parte de esa modificación pasa por la operabilidad que se le dé al PP en el sistema de toma de decisiones –como veremos– siendo que por sí mismo solo tendrá limitadas consecuencias. Sin perjuicio de lo anterior, exploraremos luego cuales son dichas consecuencias, pues en esta etapa de reconocimiento en la regulación ambiental chilena, son esas las consecuencias que podremos observar.

En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, el PP actúa dentro del procedimiento de análisis de riesgo. En particular, en la ausencia de certeza luego de la evaluación del riesgo. En este sentido, Durán y Hervé identifican 3 etapas en la toma de decisiones

30 Sentencia Corte Suprema (SCS), 2 de junio 2014, rol N°14.209-2013, Considerando Decimo.

relativas a riesgos: (i) Evaluación del Riesgo, (ii) Elección de las estrategias de gestión, y (iii) Comunicación del riesgo, siguiendo en esto las directivas de la Comisión de la UE. Agregan en lo que nos interesa que el PP actúa en una etapa intermedia entre la evaluación del riesgo y la selección de estrategias, pues cuando efectuada la evaluación existe incertidumbre sobre la posibilidad de un daño a la salud o el medio ambiente, entonces ello influirá en la toma de medidas precautorias³¹.

De Sadeleer se refiere a la aplicación del PP en el derecho comunitario europeo especificando que la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del PP define a este como una herramienta a usarse en los análisis de riesgo y donde el nivel aceptable de riesgo es algo que cada sociedad debe definir, pues es algo eminentemente político³².

Luego, el hecho de que el PP promueva la participación pública en la toma de decisiones es algo que llamativamente enfatizan los autores. En este sentido por ejemplo Durán y Urbina³³ reconocen en el PP la incorporación de un enfoque participativo, no solo en la toma de decisiones puntuales, sino que ligado a la formulación de políticas públicas, donde el PP significaría cambiar las presunciones de daño y la definición de los actores participantes de la decisión. Lo mismo implica Moya³⁴ al referirse a la gobernanza como parte de los cambios que gatillan la adopción del PP y Durán y Hervé³⁵ al referirse a la etapa de comunicación del riesgo como indispensable para que el nivel de riesgo que se fije sea aquel que democráticamente la sociedad ha aceptado.

El énfasis que ponen los autores en esta apertura de participación ciudadana que produce el PP está relacionado principalmente con la manera en que se toman las decisiones a falta de incertidumbre, en sistemas donde existe un procedimiento específico para ello. La regla general en esos sistemas es que la decisión se toma en base técnico-científica por una agencia de alta experticia y generalmente no mayoritaria (o independiente del poder político). Esa realidad cambia por el PP de tal manera que si hay incertidumbre, entonces la decisión en lugar de ser tomada por estos expertos de manera independiente del poder político, vuelve al cauce democrático y requiere de participación, de la elección de cuál es el nivel de incertidumbre que la sociedad está dispuesta a sufrir en el caso concreto.

31 DURÁN, Valentina y HERVÉ, Dominique. Op. cit.

32 DE SADELEER, Nicolás. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. London. Oxford University Press, 2002.

33 DURÁN, Valentina y URBINA, Cecilia. Op.cit.

34 MOYA, Francisca. Op. cit.

35 DURÁN, Valentina y HERVÉ, Dominique. Op.cit.

Ahora bien, en términos amplios y con la carencia de un procedimiento específico que lo vuelva operativo, el PP actuaría al menos en dos momentos; el primero es cuando el regulador se pregunta si actuar o no actuar frente a un determinado producto o proceso en el ámbito de su competencia. En esta elección binaria se deben evaluar los riesgos y ante una situación en que hay incertidumbre de daños graves e irreversibles, existiría el deber de actuar. Esta es el contenido mínimo del PP, expresado por la Declaración de Río. La existencia de incertidumbre no puede ser una excusa para no actuar. Por el contrario, la existencia de incertidumbre genera la obligación de actuar y de hacerlo de una manera que prevenga el daño grave e irreversible.

La afirmación de que el regulador está obligado a actuar frente a la incertidumbre esconde dos cosas. La primera es más práctica y se relaciona con que deben evitarse enfoques responsivos y de ensayo de error. La segunda es más compleja; si ante la incertidumbre el regulador está obligado a actuar en virtud del PP, entonces el estatuto (la ley y los reglamentos) que dan potestades a ese regulador deben ser leídos con esa perspectiva, de tal manera que haya una autorización – y una obligación – a actuar en los casos en dichos casos.

El segundo momento en que actuaría el PP es en la elección de la estrategia y mecanismos a utilizar frente al hecho que produce el riesgo incierto, debiendo el regulador optar por aquella estrategia que lo elimine o al menos elimine una de sus características esenciales: gravedad e irreversibilidad. Este punto es muy relevante y es precisamente uno de los que más divide las opiniones a favor y en contra del PP. La estrategia que adopte el regulador frente al riesgo incierto afectará la posibilidad que el titular del producto o proceso tiene de llevarlo a cabo o comercializarlo y parte de la doctrina ve en esta elección un riesgo de arbitrariedad e incluso de inmovilismo, donde los reguladores frente a cualquier tipo de producto o proceso que pudiera tener un nivel de incertidumbre optarían por paralizarlo³⁶.

Consideramos esta crítica desmedida. En una aplicación extrema, propia de laboratorio, del PP, podría darse el caso de que produzca inmovilismo, pero en la realidad, el PP actúa dentro de un sistema que le impediría ese nivel de arbitrariedad, como veremos en la siguiente sección.

36 En este sentido por ejemplo, SUNSTEIN, Cass. Op.cit

5. Regulación Ambiental Chile: Aplicando el PP sin normas específicas

Como hemos venido diciendo, el PP es parte de la regulación ambiental chilena y por lo tanto debe ser tenido en cuenta en la toma de decisiones. Vimos también en qué momentos de la toma de decisiones influiría el principio: la decisión sobre actuar o no actuar y la decisión sobre cómo actuar. Pero sigue permaneciendo en el aire saber de qué manera podría aplicar el PP el regulador sin normas que lo hagan operativo. Mientras en el derecho comunitario europeo, por ejemplo, el riesgo es un tema que ha sido tenido en alta consideración y que por lo tanto tiene procedimientos propios en los que puede intervenir el PP, en Chile ello no ocurre.

Enfocándonos específicamente en materia ambiental, tenemos que las herramientas que mayormente conviven con el riesgo son principalmente las Normas de Emisión y Calidad (NEyC) y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En el caso de las NEyC, existe un reglamento³⁷ que detalla el procedimiento para su dictación y dicho reglamento expresamente señala la necesidad de que para su dictación se hagan los estudios científicos y los análisis técnicos y económicos necesarios. No se refiere en ninguna parte a la incertidumbre pero detalla en su artículo 15 que los análisis técnicos y económicos deberán detallar los riesgos para la población, los ecosistemas y las especies, debiendo además tener un análisis de costo beneficio de la norma. No se refiere a la posibilidad de incertidumbre, aunque el artículo 14° señala que de no ser suficientes los estudios científicos, el Ministerio podrá solicitar estudios complementarios.

En cuanto al SEIA, el artículo 12 e) de la Ley N° 19.300 establece que los Estudios de Impacto Ambiental deberán contener un capítulo referido a los potenciales riesgos que los proyectos podrían generar en la salud de las personas. Asimismo, podríamos decir que dentro del concepto de "impactos ambientales", se encuentran los riesgos. Por último, el reglamento del SEIA detalla la necesidad de incorporar Planes de Emergencia y Prevención de Contingencias cuando las características del proyecto en evaluación así lo requieran. Esta última norma, de párrafo 2° del Título IV del Reglamento del SEIA es claramente de carácter responsivo, aun cuando sea una cuestión preventiva pues no busca eliminar o minimizar su posibilidad de ocurrencia de daño, sino lidiar con sus consecuencias.

37 D.S. N° 38/2013 Ministerio de Medio Ambiente, "Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y Emisión".

Así las cosas, en las herramientas de gestión ambiental es poco lo que se trabajó en relación con el riesgo. Si bien las NEyC lo tienen en cuenta su procedimiento, es un elemento más dentro del grupo de consideraciones para la toma de una decisión y no tiene características propias ni una manera especial de ser abordado. En el SEIA en tanto el tema es aún peor, siendo que en estricto rigor es muy poco el peso que tiene dentro de la evaluación, especialmente en casos de incertidumbre.

Este punto ya fue levantado por Astorga, quien señala a propósito de la evaluación de riesgos en la regulación ambiental chilena que “no existen metodologías que permitan realizar un análisis riguroso para la determinación del grado de aceptación social de los diferentes tipos de riesgos socialmente admisibles”³⁸. La crítica de Astorga, que compartimos, va más allá y señala que “no deja de llamar la atención, en todo caso, el hecho de que por razones de realismo político, económico, técnico o en definitiva social, o por la imposibilidad material de otorgar otra respuesta, “incertidumbre inevitable” se acepte inexorablemente la lesión de bienes jurídicos, que otras ramas del derecho definen como irrenunciables, absolutos e intocables. Nos encontramos a este nivel en la disyuntiva entre una respuesta éticamente acertada u otra de carácter circunstancial, pero absolutamente realista y practicable”³⁹.

Ahora bien, este descuido de nuestra legislación no obsta la aplicación del PP. Por supuesto su aplicación será distinta a la que tendría con normas especiales que lo hagan operativo, pero de todas maneras es un principio a tener en cuenta en las decisiones ambientales en casos de incertidumbre. Así por ejemplo, Lucas, en una mirada de Derecho Público, identifica en primer lugar que la incorporación del PP significa la obligación del Estado de actuar cuando se cumplen las características que el PP supone y en segundo que esa acción no puede ser dejada a cargo de los expertos⁴⁰.

En lo que se refiere a la obligación de actuar de Estado, esta se traduce en la necesidad de hacer eco de la incertidumbre de daño y tomar las medidas que correspondan. En este sentido por ejemplo, De Sadeeler reconoce el PP como un paso evolutivo de las políticas ambientales, que habrían pasado por un primer momento de remediación, dando paso a una etapa de prevención y finalmente la etapa actual que sería de precaución, donde “las autoridades están preparadas para potenciales, inciertas e hipotéticas amenazas”⁴¹.

38 ASTORGA, Eduardo. Op.cit., p. 33.

39 ASTORGA, Eduardo. Op.cit., p. 35.

40 LUCAS, Andrea. Op.cit.

41 DE SADELEER, Nicolás. Op.cit., p. 91.

En lo que se refiere a que la decisión no pueda dejarse en manos solo de los expertos, explicamos que ello responde principalmente a la realidad europea de las agencias independientes, pero sin embargo no es una cuestión desdeñable en Chile, pues la motivación de las decisiones administrativas normalmente está basada en el conocimiento experto sobre el área a la que afectan, a pesar de que sabemos que la ciencia no es neutral. Como Moya señala irónicamente, “ni los científicos ni los expertos son seres angelicales”⁴².

La mención a los expertos es muy importante, pues ante la incertidumbre, se reduce la importancia de la experticia y supuesta infalibilidad, siendo que ella debe ser sustituida por la participación democrática y la decisión política. Durán y Urbina, por ejemplo, estiman que la precaución debería iluminar la decisión de políticas públicas sobre la instalación de antenas de celulares y la exposición a las ondas electromagnéticas de estas, dada la incertidumbre sobre sus efectos. Entre las cuestiones que mencionan como argumentos para ello, más allá de los propios elementos del PP, está el hecho de que un “enfoque precautorio” demandaría “sistemas más democráticos” (más participativos) en la toma de decisiones⁴³.

Ahora bien, las dos modificaciones básicas que el PP podría tener, siguiendo a Lucas, pueden ser observadas por los reguladores sin mayores modificaciones legales, pues procederían dentro de los procedimientos existentes. Tanto en la dictación de NCyE como en el SEIA el Estado ya se encuentra en movimiento y además existen procedimientos que consideran la participación ciudadana. Así entonces, el PP en dichos casos solo sería una guía de actuación para el regulador dentro de esos procedimientos cuando exista incertidumbre.

Si no hay suficientes antecedentes que descarten los riesgos en los casos en que se está discutiendo la dictación de una NCyE, entonces el Estado estará obligado a de todas formas dictar una norma que prevenga posibles daños graves e irreparables y para determinar el nivel de riesgo aceptable deberá tomar una decisión política (pues la ciencia no tiene la respuesta en el caso de incertidumbre), que debería pasar en parte por oír a los interesados en el asunto, mediante una adecuada participación ciudadana.

En el caso de SEIA, de haber incertidumbre sobre daños graves e irreversibles de un proyecto, el Servicio de Evaluación Ambiental estaría obligado a adoptar las medidas que prevengam dicho daño, lo que podrá pasar por establecer ciertas medidas de mitigación que

42 MOYA, Francisca. Op.cit., p.133.

43 DURÁN, Valentina y URBINA, Cecilia. Op.cit.

eliminen las fuentes del daño o por el rechazo del proyecto cuando sea este en su esencia el que provoque la incertidumbre de daño. En este proceso y en especial en la evaluación de daño, también es clave la participación ciudadana que se da dentro del procedimiento de evaluación, tanto para identificar el daño posible como para medir cual es el nivel de riesgo tolerable antes de tomar la decisión política en la Comisión de Evaluación Ambiental.

Pero además, y siendo que el PP debe ser tomado en cuenta para la toma de decisiones, pasa a ser igualmente necesario que sea tenido en cuenta a la hora de juzgar esas decisiones. En este sentido, varios autores en el derecho ambiental chileno se han referido al PP con la lógica de su aplicación para dilucidar aquellas áreas grises del derecho que son puestas en conocimiento del juez⁴⁴.

Siguiendo la lógica expuesta, el juez debería observar la decisión regulatoria buscando si existía incertidumbre y en caso de existir si quienes tomaron la decisión hicieron eco de ello mediante la aplicación del PP, actuando para remediar esa posibilidad de daño y actuando en base a una decisión democrática en sustitución de la ciencia ahí donde ella hizo falta.

Ahora bien, esta realidad no se da en el vacío y no debe ser analizada como si así fuera. El PP viene a cubrir un área diversa a los principios ya existentes y responde a una evolución en el rol del Estado y en su relación con las nuevas tecnologías, pero necesariamente interactúa con los demás principios, tanto del derecho ambiental como del derecho administrativo.

En el caso de la UE, lo que la Comisión de la Unión Europea hizo fue establecer expresamente en su comunicación sobre el PP que habían ciertos principios que debían ser respetados a la hora de tomar medidas precautorias. Dichos principios son: proporcionalidad, no-discriminación, consistencia, el uso del análisis costo beneficio, que las medidas sean sujetas a revisiones posteriores con el avance de la ciencia y la asignación de responsabilidades para la producción de información científica⁴⁵. En general la idea es bastante clara, lo que se pretende es limitar la posibilidad de arbitrariedad de las decisiones precautorias.

44 En este sentido la discusión a propósito de la aplicación del PP en los casos Cuervo y Dunas de Con Con, comentada entre otros por: MOYA, Francisca. Op. cit.; SAEZ, Andrés. Op. cit; CORDERO, Luis y TAPIA, Javier. Op. cit. y CORDERO, Luis y COSTA, Ezio. Op.cit.

45 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission on the Precautionary Principle, Brussels, 2000.

Ahora bien, a pesar de que la falta de normas específicas sobre el PP nos deje también carentes de principios como estos, no es menos cierto que existen principios que ponen límites a las decisiones precautorias y asimismo limitan la arbitrariedad. Entendemos que los principios de razonabilidad y proporcionalidad -ya mencionados- de alguna manera podrían subsumir todos estos principios, al menos en sus características principales. Sin hacer una revisión detallada, estimamos que al menos que estos principios limitan al PP de tal manera que su aplicación difícilmente podría ser arbitraria, o al menos no será más arbitraria que todas las otras actuaciones administrativas, amarradas a los mismos principios.

Con todo, la aplicación del PP es uno más de los elementos a tener en cuenta en la decisión regulatoria ambiental y es una herramienta, que a pesar de no poseer normas secundarias que la hagan más operativa en Chile. El PP tiene un valor y una utilidad para el regulador ambiental, pues le muestra como fundamentar sus decisiones en casos de incertidumbre y en ese sentido, opera sobre bases razonables. La aplicación del PP debería llevar al regulador a una fundamentación debe en clave precautoria y basada para ello en los niveles de riesgo tolerables para la sociedad, cuestión a ser descubierta en un procedimiento participativo.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha presentado el concepto de PP y su utilización como herramienta en la toma de decisiones, fijándose especialmente en las consecuencias de su aplicación en dicho proceso y señalando que en su concepto mínimo, el principio implicaría la obligación del regulador de tomar una decisión en casos de incertidumbre científica sobre un daño futuro grave e irreversible y que dicha decisión debe ser aquella que elimine la posibilidad de que dicho daño se provoque.

Luego, exploramos la aplicabilidad del PP en la regulación ambiental chilena y aquellas áreas en que pudiera tener un peso específico mayor. En este sentido revisamos la doctrina pertinente y como ella ha afirmado que el principio tiene un lugar en nuestra regulación ambiental, para luego observar como la jurisprudencia lo ha hecho valer en los últimos años.

Finalmente, revisamos aquellas herramientas de gestión ambiental en las cuales el regulador debería tener en mayor consideración el principio y de qué manera. En específico, afirmamos que el Principio Precautorio tiene un lugar en la toma de decisiones sobre Normas de Calidad y de Emisión y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a pesar de no haber sido tenido en cuenta de manera expresa.

El PP, además de ser un principio general, es una herramienta para la toma de decisiones que en la regulación ambiental debe ser tenida en cuenta. Lo que la aplicación del PP logra es que frente a las incertidumbres la decisión que se tome sea una que tenga una base de legitimidad democrática. Mientras durante años hemos ido acentuando la importancia de la ciencia en la toma de decisiones y hemos ido buscando aquellos caminos que hagan que las decisiones sean lo más objetivas y previsibles que se pueda, lo cierto es que dichos caminos alcanzan legitimidad por la seguridad que otorgan, cuestión que es imposible de alcanzar frente a incertidumbres.

Cuando la ciencia ya no tiene la respuesta, es necesario preguntarse cómo se toma una decisión que sea legítima. En esa pregunta, la participación y la democracia toman roles fundamentales, si no hay un umbral científicamente aceptable, entonces no nos queda más que tomar una decisión de cual será ese umbral, la que necesariamente será una decisión política, basada en nuestras ideas y preferencias y que idealmente debiera ser tomada por los canales más democráticos posibles.



Así entonces, una buena aplicación del PP en un proceso de toma de decisiones regulatorias ambientales implicaría que se toma una decisión ante la incertidumbre, que esa decisión elimina la posibilidad de daño grave e irreversible y que el grado en que se elimina esa posibilidad está determinado por un proceso participativo que legitima la opción tomada.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

Propuestas Regulatorias para la Mitigación del Impacto de la Minería en los Glaciares

Regulatory Suggestions for the Mitigation of Mining Industry Activity's Impact on Glaciers

Fernanda Skewes Urtubia
Estudiante de Derecho
Universidad de Chile
ferskewes@gmail.com

RESUMEN

El gobierno chileno se comprometió recientemente a enviar un proyecto de ley para la protección de los glaciares. Sin embargo, esta acción debe ser acompañada de una discusión acerca del contenido mínimo que debiese abarcar esta iniciativa de ley. A través del estudio de modelos comparados sobre el tema, este artículo propone modificaciones que podrían mejorar la regulación actual. El estudio se centra en la minería, pues es la actividad industrial de mayor impacto en estas zonas.

Palabras clave: glaciares, Cambio Climático, minería, medidas de mitigación, proyecto de ley



SUMMARY

The Chilean government has recently committed to subscribe a bill which aims to protect glaciers. However, this attempt must be supported by a discussion about the basic content which the bill should cover. Through the study of compared models on the subject, this paper suggests certain modifications that could improve our current regulation. The study focuses in mining, which is the main industrial activity in these areas.

Key words: glaciers, Climate Change, mining, mitigation actions, bill

INTRODUCCIÓN

En un contexto de cambio climático global, la situación de los glaciares merece una especial preocupación, dado que el aumento de las temperaturas globales está ocasionando su retroceso. La situación de los glaciares chilenos es igualmente delicada, y en el último tiempo varias voces se han alzado exigiendo la implementación de una regulación que vele por su adecuada protección. No obstante, la atención que el tema ha originado en la opinión pública en nuestro país tiene más bien relación con la incidencia de las actividades mineras en los glaciares y en el ambiente periglacial. Ello no es extraño si tenemos en consideración que muchas de las actividades mineras se desarrollan en zonas de la Cordillera de los Andes en las que se ubican una gran cantidad de glaciares.

Del análisis del marco aplicable a los glaciares y a las actividades mineras se colige que la actual respuesta normativo-institucional a estas cuestiones no es la óptima. Así, nuestra legislación adolece de graves inconsistencias y vacíos, que imposibilitan una adecuada protección de los glaciares frente a una de las actividades que más impactos causan en ellos. En todo caso, en el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2014, el Ejecutivo anunció el envío al Congreso de un proyecto de ley "que proteja a los glaciares y a su entorno", el cual debiese hacerse cargo del déficit normativo mencionado.

Si bien son muchos los aspectos relativos a los glaciares de los que dicho proyecto de ley deberá hacerse cargo, el objetivo de este artículo es analizar de qué manera debiese resolverse la tensión existente entre dos cuestiones igualmente legítimas: por un lado, la necesidad de conservación y protección de los glaciares; por el otro, el interés en explotar recursos mineros que aportan al desarrollo económico del país. A partir del estudio de modelos comparados y de la revisión de algunos casos en que han existido conflictos por proyectos mineros con potencial impacto en los glaciares en nuestro país, en el presente artículo se proponen algunas modificaciones normativas que pretenden subsanar los problemas aludidos.

1. La importancia de los glaciares

La relevancia del agua en el escenario mundial es incuestionable, especialmente teniendo en consideración la creciente contaminación y escasez que las afecta, el contexto de cambio climático actual y los conflictos socioambientales que ello genera. En este contexto se vuelve cada vez más necesaria la adecuada protección de los glaciares, no solo porque constituyen la mayor reserva de agua dulce del planeta, sino que también, porque actúan como elementos moderadores del clima y de la disponibilidad del agua, al contribuir

a los caudales de los ríos durante los períodos de sequías.

Son muchas las actividades antrópicas que pueden llegar a impactar en los glaciares, no obstante, las que merecen mayor atención para el caso de Chile son las relacionadas con las actividades mineras, dado el gran desarrollo de esta industria que sitúa a Chile como el mayor productor de cobre del mundo y uno de los más grandes productores de oro. Una gran cantidad de proyectos mineros se encuentran ubicados en zonas donde también hay presencia de glaciares y glaciares rocosos: es lo que ocurre en el caso de la ex mina La Disputada (hoy Los Bronces), Codelco Andina y Pascua Lama¹. Faenas propias de este tipo de actividades, tales como la construcción de infraestructura y caminos, la explotación a rajo abierto y el depósito de lastre, pueden llegar a incidir en la remoción, destrucción o degradación de glaciares (y del ambiente periglacial) cercanos a las zonas de explotación², por las siguientes razones:

En primer lugar, tanto la construcción de caminos como el transporte a través de ellos en zonas cercanas a los glaciares blancos generan un levantamiento de material particulado que fácilmente se deposita sobre los glaciares. Estas deposiciones aumentan el derretimiento del glaciar, por cuanto dejan una cubierta más oscura sobre el cuerpo de hielo, generando una menor reflexión de la radiación solar y aumentando entonces la acumulación de calor. Así, dichas faenas tienen directa incidencia en cambios en el albedo de la superficie glacial³. En el caso de los glaciares rocosos y del ámbito periglacial, si los caminos se construyen sobre estos, en el mediano plazo ello puede llegar a ocasionar una *degradación superficial del permafrost* por la alteración de propiedades físicas superficiales tales como el albedo y la conductividad térmica⁴.

En segundo lugar, una faena que afecta especialmente a los glaciares rocosos es el depósito de lastre, cuando los depósitos se ubican sobre los mismos. En el corto plazo, acarrear como consecuencia cambios en su dinámica y por lo tanto en la estabilidad de su forma. En el largo plazo, puede generarse drenaje ácido⁵, lo que a su vez incide en la

-
- 1 BRENNING, Alexander. "The impact of mining on rock glaciers and glaciers: examples from Central Chile". En: ORLOVE, B., WIEDANT, E. y LUCKMAN, B. (eds.) *Darkening peaks: glacier retreat, science, and society*. Berkeley University of California Press, 2008, p. 196-205.
 - 2 BRENNING, Alexander y AZÓCAR, Guillermo. "Minería y glaciares rocosos: impactos ambientales, antecedentes políticos y legales, y perspectivas futuras". *Revista de Geografía Norte Grande*: 2010, vol. 47, p. 143-158.
 - 3 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo y URQUIDI, Juan Carlos. *Glaciares chilenos: Reservas Estratégicas de Agua Dulce para la sociedad, los ecosistemas y la economía*. Santiago: LOM, 2006.
 - 4 BRENNING, Alexander y AZÓCAR, Guillermo. Op. cit.
 - 5 CONSEJO MINERO. *Acuerdo Marco de Producción Limpia Sector Gran Minería, Buenas Prácticas y Gestión Ambiental: Guía Metodológica sobre Drenaje Ácido en la Industria Minera*. Santiago: 2002.

degradación del *permafrost* de los glaciares rocosos⁶.

Finalmente, ciertas faenas –tanto exploratorias como de explotación–, conllevan la remoción total o parcial de glaciares. En el caso de los glaciares blancos el efecto es obvio, pues una intervención de esta índole incide directamente en la desaparición del glaciar.

Las faenas mencionadas son obras que típicamente deben realizarse para el normal desarrollo de la minería. Dado su potencial de afectación a los glaciares cercanos, se vuelve necesaria una revisión y evaluación acerca de cuál es la actual respuesta normativa e institucional al respecto, desde una perspectiva de mitigación.

2. Marco normativo

La regulación aplicable a los glaciares en Chile se encuentra dispersa en distintos cuerpos normativos sin que sea posible hallar criterios según los cuales pueda definirse qué es lo que está permitido y qué no en la materia. En cada sector en que se regula a los glaciares, se hace como si fuese un compartimiento estanco; pero además, sin que ninguno de ellos otorgue una solución a la tensión existente entre la necesidad de protección y conservación de los glaciares y las faenas mineras que pudieren llegar a afectarlos.

2.1 Protección ambiental y Evaluación de Impacto Ambiental

Los titulares de proyectos deben de manera obligatoria realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para una serie de proyectos, entre los que se encuentran proyectos de desarrollo minero⁷, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda, en aquellos casos en que se localicen próximos a glaciares susceptibles de ser afectados. Por "próximos" se entienden aquellos glaciares que se encuentren en el área de influencia del proyecto. Además, el Reglamento del SEIA señala expresamente que deberá realizarse un EIA para los proyectos que involucren la construcción de presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración significativos de cuerpos o cursos naturales de aguas, incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la DGA. Por "significativos" se entiende toda ejecución de obras o actividades que impliquen alteración de las características de un glaciar. El EIA debe pormenorizar cuáles son los efectos adversos

6 BRENNING, Alexander y AZÓCAR, Guillermo. Op. cit.

7 En la medida que su capacidad de extracción de mineral sea superior a 5.000 toneladas mensuales.

del proyecto, en particular, si altera la capacidad de regeneración o renovación del recurso hídrico, para lo cual debe tenerse en consideración la superficie o volumen del glaciar que el proyecto pueda llegar a modificar, además de la extensión, magnitud, duración e impactos generados por el proyecto.

Además de lo anterior en el EIA debe comprenderse dentro de la línea de base a los glaciares, detallando su ubicación geográfica, área superficial, espesor, topografía superficial, características superficiales como reflectancia y cobertura detrítica, caracterización a través de un testigo de hielo, estimación de las variaciones geométricas (área y longitud) a través del tiempo usando imágenes de alta resolución, y cálculo de caudales y de aportes hídricos, teniendo en consideración, además, las áreas de riesgo por la ocurrencia de fenómenos naturales. Estos últimos requisitos fueron incorporados por una reforma del año 2001, preocupada precisamente de la protección de los glaciares⁸. También se establece la obligatoriedad de someterse a una EIA cuando los proyectos contemplen la ejecución de obras en Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, Reservas de Zonas Vírgenes, Santuarios de la Naturaleza y cualquier otra área colocada bajo protección oficial.

2.2 Sector Aguas

Si bien en el Código de Aguas no se hace mención alguna a los glaciares, la Dirección General de Aguas (DGA) tiene ciertas competencias en la materia. Así, debe llevar un Catastro Público de Aguas, en el que conste toda la información que tenga relación con ellas. En 1998 se dictó un Reglamento estableciendo que el Catastro Público de Aguas ha de constituirse también por un Inventario Público de Glaciares, el que debe contener la información relativa a los glaciares del territorio nacional que determine por resolución el Director General de Aguas.

Actualmente los temas relativos a los glaciares se encuentran a cargo de la Unidad de Glaciología y Nieves de la DGA (UGN). Dicha unidad es la que tiene a su cargo la elaboración y actualización del Inventario Nacional. La UGN estableció una serie de líneas de acción, entre las que se encuentran la definición de una línea de base glaciológica, que establezca el estado pasado, actual y futuro de los glaciares de Chile; organizar y difundir los estudios y la información glaciológica de manera de coordinar a los científicos y mantener informados a los tomadores de decisiones y a la comunidad en general y el fortalecimiento

8 Realizada por el Decreto N° 95 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

y entrenamiento institucional en organismos del Estado que deban afrontar materias glaciológicas, ya sea en casos de estudio, fiscalización o en el SEIA. Además, señala que la estrategia de monitoreo se implementará de manera gradual⁹, no obstante, no detalla un cronograma de ejecución. Sin embargo, a la fecha no existe un Inventario detallado y disponible al público que forme parte del Catastro Público de Aguas, sino que tan solo algunos mapas disponibles en la página web de la DGA¹⁰.

2.3 Sector Minería

La Constitución Política de Chile establece que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. La Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras establece que el titular de una concesión minera tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión; facultad que se ejerce con las limitaciones en función del interés público que establezca la misma ley y el Código de Minería.

Del análisis del marco normativo aplicable a los glaciares es posible colegir que a propósito del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, es que éstos se encuentran mayormente regulados; es decir, a través de una revisión caso a caso del impacto que cada proyecto podrá realizar o no en un glaciar. Las competencias de la DGA dicen más bien relación con la inclusión de los glaciares dentro del Catastro Público de Aguas y de la obligación del organismo de mantenerlo actualizado; cuestión que más allá de sus finalidades informativa y de medición es útil precisamente para la elaboración de la línea de base en proyectos con potencial impacto en glaciares.

No obstante, es cuestionable si este es el instrumento de gestión ambiental más adecuado para hacerse cargo de la protección y preservación de los glaciares. Faltan ciertas definiciones básicas con respecto a una serie de aspectos no resueltos y de los que sería necesario hacerse cargo, de manera tal que la autoridad ambiental competente tuviese parámetros a los cuales sujetarse para evaluar la pertinencia de una medida. Faltan consensos básicos con respecto a qué tipo de actividades que han de ubicarse cerca de

9 Dirección General de Aguas. *Estrategia Nacional de Glaciares*. Santiago: 2009.

10 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS [en línea] <<http://www.dga.cl/productosyservicios/mapas/Paginas/default.aspx>> [consulta: 5 de abril 2014]

glaciares pueden realizarse y cuáles no, de manera tal de evitar la adopción de decisiones disímiles en la materia.

3. Algunos aspectos de los que debe hacerse cargo una nueva regulación

Si bien el sistema actual de protección de los glaciares no es el óptimo, ello no implica que sea necesaria una nueva ley que lo reemplace en su totalidad. No debe perderse de vista que se han realizado avances significativos en la materia, especialmente si tenemos en consideración que no hace muchos años atrás los glaciares ni siquiera eran parte de las preocupaciones de la autoridad ambiental. Por tanto, en los próximos párrafos propongo solo los aspectos actualmente no tratados por nuestro sistema normativo y cuya regulación me parece indispensable para la mejor protección de los glaciares y de su ambiente periglacial, sin perjuicio de que otras medidas pueden también ser consideradas pertinentes en la nueva ley de glaciares.

3.1 Definición de glaciar: glaciares rocosos y ambiente periglacial

Una omisión relevante tiene relación con la discusión acerca de cuándo estamos ante un "glaciar", de manera tal que su potencial afectación de parte de un proyecto minero deba contemplarse en el EIA, y de que sea posible que se establezcan medidas de mitigación del impacto en ellos. En general, se ha entendido que los glaciares "blancos" sí deben protegerse: es el caso, por ejemplo, del proyecto "Modificaciones Proyecto Pascua Lama" de Barrick Gold¹¹, en el cual la COREMA consideró que la ausencia de antecedentes concretos para una correcta evaluación de los impactos que la operación minera producía sobre los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza (todos "blancos") hacía necesario resolver la calificación del proyecto en tanto no se intervinieran de manera alguna los glaciares, debiendo en consecuencia el titular acceder al recurso mineral y obras asociadas al desarrollo del proyecto en la zona de glaciares sin removerlos, trasladarlos, destruirlos o realizar cualquier otra intervención física sobre ellos.

No obstante, el otorgar una definición no es baladí, sobretodo porque es una discusión que se ha dado al interior de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en distintos casos a propósito de la necesidad de protección de otro tipo de crioformas, como lo son los glaciares rocosos.

11 Resolución Exenta N° 24/2006 de la COREMA de Atacama.

En general, en las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) la preocupación con respecto a los glaciares se centra en los efectos que puede tener la intervención de los mismos en su aporte a los caudales, desestimándose la existencia de grandes impactos ambientales precisamente porque el aporte de los glaciares rocosos sería ostensiblemente menor al de los glaciares blancos. En el caso del proyecto "Desarrollo Los Bronces" esto es particularmente notorio, al señalar la RCA que no es necesario adoptar medidas de mitigación del impacto del proyecto en los glaciares rocosos, pues no serían relevantes como elementos reguladores de caudal; cuestión que sí ocurriría con los glaciares blancos, pues esos son los que presentan un balance hídrico positivo para las cuencas dado que el paulatino derretimiento que los hace retroceder lentamente se traduce en aportes netos de escorrentía¹². Tal decisión es cuestionable, toda vez que los glaciares rocosos proveen también otros servicios ambientales, como por ejemplo, su contribución a la regulación del clima¹³, y además porque la importancia relativa de los glaciares rocosos como reservorios de agua varía entre las diferentes zonas de alta montaña del mundo¹⁴ y en el caso de Chile pueden llegar a almacenar más agua que los glaciares blancos en zonas como en la que se encuentra ubicado este proyecto¹⁵. Por lo demás, en la misma Estrategia Nacional de Glaciares se reconoce que faltan estudios que permitan evaluar los posibles impactos de intervenciones directas en glaciares por parte de actividades económicas y sus consecuencias para el medio ambiente¹⁶.

Al respecto, la experiencia argentina con la adopción de la ley de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial puede ser de gran utilidad. En dicha ley se especifican los objetos de protección de los glaciares, definiendo "glaciar" en términos amplios y de manera tal que no se excluya a otros glaciares distintos de los "blancos", y extendiendo el ámbito de aplicación de la ley a toda el área que funcione como regulador del recurso hídrico¹⁷.

En este sentido, es necesario que en la futura "ley de glaciares" se otorgue una definición que no excluya a glaciares distintos a los "blancos" y al ambiente periglacial de

12 Resolución Exenta N° 3159/2007 de la CONAMA.

13 KRONENBERG, Jakob. "Global warming, glaciers and gold mining". *Transformation, Innovation and Adaptation for Sustainability, 8th International Conference of the European Society for Ecological Economics*. 2009.

14 BRENNING, Alexander y AZÓCAR, Guillermo. Op. cit., 2010.

15 AZÓCAR, Guillermo y BRENNING, Alexander. "Hydrological and geomorphological significance of rock glaciers in the dry Andes, Chile (27°-33°S)". *Permafrost and Periglacial Processes*: 2010, N° 21, p. 42 - 53.

16 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. *Estrategia Nacional de Glaciares*. Santiago: 2009, p. 187.

17 Artículo 2 de la Ley N° 26.639 de la República Federal Argentina.

su ámbito de aplicación, pues estos sí presentan una gran importancia como elementos reguladores del caudal; de manera tal que no vuelvan a darse situaciones a propósito de la dictación de una RCA como las más arriba ejemplificadas.

3.2 El área del proyecto: cuando "afectamos" un glaciar

En general, se considera que la evaluación de los impactos a los glaciares solo debe realizarse respecto de las geoformas que se encuentren en la zona del proyecto. Ahora bien, el ámbito de intervención de un proyecto minero es más amplio que aquel en el cual físicamente se encuentran ubicadas las obras, pues algunos glaciares cercanos pueden verse afectados, por ejemplo, por efecto del viento. Es lo que ocurre en el caso de Los Bronces, en cuya RCA se señala que en el área del proyecto no existirían glaciares blancos susceptibles de ser perturbados, sin que se tome en consideración aquellos que pueden tener impactos por el mismo. No obstante, cabe recordar que la mina Los Bronces (ex mina La Disputada) se emplaza exactamente al lado de la Mina Sur de CODELCO, cuya expansión ha suscitado gran preocupación por la posibilidad de afectación a glaciares cercanos.

Por lo demás, la inexistencia en Chile de un Inventario de Glaciares completo dificulta la elaboración de una línea de base exhaustiva y que permita aseverar hechos negativos (que no existen glaciares en el área), como erróneamente ocurre en dicha RCA. Aún existen zonas del país que se encuentran sin inventariar, con lo que se llegaría a un total aproximado de 21.000 km² a nivel nacional. Dado que los inventarios corresponden al nivel de estudio más básico, su ausencia en varias zonas revela lo limitado del actual conocimiento de los glaciares en Chile. Y si bien se ha avanzado en la alimentación del Inventario y la UGN ha estado trabajando en ello¹⁸, falta aún mucho por hacer en la materia.

3.3 Definición de zonas de protección

Para la adecuada protección y preservación de los glaciares es necesario definir en primer lugar un ámbito de intangibilidad de los mismos. Los glaciares no son recursos naturales renovables y es preciso evitar toda intervención innecesaria en los mismos que agrave el retroceso que ya experimentan por efecto del cambio climático.

Nuestra actual regulación de áreas protegidas adolece de ciertos aspectos que será necesario resolver para que la definición de zonas de glaciares protegidas no pierda

18 La Tercera. "DGA mide glaciares para calcular reservas de agua dulce de zona central". 9 de julio de 2012.

operatividad práctica. Así, si bien la Ley General de Bases del Medio Ambiente (LGBMA) en su artículo 36 señala que los glaciares forman parte de las áreas protegidas administradas por el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), dado que el mismo aún no ha sido creado¹⁹, los glaciares ubicados dentro de áreas protegidas sí pueden llegar a ser afectados, especialmente si tenemos en consideración que el Código de Minería en su artículo 17 N° 2 permite la ejecución de labores mineras en Parques Nacionales, Reservas Nacionales o Monumentos Naturales, en la medida que el Intendente de la región otorgue un permiso escrito. Además, la escasa representatividad de las áreas protegidas de la zona norte y central, que es donde se ubican la mayoría de las faenas mineras²⁰, vuelve inútil en la práctica la declaración de protección de la LGBMA.

Sin la definición de zonas claras en las cuales los glaciares no pueden sufrir afectación por actividades antrópicas se vuelve muy difícil su adecuada protección. No debe olvidarse que los glaciares son recursos naturales no renovables y como tales es necesario un cambio de enfoque hacia la preservación ambiental. Es necesario contar con una mirada a más largo plazo que la que se tiene en el caso a caso, porque los sistemas naturales no tienen los ciclos que tiene un proyecto a escala humana. En este sentido, en el último Informe País sobre el Estado del Medio Ambiente se advierte acerca de los problemas que acarrea un enfoque que hasta ahora ha estado centrado casi exclusivamente en la mitigación, pues muchos de los riesgos geográficos no dependen de medidas de control y/o de mitigación que pueda establecer una cierta operación minera –como por ejemplo, el drenaje ácido–, sino que son riesgos que están asociados a la geografía *per se*; razón por la cual se vuelve necesaria la identificación de zonas geográficas en donde la presencia actual o futura de actividad minera pudiera generar mayores riesgos²¹. La experiencia de Suiza puede ser útil al respecto, pues a través de su normativa de áreas protegidas se otorga una completa protección de los glaciares alpinos y a sus ámbitos periglaciares (incluso de las zonas aluviales). Así, la ley sobre la protección de la naturaleza y el paisaje señala que dentro de cada área protegida se establecen distintas esferas de intervención: primero, núcleos no susceptibles de intervención alguna; luego, tales prohibiciones se van aminorando en la medida en que nos

19 Ello, pues la Ley que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (LSNASPE) no se encuentra actualmente vigente, sino que lo hará a partir del momento en que lo haga la Ley N° 18.348 que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, la que, a su vez, está sujeta a la dictación de un decreto de parte del Presidente de la República en el que disuelva la corporación de derecho privado CONAF.

20 PLISCOFF, Patricio y FUENTES. Análisis de Representatividad Ecosistémica de las Áreas Protegidas Públicas y Privadas de Chile [en línea] <<http://www.proyectogefareasprotegidas.cl/wp-content/uploads/2011/09/Analisis-Representatividad-Ecosistemica.pdf>> [consulta: 26 de diciembre 2014]

21 Centro de Análisis de Políticas Públicas del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. *Informe País. Estado del Medio Ambiente en Chile 2012*. 2012.

alejemos del núcleo protegido (por ejemplo, para la construcción de caminos). Y aun cuando el establecimiento de áreas protegidas pueda tener otras finalidades (como la protección de la biodiversidad), se ha transformado en un instrumento útil para otorgarle un ámbito de protección a los glaciares que se encuentren en su interior. En el caso de Suiza es, de hecho, el único mecanismo de protección, no siendo por ello menos efectivo.

3.4 Delimitación de actividades permitidas

Es clara la falta de un consenso básico en Chile a propósito de qué medidas de mitigación deben decretarse para evitar impactos ambientales negativos en los glaciares. A su vez, en variadas oportunidades las medidas son insuficientes, como ocurrió en el caso de Pascua Lama, en donde se pretendió reducir la vulnerabilidad de una gran cantidad de glaciares²² solo monitoreando los impactos de la minería sobre ellos²³. En otras ocasiones ha ocurrido que las condiciones simplemente son incumplidas por los titulares de los proyectos: es también el caso de Pascua Lama, donde se han constatado varias infracciones a la RCA²⁴; y también en Los Bronces, en donde se han perforado glaciares sin someterse las obras al procedimiento de evaluación de impacto ambiental²⁵. Incluso se dan situaciones en que no existen medidas de mitigación que busquen evitar el impacto de las faenas mineras en los glaciares, tal como ocurre en el ya referido caso de Los Bronces y en Pascua Lama, toda vez que la prohibición de afectación de glaciares se encuentra referido solo a 3 de varios glaciares que se ubican en el área. Además, muchas de las actividades de mitigación de impactos y de monitoreo pueden generar en sí un gran impacto (como por ejemplo, el uso de geotextiles, barreras o cañones de nieve). Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que se vuelve necesaria la existencia de un estándar que defina qué tipo de faenas mineras pueden realizarse en las cercanías de los glaciares, y qué medidas de mitigación pueden decretarse como condiciones para la realización de dichas faenas, de manera tal que esas decisiones no queden solo al "caso a caso".

22 Como por ejemplo el glaciar Estrecho, el glaciar Guanaco, y muchos otros, según consta en la Recopilación de Estudios de Línea de Base actualizada de la criosfera preparado por Golder Associates para el titular del proyecto Pascua Lama, el que se encuentra disponible en el expediente del SEIA.

23 LARRAÍN, Sara. "Glaciares chilenos: Reservas estratégicas de agua dulce". *Revista Ambiente y Desarrollo de CIPMA* 23: Santiago, 2007, vol. 3, p. 28 – 35.

24 A modo de ejemplo, se detectó que el titular del proyecto estaba efectuando el transporte de materiales en camiones sin encarpar, lo cual debía realizarse precisamente para evitar la emisión de material particulado (según consta en el Acta de Inspección de Terreno N° 47/2009 de la CONAMA).

25 Radio Universidad de Chile. "Denuncian falta de fiscalización y vacíos legales en proyecto Los Bronces", 1 de mayo de 2013 [en línea] <<http://radio.uchile.cl/2013/05/01/denuncian-falta-de-fiscalizacion-y-vacios-legales-en-proyecto-los-bronces>> [consulta: 26 de diciembre 2014]



Al respecto, puede tenerse en consideración la experiencia argentina, en cuya ley de presupuestos mínimos para la preservación de glaciares y del ambiente periglaciario se establece que en los glaciares quedan prohibidas las actividades que puedan afectar su condición natural o sus funciones, en particular, la explotación minera e hidrocarburífera, incluyendo en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglaciario; y que aquellas que no se encuentren prohibidas de todas maneras deberán someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

La adopción de una regulación como la mencionada es necesaria pues la protección de los glaciares no puede quedar supeditada meramente a que se encuentren ubicados o no dentro de un área protegida. Lo que corresponde es que se establezca una prohibición de realizar todo tipo de actividad que afecte a glaciares, cualquiera sea su clasificación, y a ambientes periglaciares, como el *permafrost*, entendiéndose que estos se ven afectados por todas aquellas que puedan modificar su condición natural o sus funciones, o impliquen su destrucción, traslado o retroceso.

CONCLUSIONES

En el año 2008 se realizó una reforma que permitió que hoy los glaciares sean un factor a considerar en el procedimiento de EIA. No obstante, la autoridad ambiental encargada de llevar a cabo la evaluación ambiental de proyectos no cuenta con parámetros a tener en consideración a la hora de aprobar o rechazar los proyectos o algunas de sus faenas. No parece necesario adoptar una ley especial de glaciares como la Argentina, que es lo que se propone en a lo menos dos proyectos de ley que actualmente se están tramitando en el Congreso (Boletines 4205-12 y 6308-12). Ello implicaría incurrir en una sobrerregulación de la materia que no ayuda necesariamente a subsanar los problemas denunciados. Lo que se requiere son modificaciones normativas específicas que permitan una adecuada protección de los glaciares, en el entendido de que el marco que otorga el SEIA sí es apropiado para que asegurarnos de que se respete una legislación que prohíba la afectación a los glaciares, pero que también determine caso a caso –en las hipótesis en que no estén prohibidas– cuando una faena minera impactaría a los glaciares y el ambiente periglaciario, con sus subsecuentes efectos en los caudales; señalándose que la prohibición de afectación a los glaciares y de realización de determinadas faenas mineras es genérica y no depende de que los mismos se encuentren ubicados dentro de un área protegida (sin perjuicio de que tampoco debiese admitirse en ningún caso la realización de faenas mineras dentro de un área protegida).

En consecuencia, las modificaciones normativas propuestas en este artículo tomaron como base los criterios que considero deben ineludiblemente impregnar la regulación en la materia. En primer lugar, la adopción de un concepto claro y amplio de lo que es un glaciar y el ámbito periglaciario, que no excluya a los glaciares distintos de los “blancos”. En segundo lugar, que se establezcan ciertos parámetros para la determinación del área de potencial afectación de las faenas propias de un proyecto minero, de manera tal que no se restrinja exclusivamente al área en que se ubique el proyecto. Para ello es fundamental que la DGA publique y actualice constantemente el catastro público de glaciares, de manera tal de poder contrastar las presentaciones de los titulares de los proyectos con la información oficial acerca del estado actual de los glaciares. En tercer lugar, el establecimiento de zonas de protección distinguiendo entre un núcleo duro no susceptible de afectación y otras zonas en que se posibilite la realización de faenas determinadas, que en todo caso no podrán comprometer a las crioformas protegidas. Dicha declaración de protección no debe depender de que los glaciares se ubiquen dentro de un área protegida, sino que debe ser *per se*, como ocurre en el caso de Argentina. Además, como manera de perfeccionar la protección de los glaciares que se ubiquen al interior de áreas protegidas, debe modificarse el Código de Minería de manera tal de imposibilitar la realización de actividades mineras al interior de áreas protegidas, y se evite así una contradicción indeseada entre el Código

y las modificaciones realizadas por la nueva ley de glaciares. Finalmente, la prohibición de determinadas faenas que afecten glaciares, lo cual se realiza a través de la introducción de una norma en la regulación de aguas que prohíba la realización de todo tipo de actividad que pueda modificar la condición natural o las funciones de los glaciares, o que impliquen su destrucción, traslado o retroceso. Estas dos cuestiones deberán ser tomadas en cuenta tanto por los titulares de los proyectos mineros al realizar sus estudios de impacto ambiental, como por el SEA al dictar las RCA. Lo anterior, sumado a una correcta alimentación y constante actualización del Inventario Nacional de Glaciares a cargo de la UGN, lo que permitirá contar con líneas de base más certeras y que permitan establecer predicciones reales acerca de los impactos de la minería en los glaciares y los ambientes periglaciares.

Mediante estos lineamientos básicos a tener en cuenta en una nueva ley de glaciares me parece es posible resolver la tensión entre la necesidad de proteger y conservar a los glaciares, en un contexto de cambio climático, y el desarrollo de actividades mineras; evitando que se produzcan problemas como los detectados en las RCA analizadas.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014

Hacia una Nueva Hermenéutica Ambiental*

Towards a New Environmental Hermeneutics

Mario Peña Chacón

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Profesor de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica

Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental,
Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
(UICN)

mariopenachacon@gmail.com

RESUMEN

El mayor problema actual del derecho ambiental es su falta de eficacia, existiendo claras falencias en su aplicación y cumplimiento, a tal punto que en palabras de OJEDA MESTRE, se trata de un derecho que padece de raquitismo de eficiencia. Ante esta realidad el operador jurídico deberá flexibilizar las normas que en su aplicación, no sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante a un reto de inteligencia, creatividad y decisión para escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con las obligaciones y fines que impone el nuevo orden público ambiental. La hermenéutica debe ser el punto de apoyo que permita arrancar al derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad, posicionándose en un instrumento esencial e imprescindible de la tutela jurídica del medio ambiente.

Palabras clave: Derecho ambiental, hermenéutica jurídica, desarrollo sostenible, principio de progresividad, derecho público

* Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

SUMMARY

The biggest current problem of environmental law is its lack of effectiveness, there being clear shortcomings in implementation and enforcement. As OJEDA MESTRE says, it is a right that you have rickets efficiency. Given this reality the legal practitioner should relax the rules in your application, do not serve to provide rapid, real, and effective for the various situations that arise against environmental challenges of our time response. Therefore, the application of the law is facing a challenge of intelligence, creativity and decision to choose and adopt the most appropriate to meet the obligations and purposes imposed by the new environmental law enforcement channels. Hermeneutics must be the fulcrum that allows boot to environmental law in your state of paralysis of effectiveness, positioning an essential and indispensable tool for the legal protection of the environment.

Keywords: Environmental law, legal hermeneutics, sustainable development, the principle of gradual, public law

“La interpretación debe ser un instrumento por medio del cual se logre el equilibrio de los tres factores que integran la fórmula del desarrollo sostenible (lo económico, lo ecológico y lo social) y donde la apreciación de los valores en su relación con la realidad permitan que las normas jurídicas cumplan su finalidad esencial”

Rafael González Ballar

1. Hermenéutica jurídica

Tal y como lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia constitucional costarricense¹, la interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo.

Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos que tienen una área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación.

En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (*ratio*) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental -método teleológico-. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica -método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico -método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica,

1 Al respecto puede consultarse entre otros el voto 2003-3481 del 02 de mayo de 2003.

la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación -método histórico evolutivo-.

Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los métodos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.

De esta forma, al interpretar una norma, el aplicador deberá considerar su espíritu y finalidad y para ello, deberá tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas, en otras palabras, el operador debe apuntar hacia una interpretación finalista y evolutiva de las normas jurídicas.

2. El rol de los principios generales del derecho en la hermenéutica jurídica

El Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas edición 2003² al definir "Principios Generales del derecho" expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Muger).

En doctrina, a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para JAQUENOD DE ZOGON, se entiende por "Principio" (del latín *principium*), aquella "norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales", y por "Rector" (del latín *rector*), lo que "rige o gobierna", por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando

2 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. 2003 [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/67209390/DICCIONARIO-JURIDICO-ELEMENTAL-de-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-PADRE-EDICION-2003-2>> [consulta: 22 de diciembre 2014]

por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho³.

CAFFERATTA⁴ citando a VIGO y a CAÑIZA-MERLO destaca que "(...) a pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar"⁵. En ese mismo sentido, "tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares"⁶.

LORENZETTI menciona las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas⁷. Por su parte VIGO expone que en materia de principios "el juez los utiliza para resolver cuestiones difíciles, el legislador para proyectar normas legales, el jurista para pensar y el operador del derecho, para actuar"⁸.

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico,

3 JAQUENOD DE SZÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

4 CAFFERATTA, Néstor. *Los Principios del Derecho Ambiental*. *Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental*. 2009 [en línea] <http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf> [consulta: 3 de abril 2014]

5 VIGO, Rodolfo. "Los principios generales del Derecho". *Revista Jurisprudencia Argentina*. 1986.

6 CAÑIZA, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo. *Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya*, Marben Editora, 2005.

7 LORENZETTI, Ricardo L. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Rubinzal-Culzoni, 1995.

8 Citado por EDGARDO, Saux. *Los principios generales del derecho civil*. LL, 1992-D-839.

asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo⁹.

3. ¿Por qué una nueva hermenéutica ambiental?

Como bien lo afirma GONZÁLEZ BILLAR, la interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos, el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir -de la Pacha Mama-. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper -ampliar- los criterios clásicos de la interpretación jurídica¹⁰.

Su carácter finalista, la condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión y precautorio, obligan un nuevo enfoque hermenéutico finalista y evolutivo para el derecho ambiental.

3.1 Carácter finalista del derecho ambiental

El derecho ambiental posee un carácter finalista. Dentro de sus objetivos se encuentra la tutela de bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables como son la vida, la salud y el equilibrio ecológico, a través de normas jurídicas que buscan "proteger más y contaminar menos", o sea, "aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación"¹¹, por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Con el fin de lograr las metas que se propone el derecho ambiental, se han promulgado una serie de regulaciones jurídicas que conforman lo que actualmente es posible denominar "orden público ambiental", conformado por normas de rango constitucional, convenios, tratados y declaraciones internacionales (*soft y hard law*), leyes, reglamentos, decretos, circulares y directrices, así como también, por normas no escritas como la costumbre, los principios generales del derecho ambiental y la jurisprudencia.

9 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

10 GONZALEZ BALLAR, Rafael. *Reflexiones para la interpretación de la no regresión. El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. PNUD, 2013.

11 PRIEUR, Michel. *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*. Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Para CAFFERATTA la tesisura del orden público ambiental consiste en "la preservación del equilibrio ecológico, el deber de la autoridad administrativa de preservarlos y también de los integrantes del Ministerio Público de velar por él, aun respecto de actos de la autoridad sea administrativa o judicial"¹².

El conjunto de derechos ambientales que integran el orden público ambiental según BIBILONI¹³, se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables, "porque revisten condición de derechos de incidencia y goce colectivo, que además compromete intensamente el "interés público" y los derechos de terceros. Y porque estos caracteres también se infieren del principio de equidad intergeneracional que surge de la Constitución Nacional y de la legislación ambiental específica, en cuanto garantías que consagra a favor de las generaciones futuras".

Por medio del "orden público ambiental" el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras, como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho¹⁴.

3.2 Derechos ambientales como derechos humanos

El marco normativo de los derechos humanos ambientales previsto en la Constitución Política se encuentra integrado además, entre otros instrumentos internacionales, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

12 CAFFERATTA, Néstor. "Orden Público y Paradigma ambiental". ED *Suplemento de Derecho Ambiental*.

13 BIBILONI, Héctor Jorge. *El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos*. Lexis Nexis. Diciembre. 2005.

14 "El artículo 50 citado, también perfila el Estado Social de Derecho, por lo que podemos concluir que la Constitución Política enfatiza que la protección del ambiente es un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la calidad de vida de todos, lo que hace necesaria la intervención de los Poderes Públicos sobre los factores que pueden alterar su equilibrio y obstaculizar que la persona se desarrolle y desenvuelva en un ambiente sano. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera razón de ser, en que por definición, los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos, sino que tienen asimismo trascendencia en la propia estructura del Estado, en su papel de garante de los mismos y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad". Sentencia número 2007-17552, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible y la Declaración Río+20 de 2012.

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Sala Constitucional de Costa Rica refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los derechos humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica¹⁵.

En la sentencia 1995-2313¹⁶, el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al derecho internacional, y dentro de éste, al derecho ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre derecho humano y derecho fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los derechos humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica¹⁷.

15 JIMÉNEZ MEZA, Manrique. *Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental*. Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

16 "(...) como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución".

17 JIMÉNEZ MEZA, Manrique. *Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental*. Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior¹⁸. Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recogido en instrumentos internacionales, se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, entre ellas la doctrina de “cláusula de interpretación conforme”.

Según explica FERRER MAC-GREGOR, la cláusula de interpretación conforme contiene un “principio de armonización” entre la Constitución Política y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la “norma nacional y la internacional”. No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. De ahí que esta cláusula cumple con una función hermenéutica de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca “a las personas la protección más amplia” como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece¹⁹.

FERRER MAC-GREGOR citando a Bidart Campos manifiesta que la cláusula de interpretación conforme se constituye en una “interpretación conciliadora” en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación “de” la Constitución (derechos humanos de

18 “De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional”. PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

19 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano* [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>> [consulta: 3 de abril 2014]

fuente constitucional e internacional) y "desde" la Constitución hacia abajo (con la norma infra constitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales).

Este criterio hermenéutico incorpora el principio *pro homine* previsto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno o excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad.

Partiendo de lo anterior, la hermenéutica de los derechos ambientales debe ejercerse en estricta consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y no regresión de los derechos humanos. Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación que se efectúe para favorecer "en todo tiempo a las personas la protección más amplia", bajo la premisa de la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

3.3 Principios generales del derecho ambiental

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del derecho internacional ambiental se ha creado una gran gama de *soft law* que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados)²⁰.

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas resoluciones y declaraciones de principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de

20 AGUILAR ROJAS, Grethel; IZA, Alejandro. *Derecho Ambiental en Centroamérica*. Tomo I, UICN, 2009.

acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el *apartheid*, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos.
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de los costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución

en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros²¹.

21 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán mobilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

Por su parte, en junio de 2012 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, mejor conocida como la Conferencia de Río+20, cuyo mayor logro fue el de reafirmar los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, asignándoles con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto toda regresión²².

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense no solo ha reconocido la función de integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad²³.

3.4 Consolidación de los principios de progresividad, no regresión y precautorio del derecho ambiental

En otros trabajos académicos hemos expuesto que el principio de no regresión o de prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad²⁴.

22 El documento final de la Conferencia fue aprobado el día 19 de junio de 2012 bajo el nombre "El futuro que queremos".

23 "Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales". Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

24 Para mayor información puede consultarse los ensayos académicos de este mismo autor denominados: "Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense". *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 3, febrero 2012, Argentina [en línea] <<http://www.ijeditores.com.ar/index.php?idioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1>>; "La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión". *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013 [en línea] <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2>> [consulta: 3 de abril 2014]; "Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso". *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013 [en línea] <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>> [consulta: 3 de abril 2014] y "El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental". *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013 [en línea] <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>> [consulta: 3 de abril 2014]

Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de "no hacer", por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

Como contenido mínimo o núcleo duro es posible identificar la obligación constitucional de tutela del interés público ambiental, sea el deber estatal de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado²⁵.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *status quo* ante, respetando al menos, el nivel de protección ambiental ya alcanzado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad.

Es posible afirmar que la prohibición de regresión actúa como una limitación a la potestad normativa estatal, inhibiendo la derogación, reducción, relajamiento o desaplicación de la legislación ambiental, lo cual encuentra justificación como garantía de mantenimiento del nivel actual de protección, y de toda mejora experimentada desde entonces.

A la vez, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas regresivas, vedando al Estado el "dar un

25 "La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales". Voto número 1999-644 del 29/01/1999, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

paso hacia atrás”²⁶.

Debido al carácter finalista del derecho ambiental, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten conlleven un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda “hacer”, el Estado debe “moverse hacia delante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas.

De esta forma, mientras el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo²⁷ de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca el avance sistemático de la normativa ambiental. Por ello, este principio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe derecho alguno que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Sería posible entonces afirmar que el principio de no regresión actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

26 BERROS, María Valeria y SBRESSO, Luciana. “Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión”. *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*. Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

27 “La idea de “mínimo” pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del “volumen de transferencia” hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de “mínimo” en lugar de “máximo” a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir”. BERROS, María Valera. “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”. JA, 2011-IV, fasc. N.13, 2011.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de tutela del interés público ambiental, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental²⁸.

Partiendo del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, receptado en el artículo 50 de la Constitución Política y el principio número quince de la Declaración de Río, se ha reconocido igualmente el denominado principio precautorio en materia ambiental o principio *in dubio pro natura*, cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades²⁹.

4. Criterios para una nueva hermenéutica ambiental

La nueva hermenéutica jurídica ambiental requiere que su aplicador considere el espíritu y finalidad de la norma y para ello, tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas.

Para ello, se deberá tener como norte el carácter finalista y evolutivo del derecho ambiental y su objetivo primordial de tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. El operador debe buscar aquella interpretación que permita aplicar la norma para "proteger más y contaminar menos", "aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación" sin perder de vista la necesidad un "uso racional de los recursos naturales" que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

De esta forma, como lo afirma GONZÁLEZ BALLAR³⁰, la interpretación debe ser

28 Al respecto puede consultarse el voto constitucional 2006-17126.

29 Votos constitucionales números: 2011-14596 y 2011-16316.

30 GONZALEZ BALLAR, Rafael. *El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental. Temas de Derecho Ambiental*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

un instrumento por medio del cual se logre el equilibrio de los tres factores que integran la fórmula del desarrollo sostenible (lo económico, lo ecológico y lo social) y donde la apreciación de los valores en su relación con la realidad permitan que las normas jurídicas cumplan su finalidad esencial.

Bajo esta inteligencia, la hermenéutica ambiental debe perseguir siempre la protección del interés público ambiental a la luz del artículo 50 constitucional que establece el deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en cumplimiento de ese orden público impuesto a partir de la reforma constitucional de 1994 que inició la era hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

Ese carácter evolutivo y finalista también es compartido por el derecho internacional ambiental el cual por medio de tratados, convenios y declaraciones de principios ambientales, busca procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental. Partiendo del hecho de que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad³¹, el intérprete jurídico se ve constreñido a interpretar la normativa interna de conformidad con las obligaciones contraídas por el país al suscribir y ratificar dichos convenios ambientales.

En tanto las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura* cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si

31 "En Costa Rica, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. De conformidad con la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior. Asimismo, los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o soft law gozan igualmente de plena ejecutoriedad, y la normativa de rango inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos. Además, las regulaciones y principios contenidos en los Tratados y Convenios sobre medio ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento obligatorio. De esta forma, es posible afirmar que los instrumentos internacionales ambientales suscritos por Costa Rica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa". PEÑA CHACÓN, Mario. "La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental". *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*. Año VII, abril 2003, número 94, México.

se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, el operador jurídico debe interpretar y aplicar la norma de manera que impida la realización de este tipo de actividades hasta tanto cuente con certeza científica respecto a su inocuidad.

Los consolidados principios ambientales de prevención, contaminador pagador, recomposición, participación pública y uso racional, desarrollados ampliamente por parte de la jurisprudencia constitucional, también obligan a interpretar las normas ambientales de conformidad con su finalidad esencial.

Además, el operador jurídico no debe perder de vista a la hora de interpretar y aplicar la normativa ambiental que está frente a un derecho humano reconocido tanto a nivel constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que se vea obligado a utilizar el criterio *pro homine* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, así como la "cláusula de interpretación conforme" a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (no regresión), bajo una lógica de promoción, respeto, protección y garantía lo más amplia y extensa posible de los derechos humanos ambientales.

Al amparo del artículo 29 de la Convención Americana, ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

Como consecuencia de lo anterior, la legislación de tutela de los sujetos vulnerables y de los derechos de incidencia colectiva debe interpretarse de la manera que les sea más favorable y provechosa y mejor pueda viabilizar, en el plano de la eficacia, la prestación jurisdiccional y la *ratio essendi* de la norma jurídica.

Tampoco puede desligarse el operador jurídico de interpretar de conformidad con la obligación de progresividad prevista en la Convención Americana y su Protocolo de San Salvador, por la cual en principio, le está vedado al Estado (incluyendo por supuesto al aplicador del derecho) adoptar políticas, medidas, sancionar y aplicar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el protocolo o con posterioridad a cada avance "progresivo". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo³².

Al efecto, la jurisprudencia constitucional ha expuesto:

"Estiman los accionantes que la eliminación de la causal señalada infringe el principio de progresividad y no regresividad. Dicho principio, si bien se ha relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, es reconocido respecto de todos los derechos previstos en los instrumentos de derechos humanos. La progresividad debe ser entendida en relación con los niveles de obligaciones que genera cada derecho (respetar, proteger y satisfacer) independientemente de que sea civil, político, económico, social o cultural. Esto por cuanto, algunas medidas que se deben implementar tienen un carácter más inmediato que otras que son progresivas o graduales, que se desarrollan a mediano o largo plazo con el fin de lograr el pleno ejercicio de los derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos contenidos en ellos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los principios

32 CIDH. *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales CIDH* [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>> [consulta: 3 de abril 2014]

de la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron elaborados y ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en todas las demás normas convencionales sobre derechos humanos. La Declaración constituyó el primer paso para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y por ello, sus previsiones tienen un carácter positivo en el sentido de que representan el primero de muchos avances en la protección internacional de tales derechos y en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, en el sentido de que los Estados no pueden retroceder en relación con el estándar de protección establecido. El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna³³.

Tratándose de derechos estrictamente ambientales, en la histórica resolución número 2012-13367, la Sala Constitucional desarrolló el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas, políticas ni aprobar ni modificar normas que empeoren, sin justificación razonable ni

33 Sentencia: 11088. Expediente: 12-017473-0007-CO. Fecha: 21/08/2013. Hora: 03:30:00 p.m. Emitido por: Sala Constitucional.

proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas:

"V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección".

Nótese que las obligaciones de progresividad y no regresión implican para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica. El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en

la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias³⁴, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

Se trata ni más ni menos de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad al derecho ambiental, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera de manera expresa³⁵. No exige solo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente³⁶.

En relación con el principio de objetivación, la Sala Constitucional en los votos 2005-14293, 2006-17126 y 2009-2009 expuso:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso

34 Votos constitucionales: 14293-2005, 17126-2006, 2063-2007, 3684-2009, 075-2010, 21258-2010, entre otros.

35 Votos constitucionales: 1998-7294, 1999- 2988, 2012-1963.

36 Votos constitucionales: 2012-964, 2007-8210-, 2011-3744, 1998-7294 y 2010-13099.

de una "duda razonable" resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio *pro-natura*), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente".

Por último vale la pena retomar e impulsar la atrevida postura de GONZALEZ BALLAR³⁷ de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar el derecho ambiental, donde lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de *soft law*, al momento de su aplicación al caso concreto. Un primer paso hacia su consolidación lo encontramos plasmado en la Ley General de Administración Pública cuando dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan ostentando el rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo³⁸.

5. Nueva hermenéutica ambiental en la práctica

Es posible encontrar claros ejemplos jurisprudenciales de correcta aplicación de las reglas y criterios hermenéuticos antes expuestos. A continuación se expondrán algunos de ellos que a la vez, pueden servir de modelo para la interpretación, integración y delimitación normativa ante futuros conflictos ambientales.

5.1 Desarrollo sostenible democrático

El concepto desarrollo sostenible fue acuñado por primera vez en 1987 en el informe denominado "Nuestro Futuro Común" de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Informe Brundtland) y reconocido a nivel internacional dentro del seno de las Naciones Unidas por medio de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, entendiéndose como "aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las propias".

37 GONZALEZ BALLAR, Rafael. "Reflexiones para la interpretación de la no regresión". *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. PNUD, 2013.

38 Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

A nivel costarricense, a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50, la Constitución Política reconoce un modelo de desarrollo económico y social absolutamente respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El concepto hasta hace poco aplicado de desarrollo sostenible abarcaba un componente ambiental -la protección del ambiente-, uno económico -el desarrollo económico basado en la explotación sustentable del ambiente-, y uno social se consideraba que el desarrollo económico y la conservación del ambiente conllevaban automáticamente el bienestar social. Sin embargo, el énfasis del modelo de desarrollo se había venido centrando primordial y preponderantemente en los elementos económico y ambiental, relegando sistemáticamente en la práctica al factor social a un segundo plano.

Esta situación viene a cambiar favorablemente a partir de la sentencia 2013-10540 del 07 de agosto de 2013, por medio de la cual la Sala Constitucional innovó a través de la creación jurisprudencial del nuevo principio/concepto de "desarrollo sostenible democrático" donde ya no solo se trata de garantizar el aprovechamiento de los recursos existentes por las presentes generaciones, y de asegurar la subsistencia de las futuras, sino que para lograrlo, también se debe asegurar que el acceso a esos recursos y a la riqueza generada por las actividades económicas se distribuya equitativamente en la sociedad, de modo que alcance al mayor número posible de personas y permita el progreso solidario.

Por medio de una nueva interpretación finalista y evolutiva de los artículos 50, 74 y 89 constitucionales, la Sala Constitucional otorgó especial relevancia al elemento social del desarrollo sostenible como un componente de la justicia social propio del Estado de Derecho que se verifica a través del reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano, así como en el deber estatal de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Es posible afirmar, a partir de este fallo, que el elemento democrático del desarrollo sostenible conlleva intrínsecamente la distribución justa tanto de los beneficios como de las cargas ambientales, lo que implica la preservación de la naturaleza para las generaciones futuras y el aprovechamiento solidario del ambiente, lo cual a todas luces se convierte en un enorme paso hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

5.2 Reconocimiento de los principios de progresividad y no regresión ambiental como principios autónomos y parámetros de constitucionalidad

Para el año 2010 la Sala Constitucional reconoció de manera expresa el principio de no regresión de los derechos ambientales mediante una línea jurisprudencial que inicia con el voto número 2010-18702, derivándolo de la interpretación de los principios precautorio,

objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, en aplicación de lo que ella misma denominó “interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio”. Al efecto dispuso:

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”.

Mediante el voto 2013-13367, la Sala Constitucional logra extraer el principio de no regresividad esta vez, de la interpretación evolutiva de los principios de progresividad de los derechos humanos e irretroactividad normativa:

“Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el

principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces”.

En esta línea, el voto 2013-10158, reitera el carácter de principio constitucional a la no regresión relacionándolo con los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, pero además en esta ocasión, lo elevó al rango de parámetro de constitucionalidad, al disponer que toda regresión deviene en inconstitucional. Al respecto expuso:

“Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de “estructura”, la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional”.

“Respecto al Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional en acatamiento del Principio Precautorio, se requiere de previo a la declaratoria como territorio costero comunitario y a la concesión –tal y como lo señalan las y los diputadas y diputados consultantes– de un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de Secretaría Técnica Ambiental, de modo tal que se demuestre el tipo de daño y las medidas que deban adoptarse, estudio que se echa de menos en esta iniciativa de ley, ya que no podría dejar de protegerse un refugio sin criterios técnicos que así lo respalden. Por lo tanto dicha omisión implica una violación del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia.”

5.3 Inconstitucionalidad del concepto bosque

Mediante el voto número 2007-3923, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia realizando una interpretación evolutiva y finalista, declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídico bosque del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente. En lo que interesa expuso la Sala:

“Ciertamente la reforma a esta ley, que se produjo mediante ley No. 7575 de 5 de febrero de 1996, tuvo como fin el promover e incentivar la reforestación en nuestro país, para lo cual intentó librar de trámites innecesarios la corta de determinado tipo de árboles. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que al haber pasado la ley de una definición amplia de bosque, con mayor cobertura de protección, a una tan restringida en cuanto a especies y superficie, hace que la protección dada con anterioridad al ambiente, haya sido disminuida sin una justificación razonable, que vaya más allá de la necesidad de reforestar y eliminar las trabas administrativas, como un incentivo de esta actividad, pero sin asegurar previamente, que ésta en su ejecución, no pusiera en peligro el ambiente. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito compromisos internacionales de protección al ambiente y uno de los principios que debe resguardar es el principio precautorio ya citado, según el cual, la prevención debe anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, este principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Sin duda alguna, para ello se requiere de una posición preventiva, activa y alerta por parte de la administración, pues una conducta posterior y únicamente sancionatoria, haría negatoria cualquier acción efectiva que se pretenda a favor del ambiente, donde una vez producido el daño, difícilmente puede ser restaurado y sus efectos nocivos pueden afectar no sólo [sic] a nivel nacional, sino mundial. Y es que este, es uno de los principios rectores en materia ambiental, la prevención. Con ello no se trata tampoco de evitar el desarrollo y detener el progreso y la economía, sin embargo se debe procurar un equilibrio que le permita al ser humano desarrollarse, pero también vivir y disfrutar ese desarrollo, al cual tienen derecho no sólo las generaciones actuales, sino también las venideras. (...) Según el análisis practicado al artículo

impugnado, el legislador modificó el concepto de bosque a partir del cual se desarrolla la protección, restricciones y permisos otorgados en la Ley Forestal -como es el caso del artículo 28 en cuestión "Excepción de permiso de corta"-, de tal manera que, restringió sin fundamento técnico, el concepto anterior de bosque existente en la ley previo a su reforma. De modo que fueron dejadas sin protección vía ley, las especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas que constituyeran bosque, trayendo como consecuencia, que a través del artículo 28 impugnado, no se requiera de permiso para talar, ni siquiera de inspección previa, que permita asegurar que se trata del supuesto que la norma quiso incentivar, toda plantación forestal, sistema agroforestal o cualquier árbol plantado, quedando expuestas áreas que por su ubicación, cantidad y la función que han ejercido durante muchísimos años, amerita la conservación y regulación de su tala, independientemente de la naturaleza de su especie y de la naturaleza del terreno donde se ubique. Así las cosas, esta Sala considera de conformidad con lo expuesto, que en este caso, se produce una inconstitucionalidad por omisión relativa".

5.4 Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental

A la luz de la sentencia constitucional número 2013-10540 de las quince horas cincuenta minutos del siete de agosto de 2013, específicamente el voto salvado de los magistrados Fernando Cruz Castro y Gilbert Armijo Sancho, es posible una nueva interpretación evolutiva y finalista respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental.

Para los magistrados redactores del voto salvado, si bien es cierto que la sentencia anulatoria puede graduar y dimensionar en el espacio, tiempo o materia su efecto retroactivo, lo cierto del caso es que dicha graduación o dimensionamiento no puede equivaler a que la sentencia no se haya dictado, o a que el derecho o interés lesionado que da lugar a la interposición de la acción quede desprotegido, máxime estando de por medio el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La tesis relevante expuesta en el voto salvado de comentario, criterio compartido en su totalidad por el autor de este artículo, es que no se violan derechos adquiridos cuando están en contra del derecho al ambiente y, específicamente, cuando un derecho

presuntamente adquirido se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva; si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, la Constitución Política protege el derecho ambiental, por razón de los daños irreparables al ambiente.

Ante la lógica del proceso constitucional y sus principios, el carácter declarativo y retroactivo de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad frente al cual no cabría invocar derechos adquiridos de buena fe, en nada obstaculiza la posibilidad de los titulares de derechos subjetivos de reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El voto salvado de comentario nos recuerda que no se debe confundir la imposibilidad de invocar derechos adquiridos de buena fe, con la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, que a todas luces sería lo procedente para todos aquellos casos donde están de por medio la salvaguarda de derechos colectivos de carácter ambiental, lo anterior en virtud que los daños ambientales generalmente son de difícil o imposible reparación en espacio y tiempo.

5.5 Tutela de nacientes intermitentes

Recalcar la existencia de amparo legal para la protección de nacientes intermitentes, aunque éstas se encuentren en dominios privados, fue lo que estableció la resolución 858-F-S1-2012, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el análisis del caso en particular, los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo destacaron que al tenor de los artículos 149 y 145 de la Ley de Aguas, que hace referencia a las medidas para la conservación de árboles para evitar la disminución de las aguas, lo que procura es que las autoridades del Estado velen por "(...) el estricto cumplimiento de las disposiciones legales referentes a la conservación de los árboles, especialmente los de las orillas de los ríos y los que se encuentren en los nacimientos de aguas" (artículo 149) y que con el fin de evitar la disminución de las aguas: "(...) Se prohíbe destruir, tanto en los bosques nacionales como en los de particulares, los árboles situados a menos de sesenta metros de los manantiales que nazcan en los cerros, o menos de cincuenta metros de los que nazcan en terrenos planos" (artículo 145).

De esta manera, la Sala Primera consideró que "(...) la norma no distingue entre manantiales permanentes e intermitentes, por lo que no cabría hacer tal diferenciación a la hora de aplicarla. Se trata de una típica limitación de interés público (artículo 45 de la Constitución Política), que al igual que otras previstas en diversos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico, ha evolucionado el concepto de límites a la propiedad privada,

en aras de una tutela real y efectiva de la garantía constitucional (artículo 50 de nuestra Constitución Política) de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Tampoco distingue el precepto entre aguas de dominio público y de dominio privado. La norma alude a aguas solamente, sea, al recurso hídrico en general, por lo que la cita de los artículos 1 a 4 de la Ley número 276 no resulta pertinente al caso”.

5.6 Demanialidad de los manglares en zona marítima terrestre

Clarificar que la legislación costarricense sobre la zona marítima terrestre determina que los manglares, al igual que otros recursos costeros, son bienes de dominio público y sobre los cuales no puede alegarse derecho, fue lo que interpretó la sentencia 799-F-S1-2013, de la Sala Primera de la Corte.

Los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo, tomaron en consideración lo que establece entre otras normas legales, la Ley de Zona Marítimo Terrestre (LZMT) y su reglamento, así como la Ley Orgánica del Ambiente, al efecto resolvieron:

“El canon 10 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, no. 6043, (en adelante LZMT) establece que la zona marítimo terrestre: “(...) se compone de dos secciones: La ZONA PUBLICA, que es la faja de cincuenta metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria, y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y la ZONA RESTRINGIDA, constituida por la franja de ciento cincuenta metros restantes, o por los demás terrenos en caso de islas. Los islotes, peñascos y demás áreas pequeñas y formaciones naturales que sobresalgan del mar corresponden a la zona pública”. De igual manera, el ordinal 11 de la LZMT, refiere que: “Zona pública es también, sea cual fuere su extensión, la ocupada por todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional”. Debe agregarse a lo anterior, conforme al mandato 20 de la Ley de cita, que: “Salvo las excepciones establecidas por la ley, la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial libre tránsito de las personas (...)”. Por su parte, el precepto 39 de la Ley Orgánica del Ambiente no. 75754 incluye a los manglares en la definición de los recursos marinos y costeros, cuando prevé, que: “Se entiende por recursos marinos y costeros, las aguas del mar, las playas, los playones y la franja del litoral, las bahías, las lagunas costeras, los manglares, los arrecifes de coral, los pastos marinos, es decir praderas de fanerógamas marinas, los estuarios, las bellezas escénicas y los recursos naturales, vivos o no, contenidos en las aguas



del mar territorial y patrimonial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y su zócalo insular". Evidentemente, al tenor de lo dispuesto por la LZMT, la norma de cita equipara también a los manglares con aquellos recursos costeros, como playas, estuarios y las mismas aguas del mar, a los cuales se ha conferido un carácter especial como parte del demanio. En consecuencia, al encontrarse en este inmueble zonas de manglar, a las cuales hace ingreso la marea; de manera inobjetable, se está frente a un bien afectado al dominio público. De suyo resulta también, tal denominación conlleva el carácter de imprescriptible, toda vez que frente a este tipo de bienes "nadie podrá alegar derecho alguno" ni ocuparlo bajo ningún título ni en ningún caso."

A manera de cierre, en palabras de GONZALEZ BALLAR "El Derecho Ambiental tiene una generación de atraso con respecto a los problemas que debemos resolver en la actualidad", por ello requiere de un nuevo abordaje que permita mejorar su efectividad, bajo el replanteamiento y reingeniería de su objeto, funciones, fuentes, principios, institutos y normas. Alcanzar un derecho ambiental eficaz solo será posible a través de una nueva hermenéutica ambiental.

Recibido: 30 de mayo de 2014

Aprobado: 30 de junio de 2014



Comentarios de Jurisprudencia



Caza de Ballenas en la Antártida (Australia c. Japón) y la evolución de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas: De la explotación sostenible a la conservación

*The Whaling case (Australia v. Japan) and the
evolving character of the International Convention
for the Regulation of Whaling:
From sustainable exploitation to conservation*

Junko Maria Nozawa¹

Washington University, St. Luis. EE.UU.

Licenciada en derecho,

Washington University in St. Louis.

LL.M. en Derechos humanos y derecho internacional penal,

Universiteit Utrecht

jmnnozawa@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 2014, la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte) falló un caso presentado por Australia contra Japón², ordenando a este último detener su programa de ballenas, es decir, el IIº Programa Japonés de Investigación sobre Ballenas en el Antártico bajo Permiso Especial (JARPA II, por sus siglas en inglés). La Corte concluyó que aunque

¹ Junko Nozawa realizó una pasantía en FIMA entre los meses de marzo y junio de 2014.

² Corte Internacional de Justicia, Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: Nueva Zelanda interviniendo), Sentencia del 31 de marzo de 2014. Nueva Zelanda, en conformidad con el artículo 63, párrafo 2 del Estatuto de la CIJ, presentó una Declaración de intervención en el caso el 20 de noviembre 2012, que no tuvo objeciones de Japón y fue declarada admisible por la Corte. Véase Caza de la ballena en el Antártico, Order of 6 February 2013.

Japón cumplía con los requisitos procesales para la revisión de los permisos ante la Comisión Ballenera Internacional (CBI)³, los permisos especiales concedidos a Japón para matar, capturar y comerciar con ballenas en el marco del JARPA II no tenían fines científicos, y en consecuencia, Japón debía cesar la caza de ballenas en el Océano Austral y no emitir más permisos con relación a JARPA II, con efecto inmediato⁴.

La sentencia marca una victoria para los conservacionistas del océano austral, limitando el uso de muestras letales de ballenas como método de investigación científica dentro del marco del Convenio Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (en adelante, ICRW por sus siglas en inglés)⁵ y contribuye a la formación de una *opinio juris* sobre la conservación de las poblaciones de ballenas.

Aunque se formulan alegaciones bajo el derecho internacional del medioambiente tales como el principio de precaución y la Convención sobre la Diversidad Biológica, el fallo se refiere principalmente a una cuestión de interpretación de los tratados, analizando e interpretando las disposiciones de la ICRW. En concreto, se revisa el Artículo VIII mediante el cual los Estados Contratantes pueden expedir permisos especiales para la matanza de ballenas con fines de investigación científica.

En este comentario se analiza la sentencia de la CIJ en el caso de la Caza de ballenas en la Antártida donde se reitera en varios aspectos la jurisprudencia de la Corte en materia del medio ambiente y la adjudicación y evaluación de la evidencia científica. En primer lugar, se proporciona una breve descripción de la CBI, que da el contexto para comprender la controversia y las disposiciones en cuestión. Seguidamente, se analizarán los méritos del caso, prestando especial atención a la redacción del artículo VIII, párrafo 1, y los términos clave "con fines de investigación científica". Luego se comentará sobre el fallo y se atenderá al tratamiento de la evidencia científica y principios ambientales planteadas por las partes o abordados por la Corte.

3 El juez Sebutinde, juez Bhandari y juez *ad hoc* Charlesworth emitieron opiniones separadas en desacuerdo, argumentando que Japón no cumplía con sus obligaciones procesales bajo el párrafo 30 en el Reglamento anexo del ICRW mientras que el juez Greenwood encontró que no había incumplimiento del párrafo 30, a lo cual también comentó que la prohibición debía ser leída en el contexto del deber afirmativo en cooperar de las partes contratantes. *Separate opinion of Judge Greenwood*, párrs. 30-31.

4 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 245.

5 Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena. Washington, 2 de diciembre de 1946 [en línea] <<http://iwc.int/convention-es#convention>> [consulta: 20 de mayo 2014]. El convenio entro en vigor para Australia el 10 de noviembre de 1948 y para Japón el 21 de abril de 1951.

1. Antecedentes: la Comisión y la Convención

La Comisión Ballenera Internacional fue establecida por la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946 como su principal órgano institucional⁶. Está compuesta por representantes de ochenta y ocho Estados Partes y asistida por un Comité Científico en el cumplimiento de su amplio mandato. La Comisión surgió del anhelo de naciones con y sin tradición de caza de ballena de regular la caza, reconociendo su interés común "para asegurar la debida preservación de las existencias balleneras y así permitir el desarrollo de la industria ballenera", teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar los recursos balleneros de la sobrepesca⁷. La CBI es principalmente responsable de la supervisión y la regulación del estudio de las poblaciones de ballenas junto con las actividades de la industria de la caza de ballenas, haciendo recomendaciones no vinculantes o enmendando disposiciones de su Reglamento que establece normas y obligaciones concretas bajo el Convenio, incluyendo límites de capturas y otros aspectos de la investigación y la caza de ballenas⁸.

A principios de 1980, la membresía de la CBI había crecido significativamente, y por primera vez fue compuesta por la mayoría de naciones conservacionistas⁹. Poco a poco, la CBI se convirtió en el mayor instrumento internacional para la conservación de las ballenas, culminando en una moratoria sobre la caza comercial adoptada en la Reunión Trigésimo Cuarta Anual de la CBI el 23 de julio de 1982. La moratoria establece la obligación de respetar límites de captura cero de todas las poblaciones de ballenas para fines comerciales, consagrado en el párrafo 10 (e) del Reglamento. La prohibición de la caza de ballenas en el Santuario Ballenero Austral siguió poco después¹⁰. Desde el principio, Japón fue uno de siete países¹¹ que votaron en contra de la imposición de la moratoria, pero terminó accediendo a la enmienda debido a las presiones internacionales y amenazas de sanciones económicas que emanaban en particular de los Estados Unidos¹². La prohibición de la caza comercial de

6 Artículo 3 del ICRW.

7 Preámbulo de la ICRW. Véase también *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 56.

8 Artículos 4-6 del ICRW. Véase también SANDS, PHILIPPE. *Principles of International Environmental Law*. 2da edición. Cambridge University Press, 2003, p. 593.

9 SANDS. Ob. Cit., p. 594.

10 Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, Reglamento, párr. 7(a) y (b).

11 Los gobiernos de Japón, Noruega, Perú, y la URSS presentaron objeciones a la enmienda. Mientras que Japón y Perú retiraron sus objeciones más tarde, el párrafo no es vinculante para Noruega y la Federación Rusa.

12 Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia de mayo de 2011, párrs. 3.9-3.12. Los EE.UU. implementaron legislación para cumplir con los objetivos de la moratoria, tales como el Pelly Amendment de 1971 al Fisherman's Protective Act of 1967, § 22 USC 1978 y el Packwood-Magnuson Amendment de 1979 a la Ley de Conservación y Administración de Pesquerías (Fishery Conservation and Management Act) de 1976, 16 USC § 1821.

ballenas impulsó a varios países balleneros, incluido Japón, de hacer uso de una excepción bajo el artículo VIII del Convenio que permite muestras letales de ballenas con fines de investigación científica¹³.

El primer párrafo del artículo VIII especifica que las partes pueden conceder un permiso especial que autoriza a un nacional a matar, tomar o faenar a las ballenas a efectos de "investigación científica", lo que no está definido por la Convención. Los Gobiernos Contratantes deben proporcionar al Secretario de la CBI propuestas de permisos científicos y permitir al Comité Científico a revisar y comentar sobre ellos para que la caza sea conforme al párrafo 30 del Reglamento. El Estado también debe reportar la información científica en relación con la caza de ballenas, incluyendo los resultados de la investigación efectuada conforme al Artículo VIII (1)¹⁴.

El asunto en cuestión en el caso en comento es el programa Japonés de investigación científica, JARPA II, constituido bajo el Artículo VIII y cuyas licencias habían sido aprobadas por el Comité Científico.

Australia sostuvo que Japón estaba en violación de ciertas obligaciones de la ICRW de la cual ambos Estados son partes, específicamente de las siguientes tres disposiciones del Reglamento anexo en la implementación del JARPA II: (i) la obligación de respetar los límites de cero captura para la matanza, con fines comerciales, de las ballenas de todas las poblaciones (párrafo 10 letra e del Reglamento); (ii) la prohibición de la caza comercial de ballenas en el Santuario Ballenero Austral (párrafo 7 letra b); y la obligación de buques factoría u otros buques unidos a buques factoría a observar la moratoria (párrafo 10 letra d). Australia además sostuvo que Japón no cumplió con los requisitos de procedimiento previstos en el párrafo 30 del Reglamento al autorizar JARPA II¹⁵. Japón mantuvo que sus actividades eran legales porque los permisos especiales se emitieron "con fines de

13 Japón, Noruega, Islandia y la ex URSS han usado la excepción científica en virtud del artículo 8 de la ICRW. SANDS. Ob. Cit., pp. 593-94.

14 Artículo 8, párrafos 1 y 3 del ICRW. Párrafo 30 del Reglamento dicta que el Gobierno Contratante debe proveer al Secretario del IWC los permisos científicos propuestos "antes que sean sometidos y con tiempo suficiente para permitirle al Comité Científico revisarlos y comentarlos" Los permisos deben especificar: "(a) objetivos de la investigación; (b) números, sexos y tamaños del repertorio de animales que sean capturados; (c) oportunidades de participación en el estudio por científicos de otras naciones; y (d) posible efecto en la conservación de los organismos." Párrafo 30 detalla además que los permisos propuestos deben estar bajo revisión y comentario del Comité Científico y las Reuniones Anuales, cuando sea posible, o enviadas por correo para su revisión y comentario. Más aún, los resultados preliminares "de cualquier investigación que hayan obtenido permisos deben estar disponibles para la Reunión Anual del Comité Científico próximo." (Traducción del autor).

15 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 48.

investigación científica", en consonancia con la excepción de captura letal articulado en el artículo VIII (1) de la ICRW¹⁶.

La Corte resolvió en primer lugar y por unanimidad que tenía competencia en el caso. Esto en virtud de las declaraciones hechas por ambas partes de conformidad con el artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la CIJ¹⁷. Luego, la Corte se refirió a la cuestión central en el caso relativo a la interpretación de la ICRW: ¿son los permisos especiales concedidos a JARPA II "con fines de investigación científica" en el sentido del artículo VIII, párrafo 1, del Convenio? Pasamos al tema de la disposición en cuestión.

2. Fondo del asunto

2.1 El Artículo VIII, párrafo 1 de la Convención

Artículo VIII, párrafo 1 de la Convención establece:

"No obstante todo lo que contenga, la presente Convención, cualquier gobierno contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial autorizando a que mate, tome y faene ballenas con fines de investigación científica, sujeto a las restricciones en cuanto a número y otras condiciones que los gobiernos contratantes juzguen adecuadas, y la matanza, caza y faenamiento de ballenas, de acuerdo con las disposiciones de este artículo, quedarán exentas de las disposiciones de la presente Convención. Cada gobierno contratante informará a la Comisión sobre las autorizaciones que otorgue. Cada gobierno contratante podrá en cualquier momento revocar cualquier permiso especial de esa índole que haya otorgado".

Japón argumentó que una interpretación textual del párrafo 1 estipula una exención de la Convención, y que los términos "condiciones que los Gobiernos Contratantes juzguen

¹⁶ *Id.*, párr. 49.

¹⁷ Japón disputó la jurisprudencia de la Corte, argumentando que la disputa cae bajo una reserva Australiana e invocando el principio de reciprocidad. En detalle, la declaración de Australia no se aplica en: "(b) cualquier disputa concerniente o relacionada a la delimitación de zonas marítimas... surgiendo de, concerniendo de o relacionado a la explotación de cualquiera de sus áreas en disputa o adyacentes a cualquier zona marítima pendiente en proceso de delimitación." Japón argumentó que la conjunción "o" separaba las cláusulas y el asunto caía dentro de la rúbrica de la explotación en la zona marítima reclamada por Australia. A esto, la Corte leyó los términos en conjunción y concluyó que no habían reclamos superpuestos que hicieran las reservas de Australia aplicables y que la naturaleza y extensión de los reclamos en zonas marítimas eran inmatriculables a la disputa. Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 30-41 (Traducción del autor).

adecuadas" significaba que Japón dispone de una "margen de apreciación" en la emisión de estos permisos y a determinar cuáles son los componentes de la investigación científica, su diseño e implementación, sujetas a proceso de revisión y comentario por parte del Comité Científico¹⁸. Por lo tanto, el poder de revisión de la Corte se vio limitada por una fuerte, aunque refutable, presunción de buena fe o la conclusión que la determinación por parte del Estado autorizante era "arbitraria o caprichosa" o "evidentemente irrazonable"¹⁹. La CBI, más específicamente su subdivisión científica o el Comité Científico, por lo tanto, son los órganos competentes encargados dentro del régimen normativo en virtud del Convenio, con la tarea de llevar a cabo el proceso de revisión científica de las actividades de JARPA II.

Australia argumentó que la Corte no debería limitarse a las consideraciones de buena fe en su interpretación del artículo VIII (1), ya que esto tendría el efecto de socavar la eficacia del régimen normativo en su conjunto²⁰. En consecuencia, el Artículo VIII debe ser entendido en el contexto de las demás disposiciones de la Convención, a los que proporciona una excepción limitada, así como las medidas adoptadas en cumplimiento de los objetivos de la Convención, tales como la moratoria y el Santuario del Océano del Sur²¹. Australia y Nueva Zelanda propusieron la necesidad de tener en cuenta elementos objetivos para evaluar si un permiso especial concedido era con efectos de investigación científica, como por ejemplo mediante la revisión del diseño del programa, su aplicación, resultados obtenidos, o la metodología y otras características²².

La Corte consideró que tenía el poder de revisar el programa de caza científica de Japón y adoptó un criterio objetivo hacia su evaluación, estimando que la discreción de Japón en la expedición de permisos no está exenta de límites y que la cuestión jurídica de si la matanza, caza y tratamiento de ballenas en virtud de un permiso especial solicitado para fines de investigación científica "no puede depender únicamente de la percepción de ese Estado"²³. Al mismo tiempo, la Corte insistió que no se pronunciará sobre asuntos políticos o científicos sobre la caza de ballenas subyacentes al conflicto, señalando que era "consciente de que los miembros de la comunidad internacional tienen puntos de vista divergentes sobre la política adecuada hacia las ballenas y la caza de ballenas", pero que finalmente, "no corresponde al Tribunal resolver estas diferencias"²⁴. Al descartar el

18 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 52.

19 *Id.*, párr. 65 (Traducción del autor).

20 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 53, 63.

21 *Id.*, párr. 53.

22 *Id.*, párrs. 63-64.

23 *Id.*, párr. 61 (Traducción del autor).

24 *Id.*, párr. 69 (Traducción del autor).

tema político, la Corte también consideró innecesario examinar la evolución del Derecho Internacional del Medioambiente y sus principios presentados por las partes, tales como el principio de precaución, en la interpretación de la ICRW²⁵.

Por lo tanto, el análisis de la Corte se centró en la formulación de una evaluación objetiva de la razonabilidad del programa JARPA II con un enfoque en su uso de muestras letales. La Corte procedió en los siguientes pasos: en primer lugar, determinó si JARPA II implica una investigación científica, y en segundo lugar, analizó si el diseño y la implementación del programa son razonables en relación con la obtención de sus objetivos declarados²⁶.

2.2 "Con fines de investigación científica"

En su análisis, la Corte se centró en los elementos acumulativos de la frase compuesta por el término "con fines de investigación científica". Por lo tanto, si un programa de caza de ballenas como JARPA II consiste en una investigación científica, la matanza, caza y faenamiento de ballenas en virtud de ella no están comprendidos en el artículo VIII a menos que estas actividades sean "con fines de" investigación científica²⁷.

Para definir el contenido esencial de la investigación científica, la Corte se guió por los testimonios de expertos presentados por las partes y consideró referencias a las resoluciones de la CBI²⁸. El experto científico de Australia, Marc Mangel, propuso una definición de investigación científica, identificando a sus cuatro características esenciales: (i) objetivos definidos y alcanzables (preguntas o hipótesis) que tienen como objetivo contribuir al conocimiento de la conservación y al manejo de las poblaciones; (ii) "métodos apropiados", incluso el uso de métodos letales solo cuando los objetivos de la investigación no se puedan lograr por cualquier otro medio; (iii) revisión por un par; y (iv) prevención de efectos adversos sobre la población²⁹. El perito citado por Japón, Lars Walløe, estuvo de acuerdo en ciertos aspectos con los criterios propuestos pero expresó cierto desacuerdo

25 Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia del 9 de mayo de 2011, pp. 171-76; *Contra-Memorial de Japón* del 9 de marzo de 2012, pp. 424-26.

26 *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 67.

27 *Id.*, párr. 71.

28 Australia y Nueva Zelanda hicieron referencias amplias a las resoluciones y pautas de la IWC, para así guiar la interpretación del artículo 8 y su permisibilidad en el uso de métodos letales en la investigación científica en caza de ballenas, pero la Corte estrictamente limitó la significancia legal en dichos instrumentos dónde no tenían carácter vinculantes y no eran adoptaba con consenso.

29 *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 74 (Traducción del autor).

sobre, *inter alia*, el rol de las hipótesis en la investigación científica³⁰. Japón no ofreció una definición alternativa e insistió que los puntos de vista de un experto no podían determinar la interpretación de una disposición en un tratado³¹.

La Corte consideró que no era necesario definir criterios alternativos para el término u ofrecer aún una definición general³². Rechazó entonces el criterio de Australia articulados por el Sr. Mangel, encontrando que reflejaban una norma elevada para la investigación científica “bien concebida”³³. La negativa de la CIJ en definir la investigación científica refleja su renuencia en tomar determinaciones científicas, agravada por el hecho de que los expertos de ambas partes no se ponían de acuerdo sobre una definición única que abarcara el término. Llegó a la conclusión que los objetivos de la investigación de JARPA II caen dentro de las categorías de investigación identificadas por el Comité Científico y sus actividades implican el análisis y la recopilación sistemática de datos por el personal científico, y por lo tanto es suficiente para calificarla como una investigación científica³⁴.

A continuación, la Corte elaboró un criterio objetivo para determinar si el uso de métodos letales de JARPA II era para fines de investigación científica, considerando si los elementos del diseño e implementación del programa son razonables en relación con sus objetivos científicos declarados. Se identificaron los siguientes elementos: el uso de métodos letales sobre las no letales³⁵; la escala del uso de muestreo letal; la metodología utilizada³⁶; una comparación de los tamaños teóricos de muestra y el grado real en que un programa coordina sus actividades con proyectos de investigación relacionados³⁷.

En la aplicación de estos criterios objetivos, la Corte identificó varias deficiencias en el programa JARPA II y extrajo conclusiones que por lo general apuntan a la falta de transparencia y coherencia en el razonamiento científico en relación con la aplicación del programa a sus objetivos declarados. La Corte estableció que había una falta de explicación clara en la determinación de los tamaños de muestra –lo que fue acordado por los expertos³⁸–, períodos discordantes de investigación para diferentes especies de

30 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 75-77.

31 *Id.*, párrs. 75.

32 *Id.*, párr. 86. El juez Sebutinde argumentó que la Corte debería haber al menos consultado una definición del diccionario. Caza de la ballena en el Antártico, Separate Opinion of Judge Sebutinde, párr. 9.

33 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 86 (Traducción del autor).

34 *Id.*, párr. 127.

35 *Id.*, párrs. 128-144.

36 *Id.*, párrs. 147-198.

37 *Id.*, párrs. 199-212, 88.

38 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 158-59, 188.

ballenas en los objetivos fijados en relación al ecosistema modelado y la competencia entre múltiples especies³⁹, y la captura real que deriva en gran medida de los tamaños de muestras delineadas en el plan de investigación⁴⁰. Otras evidencias que ponen en duda los fines científicos de JARPA II incluyen su marco abierto⁴¹, la escasa producción científica⁴², y la falta de cooperación con otras instituciones de investigación, a lo que la Corte encontró sorprendente teniendo en cuenta el enfoque del programa en el ecosistema antártico y la existencia de otros programas japoneses e internacionales en la materia⁴³.

Significativamente, la Corte también encontró que Japón no condujo estudios de viabilidad debidamente sobre el uso de métodos no-letales, con un esfuerzo de reducir el muestreo fatal en lograr sus objetivos de investigación y, además, tomó nota de su uso injustificado y ampliado en comparación con el programa predecesor, JARPA⁴⁴. Para informar su opinión, la Corte escuchó el testimonio de dos expertos convocados por Australia en relación con la expansión del uso de métodos no letales que se pueden utilizar para lograr al menos algunos de los objetivos del programa, e hizo referencias a las resoluciones de la CBI y directrices que acuden a los Estados Partes que tengan en cuenta las alternativas no letales en la consecución de los objetivos de investigación⁴⁵. La Corte también señaló la preferencia de Japón para el muestreo letal, ya que proporciona una fuente de financiación para compensar los costos de la investigación, tal como se refleja en un documento que Japón había presentado al Comité Científico en 2007⁴⁶. A la luz de estos hechos, la Corte encontró fallas en la falta de análisis y consideración de la viabilidad de alternativas no letales en la consecución de los objetivos de JARPA II⁴⁷.

39 Se impuso un período de investigación de 12 años para dos de las especies de ballenas y una de seis años para los demás. *Id.*, párr. 194.

40 Por ejemplo, el plan de investigación previo toma de un mínimo de 131 de cada una de las especies de ballenas con el fin de detectar un índice particular de cambio en la edad de madurez sexual en el estudio de competencia de especies múltiples y el ecosistema, pero solo 50 fueron seleccionados para cada uno de las ballenas jorobadas y de aletas, lo que la Corte encontró que era una muestra estadísticamente insuficiente para medir todas las tendencias que el programa buscaba medir. *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 179. Además, la captura real mostró que no había ballenas jorobadas y pocas ballenas de aletas han sido capturados durante JARPA II. *Id.*, párrs. 209-212. La Corte llegó a la conclusión de que había una "brecha significativa entre los tamaños de las muestras objetivo de JARPA II y el número real de ballenas que se han matado en la ejecución del programa." *Id.*, párr. 199 (Traducción del autor).

41 *Caza de la ballena en el Antártico*, párrs. 214-16.

42 *Id.*, párrs. 217-19.

43 *Id.*, párrs. 220-22.

44 *Id.*, párr. 144.

45 *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 137.

46 *Id.*, párr. 144.

47 *Id.*, párr. 144.

3. Análisis y discusión

3.1 Criterios de revisión

Los criterios de revisión son un punto crucial de la discusión en las opiniones separadas y disidentes. Su importancia queda subrayada por el hecho de que, como el juez Keith observa, mientras más amplio el "margen de apreciación" o discreción del gobierno contratante, más se limita el poder de revisión de la Corte⁴⁸. Los jueces disidentes criticaron a la mayoría por asumir la función técnica más apropiada para los órganos de la Convención, sobre todo al del Comité Científico, y argumentaron que la buena fe del Estado Contratante expidiendo los permisos debe ser legalmente presumida, consecutivamente haciendo que la revisión de la Corte se vea limitada a un hallazgo de mala fe⁴⁹. La ausencia de una base jurídica para la adopción del criterio objetivo era también un hecho que atrajo muchas críticas⁵⁰.

De hecho, la lógica de la Corte en articular una nueva norma y revertir el principio de *semper necessitas probandi incumbit ei qui agit* deja mucho que desear. El significado de esta decisión es que da a la Corte la facultad de revisión, lo que fortalece la aplicación efectiva de la ICRW como parte del sistema colectivo de regulación. Por otra parte, es mucho más difícil de probar la mala fe con evidencia definitiva y concreta en el caso de que un programa de caza de ballenas esté funcionando bajo la apariencia de actividades científicas o se trata de un programa híbrido que contiene dobles objetivos –científicos y comerciales–, especialmente en las ventas en que se justifican la evasión del derroche o la financiación de un programa de investigación. La propuesta de la Corte es que pone la carga de la prueba en el Estado que autoriza a explicar la base objetiva para su determinación en la concesión de un permiso especial, prestando debida atención a las resoluciones y directrices de la CBI, y que coopere en buena fe con los órganos reguladores. Más convincente es el juez Cançado Trindade

48 Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Declaration of Judge Keith, párr. 7 (Traducción del autor).

49 El juez Owada formuló amplias observaciones sobre el alcance y el criterio de revisión en el caso, argumentando que debería haber una presunción que las actividades autorizadas en el régimen normativo del artículo 8 implican una investigación científica. *Caza de la ballena en el Antártico*, Dissenting Opinion of Judge Owada, párrs. 26-40. Ver también, Opinión disidente de M. le Juge Abraham, párr. 34; Dissenting Opinion of Judge Yussuf, párr. 54. En su opinión separada, el juez Xue similar argumentó que la carga debe recaer sobre el demandante que tiene que demostrar "con pruebas convincentes" de la existencia de los hechos denunciados, sobre todo, que JARPA II no implica la investigación científica. *Caza de la ballena en el Antártico*, Separate Opinion of Judge Xue, párr. 15 (Traducción del autor).

50 El juez Owada criticó el veredicto de la mayoría por no proveer explicación de "por qué es legítimo o apropiado para la Corte expandir el marco de revisión entablado en la examinación de los aspectos sustantivos de [JARPA II]." *Caza de la ballena en el Antártico*, Dissenting Opinion of Judge Owada, párr. 32 (Traducción del autor). El juez Yussuf, aunque empático a la situación de la conservación de ballenas, fue similarmente poco persuadido de que el estándar objetivo de razonabilidad estaba "enraizado en la ley o en la práctica de [la Corte]." *Caza de la ballena en el Antártico*, Dissenting Opinion of Judge Yussuf, párr. 15 (Traducción del autor).

que argumenta en su opinión separada sobre JARPA II como una excepción al principio de conservación enumerado en diversos instrumentos internacionales, resoluciones y el ICRW, por lo que debiera ser justificado por Japón, punto en el que abundaremos más adelante.

Por otra parte, no hay muchas razones convincentes de política pública para sostener que el Estado emitiendo permisos en virtud del artículo VIII debe disponer de un amplio margen de apreciación, ya que los países que quieren emitir permisos para un programa científico no están necesariamente mejor situados para evaluar si los muestreos letales de ballenas en virtud de un programa de este tipo, se llevan a cabo a afectos de investigación científica. Más bien, como el juez Keith señala en su declaración aparte, la evaluación aquí se refiere a una "cuestión más concreta" que una cuestión subjetiva estrictamente pertinente a los intereses esenciales de una nación⁵¹. La doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde su uso está restringido de manera similar. Si bien el alcance del margen varía mucho según las circunstancias de cada caso, el Tribunal de Estrasburgo ha permitido en general más amplia discrecionalidad a los estados miembros para apreciar si existe una situación de emergencia⁵², en casos de seguridad nacional⁵³, al decidir cuestiones políticamente sensibles o controvertidas, como la protección de la moralidad⁵⁴, y en situaciones donde no hay consenso entre los Estados miembros, ya sea en cuanto a la importancia de los intereses en juego o la mejor forma de protegerlo⁵⁵, ninguno de los cuales sería aplicable al presente caso.

3.2 Hallazgo de hechos científicos

En el pasado, la CIJ ha enfrentado reiteradas críticas por su incompetencia en resolver las controversias que surgen entre los Estados en el campo del medioambiente, sobre todo cuando se refieren a cuestiones de hechos complejos⁵⁶. Hasta hace poco, solo algunos casos ante la Corte han implicado el Derecho Internacional del Medioambiente como causa directa de la acción⁵⁷. Fue en 1993 que la Corte estableció una cámara especial para ocuparse

51 Caza de la ballena en el Antártico, Declaration of Judge Keith, párr. 7 (Traducción del autor, énfasis agregado).

52 Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Brannigan y McBride c. Reino Unido, Sentencia del 26 de mayo de 1993.

53 Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Klass y otros c. Alemania, Sentencia del 6 e septiembre de 1978.

54 Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Handyside c. Reino Unido, Sentencia del 1976.

55 Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Evans c. Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 2007.

56 Véase, BETTAUER, Ronald J. "International Environmental Law-Making and the International Court of Justice". *American Society of International Law Proceedings*. Vol. 105, 2011, p. 65.

57 OWADA, Hisashi. "International Environmental Law and the International Court of Justice". *Iustum Aequum Salutare*. Vol. 2, 2006, p. 28.

exclusivamente de los asuntos del medio ambiente, de conformidad con el artículo 26, párrafo 1 del Estatuto de la Corte⁵⁸. Sin embargo, la Cámara de Asuntos Ambientales cayó en desuso en 2006, ya que en sus trece años de existencia ningún Estado alguna vez pidió que un caso se tratara en ella⁵⁹.

La Corte aquí se acercó a su función de una manera pragmática y reflexiva, eludiendo la cuestión filosófica o técnica de lo que constituye la "investigación científica", mediante la aplicación de una prueba objetiva para evaluar las características de un programa de este tipo en relación con sus objetivos declarados. El poder de revisión y escrutinio del Tribunal proporciona una valiosa contribución a casos relacionados con cuestiones del medioambiente y la conservación. Mientras que la CIJ no declaró que los métodos letales fueron irrazonables *per se*, la sentencia establece un estándar elevado que requiere un análisis claro y alguna justificación para el uso de muestreos letales en la investigación científica en el marco de la ICRW. Estados que emitan los permisos bajo el artículo VIII deberán tener en cuenta si los objetivos de la investigación se puede lograr utilizando métodos no letales, y su investigación y resultados consiguientes deben ser transparentes a la Comisión.

La dependencia de un criterio objetivo en este caso puede interpretarse como una medida pragmática por parte de la Corte, ya que pretendía restringir su evaluación a los asuntos legales y no pronunciarse sobre las cuestiones de evaluación científica. Estos han sido criticados por no ser objetivos en su aplicación⁶⁰. De hecho, la disyuntiva de la Corte para aplicar sus criterios objetivos es evidente en afirmaciones tales como: "[e]l tamaño total de muestra seleccionados (...) no son lo suficientemente grandes como para permitir la medición de todas las tendencias que el programa busca medir"⁶¹, que suena como una evaluación científica de la metodología y la aplicación de los investigadores –precisamente los puntos para los cuales la opinión de expertos pueden diferir–. Aunque la Corte no podía evitar hacer algunas apreciaciones de hechos científicos en la aplicación de sus criterios

58 La iniciativa surgió a principios de 1992 en la Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas llevada a cabo en Río de Janeiro. El comunicado de prensa estableció: "En vista de los avances en el campo del derecho y la protección del medio ambiente que hayan adquirido auge en los últimos años, y considerando que debe ser preparada para su extensión máxima posible para liderar con casos medioambientales que entre en su jurisdicción, la Corte ha estimado apropiado establecer la Cámara de Asuntos Ambientales de siete miembros." Corte Internacional de Justicia, "Constitution of a Chamber of the Court for Environmental Matters", Press Release No. 1993/20. 19 de Julio de 1993. (Traducción del autor) [en línea] <<http://www.icj-cij.org/presscom/files/7/10307.pdf>> [consulta: 1 de junio 2014]

59 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Chambers and Committees*. 2 de abril de 2014 [en línea] <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=4>> [consulta: 25 de mayo 2014]

60 Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Dissenting opinion of Judge Yusuf, párr. 30; Dissenting opinion of Judge Owada, párr. 25.

61 *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 179 (Traducción del autor).

objetivos, fue más apropiado en esta ocasión para evaluar la evidencia científica.

Este caso marcó la primera vez que expertos fueron interrogados por la CIJ en calidad de testigos⁶². Anteriormente, los expertos se presentaban generalmente como abogados en las audiencias y, por tanto, no estaban sujetos al contrainterrogatorio o cuestionamiento por parte de jueces y abogados de la contraparte, como es el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (2010), donde la CIJ señaló que le habría resultado más útil si los expertos que acreditaron sobre la base de sus conocimientos científicos o técnicos se hubieran presentado por las partes como testigos en virtud de los artículos 57 y 64 del Reglamento de la Corte, para lo que podían ser objeto de cuestionamiento⁶³. Este caso sigue la recomendación formulada por la misma Corte para mejor evaluar la evidencia técnica que a menudo surge en casos de interés ambiental.

La Corte estableció un procedimiento eficaz y ordenado para obtener la opinión de expertos. El 17 de octubre de 2012, el Secretario informó a las Partes que la Corte había solicitado que proporcionaran información sobre la prueba pericial. Las Partes fueron informadas además que a cada lado se le daría la oportunidad de comentar sobre la comunicación de la otra y modificar la información presentada, en caso necesario⁶⁴. Por último, la Corte solicitó que cada Parte comunique a la misma los textos completos de las declaraciones de los peritos que las Partes pretenden llamar en las audiencias⁶⁵. La Corte escuchó el testimonio de expertos y planteo preguntas delante de ellos para ayudarles a evaluar, críticamente, la implementación y el diseño de JARPA II y la disponibilidad de métodos no letales en la investigación.

La siguiente sección discute otras normas pertinentes al Derecho Internacional que la Corte podría haber abordado en su evaluación sobre el uso de muestreos letales y el conflicto de fondo en el caso.

62 MACKENZIE, Debora. *Japan ordered to stop 'scientific' whaling*. 2 de abril de 2014 [en línea] <<http://www.newscientist.com/article/dn25329-japan-ordered-to-stop-antarctic-scientific-whaling.html#.U56qCXJ5OWM>> [consulta: 1 de junio 2014]

63 Corte Internacional de Justicia, Causa relativa a las plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), Sentencia del 20 de abril 2010, párr. 167. Cabe hacer nota que el artículo 50 del estatuto de la CIJ y el artículo 62 de las Reglas de la Corte también permiten a la Corte de disponer de expertos de ninguna de las dos partes para darle apoyo. La CIJ ha usado este recurso solo una vez. Véase, PAYNE, Cymie R. "Pulp Mills on the River Uruguay: The International Court of Justice Recognizes Environmental Impact Assessment as a Duty under International Law". *ASIL Insights*. Vol. 14, No. 9, 22 de April de 2010 [en línea] <http://www.asil.org/insights/volume/14/issue/9/pulp-mills-river-uruguay-international-court-justice-recognizes#_edn1> (refiriendo al caso del Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania) de 1949) [consulta: 20 de mayo 2014]

64 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 14.

65 Ibid

4. La evolución de la ICRW y normas del Derecho Internacional del Medioambiente

La sentencia de la Corte es notable no solo en lo resuelto, sino también en lo no dicho. Los conservacionistas tenían la esperanza que el juicio pudiese proporcionar algún comentario sobre el debate más amplio respecto a la conservación de las ballenas y el estado de la caza de ballenas que facilitaría las negociaciones en la CBI⁶⁶. Sin embargo, la Corte declaró al inicio que no iba a hacer ninguna evaluación sobre el tema más polémico en este conflicto, que caracterizó como "la teoría de participar en la caza de ballenas que gozan los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario", y además se negó a discutir la base científica de la moratoria que Japón refutó⁶⁷. La Corte en cambio, enmarcó la disputa en torno a la interpretación de la disposición de un tratado e insistió en que no fue llamado a resolver ni la política científica ni de caza de ballenas.

La Corte podría haber seguido el criterio adoptado en la sentencia de *Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) que también enfrentó aspectos medioambientales. En ese caso, la Corte observó que el Tratado de 1977 en vigor entre Hungría y Eslovaquia que fue objeto de la disputa "no es estático, y está abierto para adaptarse a las nuevas normas del Derecho Internacional"⁶⁸. El artículo 31 (c) (3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados requiere además que se tomen en cuenta "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" para interpretar los tratados como el ICRW⁶⁹.

En consecuencia, Australia argumentó que la ICRW debía ser interpretada haciendo referencia a las condiciones y normas que prevalecen hoy en día, dentro del contexto internacional con una tendencia a la conservación y que redefinía el objeto y propósito de la Convención⁷⁰. De este modo, disputaron el peso adecuado que debe darse a la doble

66 KOPELA, Sophia. *Saving the Whales: the ICJ judgment in the whaling in the Antarctic case*, Lancaster University Law School Blog. 24 de abril de 2014 [en línea] <<http://lancslaw.wordpress.com/2014/04/23/saving-the-whales/>> [consulta: 20 de mayo 2014]

67 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 57, 69 (Traducción del autor).

68 Corte Internacional de Justicia, Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 112 (Traducción del autor).

69 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, 23 de mayo de 1969 (entrada en vigor el 27 de enero de 1980).

70 Véase Caza de la ballena en el Antártico, Memorial de Australia de mayo de 2011, párrs. 4.82-83. La Corte ha confirmado la importancia de otros principios aplicables en el derecho internacional. Ver por ejemplo, Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 1970 del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, párr. 53 (mencionado que "un instrumento legal internacional tiene que ser interpretado y aplicado dentro del marco completo del sistema legal prevaleciendo en el tiempo de su interpretación". Traducción del autor).

finalidad de la conservación y la explotación sostenible contenidos en el Preámbulo: Australia y Nueva Zelanda abogaron por un mayor énfasis en la conservación de acuerdo con el principio de precaución y el contexto internacional, mientras que Japón lo hizo en el derecho consuetudinario de la caza de ballenas que gozan las naciones y afirmó que JARPA II cumplía con el principio de precaución.

En apoyo de la tendencia mundial hacia la conservación, Australia hizo referencias a tratados ambientales internacionales, como el Convenio de 1973 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES, por su sigla en inglés)⁷¹ que clasifica a varias especies de ballenas que están en peligro de extinción en el Apéndice I; la Convención de 1979 sobre las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS)⁷² y los acuerdos regionales conexos⁷³, la Convención de 1992 sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁷⁴, las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁷⁵, y la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos⁷⁶, así como los Principios de Estocolmo⁷⁷. Australia sostuvo que estos instrumentos reconocen la importancia de la conservación y la diversidad biológica como preocupaciones comunes de la humanidad⁷⁸. Australia sostuvo que estos instrumentos

71 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. Washington, 3 de marzo de 1973 (entrada en vigor el 1 de julio de 1975). Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia de mayo de 2011, párr. 1.9.

72 Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres. Bonn, 23 de junio de 1979 (entrada en vigor el 1 de noviembre de 1983).

73 Acuerdo sobre la conservación de los pequeños cetáceos del Mar Báltico y del Mar Norte. Nueva York, 17 de marzo de 1992 (entrada en vigor el 29 de marzo de 1994); Acuerdo sobre la conservación de los cetáceos del Mar Negro, el Mar Mediterráneo, y la Zona Atlántica Contigua. Mónaco, 24 de noviembre de 1996 (entrada en vigor el 1 de junio de 2001).

74 Convenio sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, 5 de junio de 1992 (entrada en vigor el 29 de diciembre 1993). Australia argumentó que Japón estaba en violación de sus obligaciones contenidas en los artículos 3, 5, and 10(b).

75 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Montego Bay, 10 de diciembre de 1982 (entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994), artículos 65 (especificando que los Estados "cooperarán con miras a la conservación de los mamíferos marinos y, en el caso especial de los cetáceos, realizarán, por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, actividades encaminadas a su conservación, administración y estudio.") y 120 (estableciendo que el artículo 65 "se aplicará asimismo a la conservación y administración de los mamíferos marinos en la alta mar."). Otras disposiciones relevantes incluyen el artículo 192, que obliga a los Estados a proteger y preservar el ecosistema marino, y el artículo 61 que declara que los Estados ribereños deben asegurar la acertada conservación y medidas de manejo de sus recursos vivos en aguas soberanas de no ser amenazados por un exceso de explotación.

76 Convención sobre la conservación de los recursos vivos del Antártico. Canberra, 20 de mayo de 1980 (entrada en vigor el 7 de abril de 1982).

77 Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo, UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1, 5-16 de junio de 1972 (creando estándares de los cuales todos los Estados deben generar sus políticas medio ambientales, "Atenta a la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano").

78 *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia de mayo de 2011, párrs. 4.83-4.86 (se han omitido algunas citas internas).

reconocen la importancia de la conservación y la diversidad biológica como preocupaciones comunes de la humanidad⁷⁹.

A este respecto, la opinión separada del juez Cançado Trindade merece especial atención, ya que dio contenido al instrumento vivo de la Convención y se pronunció ampliamente sobre varios principios del Derecho Internacional del Medioambiente. Cançado Trindade identificó y analizó los “tres pilares legales principales” de este último: los principios de prevención, de precaución, y de equidad intergeneracional como parte del contexto internacional que favorece fuertemente la conservación y la aplicación de métodos no letales⁸⁰. Estos principios se encuentran en diversos instrumentos internacionales sobre el medio ambiente que figuran también en las resoluciones de la CBI. En su opinión, la aplicación de métodos letales, por lo tanto, deben ser leídos de manera restrictiva y “a la luz de [el texto de la Convención], su mecanismo de supervisión, y su carácter como un tratado multilateral que agrupe tanto los Estados que cazan y los que no cazan ballenas”⁸¹.

En contraste, la disposición general de la Corte es cauta y diplomática, cuidando de no exagerar la ley y hacer declaraciones prematuras sobre los principios del Derecho Internacional. La Corte adoptó una estrategia armoniosa, ni favoreciendo a la conservación ni a la explotación sostenible cuando declaró que el objeto y el propósito era “garantizar la conservación de todas las especies de ballenas como de permitir su explotación sostenible”⁸². La conclusión es adecuada porque el doble propósito, aunque parece contradictorio, se puede leer de forma compatible que da sentido corriente al texto y a los *travaux préparatoires* de la Convención. Por otra parte, si se argumenta que la conservación y protección de las ballenas habían llegado a un estado consuetudinario, la evidencia de la práctica de los Estados y la *opinio juris* es aún débil, dado que la objeción retirada de Japón se debió a la presión económica y otros países en el mundo siguen participando en la práctica histórica de la caza de ballenas y oponiéndose activamente a esfuerzos en su subversión.

79 *Id.*

80 Caza de la ballena en el Antártico, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 60 (citando el Memorial de Australia) (Traducción del autor).

81 *Id.*, párr. 7 (Traducción del autor).

82 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 56-58. Véase también, Dissenting Opinion of Judge Abraham, párr. 25 (Traducción del autor).

Aunque la Corte señaló que la ICRW es un instrumento en evolución⁸³, su evidencia no se encuentra en la promulgación de instrumentos internacionales de conservación, sino más bien en las disposiciones del propio ICRW que dan a la CBI la facultad de modificar el Reglamento y emitir recomendaciones⁸⁴. De esta manera, el juicio limita en gran medida el examen de las normas de desarrollo del Derecho Internacional del Medioambiente.

La Corte declaró, además, que las modificaciones al Reglamento y las recomendaciones de la CBI no podían alterar el objeto y propósito de la Convención como aparece en el Preámbulo, y por lo tanto una interpretación expansiva ni restrictiva del artículo VIII no estaba justificada⁸⁵, eludiendo el problema fundamental de cómo resolver un conflicto entre el contexto fluido y el texto fijo de un instrumento en evolución⁸⁶. La Corte también se mostró reacia a descartar que las recomendaciones emitidas por la Comisión constituyen un acuerdo ulterior entre las partes en virtud de la Convención de Viena, a menos que éstos se hubiesen aprobado por consenso de los miembros⁸⁷.

La Corte debió haber tenido en cuenta el principio de cooperación y precaución en su análisis de las resoluciones y enmiendas del ICRW adoptados por las partes. Ambas partes lo plantearon y es ampliamente considerado como un principio emergente del derecho internacional, que obliga a considerar si existe suficiente certeza sobre el efecto de JARPA II sobre las poblaciones de ballenas. Su formulación principal aparece en el Principio 15 de la Declaración de Río, que dispone que "cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio

83 Caza de la ballena en el Antártico, párr. 45.

84 Artículos 5 y 6 del ICRW.

85 Caza de la ballena en el Antártico, párrs. 56, 58.

86 Este tratamiento lacónico del tema fue criticado por los disidentes tanto como los votos concurrentes, que estaban de acuerdo en que la CIJ no se había dado a este asunto la atención que merecía en la resolución del conflicto. Véase Caza de la ballena en el Antártico, *Dissenting opinion of Judge Owada*, párr. 12 (criticando la falla de la mayoría en analizar los objetos y propósito de la Convención); *Dissenting opinion of Judge Yusuf*, párrs. 7, 26, 46 (sosteniendo que tal análisis "habría sido de gran valor para los Estados Partes en la Convención en vista de la creciente desconexión entre el artículo VIII y las demás disposiciones de la Convención sobre la caza comercial". Traducción del autor); *Separate opinion of Judge Cançado Trindade* (analizando la Convención como un instrumento vivo y aplicando los principios del Derecho Internacional del Medioambiente).

87 *Id.*, párr. 56. Véase artículo 31(3) (a)-(b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; véase también Caza de la ballena en el Antártico, *Separate opinion of Judge ad hoc Charlesworth*, párr. 4. Para un análisis del tratado de la Corte y acuerdos subsiguientes, véase ARATO, Julian. *Subsequent practice in the Whaling Case, and what the ICJ implies about treaty interpretation in International Organizations*, Blog of the International Journal of International Law. 24 de abril de 2014 [en línea] <<http://www.ejiltalk.org/subsequent-practice-in-the-whaling-case-and-what-the-icj-implies-about-treaty-interpretation-in-international-organizations/>> [consulta: 20 de mayo 2014]

ambiente⁸⁸. El principio ha sido incorporado en numerosos instrumentos internacionales⁸⁹ y en decisiones de los tribunales⁹⁰ sobre cuestiones de la conservación y protección de los mamíferos marinos. Significativamente, este enfoque ha sido reconocido y aplicado por la CBI en muchas de sus resoluciones⁹¹, y por lo tanto, pueden constituir acuerdos ulteriores dentro del marco de la evolución de la Convención.

La Corte limitó su interpretación de las resoluciones y directrices que abordan la captura letal, considerando que solo llaman a los Estados a tener en cuenta métodos no letales en la realización de investigaciones científicas y "no establecen el requisito que se recurrirá a métodos letales solo cuando otros métodos no estén disponibles"⁹². La decisión de la mayoría, por lo tanto, no leía en esas resoluciones el principio de precaución ni discutía si estaban contenidos en ellos.

La jueza *ad hoc* Charlesworth fue aún más lejos con el argumento de que la aplicación del enfoque de precaución con el artículo VIII apoya la conclusión que los métodos letales en los programas de investigación científica deben utilizarse únicamente como último recurso⁹³.

88 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. 1), 12 de agosto de 1992, Principio 15.

89 Véase, por ejemplo, Carta Mundial de la Naturaleza, UN Doc. A/RES/37/7, 28 de octubre de 1982; Agenda 21. Río de Janeiro, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. II), 13-14 de junio de 1992, Capítulo 17, párr. 17.1; CDB; Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Pesca Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, Nueva York, 4 de agosto de 1995 (entrada en vigor el 11 de diciembre de 2001). Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia de mayo de 2011, párr. 89.

90 Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Caso del atún de aleta azul (Nueva Zelandia c. Japón; Australia c. Japón)*, Provisional Measures Order, 27 de agosto de 1999, párr. 77 (estableciendo que las partes deben actuar con "prudencia y cautela para asegurar que la efectividad de medidas de conservación son usadas para prevenir daños severos a las poblaciones del Atún Rojo del Sur." Traducción del autor.); Corte Internacional de Justicia, *Causa relativa a las plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Sentencia del 20 de abril 2010, párr. 164.

91 El Memorial de Australia identifica las siguientes Resoluciones que adoptan el principio de precaución: Resolution on the Need for Research on the Environment and Whale Stocks in the Antarctic Region, Appendix 2, Chairman's Report of the Forty-Fourth Annual Meeting, Rep. IWC 43, 1993, pp. 39-40; Resolution on Research on the Environment and Whale Stocks, Appendix 12, Chairman's Report of the Forty-Fifth Annual Meeting, Rep. IWC 44, 1994, p. 35; Resolution on Directed Takes of White Whales, Resolution 1998-9, Appendix 10, Chairman's Report of the Fiftieth Annual Meeting, Annual Report of the IWC 1998, p. 46; Resolution on Dall's Porpoise, Resolution 1999-9, Appendix 10, Chairman's Report of the Fifty-First Annual Meeting, Annual Report of the International Whaling Commission 1999, pp. 55-56; Resolution on Whalewatching, Resolution 1996-2, Appendix 2, Chairman's Report of the Forty-Eighth Annual Meeting, Rep. IWC 47, 1997, p. 48; Guidance to the Scientific Committee on the Sanctuary Review Process, Resolution 2002-1, Annex F, Chair's Report of the Fifty-Fourth Annual Meeting, Annual Report of the International Whaling Commission 2002, p. 89. Véase *Caza de la ballena en el Antártico*, Memorial de Australia de mayo de 2011, nota al pie 486.

92 *Caza de la ballena en el Antártico*, párr. 83 (Traducción del autor).

93 *Caza de la ballena en el Antártico*, Separate opinion of Judge ad hoc Charlesworth, párr. 5.

El silencio de la Corte sobre este punto es decepcionante, ya que lo habían considerado recientemente en el caso sobre las plantas de celulosa en el río Uruguay y podrían haber elaborado más directrices para su aplicación. En ese caso, la Corte reconoció que la precaución puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Estatuto de 1975, aunque enfatizó que este hecho por sí solo no puede invertir la carga de la prueba del reclamante⁹⁴.

Tal vez puede ser otro ejemplo de que la Corte evita evaluar asuntos que son fundamentalmente del ámbito científico, ya que se habría puesto en el lugar de evaluar el estado de poblaciones de ballenas y el efecto de los métodos letales en éstas.

94 Corte Internacional de Justicia, Causa relativa a las plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), Sentencia del 20 de abril 2010, párr. 164 (declarando que "la medida precautoria puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las provisiones del Estatuto". Traducción del autor).

CONCLUSIONES

La falta de debate sobre los principios de Derecho Internacional del Medioambiente representa una oportunidad perdida de la Corte en pronunciarse sobre los desarrollos en el campo, sobre todo porque Australia hizo referencias a normas del Derecho Internacional en vigor entre Australia y Japón, comprometiendo a ambos países para promover la conservación de la biodiversidad, y ambas partes hicieron referencias al principio de precaución en sus presentaciones escritas, aunque no estaban de acuerdo sobre su aplicación en el caso.

No obstante, el juicio es significativo hacia el desarrollo del Derecho Internacional del Medioambiente en su reconocimiento del marco evolutivo de la ICRW y contribución a la formación de la *opinio juris communis* en el principio de la conservación por el peso que concede a las resoluciones y directrices de la CBI que desalientan el uso de métodos no letales para la investigación de caza científica. La sentencia además ayuda a aclarar el alcance de la investigación ballenera, poniendo un mayor escrutinio sobre la razonabilidad de los muestreos letales y el tamaño de las muestras en relación con los objetivos de la investigación.

Este caso intentó lograr un equilibrio adecuado definiendo el papel apropiado de la Corte en la determinación de hechos, especialmente en materia de pruebas científicas o técnicas que se presentan en procedimientos ambientales. En vez de evaluar directamente la evidencia científica o definir los parámetros de lo que constituye la "investigación científica", la Corte respetó el papel de los científicos y el de los jueces, optando a interpretar estrictamente los términos del tratado.

La sentencia también proporciona más orden en la presentación de la evidencia científica y la introducción del testimonio pericial en la fase de audiencia. En este sentido, la CIJ demuestra su voluntad de acoplar la evidencia científica, mientras que sus reservas persistentes en hacer determinaciones científicas más concretas siguen demostrando que a lo mejor éste no es el mecanismo más eficaz para resolver las controversias que surjan entre Estados en el campo del Derecho Internacional del Medioambiente, especialmente cuando implican cuestiones complejas de hechos científicos.

La eficacia de la sentencia también está limitada debido al carácter de la CIJ como un tribunal de arbitraje entre Estados que han aceptado su jurisdicción, cuyo juicio solo se impone a las partes de ella⁹⁵. El juicio por lo tanto, no resulta en una moratoria mundial de la caza de ballenas, ni elimina categóricamente al uso de muestreos letales como método de investigación científica en virtud del artículo VIII. Tampoco impide a Japón de cazar ballenas en el futuro bajo otros programas, sobre todo en el norte del Pacífico, ni afecta a la conducta de otras naciones que actualmente se dedican a las operaciones balleneras comerciales, tales como Noruega e Islandia⁹⁶.

A pesar de esas limitaciones, la contribución del fallo sigue siendo importante en la adjudicación del Derecho Internacional del Medioambiente en su evaluación de la evidencia científica, así como su contribución a la formación de la *opinio juris communis* en el principio de conservación de las poblaciones de ballenas. El efecto inmediato de la sentencia fue poner fin a las actividades de JARPA II y así detener la caza de ballenas en el Océano Austral, a la que Japón ya demuestra indicios de cumplimiento⁹⁷.

Aunque la Corte diplomáticamente evitó caracterizar las actividades de JARPA II como comerciales, rechazó por un amplio margen la afirmación de que el programa tenía fines de investigación científica, estableciendo un estándar elevado que se aplicará en el escrutinio de programas similares en el futuro.

95 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 59.

96 Aunque ambas son partes en la CBI, Noruega ha presentado una objeción contra la moratoria sobre la caza comercial de ballenas y, por lo tanto, no está vinculada por ella, mientras que Islandia se re-unió a la CBI en 2002 sujeto a una reserva en disputa contra la moratoria. Véase WHALE AND DOLPHIN CONSERVATION. "Whaling in Iceland". 30 de junio de 2012 [en línea] <<http://us.whales.org/issues/whaling-in-iceland>> [consulta: 20 de mayo 2014]

97 BUSINESS INSIDER. "The UN Ban on Japanese Whaling is already having positive effects". 4 de abril 2014. Agence France Press [en línea] <<http://www.businessinsider.com/the-un-ban-on-japanese-whaling-is-already-having-positive-effects-2014-4>> [consulta: 1 de junio 2014]. Sin embargo, en noviembre del 2014, Japón anunció un plan de investigación para un nuevo "Programa de Investigación de Ballenas en la Antártida" para reemplazar los programas anteriores, cuyo diseño pretende limitar el uso de muestra letal y mejorar los datos biológicos y ecológicos. NDI HODGSON-JOHNSTON y JULIA LABOUR. "Japan's new whaling program is a small win for whales, but...". 19 noviembre 2014. [en línea]. The Conversation. <<http://theconversation.com/japans-new-whaling-program-is-a-small-win-for-whales-but-34420>>.

El estándar de la Consulta Indígena en Chile. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Hidroeléctrica Neltume

The standard of indigenous consultation in Chile. Commentary on the Supreme Court's ruling on the Neltume hydroelectric power plant

Jorge Ossandón Rosales
Universidad de Chile, Chile

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Coordinador de Estudios, ONG FIMA
Investigador Asociado del Centro de Derecho Ambiental,
Universidad de Chile
jorge1640@ug.uchile.cl

RESUMEN

El comentario trata sobre el caso central hidroeléctrica Neltume y el estándar que debe tener la consulta indígena dentro de la evaluación ambiental. En el caso coinciden los criterios de la Corte Suprema y los de la autoridad administrativa en la correcta aplicación procedimental y sustancial de la consulta indígena. La Corte ratifica en forma y fondo el proceso de consulta llevado a cabo por el ente administrativo. Este fallo tiene algunas implicancias en el desarrollo y aplicación de la consulta indígena derivada de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile. El conflicto y la decisión en el desarrollo, alcances y consecuencias de la consulta están asentados en un estatuto débil, de carácter administrativo y con una creciente falta de legitimidad a nivel de los pueblos originarios afectados, que piden la tutela de sus derechos vía ejercicio de facultades conservadoras de la Corte, a través del recurso de protección.



Este caso pone en evidencia ciertos problemas recurrentes ¿Cómo se determinan los grupos humanos indígenas para efectos de incluirlos o no en el procedimiento de consulta? Un problema de legitimación (administrativa/judicial); ¿Cabe impugnar un procedimiento administrativo de consulta cuando no existe resolución final y todavía se encuentra abierto o en curso? Un problema de impugnación de actos trámite; ¿Cabe detenerse en la conveniencia o no de una reinterpretación de toda la legislación administrativa a partir de la ratificación del Convenio 169? Finalmente el artículo termina con un panorama general de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el año 2014 relativa a los pueblos originarios.

Palabras clave: consulta indígena, recurso de protección, Convenio 169, Corte Suprema, central hidroeléctrica.

INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes tiene su antecedente directo en el Convenio 107 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT)¹, con un origen histórico simple, estaba destinado a subsanar el abuso que se producía sobre personas indígenas a la hora de prestar su consentimiento en un contrato de trabajo, presentado en el idioma oficial, sin atender a la diversidad lingüística del lugar ni al analfabetismo de la población. Esta primera etapa de protección tenía una visión del indígena como objeto de derechos, marcadamente asistencialista.

En una segunda etapa, el Convenio 169² responde a un cambio internacional en el enfoque, intentando pasar de una mirada paternalista y objeto de ayuda del Estado, a una basada en el indígena como sujeto de derechos, tanto en su dimensión individual como colectiva.

Este cambio en el paradigma jurídico solo ha llegado a Chile muy recientemente, al ratificar el Convenio 169 en el año 2008, y con la creación de un estatuto a nivel administrativo todavía más reciente y aún en desarrollo, conformado por los Decretos Supremos N° 95/2001 Minsegres, N° 40/2012 Ministerio del Medio Ambiente y N° 66/2013 Ministerio de Desarrollo Social.

En este contexto normativo surge la dificultad de determinar criterios o estándares adecuados en cómo llevar a cabo este tipo de procesos, cuestión más difícil cuando se suma la consulta indígena dentro de la evaluación ambiental. El caso Neltume nos otorga ciertos criterios compartidos entre la Corte Suprema y el Servicio de Evaluación Ambiental respecto de la consulta, al ratificar en forma y fondo el fallo de primera instancia del recurso de protección interpuesto por comunidades indígenas en contra del proceso llevado a cabo por la autoridad ambiental. Cabe aún aunar criterios con los pueblos originarios, que han utilizado el recurso de protección para solicitar el ejercicio de las facultades conservadoras de las Cortes.

1 El Convenio 107 fue adoptado en 1957 por los Estados miembros de la OIT, mientras que el Convenio 169 fue adoptado en el año 1989, ratificado por Chile en 2008. Ambos convenios difieren en su enfoque, mientras que el 107 consideraba la idea de integración de los pueblos indígenas y su ineludible desaparición con la modernidad, el 169 alude a la permanencia de dichas sociedades, requiriendo el respeto de la diversidad cultural y étnica. OIT. Convenio N° 107. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales [en línea] <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>> [consulta: 5 de abril de 2014]

2 Aprobado por la Conferencia General de la OIT en 1989 y entrando en vigencia en 1991, luego de un año desde la ratificación de Noruega y México. Para un resumen del contexto e inserción del Convenio en el Derecho Internacional de lo DD.HH. ver MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. "Una visión panorámica del al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile". *Centro de Estudios Públicos*. 121. 2011. pp. 133-212.

En cualquier caso la interpretación de este Convenio debe hacerse teniendo en cuenta una interpretación amplia y no restringida dado que el “fin y sentido del tratado es aumentar, y no restringir, la participación indígena en los asuntos que les afecten”³.

1. Antecedentes del caso hidroeléctrica Neltume

El día 2 de diciembre de 2010 ingresó al Sistema de Evaluación Ambiental el Estudio de Impacto Ambiental el proyecto “Central Hidroeléctrica Neltume”, cuyo proponente es Endesa Chile S.A., ubicado en la Región de los Ríos, comuna de Panguipulli. Consiste en la instalación de una central hidroeléctrica de 490 MW, contemplando la construcción de una bocatoma para captar las aguas del río Fuy, las que luego serían conducidas hasta una caverna de máquinas mediante obra de aducción subterránea de aproximadamente 10 kilómetros de longitud. El titular reconoció dentro del procedimiento de evaluación que se generaban ciertos efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11 de la Ley N° 19.300, entre otros la afectación a población protegida por leyes especiales, específicamente los art. 8 a) y c)⁴, 9 a)⁵, 11 d)⁶ del DS N° 95/2001.

3 CONTESSE SINGH, Jorge (Editor). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismo y obstáculos para su implementación*. Ediciones UDP. 2012. p. 195.

4 Artículo 8.-El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas. Se entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas, y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo. Asimismo, a objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, se considerará el cambio producido en las siguientes dimensiones que caracterizan dicho sistema de vida:

a) dimensión geográfica, consistente en la distribución de los grupos humanos en el territorio y la estructura espacial de sus relaciones, considerando la densidad y distribución espacial de la población; el tamaño de los predios y tenencia de la tierra; y los flujos de comunicación y transporte. c) dimensión antropológica, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados;

5 Artículo 9.- El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, se considerará: a) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales;

6 Artículo 11.-El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad, respecto a su área de influencia, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará: la proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano.

Ante esta identificación, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de los Ríos resolvió realizar un proceso de consulta previa indígena, mediante la notificación a ocho comunidades de la Resolución Exenta N°002 de 29 de abril de 2013⁷, que a juicio de la autoridad eran los grupos que se encontraban dentro del área de influencia del proyecto susceptibles de ser afectadas.

Con posterioridad, las comunidades ingresaron una solicitud al SEA, pidiendo anular el proceso de consulta iniciado por no cumplir este con la normativa legal, constitucional y reglamentaria derivada de la aplicación del Convenio 169⁸.

La respuesta del SEA, frente a la propuesta de consulta, se efectuó mediante carta N° 046 de 5 de febrero de 2014, rechazándola en todos sus aspectos. Ante la negativa, las Comunidades Indígenas Inalafquen e Inocente Panguilef y la Asociación Indígena Futa Koyagtun Coz Coz Mapu interponen un recurso de protección contra el acto ilegal y arbitrario que constituía la carta de negativa a sus peticiones, contra el Director del SEA de Los Ríos, al afectar las garantías constitucionales de igualdad ante la ley⁹, al ignorar una diferencia reconocida y amparada, dado que viola y no aplica la normativa correspondiente a aplicar el deber de consulta según el artículo 6 del Convenio 169; de propiedad sobre toda clase de bienes¹⁰, dado que al no realizar la consulta se omite uno de los mecanismos a través de los cuales el ordenamiento jurídico protege de manera especial sus tierras y territorios; la libertad de conciencia, la 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 público¹¹; y por último, se alega su libertad de desarrollar actividades económicas¹².

2. Decisión del recurso de protección

En primera instancia la Corte de Apelaciones de Valdivia resuelve rechazar el recurso de protección, por no ser el acto recurrido susceptible de afectar garantías constitucionales:

7 2 años y 4 meses después de haber sido ingresado el proyecto el SEIA.

8 Requiriendo en resumen 3 cosas: a) Realizar un proceso de consulta indígena ajustado en su integridad a los principios de consulta previa, informada y de buena fe, realizada a través de instituciones representativas y bajo procedimientos adecuados culturalmente, que tengan por finalidad la obtención de acuerdos; b) Análisis de Estudio de Impacto Social y de información a las Comunidades. Los recurrentes en la propuesta propugnan una revisión del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto y sus adendas, con fondos proporcionados por el Estado; c) Informes de servicios públicos. En la propuesta se plantea la realización de informes técnicos específicos que dilucidan la dudosa información presentada por el proponente por determinados organismos públicos.

9 Art. 19 N° 2. Constitución Política.

10 Art. 19 N° 24. Constitución Política.

11 Art. 19 N° 6. Constitución Política.

12 Art. 19 N° 21. Constitución Política.

“Quinto: Que, como queda en evidencia, *el acto censurado*, dictado en el marco de la evaluación y calificación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Neltume, específicamente una carta que responde negativamente a una petición de reiniciar la consulta indígena, para elevar su estándar, expedida en un procedimiento que 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”¹³.

Por tanto, la Corte de Apelaciones concluye que un acto trámite en el proceso de evaluación ambiental, no es apto para privar, perturbar o amenazar garantías constitucionales¹⁴.

Elevado en apelación, la Corte Suprema ratifica la decisión de primera instancia, resolviendo rechazar el recurso de protección, pero eliminando el Considerando Quinto y Sexto, es decir no acogiendo la idea por la cual un acto trámite no puede vulnerar garantías¹⁵.

La Corte asienta su decisión sobre dos cuestiones; 1. La existencia de puntos discordantes entre la carta propuesta por las comunidades (por la cual se solicita una nueva consulta indígena) y; 2. La carta por la cual el SEA da respuesta a dicha petición. Se analizan además las diferencias entre el proceso de consulta indígena propuesto por las comunidades y el proceso que se estaba llevando a cabo dentro del SEIA:

“Quinto: Que, haciendo abstracción de la naturaleza jurídica del acto recurrido, para el efecto de analizar si éste vulnera o tiene la aptitud de vulnerar las garantías constitucionales que los recurrentes piden a esta Corte amparar, es del caso analizar las respuestas contenidas en la carta que da origen a este recurso a las propuestas formuladas por los recurrentes, en el mismo orden en que aparecen expuestas”¹⁶.

Esta es la razón de la Corte Suprema para eliminar de su decisión los Considerandos 5º y 6º de la sentencia de primera instancia. Por tanto, una primera conclusión preliminar derivada de este párrafo, es que más que la naturaleza del acto recurrido, importa el

13 Corte de Apelaciones de Los Ríos. Rol Nº 147-2014. Considerando 5º.

14 Corte de Apelaciones de Los Ríos. Rol Nº 147-2014. Considerando 6º

15 Sin perjuicio de su eliminación el argumento por el cual el acto trámite no es susceptible de afectar garantías sí es utilizado por la Corte para rechazar recursos de protección. Ver: Corte Suprema. Rol Nº 25.128-2014. Jara con SEA de Tarapacá. Fallo de primera instancia Corte de Apelaciones de Iquique. Rol 414-2014. Considerando 2º.

16 Corte Suprema. Rol Nº 12.450-2014. Comunidades Indígena Inalafquen y otros con SEA de Los Ríos. 3 de septiembre de 2014. Considerando 5º.

fondo para determinar si existe o no vulneración de garantías. No es relevante al ejercicio de facultades conservadoras el hecho que el acto recurrido sea de aquellos llamados de trámite. La vulneración, de existir, estaría en las "respuestas contenidas en la carta" del órgano administrativo a las comunidades, más que en la forma o vehículo en el cual se contienen. Por tanto la Corte analiza y compara¹⁷.

De la comparación de ambos documentos la Corte concluye que lo negado por la autoridad administrativa dice relación con dos puntos; 1. La inclusión de uno de los recurrentes al proceso de consulta. No fue incluido porque a juicio de la autoridad no formaba parte del área de influencia del proyecto, por tanto, no susceptible de ser afectado;

17 Comparación de documentos:

Carta de Comunidades al SEA	Carta del SEA respondiendo a las Comunidades
<p>Realización de un proceso de consulta indígena ajustado en su integridad a los principios de consulta previa, informada y de buena fe, realizada a través de instituciones representativas y bajo procedimientos adecuados culturalmente, que tengan por finalidad la obtención de acuerdos.</p> <p>El alcance de la consulta estiman debe alcanzar a las comunidades a las cuales se notificó la Resolución N° 002/2013 que dio inicio al proceso de consulta, a cualquier otra que sea identificada por las comunidades durante el proceso y/o solicite su inclusión, al Parlamento Mapuche de Coz Coz y a cualquier otra institución representativa que sea identificada como tal en el proceso de consulta</p> <p>La propuesta señala como principios que ésta sea previa, bajo procedimientos adecuados, con instituciones representativas, de buena fe, apropiada a las circunstancias, que tenga la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento de las medidas propuestas e informada.</p>	<p>En la Resolución Exenta N° 002/2013 que se dio inicio al proceso de Consulta en los que se contienen los principios que la inspiran, a las ocho comunidades indígenas que se encuentran dentro del área de influencia y que son susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto, a la notificación practicada a estas comunidades, a los encuentros practicados con las directivas y asambleas de éstas a fin de informarles los alcances del proceso, los derechos que les asisten y solucionar las dudas, con el objeto de que pudieran decidir libremente si ejercían el derecho a ser consultados.</p>
<p>Análisis de Estudio de Impacto Social y de información a las Comunidades.</p> <p>Los recurrentes en la propuesta propugnan una revisión del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto y sus adendas, con fondos proporcionados por el Estado para que las comunidades puedan contratar asesoría independiente.</p>	<p>Disponibilidad de destinar parte de su asignación presupuestaria a estos fines, contrataciones que deben efectuarse según lo establecido en la Ley N° 19.886, confeccionándose las bases para estos efectos previo consenso entre la totalidad de las Comunidades.</p>
<p>Informes de servicios públicos.</p> <p>En la propuesta se plantea la realización de informes técnicos específicos que diluciden la dudosa información presentada por el proponente por los organismos públicos.</p>	<p>El recurrido deja constancia que toda la información técnica se encuentra disponible en el expediente de evaluación y que ha sido objeto de revisión por parte de los organismos sectoriales pertinentes.</p>

2. El consentimiento, que a juicio de la misma autoridad no es el único fin posible, sino una opción dentro del procedimiento¹⁸.

No hay por tanto discordancia entre la consulta que a la fecha de la tramitación está en curso, llevada por el SEA y el procedimiento propuesto por los recurrentes, por tanto no existe vulneración de garantías constitucionales ni existe cautela urgente que otorgar:

"Séptimo: Que respecto del nuevo modelo de consulta planteado, salvo los puntos discordantes a que se hace referencia en el considerando anterior, no hay disparidades entre lo planteado por los recurrentes en su propuesta y lo establecido en la Resolución N° 002/2013 del SEA, sin que se haya acreditado en autos que lo que hasta la fecha de interposición del recurso se había realizado en el proceso de Consulta se aparte de los principios que deben inspirar a ésta, según lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT"¹⁹.

Incluso, agrega, las diferencias entre los recurrentes y el SEA (sobre la inclusión de una Asociación y sobre la hipótesis del consentimiento), no existe convencimiento necesario para otorgar resguardo:

"Octavo: Que en lo que dice relación con las discordancias, no surgen de los antecedentes acompañados a estos autos elementos de convicción en que a la fecha de interposición del recurso de protección la Asociación Parlamento Mapuche Coz Coz sea susceptible de ser afectadas por el proyecto, razón por la cual esta Corte no está en condiciones de adoptar medidas de cautela a este respecto"²⁰.

18 "Sexto: Que los aspectos planteados en la propuesta que son contradichos en la carta respuesta son los siguientes:

1°.- Inclusión de la Asociación Indígena Futa Koyagtun Koz Koz Mapu, Parlamento Mapuche de Coz Coz.

Se afirma en la respuesta que de momento dicha Asociación no se encuentra bajo la hipótesis de encontrarse bajo el área de influencia del proyecto y que sea susceptible de ser afectada directamente por éste.

2°.- Consentimiento.

Se expresa en la respuesta que: "En lo relativo a la hipótesis planteada sobre el consentimiento, se aclara que esta Dirección Regional agotará todas las instancias de diálogo para cumplir con la finalidad que el Convenio N° 169 de la OIT establece con respecto al deber de consultar (artículo 6 N° 2), consistente en llegar a acuerdos o lograr el consentimiento acerca de la medida administrativa propuesta. Lo anterior, sin perjuicio de la decisión definitiva que, de acuerdo a la legalidad vigente, deba tomar la autoridad competente con respecto al proyecto "Central Hidroeléctrica Neltume", en la eventualidad de que el proceso de diálogo culmine sin la obtención de acuerdos". Corte Suprema. Cit. ant. (16). Considerando 6°.

19 Corte Suprema. Cit. ant. (16). Considerando 7°.

20 Corte Suprema. Cit. ant. (16). Considerando 8°. Sobre el tema de la inclusión o consideración de comunidades que cumplan con el criterio de afectación directa y con la omisión o cambio de criterio por parte de la autoridad técnica relacionada con la consulta a las comunidades ver: Corte Suprema. Rol N° 11.299-2014. Comunidades indígenas Diaguitas con CEA de Atacama.

El sustento argumentativo respecto de la improcedencia del consentimiento, primero es el Convenio mismo en su art. 16 N° 2²¹, pero también dos fuentes indirectas, el Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT del año 2003 y la sentencia del Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008²², en lo relativo a la falta de obligatoriedad o carácter vinculante del resultado de la consulta para el Estado:

"Undécimo: Que el Tribunal Constitucional ha entendido que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, lo cual no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante"²³.

La Corte en definitiva confirma la sentencia de primera instancia, rechazando el recurso de protección interpuesto. Lo interesante del caso es que la razón del rechazo no es porque el conocimiento de estos temas sea resorte de la nueva institucionalidad ambiental, específicamente de los tribunales ambientales; o porque la impugnación de un acto trámite no es susceptible de afectar garantías; tampoco es una cuestión de legitimación ni de plazo. El rechazo es debido a que la Corte considera que lo solicitado por las comunidades recurrentes y lo que hasta ese momento había llevado a cabo el SEA sobre la consulta indígena, es decir, en aplicación del Convenio 169, cumplía con dicho estándar. Por tanto existe una coincidencia entre los criterios y la forma de la consulta del SEA con el criterio que en abstracto tienen la Corte sobre la consulta.

Así, implícitamente se reconoce que la consulta se debe delinear del siguiente modo: una vez que el proyecto ingresa al SEIA (se entiende entonces que no hay consulta antes del ingreso, criterio seguido por las comunidades en el recurso de protección interpuesto), se debe determinar el área de influencia del proyecto (se entiende que la Corte no cuestiona el hecho que el titular sea el que otorgue esa información)²⁴; se continúa con un proceso previo que corresponde a instancias de diálogo en los cuales tempranamente se comunica que el Estado decretará un proceso de Consulta Indígena de conformidad con lo dispuesto en el Convenio²⁵; se realizan encuentros para preparar la notificación de la resolución que

21 El "consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa por parte de los pueblos indígenas en los casos en que su traslado y reubicación de estos pueblos fuera de las tierras que ocupan se considere excepcionalmente necesario".

22 Tribunal Constitucional. Rol N° 1050-2008. Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la OIT, de 27 de junio de 1989 [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=904>> [consulta: 5 de mayo 2014]

23 Corte Suprema. Cit. ant. (16). Considerando 11º.

24 Corte de Apelaciones de Valdivia (16). Considerando 2º.

25 Ibid

abre la consulta²⁶; se notifica el acto administrativo que resuelve iniciar la consulta²⁷; le siguen encuentros con directivas y asambleas para explicar los alcances de la notificación de la apertura de la consulta; se otorga un espacio para la decisión de directivas y asambleas de comunidades para que determinen si ejercen o no su derecho a ser consultada²⁸; se discute la forma de llevar a cabo la consulta propiamente tal.

Debemos recordar lo señalado por el fallo de la Corte, por el cual indica que “Que respecto del nuevo modelo de consulta planteado, salvo los puntos discordantes a que se hace referencia en el considerando anterior, no hay disparidades entre lo planteado por los recurrentes en su propuesta y lo establecido en la Resolución N° 002/2013 del SEA”²⁹. Lo indicado por el SEA, en resumen, se corresponde con el párrafo anterior.

3. Alguna jurisprudencia anterior o coetánea a la entrada en vigencia del Convenio 169

Es necesario en este punto recordar algunos aspectos de la consulta en sus inicios, y contrastarlos con el esquema de consulta que en el caso Neltume la Corte acepta por parte de la autoridad administrativa a cargo de la evaluación ambiental. Se debe tomar en cuenta el estándar inicial de la consulta a nivel jurisprudencial con el caso Ducto de Celco, por donde se indicó por los recurridos que “se incurriría en un error, al dar por sentado el estatus de norma de derechos humanos al Convenio 169”³⁰ o que “la RCA no tendría el carácter de medida administrativa requerido por el artículo 6° del Convenio, debido que se configuraría como un “acto autorizatorio de efectos singulares, dirigido al titular del proyecto”³¹. Sin perjuicio de la decisión, que confirma la sentencia de primera instancia, el voto de minoría en el fallo de la Corte Suprema va delineando lo que hoy se asume como propio de la consulta al indicar “que no se cumplió con los estándares previstos por el Convenio, ya que la labor de informar no constituiría un acto de consulta, y quien los recibe no tendría la posibilidad real de influir en la decisión”³², la RCA en definitiva no tiene motivación que la sustente.

26 Ibid

27 Ibid

28 Ibid

29 Corte Suprema. Cit. ant. (16). Considerando 7°.

30 Corte Suprema. Rol N° 4078-2010. Javier Nahuelpán y otros con COREMA de la Región de los Ríos. 14 de octubre de 2010.

31 Ibid

32 Ibid

Sin embargo, en la misma jurisprudencia de la Corte, en los inicios de la aplicación del Convenio, o en el período intermedio entre la ratificación y la entrada en vigencia del instrumento es posible advertir una postura que considera como posible la interpretación de normativa no vigente, y aún más, de derecho internacional en la resolución de un caso sobre materias indígenas:

“(…) el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos”^{33,34}.

Por tanto el contraste de las argumentaciones y la evolución es evidente y positiva, pero quedan muchos aspectos objeto de discusión, incluso algunos sobrepasan la institucionalidad ambiental.

4. Contexto jurisprudencial en materia de recurso de protección y pueblos originarios durante 2014

Antes de llegar a las conclusiones del caso Neltume, es necesario describir algunas decisiones de la Corte para obtener un panorama general en el tratamiento judicial de pueblos originarios. Primero, se debe observar que el recurso de protección sigue vigente y disponible para las comunidades que alegan vulneración de garantías constitucionales, sin perjuicio de canales administrativos y judiciales especializados como los tribunales ambientales (aunque a la fecha no existe pronunciamiento por dichos tribunales sobre la consulta indígena).

33 Corte Suprema. Rol N° 7287-2009. Machi Francisca Linconao Huircapan con Sociedad Palermo Limitada. 30 de noviembre de 2009.

34 Un caso actual donde también se discutió la procedencia de la consulta en atención a la fecha en la cual entró en vigencia el Convenio en: Corte Suprema. Rol N° 23.046-2014. Huichalaf y otros con Dirección General de Aguas. 15 de octubre de 2014.

4.1 En materia de legitimación activa del recurso de protección

En materia de legitimación activa para interponer el recurso de protección el fallo del caso Caserones, si bien es rechazado en primera y segunda instancia, otorga resguardo de este presupuesto procesal, otorgando amplitud y una postura de no exclusión y reconociendo la garantía del art. 19 N° 8 como un derecho social:

“3°) Que, en otro orden de cosas, y ante la expansión significativa que ha venido exhibiendo el recurso de protección a través de los años, atento al incremento en la demanda por tutela de derechos, mostrando con ello una postura más abierta en la legitimación, es así que, tanto la jurisprudencia como 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 persona alguna excluida de su ejercicio, siendo del caso consignar, igualmente, que el derecho definido en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental -que se invoca en la especie- es de índole individual, pero al mismo tiempo social, pues, por una parte, constituye un derecho subjetivo de todas las personas naturales, tanto para vivir en un ambiente libre de contaminación, como para disfrutar de una naturaleza no dañada o alterada y, por otra parte, conforma asimismo un derecho social, por cuanto resguarda bienes jurídicos de carácter colectivo que deben ser protegidos por el Estado”³⁵.

4.2 En materia de vicios del procedimiento de evaluación y afectación de la igualdad ante la ley

En materia de vicios del procedimiento de evaluación, falta de motivación y consulta, el caso El Morro es demostrativo de cómo un vicio en un informe de un órgano técnico, como es CONADI, alcanza a la RCA, la que es anulada por afectar la igualdad ante la ley de los recurrentes y no hacerlas parte del proceso de consulta, tornando el acto en ilegal y arbitrario:

“TRIGESIMO: Que en este orden de consideraciones, conforme lo ha establecido reiteradamente este Tribunal, la falta de fundamentación de los Informes N°00 [sic] y 564 de 9 y 21 de octubre de 2013, incorporados al Informe Consolidado

35 Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 124-2014. Frutícola y Exportadora Atacama Ltda. y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama. 12 de junio de 2014.

de Evaluación de 14 de octubre de 2013, dado que incumplen los preceptos legales contenidos tanto en la Ley N° 19.880 como en la Ley N° 19.300, que hacen imperativa su motivación, deviene en que la opinión favorable otorgada al proyecto adolezca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria.

Como consecuencia de lo expuesto, la Resolución de Calificación Ambiental N° 232 de 22 de octubre de 2013, que es el acto administrativo terminal recurrido en estos autos, carece también de la debida motivación e igualmente deviene en ilegal y arbitraria por carecer del sustento que la ley le impone, vulnerando la garantía establecida en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que se traduce en una discriminación arbitraria respecto de los recurrentes, al desconocer que a ellos debe dárseles el mismo trato que a otras Comunidades y/o Asociaciones Indígenas y/o personas en relación a las cuales la Conadi ha informado en forma negativa la pertinencia de efectuar una Consulta Indígena o ha informado positivamente el cese de una consulta indígena en proceso de realización³⁶.

4.3 En materia de cautela de garantías y existencia de tribunales especializados

En materia de ejercicio de facultades conservadoras mediante el recurso de protección y su relación con los tribunales ambientales, el caso Bocamina II, donde si bien el objeto de discusión no fue la consulta indígena, tiene relevancia para entender cómo se entiende la cautela de garantías y la existencia de tribunales especializados:

“(…) la dictación de los cuerpos legales antes aludidos (se refiere a la Ley 20.600 y 20.417), en forma alguna merman o disminuyen la competencia cautelar de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema para analizar las materias que son propuestas a través del arbitrio en estudio, siendo relevante poner de manifiesto que en relación a la vulneración de la garantía prevista en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República se deben analizar todas aquellas materias que puedan configurar un acto ilegal que atente en contra de tal garantía³⁷.”

36 Corte Suprema. Rol N° 11.299-2014. Comunidad Indígena Diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación de Atacama. 7 de octubre de 2014.

37 Corte Suprema. Rol N° 15.737-2014. Sindicato Caleta Lo Rojas Coronel con Endesa S.A. 6 de noviembre de 2014. Considerando 24º.

4.4 El recurso de protección como *última ratio*

Finalmente en materia de la forma en la cual se inserta el recurso de protección en el marco constitucional y legal se debe atender a la idea de *última ratio*:

“(...) dentro del contexto de la nueva institucionalidad ambiental, el recurso de protección reviste una acción de *última ratio*, por cuanto el legislador implementó una serie de acciones administrativas y judiciales, con medidas cautelares incluidas, para evaluar técnicamente las resoluciones de las Comisiones Regionales de Evaluación y para sancionar la implementación posterior de los proyectos (...)”³⁸.

38 Corte Suprema. Rol N° 11.299-2014. Comunidad Indígena Diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación de Atacama.7 de octubre de 2014. Considerando 33º.

CONCLUSIONES

Con el fallo que recae sobre el proyecto hidroeléctrico Neltume se valida en forma y fondo la consulta indígena llevada a cabo por el SEA en el marco de una evaluación ambiental de un proyecto que ingresó mediante EIA. Tanto la consulta indígena como la evaluación ambiental no han finalizado, por ello la Corte deja la puerta abierta a los recursos de la ley 20.600. Sin perjuicio que el recurso tanto en primera como en segunda instancia es rechazado, uno de los aspectos positivos del fallo de la Corte Suprema es que elimina las consideraciones que aluden a la improcedencia del recurso de protección por actos trámite (Considerandos quinto y sexto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia).

En el caso de la utilización del recurso de protección, este viene a ser la aplicación del art. 12 del Convenio 169, en tanto es deber del Estado mantener un instrumento que tenga por fin el resguardo de los derechos indígenas y protegerlos de una violación³⁹.

Observamos también la evolución que han tenido las alegaciones basadas en el Convenio 169. Ya no se recurre porque no hubo consulta en absoluto, sino porque, realizada la consulta por la autoridad, no se ha hecho bajo los parámetros o estándar correcto⁴⁰.

Por último, se debe señalar otra evolución, el estándar de la Corte era alto respecto a los criterios de la autoridad administrativa⁴¹, en el Caso Neltume, el estándar es compartido entre la Corte y el Servicio de Evaluación, sin embargo quedan cuestiones aún por consensuar entre el Estado y los pueblos originarios en torno a la aplicación del Convenio: configuración de la consulta en etapas anteriores al ingreso del proyecto en el SEIA, la definición del área de influencia, que a su vez determina el radio en el cual la autoridad debe definir las comunidades convocadas y los aspectos procedimentales en los casos en los que las comunidades deciden no participar del proceso o guardan silencio.

39 Art. 12. Primera parte. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

40 La falta absoluta de consulta por parte de los órganos y servicios públicos, por falta de experiencia en la aplicación del Convenio, la podemos observar por ejemplo en el Rol N° 258-2011. Corte Suprema. Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra COREMA de Antofagasta (Caso modificación del instrumento de planificación territorial de San Pedro de Atacama).

41 Por ejemplo en el Rol N° 11.040-2011. Corte Suprema. Consejo Territorial Alto Tarapacá y otros con Director del Servicio de Evaluación Ambiental (Caso sondeos de prospección Paguanta).



Instrucciones a los Autores



Instrucciones a los Autores

Justicia Ambiental, es una revista de la Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA, que tiene por objeto contribuir al desarrollo del Derecho Ambiental, promoviendo la discusión crítica y plural sobre temas jurídicos relevantes en esta materia. La Revista se compone de dos secciones: estudios y comentarios de jurisprudencia, en las cuales se aceptan trabajos inéditos de cualquier autor nacional o extranjero.

El Consejo Editorial de la Revista someterá a evaluación los trabajos recibidos, cuyo resultado será comunicado al autor a más tardar 90 días después de su recepción. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor cambios de forma que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

Las colaboraciones deberán presentarse escritas en idioma español, en páginas tamaño carta, letra Times New Roman 12, a espacio y medio. Aquéllos correspondientes a estudios no podrán tener una extensión superior a 30 páginas.

Tratándose de estudios, el autor titulará su trabajo de la forma más breve posible en español e inglés, y anotará al inicio su nombre y apellidos, grado académico, dirección postal, correo electrónico y la institución a la que pertenece. Además, se deberá incluir un resumen del contenido del trabajo al inicio del texto en español y en inglés y en no más de dos párrafos. Por último deberá contener 5 palabras claves en español e inglés.

La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 15 páginas, incluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, de acuerdo a la norma de citas ISO 690.



JUSTICIA AMBIENTAL

Las colaboraciones deben enviarse al correo electrónico **fima@fima.cl**

Toda solicitud de colaboración, canje o suscripción debe dirigirse a:

Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA

Portugal 120, oficina 1-A, Santiago / (56-2) 222 216 70

www.fima.cl