



JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XII, Nº 12 / DICIEMBRE 2020

■■■ HEINRICH
BÖLL
STIFTUNG
CONO SUR

Con derecho al ambiente



FIMA
ONG - Desde 1998

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@dereediciones.com o visite nuestra página web www.dereediciones.com

REVISTA JUSTICIA AMBIENTAL N° 12

© ONG FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE FIMA

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@dereediciones.com

www.dereediciones.com

ISSN 0718-736X

Primera edición, enero de 2021 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

Consejo Editorial:

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

Directora general:

Gabriela Burdiles Perucci

Editora:

Victoria Galleguillos Alvear

Auspicia:

Fundación Heinrich Boll

Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente FIMA
ISSN N° 0718-736X - Santiago de Chile

Representante legal:

Fernando Dougnac Rodríguez
Mosquito N° 491, oficina 312, Santiago.
www.fima.cl

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

ÍNDICE

Nº 12 AÑO 2020

EDITORIAL

Crisis ambiental, pandemia y proceso constituyente: la urgencia de no volver a la “normalidad”	1
--	---

Gabriela Burdiles Perucci

ESTUDIOS ONG FIMA

Informe bonos verdes en Chile	7
Informe alternativo “Estado del ODS 16.3 sobre acceso a la justicia en Chile: Avances y desafíos para la justicia ambiental”	31

ARTÍCULOS

Incorporación de criterios de sustentabilidad en la actividad cotidiana del Estado.....	87
<i>Camilo Andrés Cornejo Martínez</i>	
Concurrencia de acciones en materia de daño ambiental: el paso desde las acciones conjuntas a sucesivas.....	113
<i>Mauricio Andrés Figueroa Mendoza</i>	
La pesada carga para la participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental.....	147
<i>Natalia Labbé Céspedes - Miguel Toro Salamanca - Isaías Urzúa Guerrero</i>	
Sobre el efecto expresivo del derecho en relación al cambio climático	173
<i>Antonio Rivas Vergara</i>	
Hacia un efectivo sistema de responsabilidad por daño ambiental.....	203
<i>Javiera Inés de los Angeles Salas Bustos</i>	
Antecedentes, regulación procesal y efectividad normativa de la figura del <i>amicus curiae</i> en Chile.....	237
<i>Cristián Peña y Lillo Delaunoy - Jaime Jansana Medina</i>	

Protección jurídica de las aves nativas en Chile	275
<i>Simón Ignacio Andrade Trujillo</i>	
Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia	303
<i>Diego Lillo Goffreri - Antonia Berríos Bloomfield</i>	

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El rol de la Corte Internacional de Justicia a partir del caso “Papeleras por el Río Uruguay”: desafíos del Acuerdo de Escazú	343
<i>Rocío Rodríguez Zamora</i>	
Los principios jurídicos <i>in dubio pro natura</i> e <i>in dubio pro aqua</i> . Su incorporación jurisprudencial al ordenamiento jurídico argentino	361
<i>Ananda María Lavayén - Juan Bautista López</i>	

EDITORIAL

CRISIS AMBIENTAL, PANDEMIA Y PROCESO CONSTITUYENTE: LA URGENCIA DE NO VOLVER A LA “NORMALIDAD”

Gabriela Burdiles Perucci
Directora General
Revista Justicia Ambiental

El año 2020 ha estado marcado por la crisis sanitaria causada por la pandemia del coronavirus (COVID-19). Chile, junto a otros países de América Latina, han encabezado las estadísticas mundiales de contagios. Además, de acuerdo con las estimaciones de Cepal, el número de desempleados de América Latina producto de la pandemia se elevará a más de 44 millones de personas¹, generando una inédita crisis económica y social en nuestros países. Esta crisis, en el caso de Chile, sucede además en el contexto político y social que vivimos luego del denominado “estallido social” de 2019 y del proceso constituyente iniciado tras el plebiscito de octubre.

La pandemia que vivimos se relaciona también con la emergencia ecológica y climática. Esto porque como se ha demostrado ampliamente, las enfermedades zoonóticas (virus que se transmiten de animales a humanos), las cuales estarían en aumento, provienen principalmente de la intervención humana sobre especies silvestres y de los impactos de nuestras actividades en el medio ambiente, como es el cambio climático. En efecto, existen estimaciones de que tres cuartas partes de las enfermedades nuevas o emergentes que infectan a los humanos, como el ébola, el dengue, el zika o la fiebre amarilla, se originan en la vida silvestre, así como por la alteración o degradación de los ecosistemas².

¹ CEPAL (2020), “Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe”, 30 de julio 2020. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45840/1/S2000462_es.pdf>

² EDWARDS *et al.* (2020), “¿Cuáles es el vínculo entre COVID-19 y las emergencias ecológica y climática?”, 25 de marzo de 2020. Disponible en: <<https://blogs.iadb.org/sostenibilidad/es/cual-es-el-vinculo-entre-covid-19-y-las-emergencias-ecologicas-y-climaticas/>>.

Esta situación ha requerido adoptar no solo medidas sanitarias adecuadas para el control de la pandemia, sino también de ayuda social y de reconstrucción económica. Con este fin, muchos países han comenzado a elaborar planes para salir de la crisis, incluyendo a Chile³. Mucho se ha debatido también de la necesidad de que estas medidas tengan un carácter “verde, sostenible o transformador”⁴, enmarcándose en las metas o compromisos climáticos y ambientales de los países⁵.

Sin embargo, para perseguir dicho objetivo, debemos atender a la realidad económica de América Latina y de Chile, donde aún existe una fuerte dependencia de los combustibles fósiles y un desarrollo basado en la extracción de recursos naturales. Esta realidad ha resultado ser una fuente constante de conflictos socioambientales con las comunidades locales que sufren sus impactos y Chile no es la excepción, contando en la actualidad con 117 conflictos socioambientales, vinculados principalmente con el sector energético y la minería⁶.

En este escenario, el fortalecimiento de nuestro régimen normativo ambiental, como de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia ambiental, pueden servir como un marco de garantías fundamental para la adecuada elaboración e implementación de decisiones y políticas más sostenibles e inclusivas de recuperación económica. Asimismo, la oportunidad que se abre de contar con una “Constitución Ecológica” en Chile, que refleje estas prioridades y garantías de manera transversal, puede aportar a lograr ese cometido y a enfrentar la crisis climática en la

³ GOBIERNO DE CHILE, “Plan de reactivación económica”. Disponible en: <<https://www.gob.cl/juntosporchile/reactivacioneconomica/>>.

⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020), “Boosting the EU’s green recovery: Commission invests €1 billion in innovative clean technology projects”. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1250>.

En América Latina y el Caribe, Campaña “Reactivación transformadora por un futuro sostenible, justo e inclusivo”. Disponible en: <<https://reactivaciontransformadora.com/inicio>>.

⁵ CEPAL (2020), “Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe”. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45840/1/S2000462_es.pdf>.

⁶ INDH, “Mapa de Conflictos Ambientales”. Disponible en: <<https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>>.

que estamos inmersos. Ahora más que nunca necesitamos cambios y soluciones innovadoras para no volver a la “normalidad” que nos tiene en este punto.

El duodécimo número de la *Revista Justicia Ambiental* aborda algunas de estas cuestiones en tres secciones: 1) Estudios, 2) Artículos y 3) Comentarios de jurisprudencia. En primer lugar, la sección Estudios agrupa dos informes de la ONG FIMA: en particular, el primero, sobre bonos verdes en Chile, y otro sobre el Estado del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) número 16 sobre Acceso a la Justicia en Chile.

El objetivo de estos estudios es evaluar el estado y avance, por una parte, de los mecanismos de financiamiento público y privado del cambio climático en Chile, a través de los denominados “bonos verdes”, y, por otra, del ODS 16.3 sobre acceso a la justicia en materias ambientales. Este último informe demuestra las importantes brechas que aún existen en la práctica para la efectiva implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental.

En la sección de “Artículos”, la revista cuenta con importantes colaboraciones en temas de acceso a la justicia ambiental, como son los artículos de Mauricio Andrés Figueroa Mendoza, Javiera Inés de los Ángeles Salas Bustos, Cristián Peña y Lillo Delaunoy y Jaime Jansana Medina, quienes abordan aspectos como la concurrencia de acciones en materia de daño ambiental, el sistema de responsabilidad por daño ambiental y la figura del *amicus curiae*, respectivamente. Asimismo, Camilo Andrés Cornejo Martínez, en su artículo examina la incorporación de criterios de sustentabilidad en la actividad cotidiana del Estado y la necesidad de contar con un instrumento para que este minimice los impactos de su propia actividad en los servicios que diariamente ejecuta, como son las compras públicas.

En materia de participación ciudadana, Natalia Labbé Céspedes, Miguel Toro Salamanca e Isaías Urzúa Guerrero se refieren a un importante desafío y obstáculo de nuestro sistema normativo ambiental, cual es la “pesada carga” que se ha depositado en las ciudadanas y ciudadanos para solicitar que se abra un proceso de participación en las declaraciones de impacto ambiental o DIAS –mecanismo mediante el cual ingresan la mayor parte de los proyectos al Sistema de Evaluación Ambiental–, y de acreditar, ante la autoridad ambiental, el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios.

Por su parte, Antonio Rivas Vergara analiza el proyecto de ley marco que se encuentra actualmente en el Congreso sobre cambio climático. Se refiere en particular al enfoque de “efecto expresivo” de la ley basado en los derechos humanos, que debe tener la regulación del cambio climático para los efectos de modificar e influenciar efectivamente el comportamiento de las personas mediante esta normativa. Finalmente, Simón Ignacio Andrade Trujillo aborda la protección jurídica de las aves nativas en Chile, alertando sobre la inexistencia de una regulación de protección de la fauna nativa acorde con los desafíos actuales, como es el cambio climático.

En la sección de jurisprudencia, se incluye un primer comentario de Rocío Rodríguez Zamora, denominado “El rol de la Corte Internacional de Justicia a partir del caso ‘Papeleras por el Río Uruguay’: desafíos del Acuerdo de Escazú”, donde la autora reflexiona sobre si la Corte Internacional de Justicia es una instancia apropiada para la resolución de controversias íntimamente ligadas a asuntos medioambientales, añadiendo el espectro de los derechos humanos, como es el caso del Acuerdo de Escazú.

Finalmente, Ananda María Lavayén y María José Brain Acuña comentan la incorporación jurisprudencial de los principios denominados *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* al ordenamiento jurídico argentino, en la interesante causa “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, de 2019, en la que se debatía el cese y recomposición ambiental de un humedal.

Agradecemos profundamente la participación y colaboración de todas y todos los autores, quienes nos ayudan a difundir el conocimiento del derecho y la justicia ambiental, aportando con sus conocimientos e importantes reflexiones en un año crucial de nuestra historia.

ESTUDIOS ONG FIMA

INFORME BONOS VERDES EN CHILE¹

1. INTRODUCCIÓN

Ante la emergencia climática, los compromisos internacionales a los que Chile se ha suscrito y las constantes presiones ciudadanas por un desarrollo más sostenible, ha ido tomando preponderancia una nueva modalidad de inversión: los bonos verdes. Estos corresponden a instrumentos financieros que permiten el desarrollo de proyectos sujetos al cumplimiento de criterios ambientales. La inversión en este tipo de instrumentos es un área más bien reciente, que experimentó un aumento importante desde la primera emisión en 2008², siendo hoy el monto de transacción a nivel mundial de aproximadamente USD 258,9 billones³. Ello da cuenta de que los inversionistas valoran los criterios de responsabilidad ambiental incluso por sobre otras variables que inciden en la rentabilidad de las inversiones. Esto, a su vez, incentiva a las corporaciones a priorizar este tipo de financiamiento, con el fin de posicionarse con una mayor reputación en términos de sostenibilidad frente a los inversionistas.

En un contexto de crisis sanitaria y económica, el uso de bonos verdes como herramienta de financiamiento se vuelve fundamental. En efecto, con la pandemia del coronavirus, el desempleo en el Gran Santiago alcanzó una tasa de 15,6 %, su nivel más alto en 20 años⁴, y se espera uno de los escenarios de contracción más graves del último tiempo, que, según las proyecciones del Banco Central, alcanzaría una caída del PIB de entre 4,5 y 5,5 % para finales de 2020⁵. Urge, por tanto, el desarrollo de inversiones inteligentes para reactivar la economía de una manera sostenible a largo plazo. En esa línea, por ejemplo, Espacio Público propone una serie de medidas para recuperar empleos con triple ganancia: resiliencia climá-

¹ Documento elaborado por Laura González Ugalde. Economista, Universidad de Chile. Estudiante magíster en Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora ONG FIMA.

² WORLD BANK (2018), p. 6.

³ ALMEIDA (2019), p. 4.

⁴ CENTRO DE MICRODATOS (2020), p. 4.

⁵ BANCO CENTRAL DE CHILE (2020), p. 5.

tica, inclusión social y multiplicador fiscal, entre las que se encuentra la implementación de programas de emergencia para la reducción del riesgo de desastres, particularmente la preparación ante incendios forestales, la restauración de quebradas y la limpieza de predios forestales; el reacondicionamiento térmico de viviendas y calefacción sustentable y el desarrollo de proyectos urbanos que fortalezcan el transporte bajo en emisiones y mejoren la infraestructura de áreas verdes⁶.

Un programa de inversión de ese tipo puede ser desarrollado, en parte, a través de la emisión de deuda con bonos verdes. Al estar sujetos al monitoreo de agencias calificadoras externas, se asegura una asignación efectiva de los fondos en proyectos de relevancia ambiental y una mayor transparencia del proceso respecto de los bonos tradicionales.

El presente documento pretende realizar un seguimiento de los bonos verdes soberanos y corporativos en Chile, evidenciando aquellas áreas en donde se ha ejecutado el gasto. Con ello se demuestra que el sector financiero puede tener un rol preponderante en el manejo de la crisis climática.

2. LOS BONOS

Los bonos corresponden a instrumentos financieros de deuda que pueden ser emitidos tanto por corporaciones privadas como por instituciones gubernamentales y que son utilizados, generalmente, para el financiamiento de proyectos. A través de la venta de bonos, el emisor se compromete a pagar una tasa de interés al comprador (comúnmente denominado tenedor), además de devolver el capital prestado en un período determinado⁷. Si bien dichos instrumentos son clasificados como instrumentos de renta fija, puesto que la rentabilidad es conocida con anterioridad, el precio del bono es variable y depende de su valor nominal, el cupón, la tasa de interés y el vencimiento.

En efecto, dentro de los elementos principales del bono se encuentra el valor nominal, también denominado principal, que es aquel que debe ser devuelto al tenedor en la fecha pactada; el cupón, que constituye el pago que el tenedor recibe cada período y que se obtiene en base a una tasa de

⁶ BITRÁN *et al.* (2020), pp. 1-3.

⁷ MINISTERIO DE HACIENDA. Disponible en: <<https://old.hacienda.cl/glosario/bonos.html>>.

interés fija (también denominada cupón); la tasa de interés, que es la tasa aplicada para descontar los flujos periódicos y actualizarlos a su valor presente neto, y el vencimiento, que es el período en que el emisor debe pagar al tenedor el valor nominal.

Por otro lado, los bonos pueden ser clasificados de acuerdo con la modalidad de sus pagos. Una primera categoría es la de los *bonos bullet o americanos*, donde el cupón corresponde únicamente a los intereses, cuyo pago se realiza periódicamente (de manera mensual, trimestral o anual). Al final del período, el emisor paga al tenedor del bono el monto del valor nominal y el último cupón correspondiente.

Una segunda categoría es la del *bono cupón cero*, en la que el inversionista no recibe intereses de manera periódica. En ese sentido, la rentabilidad proviene de la diferencia entre el precio de adquisición del bono y del monto nominal que recibe al final del período.

La última categoría es la del *bono francés*, en la que el tenedor recibe cuotas fijas de manera periódica, que se van amortizando de manera progresiva, es decir, el componente de la cuota que corresponde al interés va disminuyendo a medida que pasa el tiempo.

Es importante mencionar que la compra de bonos no constituye necesariamente una inversión libre de riesgo. Dado que las tasas de interés experimentan variaciones, el precio del bono puede cambiar y, por lo tanto, el tenedor podría asumir pérdidas o ganancias. Lo mismo sucede con variables como la inflación, el tipo de cambio y el riesgo de *default* (incapacidad de pago) de la entidad emisora. Sin embargo, en los mercados un mayor riesgo se asocia con una mayor tasa cupón, es decir, los bonos de alto riesgo son compensados con un mayor pago cada período.

Generalmente, los bonos emitidos por gobiernos estables y con una política monetaria responsable se consideran de bajo riesgo. Esto se debe a que poseen una probabilidad casi nula de declararse en *default* y, en consecuencia, de verse imposibilitados de cumplir con los pagos al tenedor del bono. Algunos de los países mejor evaluados por distintas agencias internacionales son Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos, Holanda y Noruega⁸, que generalmente son calificados como emisores libres de riesgo.

⁸ Para mayor información acerca de la calificación de riesgo soberano, ingresar a <<http://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/606/w3-propertyvalue-21359.html>>.

Chile destaca por poseer un bajo riesgo dentro la región latinoamericana. El gobierno de Chile emite bonos a través de distintos organismos, entre los que se encuentran el Gobierno Central (Tesorería General de la República), las empresas públicas y el Banco Central de Chile⁹. El primero posee como objetivo financiar proyectos públicos y realizar el prepago de la deuda externa. Por otro lado, los bonos emitidos por las empresas públicas buscan financiar proyectos o satisfacer compromisos financieros. Por último, si bien el Banco Central es una entidad gubernamental, es importante recalcar que este constituye un órgano autónomo, por lo que los bonos emitidos son independientes de aquellos del Gobierno Central. Así, el Banco Central emite títulos de deuda, además de comprar y vender otros títulos, con el objetivo de regular la oferta de dinero, herramienta que constituye uno de los principales instrumentos de política monetaria.

3. LOS BONOS VERDES

Los bonos verdes constituyen un tipo de bono que permite el financiamiento y desarrollo de proyectos de índole ambiental. Acorde al Banco Mundial, las principales categorías en las que se pueden desarrollar proyectos elegibles hacen referencia a las energías renovables, la eficiencia energética (incluidos los edificios eficientes), la gestión sostenible de residuos, el uso sostenible de la tierra (incluidas la silvicultura y la agricultura sostenibles), la conservación de la biodiversidad, el transporte limpio, la ordenación sostenible de las aguas (incluida el agua limpia o potable) y la adaptación al cambio climático¹⁰. La emisión de estos bonos indica que los inversionistas ya no solo evalúan aquellas variables que tienen incidencia en la rentabilidad de la inversión (como el precio, cupón o vencimiento), sino que también incorporan en su proceso de decisión el impacto que sus acciones generan en el medio ambiente, impulsando, a su vez, el cambio en el desempeño ambiental de las corporaciones públicas y privadas.

La inversión en bonos verdes a nivel global ha ido en aumento. El reporte del estado global del mercado de bonos verdes realizado por Climate Bonds Initiative en 2019 muestra que hasta final de año se emitieron USD

⁹ BANCO CENTRAL DE CHILE (s.f.), pp. 21-77.

¹⁰ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO/BANCO MUNDIAL (2019), p. 30.

258,9 billones en bonos verdes, un 51 % más respecto a lo emitido en 2018. Los países con un mayor monto de emisión acumulada son Estados Unidos, China, Francia, Alemania y Holanda. Además, cuando se analiza la región latinoamericana, se observa que los países que lideran la emisión de bonos verdes son Chile y Brasil. La organización también hace énfasis en el crecimiento de los bonos verdes soberanos, por cuanto permiten obtener fondos para implementar proyectos públicos alineados con las metas del Acuerdo de París. En efecto, se destaca a Chile como el país que lleva el crecimiento en la emisión de bonos de este tipo en Latinoamérica, por su exitosa colocación en 2019¹¹.

4. LA EXPERIENCIA CHILENA: BONOS VERDES SOBERANOS

4.1. El “Marco Verde”

El Ministerio de Hacienda –en un trabajo conjunto con los Ministerios de Agricultura, Energía, Medio Ambiente, Obras Públicas y Transporte– desarrolló en 2019 el documento “Marco Verde”¹², que contiene los lineamientos para la emisión de bonos verdes soberanos. El documento fue evaluado por la calificadora Vigeo Eiris y obtuvo la mayor calificación. Además, los proyectos obtuvieron la certificación de la organización Climate Bond Initiative (CBI), lo que nos convierte en el segundo país, luego de Holanda, en obtenerla.

La guía especifica seis sectores en los que pueden desarrollarse proyectos verdes: (i) transporte limpio; (ii) eficiencia energética; (iii) energías renovables; (iv) recursos naturales vivos, uso del suelo y áreas marinas; (vi) Manejo de las aguas, y (vii) construcciones verdes.

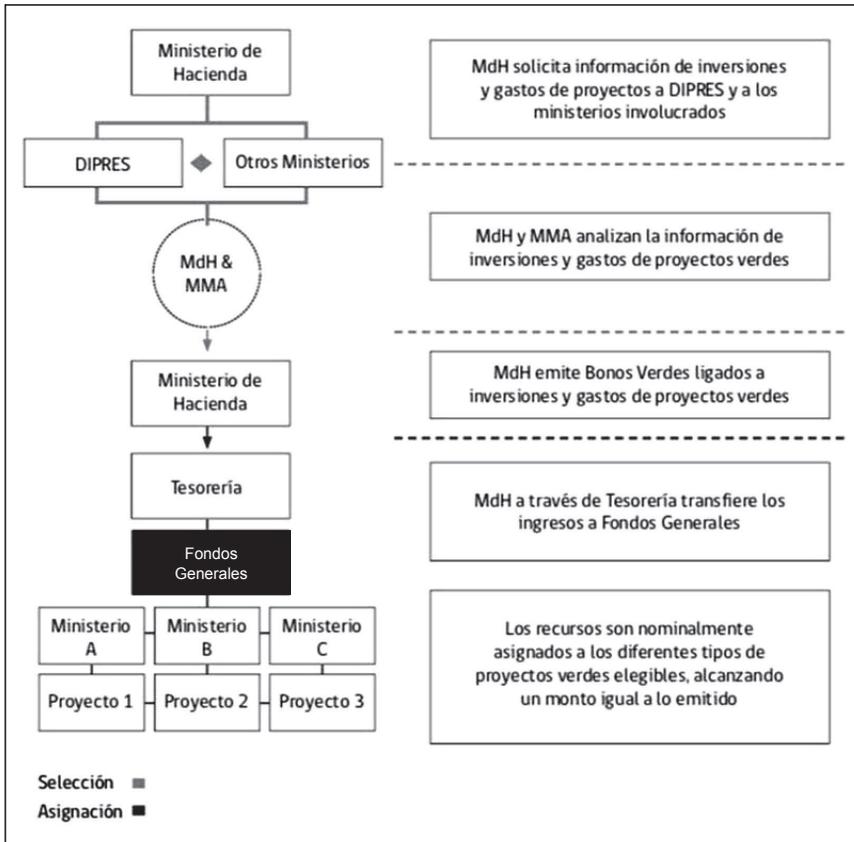
El proceso de evaluación y selección de los proyectos elegibles para el financiamiento se realiza de manera multisectorial. Así, el Ministerio de Hacienda, a través de un trabajo conjunto con la Dirección de Presupuestos (DIPRES) y otros ministerios sectoriales relacionados, evalúan aquellos proyectos que pertenecen a los sectores verdes y el gasto que implica su respectiva implementación. Con esto, generan un portafolio de proyectos

¹¹ ALMEIDA (2019), p. 5.

¹² REPÚBLICA DE CHILE (2019), pp. 3-17.

elegibles y, posteriormente, la Oficina de la Deuda Pública del Ministerio de Hacienda puede emitir los instrumentos de deuda que financiarán dichos proyectos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la emisión de deuda estará fijada por un monto menor al necesario para financiar todos los proyectos del portafolio. Esto se debe a que, durante el proceso, algunos proyectos podrían dejar de cumplir con los criterios de elegibilidad, por lo que los montos asignados pueden ser redirigidos a otros proyectos sin eventuales retrasos.

FIGURA 1:
PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN PARA GASTOS VERDES



Fuente: Marco para los bonos verdes, República de Chile.

El documento establece, además, que posterior a la emisión y la implementación de los proyectos, deberá existir un proceso de reporte. Así,

el Ministerio de Hacienda entregará a los inversores un reporte de asignación (desarrollado por el mismo ministerio) que indica en qué proyectos se invirtieron los fondos, y un reporte de impactos (desarrollado por el Ministerio del Medio Ambiente), que indica los impactos ambientales de la inversión.

4.2. Emisiones año 2019

El día 17 de junio de 2019, el gobierno lanzó su primer bono verde soberano –también el primero a nivel latinoamericano–, por US\$ 1.418 millones, con un vencimiento a 30 años. De acuerdo con la agencia calificadora Vigeo Eiris, las ganancias netas del bono serían distribuidas en cuatro categorías: (i) transporte bajo en carbono; (ii) energía solar; (iii) construcción baja en carbono, e (iv) infraestructura de aguas.

La agencia de calificación de riesgo Moody's anunció que el bono tuvo una demanda de más de 12 veces lo ofertado¹³ y alcanzó una tasa de 3,53 %, que corresponde a la más baja obtenida por el país en un plazo similar¹⁴. Es importante mencionar que la tasa refleja el riesgo que tiene el inversor, es decir, una tasa más alta implica que la entidad que emite el bono es más riesgosa o, en otras palabras, que el riesgo de no poder pagar es mayor. En ese sentido, una tasa baja como la obtenida refleja la confianza internacional en Chile y, con ello, su capacidad potencial de transitar hacia proyectos ambientalmente amigables. Por otro lado, el *spread* sobre la tasa de los bonos del tesoro norteamericano (US Treasury Bonds) fue de 95 puntos base¹⁵, la más baja entre economías emergentes para bonos con vencimiento a 30 años¹⁶. El *spread* soberano es un índice que muestra la diferencia entre el retorno que los inversionistas exigen a los bonos del

¹³ EL MERCURIO INVERSIONES (24 de junio de 2019). Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/inversiones/noticias/analisis/2019/06/24/moodys-y-primer-bono-verde-emitido-por-chile-sienta-fuerte-precedente-para-futuras-emisiones.aspx>>.

¹⁴ LA TERCERA (17 de junio de 2019). Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-obtiene-tasa-historicamente-baja-emision-primer-bono-verde/704045/>>.

¹⁵ La tasa de los bonos del tesoro norteamericano a 30 años fue de 2,58 %, mientras que la tasa del bono verde soberano fue de 3,53 %, ambas al 17 de junio de 2019.

¹⁶ LA TERCERA (17 de junio de 2019). Disponible: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-obtiene-tasa-historicamente-baja-emision-primer-bono-verde/704045/>>.

tesoro de Estados Unidos y al exigido en cualquier otro país¹⁷. Dado que los bonos del tesoro norteamericano son considerados libres de riesgo, una baja diferencia entre las dos tasas nuevamente indica una mayor seguridad del bono.

Una semana después de la emisión del primer bono verde soberano, el gobierno anunció la emisión de un segundo bono, por 861 millones de euros y con vencimiento a 12 años. Este obtuvo la tasa más baja que ha tenido Chile en euros; alcanzó el mínimo *spread* respecto de la tasa de referencia y tuvo una demanda mayor en 4,7 veces el monto ofertado¹⁸.

TABLA 1:
BONOS VERDES 2019

	USD	EUR
Monto	USD 1.418 millones (New Money por 523 millones y recompra por 895 millones)	€ 861 millones
Fecha <i>pricing</i> (T)	17 de junio de 2019	25 de junio de 2019
Madurez	25 de enero de 2050	2 de julio de 2031
Cupón/ <i>Yield</i>	3,500%/3,500 %	0,830 %/0,830 %
Precio	99,439 %	100,00 %
<i>Spread</i>	T + 95 pb	MS + 50 pb

Fuente: Bonos Verdes de la República de Chile 2019, Ministerio de Hacienda (2019a).

Así, el total de la emisión de 2019 (considerando dólares y euros) fue de USD 2.372 millones. Dicho monto fue invertido en un portafolio de proyectos de USD 4,3 mil millones, que incluye las categorías de transporte limpio, energía solar, construcción verde y manejo de aguas. Como se mencionó anteriormente, el monto de la emisión es inferior al necesario para financiar el portafolio de proyectos completo, ya que, como estableció el Ministerio de Hacienda, se quiso evitar potenciales retrasos ante la posibilidad de que algunos de los proyectos dejaran de ser elegibles.

¹⁷ GARCÍA y PAREDES (2006), p. 1.

¹⁸ LA TERCERA (25 de junio de 2019). Disponible: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-emite-primer-bono-soberano-verde-denominado-euros/714502/>>.

4.3. Uso del capital levantado en 2019

De acuerdo con lo explicado en los acápite anteriores, mediante la emisión de bonos verdes se pretende financiar una serie de proyectos que han sido calificados como ambientalmente amigables. En este sentido, buena parte de la lógica ambiental de los propios bonos estará vinculada a las características de los proyectos financiados, cuyo detalle se muestra a continuación.

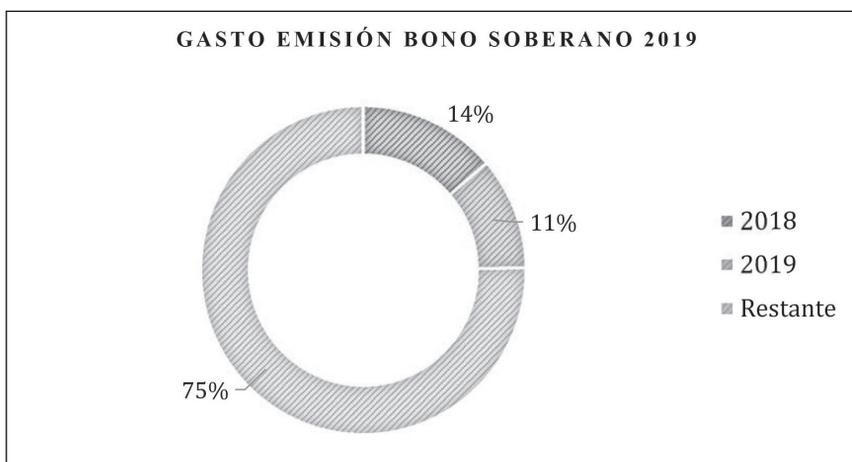
TABLA 2:
INVERSIONES PORTAFOLIO 2019

Transporte limpio	Energía solar	Construcción verde	Manejo de aguas
<p>1. Línea 7 Metro (58 % del portafolio): Construcción 26 km de la nueva línea para 2026.</p> <p>2. Línea 3 Metro (7 % del portafolio): Construcción 22 km de línea 3.</p> <p>3. Extensión línea 3 Metro (8 % del portafolio): Construcción extensión de 3,8 km.</p> <p>4. Extensión línea 2 Metro (11 % del portafolio): Construcción extensión de 5,1 km.</p> <p>5. Electromovilidad en RED (7 % del portafolio): Añade 600 nuevos buses eléctricos, 9 estaciones de carga y más de 140 paraderos <i>smart</i>.</p> <p>6. Renovación trenes (0,9 % del portafolio): Renovación Santiago-Rancagua.</p>	<p>1. Paneles energía solar en viviendas (9,1 % del portafolio): Instalación paneles en 2.578 viviendas sociales, en Arica y Parinacota, Tarapacá y Valparaíso.</p> <p>2. Construcción sistema fotovoltaico (0,02 % del portafolio): Construcción de 151 sistemas fotovoltaicos.</p> <p>3. Asistencia técnica sistemas fotovoltaicos en edificios públicos (0,02 % del portafolio).</p>	<p>1. Diseño de construcciones sustentables (7 % del portafolio): Diseño y/o construcción de edificios como escuelas, bibliotecas, estaciones de policía, etc., que reducen las emisiones de carbono en al menos 30 %.</p>	<p>1. Análisis y conservación de los recursos hídricos (0,2 % del portafolio): Monitoreo, análisis, diagnóstico e investigación de recursos hídricos, planes de cuencas hidrográficas y estrategias de conservación.</p>

Fuente: Republic of Chile's Green Bond: Project Portfolio, Ministerio de Hacienda (2019b).

En julio de 2020, el Ministerio de Hacienda publicó el primer Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, que muestra los avances de la inversión comprometida para la emisión de los bonos de 2019. De los USD 2.372 millones de la emisión, USD 325 millones (14 %) corresponde a la refinanciación de proyectos ejecutados en 2018 y USD 263 millones (11 %), a proyectos ejecutados durante 2019. El 75% restante, que constituye un monto aproximado de USD 1.785 millones, será ejecutado hasta 2024 (ver figura 2)¹⁹.

FIGURA 2:
COMPOSICIÓN DEL GASTO DE LA EMISIÓN BONO SOBERANO 2019



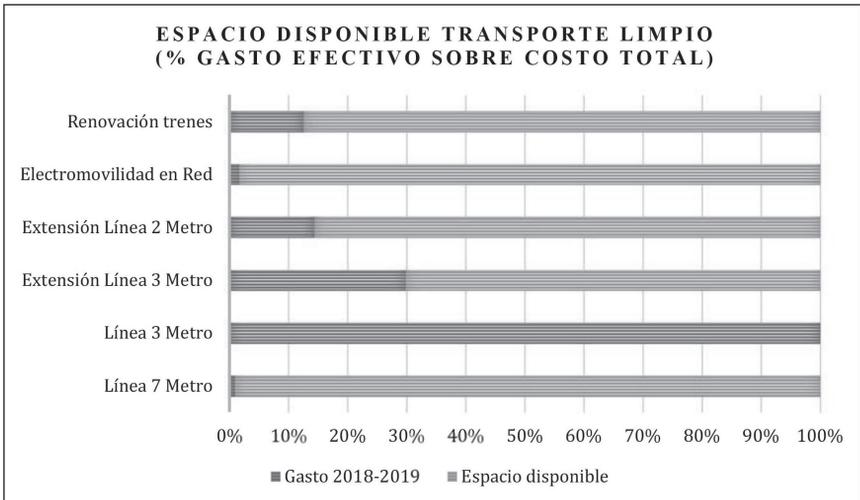
Fuente: Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, Ministerio de Hacienda (2019c).

Además, el informe presenta la ejecución del gasto acumulado de 2018 y 2019, desagregado por los distintos proyectos del portafolio. Esto permite conocer aquellas áreas en donde aún existe disponibilidad para invertir el 75 % restante de lo comprometido en la emisión. Las siguientes figuras presentan el porcentaje del gasto en cada área o proyecto sobre el costo total de cada uno de ellos²⁰.

¹⁹ MINISTERIO DE HACIENDA (2019c), pp. 9-57.

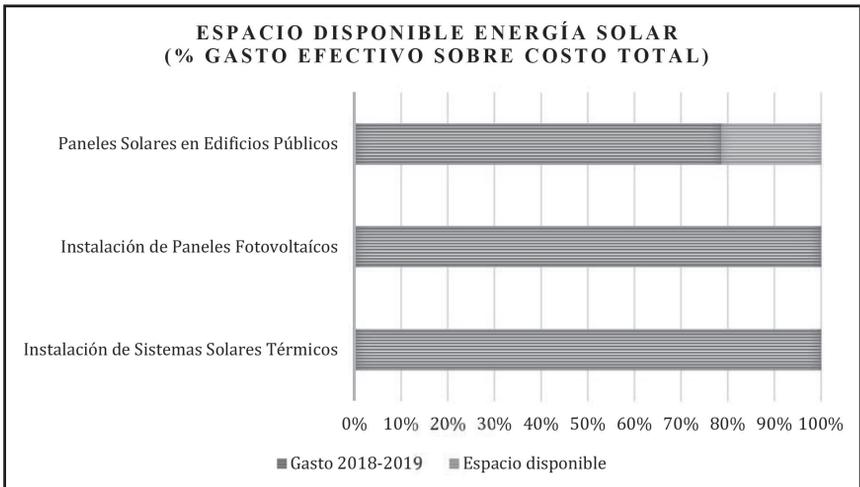
²⁰ Es importante tener en cuenta que, en algunos casos, el valor ejecutado del gasto supera al costo total del proyecto, dada las variaciones en el tipo de cambio. En aquellos casos se consideró un gasto acumulado 2018-2019 del 100 %.

FIGURA 3:
TRANSPORTE LIMPIO



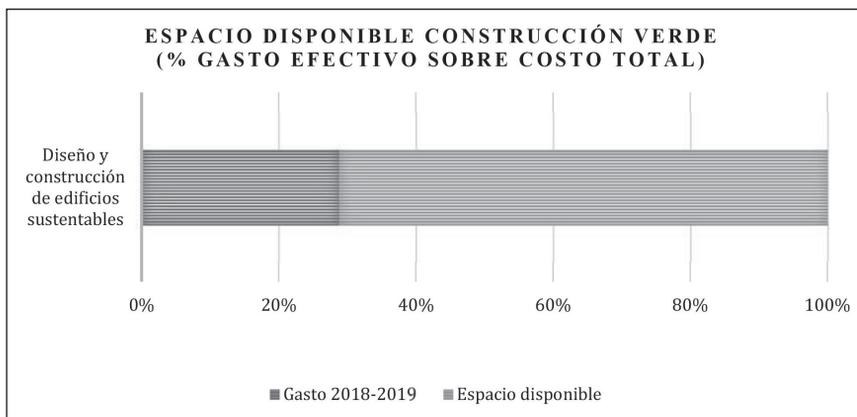
Fuente: elaboración propia con base en el Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, Ministerio de Hacienda (2019c).

FIGURA 4:
ENERGÍA SOLAR



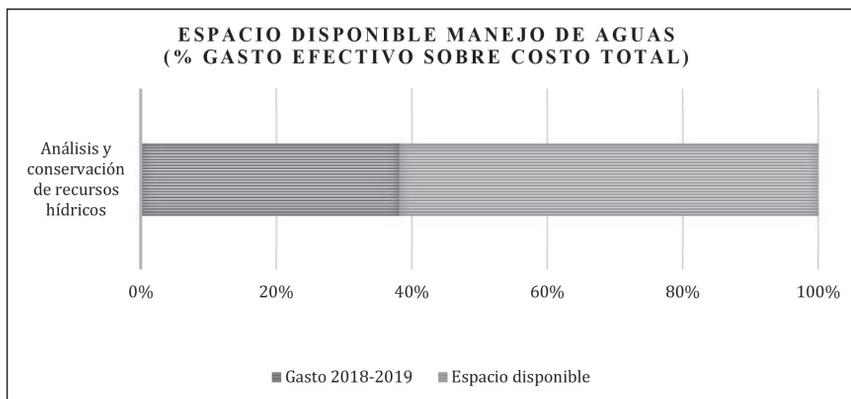
Fuente: elaboración propia con base en el Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, Ministerio de Hacienda (2019c).

FIGURA 5:
CONSTRUCCIÓN VERDE



Fuente: elaboración propia con base en el Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, Ministerio de Hacienda (2019c).

FIGURA 6:
MANEJO DE AGUAS



Fuente: elaboración propia con base en el Reporte de Asignación e Impacto Ambiental, Ministerio de Hacienda (2019cs).

Como se observa, en el área de energía solar, gran parte del gasto de los proyectos ya ha sido ejecutado, existiendo solo un espacio del 21 % en proyectos de instalación de paneles solares en edificios públicos. Esto se debe particularmente al bajo costo de dichos proyectos respecto de las otras áreas de la cartera.

4.4. Emisiones año 2020

El día 21 de enero de 2020, el Ministerio de Hacienda emitió nueva deuda en euros, mediante la reapertura y el lanzamiento de un nuevo bono largo. La reapertura de bonos corresponde a un procedimiento que permite emitir nueva deuda en base a instrumentos anteriores, utilizando el mismo valor nominal, vencimiento y tasa cupón, pero con el precio de mercado actual.

La reapertura del bono emitido en 2019 posee un vencimiento a once años (2031) y constituye un monto de € 694 millones, mientras que el nuevo instrumento posee un vencimiento a veinte años (2040) y un monto de € 1.269 millones. Así, el gobierno de Chile ha colocado un total de € 2.824 en bonos verdes emitidos en euros, considerando también las cifras de 2019.

TABLA 3:
BONOS VERDES EN EUROS 2020

	EUR-2031	EUR-2040
Monto	€ 694 millones	€ 1.269 millones
Fecha <i>pricing</i> (T)	23 de enero de 2020	
Madurez	2 de julio de 2031	29 de enero de 2040
Cupón/ <i>Yield</i>	0.830 % / 0.695 %	1.250 % / 1.299 %
Precio	101.477 %	99.142 %
<i>Spread</i>	T + 50 pb	T + 80 pb

Fuente: Bonos Verdes de la República de Chile 2020, Ministerio de Hacienda (2020a).

Posterior a la emisión en euros, el Ministerio de Hacienda realizó operaciones en dólares, también mediante la reapertura y un nuevo instrumento. La reapertura del bono emitido en 2019 posee un vencimiento a doce años (2032) y tiene un monto de US\$ 750 millones, mientras que el nuevo instrumento posee un vencimiento a treinta años (2050) y tiene un monto de US\$ 900 millones. Considerando el monto de 2019, el monto total en dólares alcanza los US\$ 3.068.

La siguiente tabla muestra las características de estos bonos, en relación con los conceptos explicitados en la primera sección de este reporte.

TABLA 4:
BONOS VERDES EN DÓLARES 2020

	USD-2032	USD-2050
Monto	USD 750 millones	USD 900 millones
Fecha pricing (T)	22 de enero de 2020	
Madurez	27 de enero de 2032	25 de enero de 2050
Cupón/Yield	2.550 % / 2.571 %	3.500 % / 3.275 %
Precio	99.784 %	104.277 %
Spread	T + 80 pb	T + 105 pb

Fuente: Bonos Verdes de la República de Chile 2020, Ministerio de Hacienda (2020a).

A diferencia de los bonos emitidos en 2019, el portafolio de proyectos, de USD 4,4 mil millones, solo incluye inversiones en áreas relacionadas al transporte limpio, las que se presentan a continuación:

TABLA 5:
INVERSIONES PORTAFOLIO 2020

Transporte limpio
<ol style="list-style-type: none"> 1. Línea 8 Metro (44 % del portafolio): Construcción 19 km de la nueva línea para 2027. 2. Extensión línea 4 Metro (9 % del portafolio): Construcción extensión 4,2 km para 2028. 3. Reconstrucción Metro (9 % del portafolio): Reconstrucción infraestructura Metro dañada en octubre de 2019. 4. Extensión tren Coronel-Lota (1 % del portafolio): Extensión de 9 km de la línea. 5. Extensión Metrotrén Alameda-Melipilla (35 % del portafolio): Nueva ruta Alameda a Melipilla. 6. Renovación material rodante (2,2 % del portafolio): Renovación material rodante de las operaciones Santiago-Chillán.

Fuente: Republic of Chile's 2020 Green Bond: Project Portfolio (2020b).

5. LA EXPERIENCIA CHILENA: BONOS VERDES CORPORATIVOS

Los bonos verdes emitidos por entidades privadas también han ganado una mayor preponderancia en el último tiempo y Chile no ha sido la excepción. Desde 2018, la Bolsa de Comercio de Santiago posee un Mercado de Bonos Verdes y Sociales, que permite la emisión de instrumentos de renta fija y su transacción posterior en los mismos sistemas que los otros instrumentos de deuda en la Bolsa²¹. Los estándares internacionales que reconoce son los Green Bond Principles (GBP)²² y Social Bond Principles (SBP)²³, que constituyen principios de carácter voluntario elaborados por la Asociación Internacional de Mercados de Capitales (ICMA) y que promueven la transparencia, difusión y reporte dentro del mercado de bonos verdes y sociales.

La normativa aplicable a la emisión de este tipo de bonos es la misma que rige a bonos corporativos, bancarios y gubernamentales, que es la contenida en la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores y en la Sección IV de la Norma de Carácter General N° 30 de la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”). Esta establece las “menciones que deberá contener la escritura pública por la cual se pacte el contrato de emisión de bonos, los requerimientos de información para la inscripción de dichas emisiones en el Registro de Valores y las normas de difusión e información continua”²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la Bolsa de Comercio posee una guía adicional a dicha normativa²⁵, que indica que además de la información especificada en la norma, la emisión de bonos verdes y sociales requiere de un informe realizado por una agencia calificadora (“tercero calificador”), cuyo contenido mínimo debe incluir:

²¹ BOLSA DE COMERCIO DE SANTIAGO (2018a), pp. 2-17.

²² ICMA (2018), pp. 1-8.

²³ Ídem.

²⁴ Norma de Carácter General N° 30 (10.11.1989). Establece normas de inscripción de emisiones y valores de oferta pública en el Registro de Valores, su difusión, colocación y obligaciones de información consiguientes. Deroga normas de carácter general que indica (Comisión para el Mercado Financiero).

²⁵ BOLSA DE COMERCIO DE SANTIAGO (2018b), pp. 3-7.

- a) Contexto de la emisión y desempeño ESG del emisor.
- b) Nivel de apego del emisor a los Green Bond Principles y/o Social Bond Principles.
- c) Información general de los proyectos a financiar.
- d) Impacto esperado en el medioambiente y/o en la sociedad de los proyectos financiados.
- e) Medidas cualitativas y cuantitativas.
- f) Documento *External Review Form* (solo en caso de bonos verdes).

En la siguiente tabla, se muestran los bonos verdes y verdes/sociales inscritos a la fecha en el segmento. Además, se presenta la descripción de las áreas en donde se realizan los proyectos y la agencia calificadora a cargo del monitoreo.

TABLA 6:
INSTRUMENTOS MERCADO BONOS VERDES Y SOCIALES BOLSA DE SANTIAGO

Emisor	Fecha de colocación	Descripción	Tercero verificador
Aguas Andinas	18.04.2018	<p>1. Abastecimiento de agua potable:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Planta de agua potable Chamisero (Canal Batuco). <p>2. Infraestructura resiliente:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Obras de emergencia eventos de turbiedad. – Estanque Pirque. <p>3. Saneamiento de aguas servidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ampliación PTAS Curacaví. – Ampliación PTAS Talagante II. – Ampliación Tercera PTAS. – Ampliación PTAS Buin-Maipo. – Ampliación PTAS El Monte. 	Vigeo Eiris
EsvaI	17.01.2019	<p>1. Abastecimiento de agua potable: Proyectos de aumento de capacidad y/o reposición de los sistemas de producción y distribución, tanto para infraestructura nueva como existente. Estos proyectos incluyen la construcción, ampliación y/o reposición de plantas de tratamiento de agua potable, estanques de agua potable, redes, etc.</p>	Vigeo Eiris

Emisor	Fecha de colocación	Descripción	Tercero verificador
		<p>2. Infraestructura resiliente: Proyectos que entregan mayor seguridad hídrica a los sistemas de producción de agua potable en caso de eventos de la naturaleza, permitiendo más horas de autonomía. Estos proyectos incluyen la construcción, ampliación, mejoramiento y/o reposición de tranques, estanques, sondajes, etc.</p> <p>3. Saneamiento de aguas servidas: Proyectos de aumento de capacidad de tratamiento de aguas servidas, ya sea mediante la construcción de nuevas instalaciones o mediante mejora de procesos de plantas existentes. Además, incluye inversiones de ampliación y/o reposición de infraestructura de recolección.</p> <p>4. Acceso a servicios básicos: Proyectos de expansión de la compañía, que permiten entregar servicios de agua potable y/o alcantarillado a sectores urbanos o rurales que actualmente no cuentan con dichos servicios.</p> <p>5. Eficiencia: Proyectos que producen ahorro de energía y combustibles, reducen las pérdidas de agua, pero conservan la calidad y el acceso a los servicios sanitarios.</p>	
Aguas Andinas	11.04.2019	<p>1. Abastecimiento de agua potable:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Planta de agua potable Chamisero (Canal Batuco). <p>2. Infraestructura resiliente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Obras de emergencia eventos de turbiedad. - Estanque Pirque. <p>3. Saneamiento de aguas servidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ampliación PTAS Talagante II. - Ampliación Tercera PTAS. - Ampliación PTAS Buin-Maipo. - Ampliación PTAS El Monte. - Instalación sistema de tratamiento de nitratos Biofactoría La Farfana. - Cogeneración Biofactoría Mapocho-Trebal. 	Vigeo Eiris
	9.05.2019	<p>Re-financiar proyectos dentro de las categorías:</p> <p>1. Gestión sostenible de los recursos naturales y uso de la tierra: Instalación PTAS, instalación sistemas de riesgo que optimizan el consumo de agua para cultivos.</p>	Vigeo Eiris

Emisor	Fecha de colocación	Descripción	Tercero verificador
Hortifrut		<p>2. Adaptación al cambio climático: Infraestructura resiliente.</p> <p>3. Avances socioeconómicos y empoderamiento: Empleos y oportunidades de desarrollo económico local en la zona de influencia de la empresa.</p>	
CMPC	4.07.2019	<p>Proyectos financiados:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Adquisición máquina para producción de bolsas de papel en alternativa al plástico. – Reducción en el consumo de vapor y pérdida de fibra en la máquina de papel fábrica Puente Alto. – Estándares de eficiencia en edificio corporativo Los Ángeles. – Reprocesamiento de nudos de astillas en planta de celulosa de Laja. – Reemplazo y reubicación de filtros de aire planta Puente Alto. – Nueva caldera de biomasa forestal en sustitución de central térmica planta Valdivia. – Sistema de biofiltración planta Laja. – Restauración de bosques nativos y conservación de biodiversidad. – Plantación y replantación de Pino Radiata, Eucalipto Nitens y Eucalipto Globulus en Chile y Brasil. – Planta de tratamiento de efluentes Chile y Brasil. 	Sustainalytics
SONDA	17.10.2019	<p>1. Edificios verdes (Sostenibles): Data centers Tier IV contarán con certificaciones reconocidas internacionalmente bajo estándares de Edificios Verdes.</p> <p>2. Eficiencia energética: Inversiones en equipamiento y sistemas con mayores niveles de eficiencia energética.</p> <p>3. Energía renovable: Data centers buscarán incorporar fuentes de abastecimiento de energía renovable (solar, eólica, hídrica) a través de contratos de abastecimiento de energía renovable a largo plazo.</p>	Sustainalytics

Fuente: Bonos verdes y sociales, Bolsa de Santiago.

Al ser dicho segmento uno relativamente nuevo en la Bolsa de Santiago, aún existe espacio para un mayor desarrollo. En efecto, al día de hoy, solo hay diez bonos transados en la bolsa, siendo seis de la categoría “Verde” o “Verde/Social”.

Como se observa, al igual que para el caso de los bonos verdes soberanos, gran parte de los bonos están asociados al tercero verificador “Vigeo Eiris”, agencia internacional dedicada particularmente a la evaluación de la integración de factores ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) y que se basa en los procedimientos voluntarios de los GBP. Llama la atención, que la calificadora no solo evalúa los elementos propios de la emisión, sino que también da cuenta de los factores respecto a las políticas de sustentabilidad del emisor, lo que permite un análisis más integral del desempeño de las empresas.

Para la calificación de las emisiones de bonos y, en concordancia con los principios, la agencia analiza: (i) el uso de los fondos, en cuanto se utilicen para el financiamiento de proyectos elegibles y puedan ser trazables dentro de la organización; (ii) el proceso de evaluación y selección de proyectos, en términos de transparencia, gobernanza y eficiencia; (iii) la gestión de fondos, en términos de transparencia, coherencia y eficiencia, y (iv) el proceso de seguimiento, en términos de transparencia, exhaustividad y eficacia²⁶. Las evaluaciones indican que todos los bonos han sido calificados como coherentes con los desafíos del sector productivo en el que se desempeñan.

Por otro lado, para la calificación de los emisores, la agencia evalúa tres factores: (i) nivel de desempeño de la empresa respecto a los criterios ASG; (ii) gestión de controversias ASG y (iii) si la compañía se ha visto involucrada en actividades controvertidas (como el uso de combustibles fósiles, energía nuclear, tabaco, etc.). En este punto se observa una mayor heterogeneidad en las evaluaciones, por ejemplo, para el caso de Aguas Andinas, si bien la compañía posee un buen desempeño global respecto de los criterios ASG, el área medioambiental posee un nivel de evaluación limitado. Esto se debe a que la empresa solo ha establecido objetivos cuantitativos con respecto a la eficiencia hídrica y el consumo energético, dejando fuera otras áreas de importancia, como las emisiones atmosféricas

²⁶ VIGEO EIRIS (2018), pp. 3-13.

que genera el consumo energético y las plantas de tratamiento de aguas servidas. Asimismo, la compañía también se ve enfrentada a controversias en los temas de gobierno corporativo y comportamiento empresarial. Aun así, no se ve involucrada en actividades controvertidas²⁷.

La evaluación de los dos bonos restantes fueron realizadas por la agencia Sustainalytics, y se basan en los GBP y en los Principios de Créditos Verdes (GLP). Asimismo, al igual que en el caso de Vigeo Eiris, se evalúa tanto el desempeño de la emisión como el del emisor.

6. REFLEXIONES FINALES

En un contexto de crisis sanitaria y económica, es fundamental que la reactivación vaya en línea con inversión en proyectos que, además de generar empleo, incentiven un desarrollo sostenible a largo plazo. El financiamiento a través de bonos verdes puede tener un rol importante en ese sentido, ya que permite el desarrollo de proyectos que en otros escenarios no se realizarían, ya sea por los riesgos de la inversión o por la baja rentabilidad.

Como se presentó a lo largo del documento, Chile ha experimentado un gran crecimiento en la emisión de bonos verdes, siguiendo las tendencias que se vienen generando desde hace algunos años a nivel mundial. Destaca, principalmente, el caso de los bonos verdes soberanos, por la exitosa colocación en los años 2019 y 2020, cuyos índices reflejaron la confianza internacional en el mercado chileno. En efecto, la institución Climate Bonds Initiative (CBI) destacó al país por liderar las emisiones en la región latinoamericana.

Por otro lado, desde 2018, el Segmento de Bonos Verdes y Sociales de la Bolsa de Comercio de Santiago permite que las compañías puedan realizar emisiones y transacciones de bonos verdes y sociales en los mismos sistemas donde se transan los demás instrumentos de deuda. Actualmente, se ha realizado la colocación de diez bonos, siendo seis de ellos del área “Verde” o “Verde/Social”, lo que da cuenta de que aún existe espacio de crecimiento en el área corporativa. Dado que la emisión se realiza bajo ciertos estándares verificados por una agencia externa, el proceso está dotado de altos niveles de transparencia para los inversionistas.

²⁷ ÍDEM.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta que existen desafíos importantes en el área. Particularmente, se debe avanzar hacia una estandarización de los principios ya que, si bien aquellos utilizados en el caso chileno son reconocidos a nivel internacional, estos poseen un carácter de tipo voluntario. Una mayor regulación en el área, por tanto, permitiría seguir mejorando los procesos de transparencia en la elegibilidad de proyectos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, Miguel (2019): “Green bonds global state of the market 2019”. Disponible en: <https://www.climatebonds.net/system/tdf/reports/cbi_sotm_2019_voll_04d.pdf?file=1&type=node&id=47577&force=0>.
- BANCO CENTRAL DE CHILE (s.f.): “Características de los Instrumentos del Mercado Financiero Nacional” (Santiago: Banco Central de Chile).
- (2020): “Informe de Política Monetaria”, septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.bcentral.cl/documents/33528/2475116/ipom_sep_2020.pdf/1ebcbbc2-b0f2-eef8-139d-e092da2b170b?t=1599065310770>.
- BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO/BANCO MUNDIAL (2019): “¿Qué son los bonos verdes?” (Washington, DC). Disponible en: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/165281468188373879/pdf/99662-REPLACEMENT-FILE-Spanish-Green-Bonds-Box393223B-PUBLIC.pdf>>.
- BITRÁN, Eduardo *et al.* (2020): “Recuperación de empleos con triple ganancia: resiliencia climática, inclusión social y multiplicador fiscal”, en *Espacio Público* (Santiago). Disponible en: <<https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/08/Espacio-Publico-Propuesta-Subsidio-al-Empleo-170820VF.pdf>>.
- BOLSA DE COMERCIO DE SANTIAGO: “Bonos Verdes y Sociales”. Disponible en: <https://www.bolsadesantiago.com/bonos_verdes_descripcion#:~:text=El%20Segmento%20de%20Bonos%20Verdes,a%C3%B1os%2C%20como%20por%20ejemplo%20la>.
- (2018a): “Guía del Segmento de Bonos Verdes y Bonos sociales en la Bolsa de Comercio de Santiago”. Disponible en: <<https://servicioscms.bolsadesantiago.com/Corporativo/Documentos/Gu%C3%A>

Da%20Segmento%20de%20Bonos%20Verdes%20y%20Sociales%20VF.PDF>.

——— (2018b): “Contenido mínimo para informe de tercero verificador”. Disponible en: <<https://servicioscms.bolsadesantiago.com/Corporativo/Documentos/Contenido%20M%C3%ADnimo%20Informe%20VF.PDF>>.

CENTRO DE MICRODATOS (2020): “Encuesta de Ocupación y Desocupación en el Gran Santiago marzo, 2020” (Santiago). Disponible en: <https://b6323ffa-7fb7-4415-b07a-a0afa49c7f3f.filesusr.com/ugd/a52fe7_38b-68c8911ee464f5a62a52f804f1e.pdf?index=true>.

EL MERCURIO INVERSIONES (24-06-2019). *Moody's y primer bono verde emitido por Chile: Sienta fuerte precedente para futuras emisiones*. Disponible: <<http://www.elmercurio.com/inversiones/noticias/analisis/2019/06/24/moodys-y-primer-bono-verde-emitido-por-chile-sienta-fuerte-precedente-para-futuras-emisiones.aspx>>.

GARCÍA, Álvaro y PAREDES, Valentina (2006): “*Spreads soberanos y efecto contagio*”, en *Documentos de Trabajo Banco Central de Chile* N° 385.

ICMA (2018): “Green bond principles: voluntary process guidelines for issuing green bonds” (Paris, France). Disponible en: <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/Green-Bonds-Principles-June-2018-270520.pdf>>.

——— (2020): “Social Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds” (Paris, France). Disponible en: <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/June-2020/Social-Bond-PrinciplesJune-2020-090620.pdf>>.

LA TERCERA (17 de junio de 2019): “Chile obtiene tasa históricamente baja en emisión de primer bono verde”. Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-obtiene-tasa-historicamente-baja-emision-primer-bono-verde/704045/>>.

——— (25 de junio de 2019): “Gobierno cierra plan de financiamiento externo para 2019 con emisión de su primer bono verde en euros”. Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-emite-primer-bono-soberano-verde-denominado-euros/714502/>>.

MINISTERIO DE HACIENDA [en línea]: Bonos. Disponible en: <<https://old.hacienda.cl/glosario/bonos.html>>.

- (2019a): “Caso de estudio: Bonos verdes de la República de Chile”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- (2019b): “Republic of Chile’s Green Bond, Project Portfolio”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- (2019c): “Bonos verdes 2019: Reporte de asignación e impacto ambiental”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- (2020a): “Caso de estudio: Bonos verdes de la República de Chile 2020”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- (2020b): “Republic of Chile’s 2020 Green Bond, Project Portfolio”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- REPÚBLICA DE CHILE (2019): “Marco para los bonos verdes”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- VIGEO EIRIS (2018): “Opinión de Segundas Partes sobre el carácter sustentable del bono verde y social de Aguas Andinas”. Disponible en: <<https://servicioscms.bolsadesantiago.com/Corporativo/Documentos%20Bonos%20Verdes/Informe%20Vigeo%20Eiris%20BAGUA-AC.pdf>>.
- (2019):” Opinión de Segundas Partes sobre el carácter sostenible del marco de bono verde de la República de Chile”. Disponible en: <<https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-verdes>>.
- WORLD BANK (2018): “Green Bond Impact Report” (Washington, DC). Disponible en: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/632251542641579226/report-impact-green-bond-2018.pdf>>.

INFORME ALTERNATIVO “ESTADO DEL ODS 16.3 SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA EN CHILE: AVANCES Y DESAFÍOS PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL”

Elaborado por ONG FIMA con el apoyo de NAMATI,
Innovations in Legal Empowerment¹

1. INTRODUCCIÓN

En 2015, se acordaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS), consistentes en un conjunto de 17 objetivos (cada uno con varios subobjetivos o metas), que todos los países se comprometen a alcanzar en el año 2030. Pese a que dichos objetivos no son jurídicamente vinculantes, ellos constituyen un marco para que cada país organice sus prioridades y políticas para avanzar hacia la consecución del desarrollo sostenible.

El ODS 16 compromete a los países a: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, proporcionar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”. Hay diez metas dentro de este objetivo, incluida la meta 16.3, que insta a los gobiernos a “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y *garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos*” [énfasis nuestro].

La inclusión del ODS 16.3 es un logro significativo en el reconocimiento del vínculo entre el acceso a la justicia, la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible. Además, este objetivo representa una importante oportunidad para que los ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil y profesionales y operadores de la justicia actúen como catalizadores de esfuerzos innovadores y para que los gobiernos rindan cuentas de los progresos realizados en la consecución del acceso a la justicia.

¹ Documento elaborado por: Gabriela Burdiles Perucci, abogada de la PUC, magister en Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. MSC en Derechos Humanos de LSE, directora de proyectos de la ONG FIMA; Amanda Cozzi Bas, socióloga Universidad Católica, asistente de proyectos ONG FIMA, y Constanza Gumucio Solis, abogada Universidad de Chile, diplomada en Derecho Público Económico, ONG FIMA.

El proceso de Revisión Nacional Voluntaria (o VNR por sus siglas en inglés) es el mecanismo principal para que los gobiernos rindan cuentas de los avances hacia los ODS. En términos sencillos, cada gobierno debe llevar a cabo cada cuatro años una revisión e informar sobre los progresos realizados a Naciones Unidas en el Foro Político de Alto Nivel (o HLPF por sus siglas en inglés). Para evaluar su progreso, cada objetivo contempla una serie de indicadores que deben ser medidos por cada país.

En julio de 2019, el Objetivo 16 será por primera vez sometido a una revisión temática especial ante el HLPF, junto con otros 5 objetivos (4, 8, 10, 13 y 17). En esta ocasión, 50 países se han ofrecido a informar voluntariamente sus avances, entre ellos Chile, que lo hará por segunda vez. De este modo, nuestro país llevará a cabo la revisión voluntaria de 6 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, incluido el objetivo 16.3 sobre Acceso a la Justicia.

No obstante, se ha dado poca atención al tema y los datos existentes que dan cuenta que las medidas para proteger y garantizar el acceso a la justicia de grupos marginados y vulnerables son insuficientes o no existen, en especial las que se refieren a cuestiones ambientales. A esto se le suma el hecho de que Chile todavía no ha firmado el Acuerdo de Escazú sobre derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental en América Latina y el Caribe.

Ante este escenario, la ONG Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA) con al apoyo de Namati: Innovations in Legal Empowerment, decidieron impulsar un proyecto que permita fortalecer la participación e influencia de la sociedad civil durante el proceso de revisión nacional voluntario que Chile llevará a cabo este año en el HLPF y posterior implementación del ODS 16.3, mediante la elaboración de un informe alternativo o diagnóstico, que permita incidir para que las autoridades políticas tomen medidas efectivas para la eliminación de las barreras de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

En esta línea, los objetivos específicos que guían este informe son: (i) identificar avances, dificultades y desafíos en la implementación del ODS 16.3, con foco en el acceso a justicia ambiental; (ii) conocer las impresiones y percepciones de operadores jurídicos y actores clave respecto del progreso en la implementación del ODS 16.3, y, por último, (iii) difundir estos hallazgos e incidir durante el proceso de examen voluntario

del ODS 16.3 para que las autoridades políticas impulsen medidas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile.

Para alcanzar estas metas, este informe trata, en primer lugar, el significado, metas e indicadores del ODS 16.3, así como el concepto de acceso a la justicia en materia ambiental. Luego, aborda los diferentes datos e indicadores recopilados sobre el estado del acceso a la justicia en general y en materia ambiental en Chile. También se exponen las opiniones e impresiones obtenidas en la instancia de discusión con actores clave y se identifican los avances, brechas y desafíos que existen en la materia, para concluir con algunas recomendaciones.

El presente informe será un insumo para poder incidir en el proceso de revisión del ODS 16.3 ante el HLPF y para futuros procesos de toma de decisiones en la materia. Agradecemos a todas las organizaciones y actores que colaboraron en la elaboración del mismo.

2. METODOLOGÍA

Dado que este proyecto tiene como objetivo fortalecer la participación e incidencia de la sociedad civil durante el proceso de revisión nacional voluntario que Chile llevará a cabo este año en el HLPF, se ha utilizado una estrategia metodológica participativa.

En términos generales, las metodologías participativas permiten hacer dialogar los diversos intereses, percepciones y preocupaciones que tiene una comunidad o un grupo particular en función de un objetivo que apunte al cambio o transformación social. Además, entrega las herramientas metodológicas necesarias para lograr objetivos, identificar propósitos y desarrollar estrategias comunes².

Las técnicas de recolección y análisis de la información utilizada en este reporte fueron las siguientes:

Objetivo i. “Identificar avances, dificultades y desafíos en la implementación del ODS 16.3, con foco en el acceso a justicia ambiental”:

Para identificar los avances y brechas en torno al ODS 16.3, con foco en el acceso a justicia ambiental, se llevó a cabo una revisión bibliográfica

² DURSTON y MIRANDA (2002), p. 13.

y búsqueda de fuentes secundarias y primarias. Esta revisión abarcó la literatura existente sobre el tema, como estudios académicos, publicaciones, instrumentos jurídicos relevantes, índices de organizaciones independientes y datos oficiales, entre otras fuentes. Esta información fue ordenada según los principales aspectos del acceso a la justicia ambiental y a los estándares internacionales sobre acceso a la justicia ambiental, incluido el artículo 8 del Acuerdo de Escazú sobre a “Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales”³.

Principalmente se revisaron informes y datos de instituciones nacionales como el Informe Nacional Voluntario presentado por Chile en 2019, el estudio de Espacio Público denominado “Derribando Mitos”, las Cuentas Anuales de los Tribunales Ambientales del año 2018 y de la Corte Suprema, como también informes e índices internacionales existentes sobre la materia, tales como la Evaluación de Desempeño Ambiental de la OCDE, el Índice de Estado de Derecho” (Rule of Law Index) elaborado por World Justice Project, la Iniciativa de Datos “SDG 16”, y el Índice de Democracia Ambiental (Environmental Democracy Index) del Instituto de Recursos Mundiales (WRI)⁴.

Objetivo ii. “Conocer las impresiones y percepciones de operadores jurídicos y actores clave respecto del progreso en la implementación del ODS 16.3”:

Para conocer las impresiones y percepciones en relación al avance y brechas del ODS 16.3 en Chile, se realizó un taller de discusión, proceso de análisis y reflexión colectiva en donde se debatieron e intercambiaron planteamientos, propuestas e inquietudes entre diferentes actores respecto a los diferentes aspectos del acceso a la justicia ambiental⁵.

³ El artículo 8 del Acuerdo de Escazú señala como temas principales, y que son utilizados en el presente informe para la estructuración de su contenido: el asegurar el debido proceso, el acceso a instancias judiciales y recursivas, contar con órganos competentes, procedimientos efectivos y oportunos, legitimación activa amplia, disposición de medidas cautelares y provisionales, medidas para facilitar la producción de prueba en daño ambiental, mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos, mecanismos de reparación, establecimiento de mecanismos de apoyo y asistencia jurídica, entre otros.

⁴ Para mayor información revisar lista de bibliografía.

⁵ GHISO (2006), pp. 349-376.

Para seleccionar a los participantes se elaboró una lista de actores clave, la que consideró la inclusión de personas naturales, académicas y/o representantes de organizaciones sociales y gubernamentales vinculados a la facilitación y logro del acceso a la justicia en temas socioambientales, con conocimiento en derecho ambiental y derechos humanos.

De esta revisión quedó una lista de con alrededor de 22 organizaciones pertenecientes al sector público, no gubernamental y académico. Los actores identificados fueron convocados con dos semanas de anticipación, a través de una invitación personal vía correo electrónico en donde se indicó el objetivo de la actividad, lugar, fecha y hora del evento.

El taller se realizó el día 4 de julio en la Fundación Heinrich Böll entre 09:00 a 11:30 horas. Participaron 10 personas, representantes de instituciones del sector público y organizaciones de la sociedad civil, entre ellas, el centro de estudios independiente Espacio Público, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, la ONG Terram y la Superintendencia del Medio Ambiente.

La actividad contempló una instancia expositiva y otra de discusión. Para el momento expositivo se contó con la participación de una representante de la División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos de la CEPAL (organismo de las Naciones Unidas que ejerce la Secretaría Técnica del Acuerdo de Escazú), quien realizó una presentación sobre el ODS 16 y su vinculación con el Acuerdo de Escazú. También expuso Gabriela Burdiles, abogada de ONG FIMA, quien presentó los principales temas e indicadores existentes sobre el ODS 16.3 y el acceso a la justicia ambiental en Chile, los cuales guiarán la discusión posterior, indicando la importancia de abordarlos.

Para la discusión se contó con un moderador neutral capaz de guiar la conversación y validar las diversas opiniones que se dieron durante el proceso. La pauta de preguntas que guio la discusión se elaboró a partir de la operacionalización de una serie de dimensiones que fueron recogidas de los estudios, normas, instrumentos y documentos incluidos en la revisión bibliográfica de este informe.

Los principales temas giraron en torno al acceso a la justicia en Chile (situación actual, instituciones relevantes y acciones disponibles, avances y brechas), los ODS 16 y 16.3 (conceptualización y seguimiento) y, por úl-

timo, se abordaron los desafíos y recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile.

Para resguardar la voluntariedad y la información que nos entregaron las y los participantes, antes de comenzar la actividad se les entregó un consentimiento informado. En dicho documento se explicaron los objetivos y se pidió autorización a los asistentes para el registro de audio grabado de la discusión y el uso de sus nombres y/o instituciones en el reporte final.

Posterior a la realización de los talleres, estos registros fueron transcritos y sistematizados. La información recopilada se analizó en función a los objetivos del proyecto, a los temas relevantes que se identificaron en el diagnóstico y a los estándares del Acuerdo de Escazú.

FIGURA 1:
TALLER “DISCUSIÓN SOBRE ODS 16.3
SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA PARA TODAS Y TODOS”



3. EL ODS 16.3 SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA PARA TODOS Y TODAS

Actualmente, se estima que 5.000 millones de personas en todo el mundo no tienen acceso a la justicia. Esta cifra incluye a personas que no pueden obtener justicia debido a factores como la falta de recursos económicos o discriminación y a personas que viven en condiciones extremas de injusticia, como son casos de esclavitud moderna o desplazamiento forzado⁶.

⁶ WORLD JUSTICE PROJECT (2019), p. 27.

Esta importante brecha en materia de justicia demuestra niveles inaceptables de exclusión y pone de relieve la urgencia de garantizar el acceso a la justicia para todos y todas.

El acceso a la justicia se aborda en el Objetivo 16, Meta número 3 (16.3) de la Agenda 2030, que señala: “promover el *estado de derecho* en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de *acceso a la justicia* para todos” [énfasis nuestro]⁷. Como tal, el logro de este objetivo es una condición previa necesaria para el éxito de cualquier otro ODS, por encontrarse todos ellos relacionados entre sí. Por ejemplo, la erradicación de la pobreza y el hambre, la sostenibilidad y el derecho a un medio ambiente sano se encuentran todos condicionados al logro del ODS 16.3 y viceversa.

Para lograr este objetivo, muchos países han implementado una variedad de políticas, medidas y leyes⁸. Además, la Agenda 2030 recomienda que el progreso de cada país en el cumplimiento de los ODS se evalúe a través de “Indicadores Clave de Desempeño” (o KPIs por sus siglas en inglés), que son oficiales y han sido desarrollados por un Grupo de Expertos de Naciones Unidas.

En la actualidad, los únicos indicadores del objetivo 16.3 hacen un seguimiento de: 16.3.1) *Proporción de víctimas de violencia en los últimos 12 meses a que han notificado su victimización a las autoridades competentes u otros mecanismos de resolución de conflictos reconocidos oficialmente* (o denuncia de víctimas), y 16.3.2) *Proporción de detenidos que no han sido condenados en el conjunto de la población reclusa total* (o presos no condenados)⁹.

3.1. Implementación de la Agenda 2030 en Chile

En el año 2015, Chile adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y luego, en el año 2016, creó el Consejo Nacional para la Imple-

⁷ Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 16 sobre Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>.

⁸ IDLO (2019).

⁹ UNITED NATIONS, SDG Indicators, Metadata Repository. Disponible en: <<https://unstats.un.org/sdgs/metadata/>>.

mentación de la Agenda 2030. Este Consejo es presidido por el Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREL), con participación del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (MINECON), el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) y el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (MDSF), al que también se le asignó el rol de Secretaría Técnica.

El Consejo tiene la función de asesorar al presidente de la República en la implementación y seguimiento de la Agenda 2030, además de servir de instancia de coordinación y de articulación con entidades gubernamentales, sociedad civil, sector privado, academia y organizaciones internacionales¹⁰. Toda la información y actividades de este Consejo se encuentran disponibles en la plataforma web <www.chileagenda2030.gob.cl>.

En 2017, Chile elaboró el primer Informe Nacional Voluntario, cuya presentación se realizó en julio de 2017 en el Foro Político de Alto Nivel de Naciones Unidas, el cual incluyó los ODS 1, 2, 3, 5, 9 y 14. Además, desarrolló el Informe de Diagnóstico de la Implementación de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Chile, el cual también fue presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2017¹¹.

3.2. El Informe Nacional Voluntario de 2019¹²

El Informe Nacional Voluntario (INV) de Chile, presentado al HLPF en junio de este año, incluye una descripción de las acciones que realiza el gobierno, el sector privado y la sociedad civil para avanzar hacia un desarrollo sostenible y dar cumplimiento a las metas establecidas en los ODS bajo examen.

Dentro de las labores realizadas para redactar el informe, se señala que se actualizaron los indicadores de la Agenda 2030 y se aumentó la disponibilidad de información para un total de 134 indicadores, lo que representa un 20 % más de información que la reportada en 2017. Además, para la elaboración del informe se realizaron talleres participativos en el mes de

¹⁰ Decreto Supremo N° 49, de 14 de abril de 2016.

¹¹ Disponibles en: <<http://www.chileagenda2030.gob.cl/documentos/informes>>.

¹² Informe Nacional Voluntario, Chile (junio 2019). Disponible en: <https://sustainable-development.un.org/content/documents/23507Informe_Nacional_Voluntario_CHILE_Junio_2019_final_1.pdf>.

abril de 2019, con el objetivo de identificar los aportes y propuestas de los actores no gubernamentales en el cumplimiento de cada uno de los ODS examinados¹³.

Respecto del ODS 16.3, en particular de los indicadores anteriormente señalados, el Informe Nacional Voluntario incluye la siguiente información¹⁴:

Indicador 16.3.1:

“Se observa una baja de casi 6 puntos porcentuales (47,6% a 41,6%) desde el año 2015 al 2016. Al desagregar la información, se constata que en el II quintil es en donde se acentúa mayormente la baja (54,6% a 44,4%). Por otra parte, la situación a nivel regional es diversa. Mientras que en la Región de Coquimbo se registró una baja de 18 puntos porcentuales (60,3% a 41,4%), en la Región de Aysén se registró un aumento de 33 puntos porcentuales (66,5% a 100%)”.

Indicador 16.3.2:

“Para el año 2017, se registró un porcentaje de 29,5%, lo cual no representa una variación significativa respecto del año anterior”.

A partir de estos datos, es posible observar que el único indicador que cuenta con cifras actualizadas, a partir del diagnóstico elaborado en 2017, es el indicador 16.3.2. El indicador 16.3.1 solo contiene datos de los años 2015 y 2016, y da cuenta de una baja de 6 puntos porcentuales en la cantidad de denuncias formuladas por parte de víctimas de violencia. Respecto de los años 2017 y 2018, el Informe no entrega ningún dato de este indicador.

Además, llama la atención el comentario de este informe respecto de la cifra correspondiente al año 2016. El informe dice que se observa una baja de casi 6 puntos porcentuales (47,6 % a 41,6 %) desde el año 2015 al 2016 y que, “al desagregar la información, se constata que en el II quintil es en donde se acentúa mayormente la baja (54,6% a 44,4%)”. Es decir, el informe reporta una disminución de la cantidad total de denuncias de las víctimas de violencia y especialmente del segundo quintil más vulnerable de Chile (de 54,6 % a 44,4 %).

Esto es relevante, ya que la denuncia a las autoridades competentes es el primer paso para que las víctimas de delitos busquen justicia, y sin ellas las autoridades competentes no estarán en condiciones de llevar a cabo inves-

¹³ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Disponible en: <<http://www.chileagenda2030.gob.cl/actividades>>.

¹⁴ Informe Nacional Voluntario, Chile (junio 2019), p. 112.

tigaciones apropiadas y de administrar justicia¹⁵. La falta de confianza en la capacidad de la policía u otras autoridades para proporcionar reparación efectiva o las dificultades objetivas y subjetivas para acceder a ellas pueden influir negativamente el comportamiento de las denuncias de las víctimas de delitos. Es por eso que los índices de notificación proporcionan una medición directa de la confianza de las víctimas de delitos en la capacidad de la policía u otras autoridades para prestar asistencia y llevar a cabo las investigaciones necesarias para llevar a los perpetradores ante la justicia¹⁶.

En cuanto al indicador 16.3.2, el informe contiene datos del año 2017 que arrojan un porcentaje de 29,5 % de personas detenidas sin condena en nuestro país, y sostiene que dicha cifra “no representa una variación significativa respecto del año anterior”. Sin embargo, llama la atención que en el año anterior no existen cifras y las que existen son de 2015 y corresponden a un 7,7 %. Es decir, existe un aumento de 21,8 puntos porcentuales entre 2017 y 2015.

Este aumento es relevante, ya que el indicador se relaciona con un principio general del derecho penal de no privar innecesariamente de libertad a las personas que están en espera de ser juzgadas. Esto también se basa en el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario. Es decir, bajo este ODS se entiende que el uso extensivo de la detención previa a la sentencia cuando no se debe a razones tales como la prevención de la fuga, la protección de víctimas o testigos, o la prevención de la comisión de nuevos delitos, puede desviar innecesariamente los recursos del sistema de justicia penal y ser una carga desproporcionada para el acusado y su familia¹⁷.

Luego, el informe menciona las normas, instituciones, acciones y políticas nacionales implementadas en materia de acceso a la justicia¹⁸. De dichas importantes medidas y normas implementadas por Chile destacamos por su relevancia en materia de acceso a la justicia ambiental, la crea-

¹⁵ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Metadata Indicator 16.3.1. Proportion of victims of violence in the previous 12 months who reported their victimization to competent authorities or other officially recognized conflict resolution mechanisms. Disponible en: <<https://unstats.un.org/sdgs/metadata/files/Metadata-16-03-01.pdf>>.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Metadata Indicator 16.3.2. Unsensenced detainees as a proportion of overall prison population. Disponible en: <<https://unstats.un.org/sdgs/metadata/files/Metadata-16-03-02.pdf>>.

¹⁸ Informe Nacional Voluntario, Chile (junio 2019), pp. 113-119.

ción de la institucionalidad y planes en materia de derechos humanos. En particular, subrayamos el rol que ha desarrollado el INDH en materia de asistencia legal y ejercicio de acciones legales en asuntos ambientales del país¹⁹. También cabe mencionar las mejoras que se están intentando aprobar en el sistema de justicia civil y la elaboración de una propuesta de ley que cree un nuevo Servicio Nacional de Asistencia Jurídica que garantice efectivamente este derecho.

De esta información, es posible concluir que los indicadores analizados hasta aquí en el INV se vinculan principalmente con la justicia criminal. Por lo tanto, hay muchos aspectos del acceso a la justicia que no son cubiertos en esta evaluación. Por ejemplo, no hay mayor información de lo que sucede en materia de acceso a la justicia civil o ambiental; tampoco hay información sobre la asequibilidad, independencia, efectividad y oportunidad de los procedimientos judiciales, que, como veremos, son todos elementos clave para su consecución²⁰.

Respecto a este último punto, el Informe, por ejemplo, no contiene estadísticas sobre el volumen de atenciones, materias y causas llevadas por las corporaciones de asistencia judicial (CAJ). Dichas instituciones son corporaciones públicas donde los estudiantes de Derecho realizan su práctica profesional de forma obligatoria para ofrecer asistencia legal gratuita²¹. Pese a que en la actualidad la CAJ no ofrece asistencia legal en materias ambientales (salvo algunas materias vinculadas a derechos humanos)²², ellas son un componente fundamental para garantizar el acceso a la justicia, junto con la Defensoría Penal Pública²³. Por lo tanto, resulta esencial

¹⁹ Por ejemplo, el Informe de la Misión de Observación del INDH a la comuna de Tiltil (octubre 2017-febrero 2018). Disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1149/mision-tiltil.pdf?sequence=1>>.

También, la Misión de Observación Zona de Quintero y Puchuncaví, 11 al 13 de septiembre de 2018. Disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1168/mision-quintero.pdf?sequence=1>>.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), p. 2.

²¹ Ley N° 17.995, “Artículo 2°.- Dichas corporaciones gozarán de personalidad jurídica, tendrán patrimonio propio y no perseguirán fines de lucro. Su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionarán los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado”.

²² CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL (s.f.).

²³ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2019), pp. 52-54.

poder evaluar los progresos o retrocesos en este ámbito, en términos de cobertura, causas terminadas, sentencias cumplidas y atención a los usuarios en cada una de las regiones del país²⁴.

Finalmente, en cuanto a las iniciativas de actores no gubernamentales que trabajan temas de acceso a la justicia, el Informe no contiene ningún dato al respecto. Por ejemplo, el informe no contiene un examen de la labor que realizan las universidades, a través de las clínicas jurídicas (cátedras impartidas por las facultades de Derecho), donde se permite a los alumnos atender casos de personas de bajos ingresos y representarlos judicialmente. Tampoco existe un catastro de las organizaciones de la sociedad civil que se dedican a la capacitación y empoderamiento legal de las comunidades, o que presten asesoría o asistencia judicial en forma gratuita, aspecto que, según veremos, es fundamental para asegurar el acceso a la justicia ambiental²⁵. Esto llama la atención, ya que, como se ha mencionado, el ministerio a cargo del INV realizó diferentes talleres participativos para recoger la opinión e iniciativas de la sociedad civil, las cuales no han sido incorporadas en este Informe.

En conclusión, el INV pese a que menciona importantes iniciativas para ampliar el acceso a la justicia, no aborda materias que, según veremos, son relevantes para resolver las asimetrías que se dan comúnmente en la justicia ambiental y que han sido desarrolladas recientemente por instrumentos regionales sobre la materia.

4. LA JUSTICIA AMBIENTAL Y EL ACUERDO DE ESCAZÚ

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole

²⁴ Al respecto, la Cuenta Pública Participativa del Ministerio de Justicia correspondiente al año 2018 incluye algunos de estos datos. Ver en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2019/04/Documento_Cuentap%C3%BAblica-gesti%C3%B3n2018.pdf>.

²⁵ Por ejemplo, la Asociación Chilena de Organismos no Gubernamentales (“Acción”) tiene un catastro de ONGs dedicadas a ciudadanía y ejercicio de derechos, que da cuenta de 13 organizaciones trabajando en todo el país. Este listado está disponible en: <<http://accionag.cl/ong-asociadas/temas/ciudadania-y-ejercicio-de-derechos/>>.

Asimismo, el INDH tiene un registro público de 154 instituciones de la sociedad civil vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos en Chile, 8 de las cuales se dedica exclusivamente a brindar acceso a la justicia. El listado está disponible en: <<https://www.indh.cl/sociedad-civil/registro-de-organizaciones/>>.

que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es solo negativa, o de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos²⁶.

El acceso a la justicia supone que las personas están en igualdad de condiciones para acceder a ella y ejercer sus derechos. Por eso, el acceso a la justicia tiene que ver con obligación de los Estados de remover todas aquellas barreras que, por diferentes motivos normativos, sociales o económicos, limitan o impiden a las personas la posibilidad de acceder a procedimientos judiciales o administrativos para obtener soluciones expeditas y justas de los órganos competentes²⁷.

Brañes define a este derecho como “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”²⁸.

Lilic agrega que el acceso a la justicia ambiental también incluye el acceso eficiente a procedimientos administrativos para que los derechos puedan ser protegidos adecuadamente y para que las leyes de protección del ambiente y la salud puedan ser aplicadas²⁹. El Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 también recoge esta idea amplia y establece que los Estados deberán proveer “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”³⁰.

Las barreras que normalmente impiden u obstaculizan el acceso a la justicia en materia ambiental se producen debido a factores como la falta de conocimiento de los jueces que atienden estos casos, la existencia de reglas que limitan la legitimación activa, la falta de especialización de las cortes o tribunales, los altos costos de los juicios, el otorgamiento de repa-

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), p. 2.

²⁷ Ídem.

²⁸ BRAÑES (2000), pp. 39-67.

²⁹ LILIC (2011), p. 38.

³⁰ Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro, 1992.

raciones inadecuadas a los casos y a una falta de flexibilidad en las normas aplicables a estos, entre otros motivos³¹.

Con el objetivo de superar parte de estos problemas, algunos Estados han adoptado una amplia variedad de buenas prácticas³², estableciendo desde tribunales ambientales especiales, hasta normas de procedimiento especiales que facilitan el acceso de los denunciantes a los tribunales en cuestiones ambientales³³.

Por su parte, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, o Acuerdo de Escazú, adoptado por Chile el 4 de marzo de 2018³⁴, es el primer instrumento vinculante de nuestra región que regula esta materia y establece en su artículo 8 que los Estados deben garantizar “el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso”³⁵ y para ello dispone en su numeral cuarto que las partes deben “reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia”.

Para este fin, el Acuerdo indica que los Estados deben contar con una serie de mecanismos para facilitar y fortalecer dicho acceso. Estos mecanismos y garantías mínimas se basan en la legislación de los países de América Latina y el Caribe y en importantes instrumentos de derecho internacional que tratan esta materia³⁶.

³¹ PRING Y PRING (2016), p. 9.

³² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2015), p. 7.

³³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2015), p. 13.

³⁴ El Acuerdo de Escazú se encuentra abierto a la firma y ratificación de 33 países de América Latina y el Caribe. Para su entrada en vigencia se requiere la ratificación de 11 países. A la fecha, 16 países lo han firmado y ha sido ratificado por Guyana. Más información en la página web de CEPAL: <<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>>.

³⁵ Artículo 8.1 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (o Acuerdo de Escazú). Texto disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf>.

³⁶ Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente de 1998 (o Convención de Aarhus), Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales o Directrices de Bali de

En primer lugar, el Acuerdo se refiere a³⁷:

- a) Órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental.
- b) Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.
- c) Legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente.
- d) Medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente.
- e) Medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental.
- f) Mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas.
- g) Mecanismos de reparación del daño ambiental.

Además, el artículo 8.4 del Acuerdo de Escazú dispone el deber de establecer medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y de los procedimientos para hacerlo efectivo (letra b), mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas (letra c) y el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales (letra d). Por último, el artículo 8.5 se hace cargo de las necesidades de “las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, debiendo establecerse mecanismos de apoyo especiales, “incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita”.

El Acuerdo de Escazú también se ocupa de la situación de las personas y grupos que ejercen estos derechos en defensa del medio ambiente, estableciendo por primera vez en un acuerdo internacional vinculante una serie de medidas para garantizar un entorno seguro y propicio para que ellos “puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad” (artículo 9).

Estas disposiciones del Acuerdo de Escazú incorporan importantes estándares en materia de acceso a la justicia ambiental. Además, ellos se vinculan directamente con la realización del ODS 16.3. En efecto, es el mismo Acuerdo de Escazú el que señala en su Preámbulo que las Partes han considerado “la resolución 70/1 de la Asamblea General de las Nacio-

2010 elaboradas por PNUMA, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969.

³⁷ Artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú.

nes Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”³⁸.

Además, como ya se mencionó, muchos de estos mecanismos y medidas del artículo 8 no son nuevos, ya que ellos ya se encuentran contenidos en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Aarhus de 1998 o el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, y en la legislación de gran parte de los países de América Latina y el Caribe, incluyendo a Chile. En efecto, estas normas y buenas prácticas son las que inspiraron las disposiciones del Acuerdo³⁹, el cual reconoce que el desafío para las partes se encuentra en lograr su plena implementación⁴⁰.

5. INFORMACIÓN Y DATOS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE

La disponibilidad y cobertura de los datos oficiales respecto del ODS 16.3, es actualmente limitada y puede tomar muchos años desarrollar capacidades y recopilar datos en todos los países para lograr el seguimiento oficial de este objetivo a través de los sistemas estadísticos oficiales. Además, como lo hemos señalado, los indicadores existentes no cubren todos los ámbitos del acceso a la justicia. Es por ello, que se han ido elaborando nuevas iniciativas desde organizaciones independientes para colaborar con esta labor.

De este modo, existen diversas plataformas que buscan entregar antecedentes acerca del cumplimiento de los objetivos propuestos por el ODS 16.3. Para ello se han generado consensos entre los expertos sobre qué aspectos del acceso a la justicia es importante medir y cómo realizar un seguimiento de ellos, generando diversos índices o informes que examinan el cumplimiento de los objetivos propuestos.

A su vez, las instituciones y organizaciones que brindan servicios relacionados con el acceso a la justicia realizan reportes, informes, programas o políticas públicas, que luego permiten hacer un examen sobre cómo se

³⁸ Preámbulo del Acuerdo de Escazú, para. 9.

³⁹ CEPAL (2015), artículo 8.

⁴⁰ Preámbulo del Acuerdo de Escazú, párrafo final: “Decididas a alcanzar la plena implementación de los derechos de acceso contemplados en el presente Acuerdo, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación”.

está garantizando el acceso a la justicia, cuáles son las barreras asociadas, los avances y cuál es el rol de los distintos actores involucrados.

Estos índices, reportes e informes, así como las percepciones obtenidas en el taller participativo con expertos, nos permiten generar un diagnóstico del estado del acceso a la justicia ambiental en Chile en los siguientes aspectos⁴¹:

5.1. Órganos competentes e independientes

En materia de independencia del poder judicial, el Índice de Estado de Derecho desarrollado por World Justice Project (WJP)⁴² califica de cero a uno la reputación de un país por su adherencia al estado de derecho. La puntuación del índice está determinada por numerosos factores, entre los que se incluyen importantes aspectos del acceso a la justicia penal y civil. En este punto, el índice tiene dos indicadores relevantes: “corrupción”, que mide si el sistema de justicia está libre de soborno e influencia indebida por parte de intereses privados, e “influencia indebida del Gobierno”, que mide si el sistema de justicia está libre de influencias políticas inadecuadas. Al respecto, el índice señala un buen puntaje para Chile de 0,66 y 0,68, respectivamente⁴³.

El Índice de Democracia Ambiental (o EDI por su sigla en inglés)⁴⁴ también se refiere a este punto. Este índice es desarrollado por el World Resources Institute (WRI) y la Iniciativa de Acceso (TAI), y evalúa 75 indicadores legales, que se basan en las Directrices de Bali⁴⁵ del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Estas Directrices

⁴¹ Para este diagnóstico se observaron los estándares descritos en la sección anterior sobre acceso a la justicia ambiental.

⁴² Rule of Law Index es un índice de los mecanismos de justicia civil, determinado por encuestas de la población en general, así como por encuestas realizadas a expertos en justicia civil que ejercen en cada país. Este indicador se construyó en base a un estudio realizado por el World Justice Project (o Proyecto de Justicia Mundial) denominado *Rule of Law Index 2019* (o Índice de Estado de Derecho 2019). WORLD JUSTICE PROJECT (2019).

⁴³ No obstante, cabe aclarar que la construcción de este índice se realizó a través de la percepción de diferentes expertos consultados respecto de la gestión de cada país, lo que en consecuencia podría conllevar a que algunos de los puntajes otorgados a Chile en el índice se encuentren alejados a lo que ocurre en la práctica.

⁴⁴ WORLD RESOURCES INSTITUTE (2015).

⁴⁵ UNEP (s.f.).

han sido elaboradas para guiar la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en materia ambiental. El puntaje general que tiene Chile, en una escala de 1 a 3, respecto del pilar de acceso a la justicia, es 1,88 (calificado como “bueno”)⁴⁶ y un puntaje de 1,8 (“bueno”) respecto de la directriz número 19 sobre “procedimientos independientes de revisión”⁴⁷.

En efecto, en materia de acceso a órganos competentes en temas ambientales, la Evaluación de Desempeño Ambiental realizada por la OCDE en 2016⁴⁸ destaca que Chile ha fortalecido su marco institucional desde el año 2010⁴⁹. Se creó el Ministerio del Medio Ambiente y organismos específicos encargados de llevar adelante las evaluaciones de impacto ambiental y de garantizar el cumplimiento de las normas, lo que constituye “uno de los grandes logros de la política ambiental de los últimos diez años”⁵⁰.

De este modo, Chile cuenta con diversos organismos encargados tanto de la evaluación del impacto ambiental (el Servicio de Evaluación Ambiental o SEA)⁵¹ y de la fiscalización del cumplimiento de las normas sobre la materia (la Superintendencia del Medio Ambiente o SMA)⁵². Sin embargo, la evaluación señala que, a pesar del constante incremento de sus presupuestos, estas autoridades, en particular la SMA, siguen afectadas por la falta de recursos humanos y técnicos para desempeñar adecuadamente sus funciones⁵³.

⁴⁶ Para el desarrollo del índice se consultaron a más de 140 abogados y expertos de distintos países para que evaluaran las leyes y prácticas de cada país. Se evaluó si existen normas que establecen el acceso y divulgación de información, la participación en la toma de decisiones y si existen vías asequibles para acceder a la justicia. El índice también incluye un conjunto de 24 indicadores complementarios de práctica que proveen información sobre el desempeño del país en materia de democracia ambiental.

⁴⁷ Environmental Democracy Index, 2015: Guideline 19, Indicator 2: “To what extent does the law require review procedures regarding the implementation and enforcement of laws and decisions pertaining to the environment to be decided by impartial and independent courts or bodies?”.

⁴⁸ OCDE (2016), p. 17.

⁴⁹ Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 2010.

⁵⁰ OCDE (2016), p. 112.

⁵¹ Artículos 81 y siguientes de la Ley N° 20.417.

⁵² Artículo segundo de la Ley N° 20.417.

⁵³ OCDE (2016), p. 28.

En materia de acceso a la justicia, se destaca la creación de tres tribunales ambientales en el año 2012⁵⁴, lo que “ha ampliado el acceso a la justicia y reforzado el derecho a impugnar las decisiones de las instituciones ambientales –incluidas normas, decisiones de las evaluaciones de impacto ambiental y medidas de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente–, y a procurar que se adopten medidas de restauración del medio ambiente”⁵⁵.

El informe destaca también que “cada tribunal está formado por 3 ministros: 2 abogados y 1 experto en ciencias. No obstante, advierte que “los tribunales civiles ordinarios” [Cortes de Apelaciones y Corte Suprema] continúan conociendo “acciones constitucionales basadas en el derecho a vivir en un ambiente no contaminado”⁵⁶.

Sin embargo, existe una preocupación por la autonomía e independencia de estas instituciones en las opiniones de los expertos asistentes al taller participativo. Se menciona que, de los tribunales ambientales, la Superintendencia del Medio Ambiente y de las instancias administrativas previas, como el Servicio de Evaluación Ambiental, no estaría absolutamente garantizada debido al proceso de nombramientos, en el cual interviene el Senado de la República, por lo que se señala que es fundamental alcanzar una independencia en este aspecto, para así garantizar un efectivo e imparcial acceso a la justicia.

5.2. Acciones o recursos oportunos y efectivos para reclamar

El Índice de Democracia Ambiental (EDI)⁵⁷ se refiere a la existencia en la ley de acciones y recursos suficientes para reclamar o apelar respecto de decisiones o acciones que tengan relación con el derecho a la información y la participación, y/o que afecten al medio ambiente⁵⁸:

⁵⁴ Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (2012).

⁵⁵ OCDE (2016), p. 29.

⁵⁶ OCDE (2016), p. 123.

⁵⁷ World Resources Institute, Environmental Democracy Index, 2015: Guidelines 15, 16 and 17.

⁵⁸ World Resources Institute, Environmental Democracy Index, Resultados de Chile. Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/country/chl>>.

TABLA 1:
PUNTUACIÓN DIRECTRICES 15, 16 Y 17 DE BALI

Directriz	Puntaje
Derecho a reclamar por solicitudes de información pública	3,0
Derecho a reclamar decisiones sujetas a participación pública	3,0
Derecho a presentar acciones contra el Estado o Privados ⁵⁹	2,75

Nota: Elaboración propia a partir del World Resource Institute (2015). *Environmental Democracy Index*.

Conforme a estas directrices y puntajes, EDI destaca como buenos los resultados de Chile, en particular, los siguientes aspectos:

- “Existen procedimientos de revisión claros en la ley que se aplican cuando el gobierno niega solicitudes de información ambiental”⁶⁰.
- “La ley prevé mecanismos de revisión de las decisiones administrativas relativas al medio ambiente”⁶¹.

⁵⁹ Directriz 17 de Bali: “Los Estados deberían garantizar que los miembros del público interesado pueden acceder a un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial o a procedimientos administrativos para recusar toda decisión, acción u omisión de una autoridad pública o entidad privada que afecte el medio ambiente o supuestamente contravenga, en cuanto a su fondo o su procedimiento, normas jurídicas ambientales del Estado relacionadas con el medio ambiente”.

⁶⁰ Environmental Democracy Index. Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/country/chl>>. Las acciones disponibles son: Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, publicada el 20 de agosto de 2008, artículos 10, 22 y 28: Artículo 10.- “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”. Luego el artículo 24 establece el derecho de reclamar para el requirente: “Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V [Consejo para la Transparencia], solicitando amparo a su derecho de acceso a la información”. Finalmente, el artículo 28 señala: “En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”.

⁶¹ En Environmental Democracy Index. Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/country/chl>>. Algunas de las acciones disponibles para la revisión de las decisiones son: 1. Acción constitucional de protección: artículos 6, 19 N° 8, y 20 inciso segundo del Decreto N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicado el 22 de septiembre de 2005. 2. Reclamaciones de los artículos 20, 29 inciso 4, 30 bis inciso 6, 50 y 60 de la Ley N° 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994, y artículos 78-81, 90, 91 y 95 del Decreto N° 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado el 12 de agosto

En materia penal ambiental, sin embargo, la Evaluación de Desempeño de la OCDE de 2016 indica que, a diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE, en Chile la ley no contempla un delito general contra el medio ambiente o por daño ecológico⁶², existiendo algunos tipos penales dispersos en distintas normas y con bajas sanciones⁶³. Por ello, el informe recomienda considerar la posibilidad de adoptar legislación en materia de “sanciones penales por delitos ambientales graves”.

En efecto, a pesar de que existe una unidad especial encargada de investigar delitos ambientales en la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) y de que cualquier persona puede denunciar estos hechos, la cuenta pública

de 2013. 4. Reposición y reclamación de resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente: artículos 55 y 56 de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010. 5. Reclamaciones del artículo 17, números 1, 5, 6, 7, 8 y 27-31 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, publicada el 28 de junio de 2012. 6. Revisión de los actos administrativos: artículos 15, 53, 54 y 59 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.

⁶² OCDE (2016), p. 29.

⁶³ a. Protección del aire y la atmósfera: faltas de los números 20 (infracción de las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres); 22 (no entregar basuras o desperdicios a la policía de aseo), y 29 del artículo 496 del Código Penal (construcción en contravención de los reglamentos de fuentes de emisión fija –hornos, chimeneas o estufas–); b. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas: artículo 315, que castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público, delito que castiga sacar aguas sin derecho de sus caudales (artículo 459 del Código Penal), y alterar su reparto o permitir su sustracción (artículo 480 del Código de Aguas). La Ley General de Pesca establece el delito señalado en su artículo 136, que castiga al que introdujere o “mandare a introducir” en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños; c. Protección penal de los suelos y de los espacios naturales: artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los “Santuarios de la Naturaleza”; d. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la flora y fauna silvestres: se castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales (artículo 289 del Código Penal), sino también la “propagación indebida” de cualquier organismo, producto, elemento o agente químico, viral, bacteriológico, radiactivo o de cualquier otro orden que por su naturaleza sea susceptible de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. La fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida protección penal, integrando al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza. Por último, se sanciona el maltrato animal en el artículo 291 bis del Código Penal.

de la PDI de 2018 señala que las cifras de detenidos por delitos ambientales de 2014 a 2016 son inexistentes. Sin embargo, se puede ver que entre 2017 y 2018 existen datos que dan cuenta de un total de 615 detenciones por estos hechos (349 el año 2017 y 266 el año 2018)⁶⁴. Para suplir aquel vacío, actualmente se encuentra en discusión un proyecto de ley refundido que busca introducir diversos delitos penales ambientales con tipos y sanciones efectivas⁶⁵.

En cuanto al acceso a estas acciones o procedimientos, el estudio de Espacio Público “Derribando Mitos: Propuestas para mejorar la justicia ambiental en Chile”, de 2017⁶⁶, se refiere al funcionamiento de las nuevas instituciones ambientales en Chile: de los tribunales ambientales (TA) y de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA). Este estudio cubre el período entre 2013 y 2016, es decir, los primeros años de funcionamiento de dichas instituciones⁶⁷.

En primer lugar, los datos de la investigación realizada respecto del funcionamiento de la SMA muestran que, entre el año 2013 y 2016, el número de denuncias recibidas fueron en aumento y el promedio anual fue de 1.530 denuncias realizadas, representando un 67 % de los expedientes. Además, dicho informe destaca que los datos obtenidos en la investigación, en relación a los tipos de denunciados, da cuenta que el principal usuario son las personas (56 %), “quienes de manera individual o colectiva, acceden directamente a realizar la denuncia, sin la necesidad de utilizar intermediarios que los representen”, lo cual podría implicar una fortaleza del sistema, “toda vez que, en principio, no tiene altas barreras de entrada para acceder a realizar la denuncia”⁶⁸.

Sin embargo, de la información oficial pública que pudieron obtener, consta que, de los 511 expedientes iniciados por denuncias ciudadanas, la mayoría de estos (el 58 %, equivalente a 297 denuncias) son archivados. Además, como se observa en el gráfico N° 4 del estudio, de las denuncias

⁶⁴ PDI (2019). (Considera los datos obtenidos hasta diciembre del año 2018).

⁶⁵ Refundido de Proyectos de Ley de Boletín N° 5654-12, N° 8929-07, N° 12121-12 y N° 11482-07, con el mensaje Boletín N° 12398-12.

⁶⁶ ESPACIO PÚBLICO (2017).

⁶⁷ En este período, solo se encuentran en funcionamiento el Segundo y el Tercer Tribunal Ambiental.

⁶⁸ ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 35.

que sí lograron iniciar un procedimiento sancionatorio, solo un 9,2 % terminaron en una sanción y un 1,4 %, en un plan de cumplimiento satisfactorio⁶⁹.

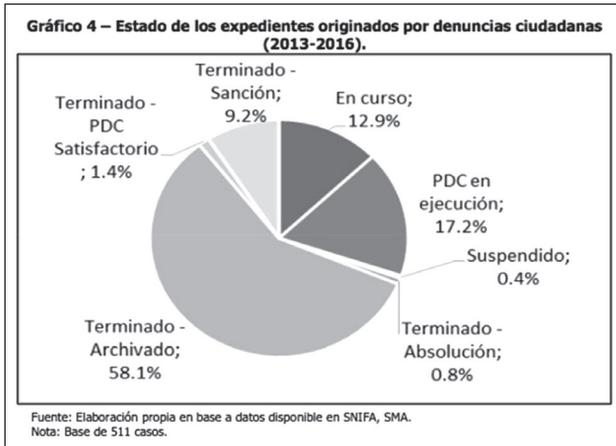


FIGURA 2:

ESTADO DE LOS EXPEDIENTES ORIGINADOS POR DENUNCIAS CIUDADANAS (2013-2016)

Fuente: Espacio Público (2017). Derribando Mitos:
Propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile.
Santiago de Chile, p. 32.

De todas formas, la cantidad de denuncias que terminan en alguna de estas alternativas es muy inferior a las denuncias totales ingresadas, lo que demostraría una eventual brecha entre las expectativas de la ciudadanía y la efectiva gestión de la SMA⁷⁰. Esa brecha se acentúa toda vez que la SMA solo puede actuar cuando existe una infracción normativa de alguno de los instrumentos de gestión ambiental⁷¹ que la misma ley señala que son de su competencia y por lo excesivamente largo de los tiempos de procesamiento de las denuncias⁷².

Respecto de los tribunales ambientales que estaban en funcionamiento en dicho período, el estudio examinó primero el número de causas ingresadas, concluyendo que la mayoría de ellas y, por tanto, la principal razón para acudir ante los tribunales, corresponden a reclamaciones para solu-

⁶⁹ ESPACIO PÚBLICO (2017), pp. 29-32.

⁷⁰ ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 32.

⁷¹ Título II de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁷² ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 33.

cionar conflictos contencioso-administrativos (77,3 %), superando ampliamente los ingresos de demandas por daño ambiental que representan solo el 23,7 % restante. Además, del total de reclamaciones, la causal que concentra más ingresos se asocia a las reclamaciones contra la SMA (51 % de las reclamaciones totales)⁷³.

En segundo lugar, se analiza el perfil de los usuarios de los tribunales (tabla N° 3), identificando que los titulares de proyectos o empresas privadas son quienes más utilizan el sistema, representando un 44,6 % de las reclamaciones que ingresan. Por el contrario, el 20,1 % de las reclamaciones corresponde a personas naturales, 10,1 % a organizaciones de base, 6,5 % a comunidades indígenas y solo un 2,7 % a organizaciones ambientalistas.

Tabla 3 – N° de reclamaciones según tipología de usuario

Tipo usuario / Tipo de acción	Reclamaciones	Total
Titular - Empresa Privada	82	44.6%
Personas naturales	37	20.1%
Organización de base	20	10.9%
Comunidad Indígena	12	6.5%
Municipio	7	3.8%
Otra Empresa reclamante	7	3.8%
Titular - Empresa del Estado	6	3.3%
Organización social ambientalista	5	2.7%
Representante de elección popular	4	2.2%
Titular - Órgano del Estado	4	2.2%
Total	184	100%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de TA 2013-2016.
Nota: total considera causas terminadas y en tramitación.

FIGURA 3:

N° DE RECLAMACIONES SEGÚN TIPOLOGÍA DE USUARIO

Fuente: Espacio Público (2017). Derribando Mitos: Propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile. Santiago de Chile, p. 48.

Estas cifras, demostrarían, de acuerdo al estudio, que existe una gran brecha entre quienes acuden a los tribunales, la que posiblemente tiene como causa la existencia de barreras de acceso⁷⁴. Esto se debería, en parte, a la regulación de las causales de las reclamaciones que puede conocer el tribunal⁷⁵. Así, “quedan fuera múltiples temáticas directamente relaciona-

⁷³ ESPACIO PÚBLICO (2017), pp. 48-51.

⁷⁴ ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 47.

⁷⁵ La competencia del Tribunal Ambiental está regulada en el artículo 17 de la Ley N° 20.600.

das con la protección del medio ambiente, por ejemplo, aguas, agricultura y forestales, pesca, concesiones, áreas protegidas, etc.”, debido al diseño institucional establecido en la legislación actual⁷⁶.

En el mismo sentido, los asistentes al taller participativo coincidieron en que existiría una brecha en cuanto a que no siempre sería posible obtener una solución sustantiva y definitiva a un conflicto ambiental, mediante las acciones que se pueden interponer ante el Tribunal Ambiental, ya que en estas no se abordan adecuadamente las soluciones reales al contenido del conflicto:

“En cuanto al funcionamiento de los Tribunales Ambientales, hoy tenemos una definición bastante acotada de lo que significa justicia ambiental, en términos que lo que se hace es revisar la toma de decisiones que ha hecho el Estado y en ese sentido es más una revisión formal que sustantiva, y probablemente es parte de los problemas que hoy día tenemos en materia de acceso a la justicia [...]” (Participante 4).

“Al menos en los Tribunales Ambientales cuando gana una comunidad, es en realidad retrotraer la decisión de la autoridad a su paso previo, por lo tanto, no genera una solución a largo plazo ni sustantiva en torno a un conflicto y eso también es un problema en cuanto a las expectativas que la propia comunidad tiene, pero también en términos de que no hay un hecho reparatorio ni una posibilidad real de detener un proyecto con impacto socio ambiental” (Participante 3).

En cuanto a la acción constitucional de protección, esta procede siempre que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vea afectado por una acción u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. Esta acción es un mecanismo bastante utilizado por las personas cuyos derechos fundamentales han sido afectados, ya que no presenta mayores requisitos ni formalidades para su interposición⁷⁷, tiene un menor tiempo de tramitación –al ser una acción de urgencia–, y porque la Corte puede tomar amplias medidas para restablecer el imperio del derecho.

La Dirección de Estudios de la Corte Suprema publicó la *Revista Colecciones Jurídicas: Derecho Ambiental*⁷⁸, donde se analiza cómo se ha

⁷⁶ Ver artículo 17 de la Ley N° 20.600.

⁷⁷ Excma. Corte Suprema de Chile, Acta N° 94-2015, que establece el Texto Refundido del Auto Acordado sobre Tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080916>>.

⁷⁸ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019).

utilizado la acción de protección en temas ambientales. El estudio abarca las causas ingresadas desde los años 2009 a 2016 a la Corte Suprema⁷⁹, existiendo un total de 68 recursos ingresados a la Tercera Sala. Si bien este estudio tiene información hasta el año 2016, se pueden extraer conclusiones relevantes de los datos que se entregan.

Un primer dato relevante es que en 2013 y 2014, años en los que comenzó el funcionamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente y de los tribunales ambientales, fue cuando más acciones de protección ingresaron a la Corte Suprema. Sin embargo, en los años siguientes a su entrada en vigencia, su número disminuyó drásticamente a solo 4 en 2015 y 6 en 2016⁸⁰.

Luego, en cuanto a los recurrentes se observa que la mayoría de las acciones fueron interpuestas por personas naturales (21), y otro gran número de ellas por organizaciones de base, ONGs, y organizaciones indígenas (21). Es decir, el recurso de protección es una acción que ha sido fundamentalmente utilizada por la sociedad civil. Además, como se observa en los datos, la mayoría de los recursos de protección se resuelven en un período que toma entre 126 y 150 días, es decir, no se superan los 6 meses de tramitación⁸¹, por lo que, pese a la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental, esta acción continúa siendo utilizado por la ciudadanía.

Sobre este punto, los asistentes al taller participativo mencionaron que el recurso de protección es hoy una medida eficaz para alcanzar una solución de los conflictos ambientales, a pesar de que existen otras instituciones y acciones disponibles que debieran ser más idóneas debido a la especialización de esas acciones. Existe un consenso en que se debiera trabajar en mejorar y perfeccionar otros instrumentos distintos del recurso de protección, que permiten poner en movimiento la actividad jurisdiccional:

“[...] finalmente el recurso de protección sigue siendo una de las mejores herramientas que tienen las comunidades para acceder a la justicia... para acceder a los Tribunales antes se pide todo un proceso administrativo previo, y finalmente todos los casos sustantivos se ven en Cortes Ordinarias y Civiles” (Participante 4).

⁷⁹ La Corte Suprema resuelve en segunda instancia los recursos de protección por vulneraciones al derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación según la Constitución Política de la República establecido en el artículo 19 N° 8.

⁸⁰ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019), pp. 30 y 31.

⁸¹ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019), p. 36.

5.3. Legitimación activa amplia para la defensa del medio ambiente

A este concepto se refieren las Directrices de Bali:

“Los Estados deberían dar una interpretación amplia del derecho a iniciar una demanda en relación con asuntos ambientales con miras a lograr el acceso efectivo a la justicia” (Directriz 18)⁸².

Este aspecto fue evaluado por el Índice de Democracia Ambiental, donde se le asignó a Chile un puntaje de 2.0⁸³ y se le recomendó “ampliar la legitimación activa del público para presentar casos ambientales”⁸⁴.

En efecto, el estudio de Espacio Público menciona que la SMA “es una de las pocas instituciones que en su diseño plantea una participación abierta para cualquier ciudadano que lo requiera y con amplias atribuciones, al ser considerado como un interesado en los hechos investigados”⁸⁵. Sin embargo, los TA no cuentan con un diseño de participación inclusivo, ya que, por ejemplo, “las causales que estipulan quiénes y bajo qué condiciones pueden reclamar, muestran un diseño restrictivo para la participación ciudadana”⁸⁶.

⁸² UNEP (s.f.).

⁸³ Environmental Democracy Index, “Justice”. Disponible en: <<https://environmental-democracyindex.org/country/chl>>.

⁸⁴ La legislación chilena contiene diferentes limitaciones a la legitimación activa. En los procedimientos administrativos en general la ley se refiere a los “interesados”, es decir, afectados en algún derecho o interés legítimo. En algunas de las reclamaciones ante el Tribunal Ambiental no se concede legitimación activa a las personas jurídicas.

Respecto de las acciones por daño ambiental, se conceden a personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio. Finalmente, los recursos de protección pueden ser presentados por quienes han sido afectados en su derecho u otras personas en su representación. No se permite actuar en defensa del interés público.

⁸⁵ Ley N° 20.417, artículo 21.- “Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles. En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento”.

⁸⁶ La legitimación activa está regulada en la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales. “Artículo 18.- De las partes. Los organismos de la Administración del

El estudio menciona que ambas instituciones no han desarrollado iniciativas para habilitar a los ciudadanos sobre la normativa, procesos e instrumentos que la SMA y TA poseen. Por lo tanto, “mientras en la SMA (la legitimación activa) es de carácter amplio”, el diseño de los TA “implicó una restricción a la participación, al establecer por ley quiénes pueden reclamar según qué causales y condicionar el acceso a ciertas causales a participaciones previas, como es el caso de las observaciones ciudadanas”⁸⁷.

Por último, en cuanto a la legitimación activa en procesos por daño ambiental, la Evaluación de Desempeño Ambiental de la OCDE de 2016 advierte sobre las limitaciones legales respecto de la legitimación activa de los afectados: en primer lugar, solo son legitimados las personas que hayan sufrido el daño, también el Consejo de Defensa del Estado podrá entablar la demanda en defensa del ambiente ante un tribunal ambiental a fin de lograr la restauración del mismo. Por último, cualquier ciudadano también puede solicitar a la municipalidad en cuya jurisdicción haya ocurrido el daño ambiental que inicie el juicio correspondiente. Sin embargo, “el municipio no está obligado a atender tales solicitudes, sobre todo a causa de la escasez de recursos con que cuenta para esta tarea”⁸⁸.

5.4. Asequibilidad de los procedimientos y acceso a asistencia legal

El índice desarrollado por WJP se refiere a este aspecto en la justicia civil, en su indicador sobre “accesibilidad y asequibilidad”. El indicador mide si hay información disponible al público de la existencia de los re-

Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17: [...]”.

⁸⁷ El artículo 18.5 de la Ley N° 20.600 establece que quienes pueden presentar reclamaciones ante los tribunales ambientales son quienes de manera previa presentaron reclamaciones ante las instancias administrativas correspondientes y que fueron rechazaron sus alegaciones de falta de consideración de las observaciones ciudadanas: “5) En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”.

⁸⁸ OCDE (2016), p. 123.

cursos y acciones; si puede tener acceso a asesoría legal y representación judicial; si puede acceder al sistema judicial sin necesidad de incurrir en honorarios no razonables u obstáculos procesales no razonables, o experimentar dificultades y barreras físicas o lingüísticas.

Este índice también mide si el sistema de justicia civil discrimina en la práctica basado en el estatus socioeconómico, el género, etnia, religión, origen nacional, orientación sexual o identidad de género.

Los resultados para Chile son calificados como buenos (de 0 a 1) en accesibilidad y no discriminación⁸⁹:

TABLA 2:
PUNTUACIÓN INDICADORES DIMENSIÓN JUSTICIA CIVIL

Indicador	Puntuación
Accesibilidad y asequibilidad	0.7
No discriminación	0.6

Nota: Elaboración propia a partir de WJP (2019). Rule of Law Index.

En materia ambiental, sin embargo, en su Evaluación la OCDE advierte que “en principio, los numerosos litigios medioambientales demuestran que en Chile existe un efectivo acceso a la justicia; sin embargo, en la práctica el costo de la asesoría jurídica suele impedir dicho acceso a organizaciones no gubernamentales y a particulares”⁹⁰. De acuerdo a este informe, “esto significa un gran obstáculo para los litigantes”, ya que aunque la Constitución exige que se brinden servicios jurídicos a quienes no pueden pagarlos, “existen pocas medidas para acotar estos escollos financieros”⁹¹. En efecto, el Índice de Democracia Ambiental (EDI) también asigna un bajo puntaje a Chile en materia de asequibilidad (0.5).

Entre los aspectos a mejorar para garantizar el acceso a la justicia ambiental en Chile, EDI menciona que “existen muy pocos mecanismos legales para reducir las barreras económicas y de género que impiden el acceso a la justicia ambiental, de modo que las mujeres y los grupos vul-

⁸⁹ World Justice Project, Rule of Law Index, 2018-2019. Disponible en: <<http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/CHL>>.

⁹⁰ OCDE (2016), p. 30.

⁹¹ OCDE (2016), p. 132.

nerables puedan acceder a los procedimientos de revisión y obtener reparación”⁹².

El estudio de Espacio Público advierte que la falta de oferta de asesoría técnica-jurídica gratuita constituye una de las principales barreras de entrada y un factor clave de asimetría, donde existen solo algunas ONG’s y clínicas jurídicas que pueden ofrecer servicios gratuitos especializados a comunidades en conflicto”⁹³. Esto debido a que la asesoría técnica o legal “no se encuentra garantizada y depende de los recursos fundamentalmente económicos para poder intervenir en la institucionalidad”⁹⁴.

En la misma línea, los asistentes al taller participativo mencionaron un gran déficit en la capacidad que tienen las instituciones existentes en asegurar la defensa de las comunidades en temas ambientales, lo que se traduce en un obstáculo para acceder a la justicia:

“Conseguir un abogado para una comunidad que está en un conflicto es un asunto clave, la oferta no es demasiada y está sumamente concentrada en la zona centro, en clínicas jurídicas universitarias, y el INDH [Instituto Nacional de Derechos Humanos] no funciona como defensoría. Entonces hay un déficit institucional muy grande, en torno al acceso y a la capacidad de ayuda y facilitación [...] La figura o existencia de una institución como una defensoría del pueblo que existe en muchos países de Latinoamérica sería un tremendo aporte. Por ejemplo el INDH podría tener una atribución que le permita presentar casos directamente ante el Tribunal Ambiental [...]” (Participante 4).

⁹² El inciso 1° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. El inciso 2° del artículo 19 N° 3 señala que “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. [...]”. El inciso 3° del artículo 19 N° 3 establece que: “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”. Los artículos 591 y 595 del Código Orgánico de Tribunales, Ley N° 17.995, Concede Personalidad Jurídica a los Servicios de Asistencia Jurídica que se indican en las Regiones que se señalan, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 8 de mayo de 1981; Auto Acordado s/n, Auto Acordado sobre Tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, de 27 de junio de 1992, N° 2, y Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, publicada en el *Diario Oficial* el 28 de junio de 2012, artículos 42 y 47.

⁹³ ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 55.

⁹⁴ ESPACIO PÚBLICO (2017), pp. 64-70.

Las instituciones que entregan este tipo de asistencia tienen recursos limitados –humanos como financieros– para poder responder a la alta demanda de casos y controversias ambientales que existen. Existe un consenso, entonces, entre los participantes que uno de los principales desafíos es mejorar el sistema de financiamiento a las instituciones que hoy están entregando defensoría ambiental. En esta misma línea, se plantea el desafío de crear instituciones que pudiesen estar al servicio de la sociedad entregando asistencia legal especializada y gratuita o bien dotar de mayores facultades a las instituciones que ya existen.

Algunos de los ejemplos que se mencionaron fue entregar atribuciones para litigar al INDH y la creación de una defensoría popular ambiental, con independencia del Estado. También se percibe la necesidad de dotar de mayores recursos y funciones a la SMA, para que así pueda continuar los procedimientos judiciales y denuncias ciudadanas.

5.5. Reparaciones efectivas y oportunas

En materia de reparación del daño ambiental, el Acuerdo de Escazú señala que deben establecerse medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental “cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba” (artículo 8.3 letra e). Esto busca solucionar las asimetrías existentes en estos procesos, debido a que la parte acusada como responsable del daño normalmente contiene mayor información sobre las actividades que pueden causar el daño, así como por los altos costos involucrados para quienes demandan, en la recolección de evidencia.

Por lo tanto, mecanismos tales como la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba pueden ser cruciales en los casos en que las causas de los daños ambientales no pueden ser determinados con precisión o ante la existencia de causas múltiples⁹⁵.

⁹⁵ En América Latina hay algunos ejemplos en la legislación de Ecuador, Argentina, Chile y México. En Ecuador, el artículo 397 número 1 de la Constitución de Montecristi establece: “[...] La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. Por su parte, Argentina, en el artículo 29 de la Ley General del Ambiente: “[...] Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambien-

Al respecto, la evaluación de la OCDE de 2016 advierte que la regulación de esta acción sería limitada, ya que comprende solo “las acciones negligentes y dolosas que efectivamente causaron el daño” y también “cuando se viola la normativa vigente en materia de medio ambiente, donde la ley presume la existencia de responsabilidad por el daño”⁹⁶.

Este régimen jurídico “difiere de la práctica dominante en los países de la OCDE, donde la responsabilidad por daño ambiental es estricta, es decir, que en la mayoría de los casos no se requiere de pruebas que demuestren la conducta ilícita o la negligencia de la parte responsable”⁹⁷. Por ello, la OCDE recomienda establecer “un estricto régimen de responsabilidad por el daño futuro de los cuerpos de agua, el suelo, las especies y los ecosistemas”⁹⁸.

Estas dificultades podrían explicar en parte los datos de las cuentas públicas de los tres tribunales ambientales que operan en Chile, donde se muestra que la menor parte de las acciones que ingresan anualmente corresponden a acciones por daño ambiental.

Por ejemplo, la cuenta pública del Primer Tribunal Ambiental⁹⁹ señala que la mayor cantidad de causas ingresadas son reclamaciones contenciosas administrativas (12), seguidas se solicitud de medidas provisionales y luego demandas por daño ambiental (1) y consultas (1)¹⁰⁰.

tales administrativas”. En Chile, la Ley N° 19.300 establece que la responsabilidad del autor del daño se presume *ius tunc* en los casos de incumplimiento de las regulaciones ambientales. Por último, el Estado de Colima en México señala en su Ley Ambiental para el Desarrollo Sustentable que el daño es imputable a una fuente de contaminación, si por las características de los procesos que desarrolló, las sustancias o materias que maneja o los residuos que genera tienen la capacidad de producir tal daño (artículo 252).

⁹⁶ La responsabilidad por daño ambiental en Chile está regulada en la Ley N° 19.300, en los artículos 51 a 63.

⁹⁷ OCDE (2016), pp. 122 y 123.

⁹⁸ OCDE (2016), p. 30.

⁹⁹ Cuenta Pública Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, 2018. Disponible en: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://3ta.cl/wp-content/uploads/Cuenta-Pu%CC%81blica-v11.pdf>>.

¹⁰⁰ El Primer Tribunal Ambiental fue el último de los tribunales ambientales en entrar en funcionamiento, siendo su acta de instalación el 3 de julio de 2017. Este tribunal tiene asiento en Antofagasta, y tiene competencia territorial en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo.

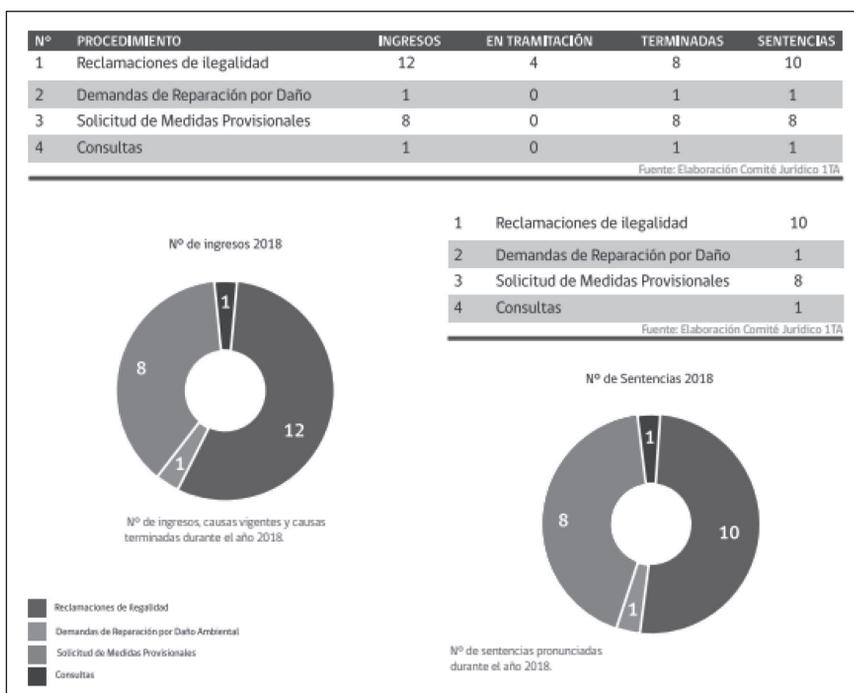


FIGURA 4:
SENTENCIAS JUDICIALES DICTADAS DURANTE EL 2018.

Fuente: Primer Tribunal Ambiental (2019). Cuenta Pública 2018. Antofagasta, p. 15.

En el caso del Segundo Tribunal Ambiental¹⁰¹, también la mayoría de las causas que ingresan son del tipo contencioso-administrativo (89 %), a través de la reclamación, siendo muy inferior el número de demandas por daño ambiental que ingresaron (ingresó solo una demanda en 2018, es decir, 3 %)¹⁰².

¹⁰¹ El Segundo Tribunal Ambiental de Santiago fue el primero en iniciar su funcionamiento, por lo que registra el mayor ingreso de causas entre los tres tribunales. Además, el Segundo Tribunal tiene asiento en la ciudad de Santiago y abarca territorialmente las Regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O’Higgins y del Maule. Dado que en la Región Metropolitana se encuentran centralizados gran parte de los organismos públicos, puede llegar a conocer de asuntos ubicados fuera de las regiones de su jurisdicción.

¹⁰² Cuenta Pública Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 2018. Disponible en: <https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2019/01/Cuenta-Publica-2018_Segundo-Tribunal-Ambiental_Santiago_vf.pdf>.

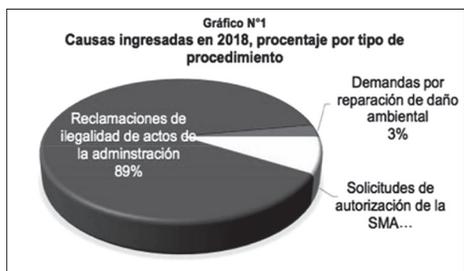


FIGURA 5:
CAUSAS INGRESADAS EN 2018, PORCENTAJE POR TIPO DE PROCEDIMIENTO.

Fuente: Segundo Tribunal Ambiental (2018). Cuenta Pública 2018. Santiago.

Por último, en el Tercer Tribunal Ambiental¹⁰³, las reclamaciones de ilegalidad representan la mayor parte de los ingresos (46 % con 18) y las demandas por daño ambiental representan un porcentaje más alto que en los otros casos, con el 20,5 % correspondiente a 8 ingresos.

PROCEDIMIENTO	INGRESO	EN TRAMITACIÓN O SUSPENDIDAS	TERMINADAS	TERMINADAS POR SENTENCIA O RESOLUCIÓN FINAL*	INADMISIBLE / POR NO PRESENTADA / REINGRESO / RECHAZA MEDIDA PREJUDICIAL
Reclamaciones de ilegalidad	18	7	11	3	8
Demandas de reparación por daño ambiental*	8	4	4	1	3
Solicitudes de medidas provisionales	3	-	3	3	-
Consultas	1	-	1	1	-
Exhortos	2	-	2	2	-
Otros	7	-	7	7	-
TOTAL GENERAL	39	11	28	17	11

* Considera solamente causas ingresadas en 2018; las sentencias de causas ingresadas en años anteriores se encuentra en la sección de sentencias.

FIGURA 6:
RESUMEN DE CAUSAS INGRESADAS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2018, POR TIPO DE PROCEDIMIENTO.

Fuente: Tercer Tribunal Ambiental (2018). Cuenta Pública 2018. Valdivia.

¹⁰³ El Tercer Tribunal Ambiental tiene asiento en la comuna de Valdivia e inició sus actividades el año 2013. Tiene competencia territorial en las Regiones de Ñuble, Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Finalmente, el índice de democracia ambiental se le otorga un puntaje de 1.83 a Chile en el ítem “Soluciones efectivas” (directriz 21), al evaluar, entre otros indicadores, si existe una exigencia legal de entregar soluciones adecuadas, efectivas y oportunas.

5.6. Ejecución y cumplimiento de las decisiones

El índice desarrollado por WJP se refiere a este aspecto de la justicia civil, en los indicadores sobre dilación excesiva que mide si los procedimientos son conducidos oportunamente y las sentencias se emiten en un plazo razonable, sin demoras excesivas, y cumplimiento efectivo, que mide la eficacia y puntualidad de la ejecución de las decisiones y sentencias en la práctica. De acuerdo a esta información, los puntajes más bajos de Chile en materia de acceso a la justicia se dan en relación con:

TABLA 3:
PUNTUACIÓN INDICADORES DIMENSIÓN JUSTICIA CIVIL

Indicador	Puntuación
No dilaciones injustificadas	0.44
Cumplimiento efectivo	0.62

Nota: Elaboración propia a partir de WJP (2019). Rule of Law Index.

También EDI se refiere al cumplimiento efectivo de las decisiones y sentencias ambientales y se asigna un puntaje de 1.33. Es decir, un resultado “limitado” en esta materia (Directriz 22 del índice).

Asimismo, el estudio de Espacio Público, al referirse a la oportunidad y cumplimiento de las decisiones señala que respecto de la SMA, “se confirma una excesiva demora en el procesamiento de las denuncias ciudadanas”¹⁰⁴. Esta tendencia no ha tenido grandes cambios en los últimos años. En efecto los datos entregados por la propia SMA para el año 2018¹⁰⁵ señalan que la Superintendencia inició 168 procedimientos sancionatorios, es

¹⁰⁴ ESPACIO PÚBLICO (2017), pp. 64-70.

¹⁰⁵ El Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental o SNIFA registra toda la información de las fiscalizaciones y procedimientos sancionatorios conducidos por la SMA desde el año 2013. En la infografía se pueden ver las estadísticas de estos procesos desde 2013 a 2018.

decir, solo un 11,3 % más que en el año 2016 que es el último año medido en el Estudio de Espacio Público.

De dichos procedimientos sancionatorios, la información que entrega la misma institución –en cumplimiento de su deber legal– entregaría dos datos interesantes respecto a la ejecución y cumplimiento de las sanciones.

De un total de 921 procedimientos sancionatorios, 564 presentan un plan de cumplimiento, lo que significa que los sujetos fiscalizados pueden presentar un plan para dar cumplimiento a la normativa que han infringido, y luego 406 procedimientos se encuentran terminados. De los procedimientos donde se han acogido a un plan de cumplimiento, las cifras muestran que 134 se han cumplido satisfactoriamente y 14 han terminado en absolución, lo que representa un número relativamente bajo en relación al número inicial, y respecto de las sanciones, la mayoría de estas son multas (que se encontrarían en un alto porcentaje pagadas), pero luego los mayores números corresponden a los ítems “no aplica” o “absueltos”, lo que refleja un alto número de procedimientos sancionatorios cuya solución posiblemente no da respuesta a los hechos denunciados o que dieron lugar a la fiscalización.



FIGURA 7:

INFORMACIÓN SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS A LO LARGO DEL TERRITORIO NACIONAL, ACTUALIZADOS HASTA LA FECHA 6 DE AGOSTO DE 2019.

Fuente: Superintendencia del Medio Ambiente (2019).

Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental.

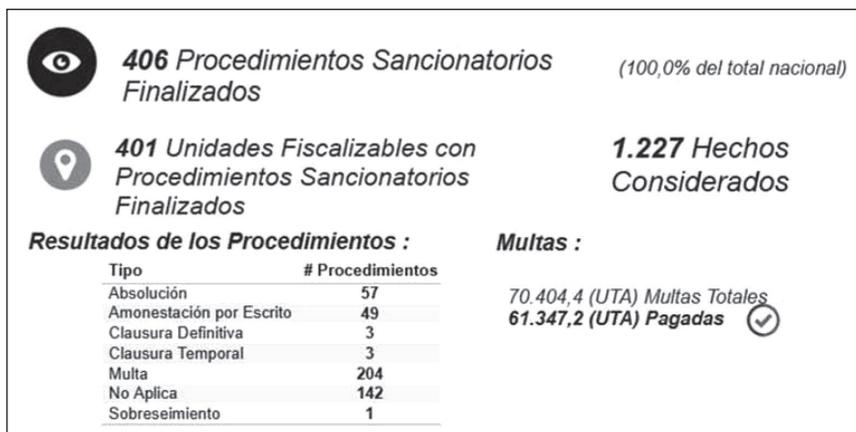


FIGURA 8:
 INFORMACIÓN SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS
 SANCIONATORIOS FINALIZADOS A LO LARGO DEL TERRITORIO NACIONAL,
 ACTUALIZADOS HASTA LA FECHA 6 DE AGOSTO DE 2019.

Fuente: Superintendencia del Medio Ambiente (2019).
 Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental.

Esta información no contiene datos ni cifras de cómo se han iniciado estos procedimientos (por fiscalizaciones de la propia SMA o por denuncias), ni sobre la titularidad de las denuncias, por lo que no es posible a partir de ella determinar el destino o éxito que están teniendo las denuncias ciudadanas en la SMA.

En cuanto a los tribunales ambientales, respecto de la dictación de sentencias y el tiempo de demora en la resolución de conflictos, se puede observar una mayor capacidad de gestión de las causas que ingresan anualmente. Por ejemplo, el Primer Tribunal demuestra en su cuenta como del total de causas ingresadas (22), solo 4 de ellas se encuentran en tramitación. Además, la duración de la tramitación del total de las causas se encuentra por bajo los 250 días, teniendo las reclamaciones incluso un promedio de tramitación inferior a 200 días, traducándose esto en un periodo inferior a los 6 meses.

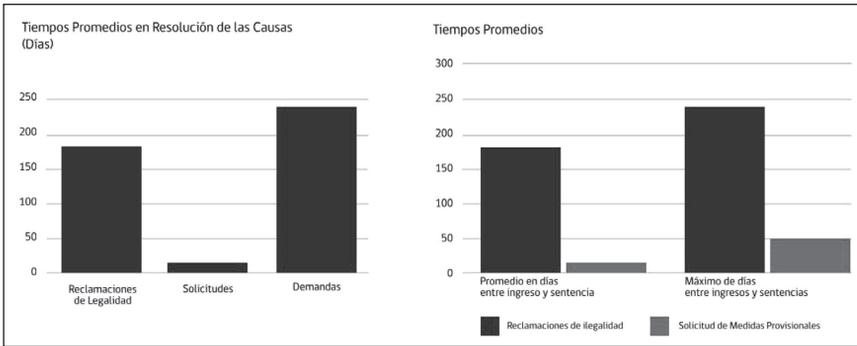


FIGURA 9:

TIEMPO PROMEDIO EN RESOLUCIÓN DE LAS CAUSAS.

Fuente: Primer Tribunal Ambiental (2019). Cuenta Pública 2018. Antofagasta, p. 16.

En el caso del Segundo Tribunal Ambiental, el porcentaje de causas terminadas vs. las que están en tramitación, sugiere también una adecuada gestión respecto de las causas que ingresan, debido a que el 85 % de ellas se encuentran terminadas.

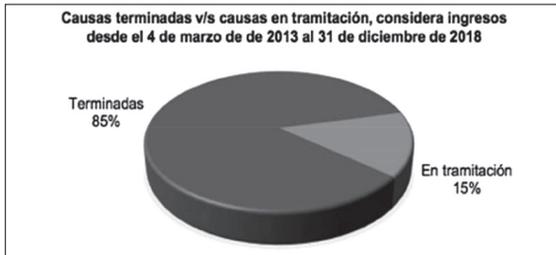


FIGURA 10:

CAUSAS TERMINADAS EN TRAMITACIÓN, CONSIDERA INGRESOS DESDE 4 DE MARZO DE 2013 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2018.

Fuente: Segundo Tribunal Ambiental (2018). Cuenta Pública 2018. Santiago.

Por último, la Cuenta Anual del Tercer Tribunal Ambiental¹⁰⁶ señala que del total de 39 causas ingresadas el año 2018, 28 de ellas se encuentran terminadas (71,7 %), siendo solo 17 de estas las que han terminado por sentencia o resolución final, mientras que el resto no ha logrado pasar el filtro de la admisibilidad.

¹⁰⁶ Cuenta Anual Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 2018. Disponible en: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://3ta.cl/wp-content/uploads/Cuenta-Pu%CC%81blica-v11.pdf>>.

Cabe señalar, sin embargo, que estos datos no consideran los plazos de las etapas previas de estos procedimientos, que, por lo general, suceden ante instancias administrativas. Así, el estudio de Espacio Público advierte sobre “la excesiva cantidad de etapas a las cuales se enfrenta un ciudadano antes de contar obtener una respuesta”. Por lo tanto, “no es solo un tema de cuánto demora el proceso en TA, sino que es necesario considerar todas las etapas previas (SEIA o SMA, vía administrativa de reclamación) y posteriores (Corte Suprema)”¹⁰⁷.

Por último, en cuanto al cumplimiento de dichas decisiones, los asistentes al taller participativo coincidieron en que existe una evidente brecha en materia de seguimiento y cumplimiento de los fallos ambientales, los cuales muchas veces quedarían sin una implementación práctica. En general, perciben que es necesario mejorar los mecanismos y medios para que las sentencias ambientales sean ejecutadas, es decir, que el Estado genere las acciones correspondientes para que estas se cumplan, y para ello se debe buscar una forma pertinente de hacer seguimiento del nivel de cumplimiento y ser transparente a la sociedad:

“[...] ejecutar una sentencia de daño ambiental es difícil... el cómo ejecuto una sentencia y se soluciona este conflicto una vez que ya tengo un acto de autoridad, yo creo que ahí hay un punto en que podemos observar que hay una deficiencia [...]” (Participante 5).

“[...] este punto no es menor, ya que se puede avanzar en perfeccionar la institucionalidad, el acceso, la cobertura y la asequibilidad, pero mientras las sentencias no se cumplan eficazmente, los demandantes seguirán viendo vulnerados su derechos, por lo que el acceso a la justicia en esta materia se mantendrá debilitado” (Participante 7).

5.7. Transparencia

En materia de transparencia de las decisiones administrativas y judiciales, EDI asigna el máximo puntaje a Chile con un 3.0¹⁰⁸. En este mismo aspecto, en su evaluación la OCDE destaca que las audiencias de los tribunales ambientales “son abiertas al público y se transmiten en vivo por

¹⁰⁷ ESPACIO PÚBLICO (2017), pp. 64-70.

¹⁰⁸ World Resources Institute, Environmental Democracy Index, Resultados de Chile Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/country/chl>>.

Internet”¹⁰⁹, lo que, sin duda, es un gran avance. En materia de educación y difusión sobre las diferentes acciones disponibles para los ciudadanos, de acuerdo a EDI, Chile solo alcanza un puntaje de 1.0¹¹⁰.

El estudio de Espacio Público también advierte que, pese a que gran parte de la información se encuentra en las páginas web de las instituciones ambientales y en el Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (SNI-FA)¹¹¹, tanto la SMA como los TAs “no entregan información en formatos procesables”. Por ello, ambas instituciones “tienen el desafío de hacer que la información provista al público cumpla a cabalidad con el criterio de que ésta sea comprensible”.

En la misma línea, los asistentes al taller participativo mencionaron que no existe claridad en torno a los mecanismos judiciales que tiene la comunidad cuando se enfrenta a un conflicto ambiental. Además, se identifican problemas relacionados a la información ambiental disponible para elaborar sus reclamos y a la pertinencia de los datos, ya que muchas veces están desactualizados, lo que obstaculizaría el poder de impugnación de la sociedad en los asuntos ambientales:

“[...] existen problemas de información en lo que se refiere a las autorizaciones de uso en recursos naturales [...] la información no es concordante y está sumamente desactualizada, entonces eso repercute en la capacidad que puede tener la sociedad civil al momento de impugnar ciertas decisiones políticas y administrativas” (Participante 2).

5.8. Situación de defensores de derechos humanos y medio ambiente

Otra meta que se vincula directamente con el acceso a la justicia dice relación con delitos que se cometen en contra de defensores de derechos humanos. Además, como se ha mencionado, el Acuerdo de Escazú en su artículo 9 establece una obligación de promover un ambiente seguro para los defensores ambientales.

¹⁰⁹ OCDE (2016), p. 29.

¹¹⁰ World Resources Institute, Environmental Democracy Index, Resultados de Chile. Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/country/chl>>.

¹¹¹ SMA, SNIFA. Disponible en: <<http://snifa.sma.gob.cl/v2>>.

Este tema está contenido en el objetivo de desarrollo sostenible número 16.10 sobre “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”, y tiene el siguiente indicador:

“16.10.1: Número de casos verificados de asesinato, secuestro, desaparición forzada, detención arbitraria y tortura de periodistas, miembros asociados de los medios de comunicación, sindicalistas y defensores de los derechos humanos, en los últimos 12 meses”.

Lo que distingue a este indicador es la motivación o el factor causal, es decir, que la violación fue motivada por el hecho de que la víctima se movilizaba en defensa de los derechos de otros individuos, ejercía sus derechos humanos, o bien por haber sido producida durante el tiempo que la víctima estaba desempeñando tales actividades¹¹².

Al respecto, el INV de 2019 señala que “en Chile no se registraron casos para el año 2015”¹¹³. Esta información resulta preocupante al ser América Latina una de las mayores regiones con casos de asesinatos, torturas y amenazas hacia defensores de derechos humanos¹¹⁴ y porque, además, no se indica razón alguna respecto de la inexistencia de datos o mediciones en los años 2016, 2017 y 2018.

Si bien la situación en Chile es aparentemente diferente a la del resto de la región, existen casos preocupantes de violencia. Conforme al reporte de Global Witness de 2019, en Chile se reportaron dos casos de defensores ambientales asesinados en 2018: Alejandro Castro y Camilo Catrillanca. El reporte relata también el caso de la abogada Karina Riquelme, quien fue hostigada en su hogar mientras estaba involucrada en la defensa de personas del pueblo Mapuche que eran señaladas como terroristas¹¹⁵.

¹¹² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) and International Labour Organization (ILO), Metadata Indicator 16.10.1, Number of verified cases of killing, kidnapping, enforced disappearance, arbitrary detention and torture of journalists, associated media personnel, trade unionists and human rights advocates in the previous 12 months: <<https://unstats.un.org/sdgs/metadata/files/Metadata-16-10-01.pdf>>.

¹¹³ Informe Nacional Voluntario, Chile (junio, 2019), p. 113.

¹¹⁴ GLOBAL WITNESS (2018).

¹¹⁵ GLOBAL WITNESS (2018).

A estos casos se suman la amenaza a líderes del movimiento por el agua MODATIMA (Rodrigo Mundaca y Verónica Vilches); la muerte de Macarena Valdés, activista ambiental de Panguipulli, y el caso de Patricia Núñez, víctima de violencia, por su defensa a las semillas libres y participación en la causa contra Monsanto¹¹⁶. Asimismo, los participantes del taller participativo mencionaron que existe un aumento en el número de denuncias que han conocido por amenaza y hostigamiento en el marco del trabajo de sus respectivas organizaciones.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Chile en los últimos años ha presentado un avance significativo en temas de acceso a la justicia ambiental mediante la creación de distintas instituciones, como es la Superintendencia del Medio Ambiente y los tribunales ambientales, como también mediante la introducción de importantes reformas legales en la materia. En efecto, las estadísticas e indicadores internacionales, en general, sitúan a Chile dentro de los países que poseen un alto índice de acceso a la justicia.

A pesar de estos logros, tanto los estudios revisados como las percepciones y opiniones de los actores clave convocados al taller de discusión, dan cuenta de que aún existen importantes barreras y asimetrías normativas, económicas, sociales u operativas que impiden el acceso pleno a la justicia. En particular, se identifican:

6.1. Órganos competentes e independientes

Se destaca en general, la creación de tres tribunales ambientales en el año 2012, lo que ha ampliado el acceso a la justicia y reforzado el derecho a impugnar las decisiones de las instituciones ambientales ante tribunales especializados e integrados por abogados y expertos en ciencias.

Sin embargo, las instancias administrativas previas de impugnación, como el Servicio de Evaluación Ambiental y su Comité de Ministros, son instituciones que muchas veces toman decisiones que responden a intereses políticos, por lo que es fundamental asegurar una independencia en estas instancias y así garantizar un efectivo e imparcial acceso a la justicia.

¹¹⁶ GONZÁLEZ (2018).

Recomendaciones
<ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer mecanismos para velar por la independencia de los jueces, órganos administrativos e instituciones fiscalizadoras, para evitar casos de corrupción e influencias indebidas, mediante sistemas de nombramiento donde no intervengan órganos políticos del Estado. 2. Fortalecer las instituciones que facilitan el acceso a la justicia ambiental. Por ejemplo, dotar a la SMA de mayores recursos y atribuciones de fiscalización y entregar mayores competencias a las instituciones públicas para litigar en defensa del medio ambiente, tales como el Instituto de Derechos Humanos y las corporaciones de asistencia judicial. 3. Facilitar el acceso y transparencia de las decisiones de órganos de la Administración como, por ejemplo, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, haciendo públicas sus sesiones.

6.2. Recursos oportunos y efectivos para reclamar

Chile cuenta con mecanismos claros en su legislación para revisar las decisiones de la Administración en materia de solicitudes de información, como sucede con el Consejo para la Transparencia y los amparos de información ante las Cortes de Apelaciones. También existen acciones en materia de participación, como sucede con las reclamaciones administrativas de la Ley N° 19.300 y las acciones judiciales de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, respecto de las observaciones ciudadanas formuladas en las evaluaciones de impacto ambiental.

La ley contempla, asimismo, acciones administrativas y judiciales para impugnar la legalidad de los actos y decisiones de la Administración respecto de causales acotadas y delimitadas en el artículo 17 de la Ley de Tribunales Ambientales. Al respecto, llama la atención que, de acuerdo a los datos entregados por los propios tribunales ambientales, los mayores usuarios de dichos procedimientos no son las personas ni las organizaciones de la sociedad civil, sino los titulares de proyectos y empresas.

Preocupa, además, que, por el diseño institucional de los tribunales, quedan fuera múltiples temáticas directamente relacionadas con la protección del medio ambiente, por ejemplo, aguas, agricultura y forestales, pesca, concesiones, áreas protegidas, etc., respecto de las cuales no están cubiertas en ninguna acción.

Por el contrario, en el caso de los recursos de protección, ellos son los más utilizados por la sociedad civil, debido a la flexibilidad de sus requisitos, formalidades y su efectividad. Esta acción constitucional o recurso de protección resguarda el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, respecto de cualquier acto u omisión, ya sea de personas públicas o privadas.

Por último, existe también una acción para demandar la reparación del daño ambiental ante los tribunales ambientales regulada en las Leyes N° 19.300 y N° 20.600. Sin embargo, las acciones de daño ambiental son poco utilizadas, en comparación con las reclamaciones o acciones contenciosas administrativas. Una de las mayores dificultades detectadas es la necesidad de probar que las acciones que efectivamente originaron el daño son negligentes o dolosas, o que se cometen al violar la normativa vigente.

Por último, como ha sido observado por la evaluación de desempeño ambiental de la OCDE en 2016, todavía no contamos con una legislación penal clara en materia de delitos contra el medio ambiente, por lo que se espera se avance en la tramitación de las iniciativas legales que existen actualmente en el Congreso.

Recomendaciones
1. Avanzar en el establecimiento de tipos penales para delitos contra el medio ambiente.
2. Revisar la competencia de los tribunales ambientales para incluir acciones amplias, que no se encuentren restringidas únicamente a la impugnación de las actuaciones y decisiones del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y de la SMA, para que incluyan actuaciones de otros sectores y otras temáticas ambientales, como aguas o bosques.
3. Eliminar requisitos e instancias administrativas previas que generan la dilación excesiva de los procedimientos.
4. Eliminar barreras para la interposición de acciones de reparación ambiental.

6.3. Legitimación activa amplia para la defensa del medio ambiente

Nuestra legislación en general contiene diferentes limitaciones a la legitimación activa y no se permite actuar en defensa del interés público o colectivo. En los procedimientos administrativos la ley se refiere a los

“interesados”, es decir, a los afectados en algún derecho o interés legítimo. Respecto de las acciones por daño ambiental se concede legitimación activa a personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio.

Finalmente, los recursos de protección pueden ser presentados por quienes han sido afectados en su derecho u otras personas en su representación. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido cambiante y no siempre se concede legitimación activa a las personas jurídicas, como son las ONGs o las Municipalidades.

Recomendaciones
<ol style="list-style-type: none"> 1. Ampliar la legitimación activa en las diferentes acciones ambientales para incluir la defensa del medio ambiente y los intereses colectivos de las comunidades. 2. Eliminar el requisito de “haber sufrido el daño o perjuicio” en la acción de daño ambiental. 3. Ampliar la legitimación activa a instituciones u organismos públicos y de la sociedad civil para poder perseguir el daño al medio ambiente.

6.4. Asequibilidad y asistencia legal

Este aspecto ha sido el peor evaluado en la mayoría de los estudios analizados. Esto porque existen muy pocos mecanismos legales para reducir las barreras económicas y de género que impiden el acceso a la justicia ambiental.

Esto se debe a que principalmente no existen mecanismos para garantizar asistencia jurídica gratuita en materia ambiental, por lo que el costo de la asesoría jurídica suele impedir dicho acceso a organizaciones no gubernamentales, comunidades, municipalidades y particulares. Además, existe un número reducido de ONG’s y clínicas jurídicas que pueden ofrecer servicios gratuitos especializados a comunidades en conflicto.

Se destaca en este sentido la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente y la posibilidad de efectuar denuncias sin mayores formalidades en esta instancia, siendo las personas naturales los principales denunciantes. También, el recurso de protección, que puede ser presentado sin patrocinio de abogado, explicaría en parte su mayor utilización por la sociedad civil.

Uno de los principales desafíos en este punto es, entonces, mejorar el sistema de financiamiento a las instituciones que hoy están entregando de-

fensa ambiental. En esta misma línea, se plantea el desafío de crear instituciones que pudiesen estar al servicio de la sociedad entregando asistencia legal especializada y gratuita, o bien de dotar de mayores facultades a las instituciones que ya existen y trabajan en esta materia, como son las clínicas jurídicas o el INDH.

Recomendaciones
1. Establecer mecanismos públicos para brindar asistencia judicial gratuita en materia ambiental.
2. Fomentar la formación de operadores jurídicos en derecho ambiental, tendiendo a la democratización del conocimiento en las instituciones y comunidades.
3. Crear mecanismos de apoyo, técnicos y financieros, para el desempeño de las personas y grupos defensores del medio ambiente.

6.5. Reparaciones efectivas y oportunas

De los datos obtenidos en las cuentas públicas de los tres tribunales ambientales y de la Corte Suprema, se destaca como positivo la mayor agilidad para resolver las reclamaciones y recursos de protección que ingresan cada año. Un aspecto a mejorar en este sentido son los tiempos que demoran las denuncias ante la SMA en ser respondidas e iniciar las fiscalizaciones o procedimientos sancionadores respectivos.

Sin embargo, una de las brechas que se identifican en este aspecto es la falta de sentencias con efectos sustantivos que permitan entregar soluciones de fondo. La mayoría de las acciones que conoce el Tribunal Ambiental se relacionan con la posibilidad de retrotraer la decisión impugnada a su paso previo, por lo tanto, no se genera una solución a largo plazo ni sustantiva en torno a un problema.

Recomendaciones
1. Eliminación de barreras probatorias del daño ambiental y facilitar la aplicación de principios interpretativos favorables al medio ambiente, tales como el principio precautorio y el principio <i>in dubio pro natura</i> .
2. Facilitar la generación de prueba del daño ambiental a través de presunciones y de la inversión de la carga de la prueba.
3. Establecimiento de la responsabilidad objetiva en materia ambiental.

6.6. Ejecución y cumplimiento de las decisiones

En este punto es necesario mejorar los mecanismos y medios para que las sentencias ambientales y recursos de protección sean ejecutadas en la práctica. Es decir, que el Estado genere las acciones correspondientes para que estas se cumplan y para ello se debe buscar una forma de hacer seguimiento del nivel de cumplimiento de las sentencias dictadas por los tribunales y las cortes.

Recomendaciones
1. Establecer medidas que permitan el seguimiento de las decisiones judiciales y administrativas en materia ambiental.
2. Dotar de atribuciones a instituciones públicas para velar por la ejecución de los fallos ambientales, tales como el Tribunal Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
3. Generar información disponible al público sobre el estado del cumplimiento de los fallos y decisiones.

6.7. Transparencia

Un aspecto positivo destacado en las evaluaciones es la creación del SNIFA y de los tribunales ambientales, los cuales cuentan con información pública en sus respectivas páginas web sobre los procedimientos y decisiones. Además, se destaca que las audiencias de los tribunales son públicas (salvo las acciones de daño ambiental) y se transmiten por internet.

Las mayores brechas que se identificaron en esta materia es en relación con los agentes que están a cargo de entregar y rendir la información durante los procesos de evaluación de impacto ambiental, el hecho de que sea elaborada exclusivamente por los titulares de los proyectos genera una imparcialidad, ya que no existen datos ni puntos para contrarrestar y comparar la información.

Además, se identifican problemas relacionados a la pertinencia de los datos publicados por las instituciones ambientales y sectoriales, muchas veces no son oportunos y están desactualizados, lo que obstaculiza el poder de impugnación de la sociedad en los asuntos ambientales. Por ejemplo, no existe información sobre el estado de cumplimiento de las sanciones y sentencias emitidas por los Tribunales.

Recomendaciones
<ol style="list-style-type: none"> 1. Avanzar en generación y difusión de datos sobre acceso a la justicia en formatos comprensibles y manipulables por el público. 2. Difundir y educar al público sobre los mecanismos posibles para impugnar actos y decisiones.

6.8. Situación de defensores de derechos humanos y medio ambiente

Si bien la situación de Chile en este punto es aparentemente diferente a la del resto de la región, no existen datos al respecto o bien las víctimas no hacen las respectivas denuncias. Esto es relevante, ya que de acuerdo a las opiniones de los expertos consultados se sugiere que existen diferentes casos preocupantes de violencia y amenazas contra los defensores de derechos humanos y del medio ambiente.

Recomendaciones
<ol style="list-style-type: none"> 1. Firmar el Acuerdo de Escazú y comprometerse con la región para abordar esta problemática. 2. Desarrollar mecanismos de protección de defensores de los derechos humanos y medio ambiente que permitan prevenir estos hechos y denunciarlos adecuadamente. 3. Tipificar penalmente las amenazas o uso de mecanismos ilegítimos y violentos en conflictos ambientales.

6.9. Nuevos indicadores y datos para medir los avances y contribuciones de la sociedad civil

Por último, vemos que falta información pública respecto a los avances en los aspectos relevantes del acceso a la justicia, tal como ocurre con el Informe Nacional Voluntario presentado recientemente por Chile que contiene datos limitados de los indicadores del ODS 16.3 y 16.10, y si existen estos datos, ellos se encuentran generalmente desactualizados. Por ello, las organizaciones de la sociedad civil y los centros de estudios independientes son los que se han encargado mayormente del análisis de los datos entregados por las instituciones públicas para analizar el estado del acceso

a la justicia en Chile. Por lo tanto, es claro que, para lograr una eficiente medición de los avances presentados en el objetivo 16.3, se necesita la generación de indicadores medibles y que reflejen de mejor manera los diferentes aspectos del acceso a la justicia.

Además, es preocupante que el INV no aborde las acciones y contribuciones que las organizaciones de la sociedad civil realizan en esta materia. Esto porque una de las ideas fundamentales de la Agenda 2030 y de esta revisión en particular es el empoderamiento y fortalecimiento de la sociedad civil, así como la inclusión de todos los actores en la consecución del desarrollo sostenible.

Recomendaciones
1. Crear indicadores adicionales en los informes que permitan medir y hacer seguimiento de los diferentes aspectos y dimensiones del acceso a la justicia.
2. Construir indicadores sobre los recursos que el Estado asigna a las organizaciones que se dedican a la justicia ambiental y protección de derechos humanos, como la SMA.
3. Crear un indicador sobre ejecución o cumplimiento de las sentencias.
4. Incorporar datos en los informes sobre las diferentes acciones e iniciativas que existen desde la sociedad civil para facilitar el acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ACCIÓN (s.f.): “Ciudadanía y Ejercicio de Derechos. Obtenido de Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales”. Disponible en: <<http://accionag.cl/ong-asociadas/temas/ciudadania-y-ejercicio-de-derechos/>>.

BRAÑES, Raul (2000): “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo sostenible”. En Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El Acceso a la Justicia en América Latina: 26 al 28 de enero de 2000 en la Ciudad de México, México. Organizado por la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente del Gobierno de México (PROFEPA) y PNUMA.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2018): “Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambien-

tales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo. Obtenido de Naciones Unidas”. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43301/4/S1701021_es.pdf>.

CEPAL (s.f.): “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”. Obtenido de Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>>.

——— (2015): “Documento Preliminar del Acuerdo el Instrumento Regional sobre el Acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”.

——— (2018): “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” (Santiago de Chile: Naciones Unidas).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007): “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”. OEA Documentos Oficiales.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2015): “Informe sobre Recopilación de Buenas prácticas en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos relativas a la protección del medio ambiente”. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>>.

CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL (s.f.): “Materias Atendidas. Obtenido de Corporación Asistencia Judicial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”. Disponible en: <<http://www.cajmetro.cl/materias-atendidas/>>.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019): *Revista Colecciones Jurídicas Derecho Ambiental* 2019.

DURSTON, John y MIRANDA, Francisca (2002). “Experiencias y metodologías de a investigación participativa” en *Serie Políticas Sociales* N° 58 (CEPAL, Naciones Unidas).

EL DÍNAMO (26 de septiembre de 2018): “Más de 1.000 casos de contaminación en Quintero y Puchuncaví”. Obtenido de *El Dínamo*. Disponible

- en: <<https://www.eldinamo.cl/ambiente/2018/09/26/mas-de-1000-casos-de-intoxicacion-en-quintero-y-puchuncavi/>>.
- ESPACIO PÚBLICO (s.f.): Inicio. Obtenido de Espacio Público. Disponible en: <<https://www.espaciopublico.cl/>>.
- (2017): “Derribando mitos: Propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile” (Santiago de Chile).
- GHISO, Alfredo (2006): “Rescatar, descubrir, recrear. Metodologías participativas en investigación social comunitaria”, en ARNOLD, Marcelo *et al.*, *Metodologías de Investigación Social. Introducción a los oficios* (Santiago: LOM).
- GLOBAL WITNESS (2018): “2017 es el año con más muertes registradas de personas defensoras de la tierra y el medio ambiente”. Obtenido de Global Witness. Disponible en: <<https://www.globalwitness.org/en/press-releases/2017-es-el-%C3%B1o-con-m%C3%A1s-muertes-registradas-de-personas-defensoras-de-la-tierra-y-el-medio-ambiente/>>.
- GOBIERNO DE CHILE (2017): “Informe de Diagnóstico e Implementación de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Chile. Obtenido de Chile Agenda 2030”. Disponible en: <http://www.chileagenda2030.gob.cl/storage/docs/Diagnostico-Inicial_2.0_Agenda2030-ODS_2017.pdf>.
- (2019): “Informe Nacional Voluntario” (junio 2019). Disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/23507Informe_Nacional_Voluntario_CHILE_Junio_2019_final_1.pdf>.
- GONZÁLEZ, Carlos (2018): “197 activistas ambientales fueron asesinados en 2017”. Obtenido de *La Tercera*. Disponible en: <<https://www.latercera.com/tendencias/noticia/197-activistas-ambientales-fueron-asesinados-2017/84354/>>.
- INDH (s.f.): “Registro Nacional de Organizaciones. Obtenido de Instituto Nacional de Derechos Humanos”. Disponible en: <<https://www.indh.cl/sociedad-civil/registro-de-organizaciones/>>.
- (2018): “Informe misión de observación a comuna de Tiltil, Provincia de Chacabuco, Región Metropolitana octubre 2017 - febrero 2018”. Obtenido de Instituto Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1149/mision-tiltil.pdf?sequence=1>>.

- (2018): “Informe misión de observación zona de Quintero y Puchuncaví 11 al 13 de septiembre de 2018”. Obtenido de Instituto Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1149/mision-tiltil.pdf?sequence=1>>.
- IDLO (2019): “Silos and Synergies: Human Rights and the SDGs, States News Service”. Disponible en: <<https://www.idlo.int/news/highlights/silos-and-synergies-human-rights-and-sdgs>>.
- LILIC, Stevan (2011): “Instruments of environmental justice”, en *Law and Politics*, vol. 9 (1).
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2019): “Cuentas Públicas Participativas. Gestión 2018” (Santiago de Chile).
- NACIONES UNIDAS: “Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 16 sobre Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>.
- OCDE (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016* (Santiago de Chile: Naciones Unidas).
- OEA (2007): “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema EMA”. Obtenido de Organización de los Estados Americanos.
- PDI (s.f.): “Medioambiente”. Obtenido de Policía de Investigaciones. Disponible en: <<http://www.pdichile.cl/instituci%C3%B3n/unidades/medio-ambiente>>.
- (2019): “Cuenta Pública 2019” (Santiago de Chile: Policía de Investigaciones de Chile).
- PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): “Cuenta Pública 2018” (Antofagasta).
- PRING, George y PRING, Catherine (2016): “A Guide for Policy Makers” (UNEP-Environmental Courts & Tribunals). Disponible en: <<http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/10001/environmental-courts-tribunals.pdf?sequence=1>>.
- SDG16 Data Initiative (s.f.): “Data”. Disponible en: <<https://www.sdg16.org/data/>>.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2018): “Cuenta Pública 2018” (Santiago).

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (s.f.): “Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental”. Disponible en: <<http://snifa.sma.gob.cl/v2>>.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL (s.f.): “SDG Indicators: Metadata Repository” (United Nations). Disponible en: <<https://unstats.un.org/sdgs/metadata/>>.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2018): “Cuenta Pública 2018” (Valdivia).

UNEP (s.f.): “Bali Guideline Implementation Guide”. Obtenido de United Nations Environment Programme. Disponible en: <<https://www.unenvironment.org/resources/publication/bali-guideline-implementation-guide>>.

WORLD JUSTICE PROJECT (2019): “World Justice Project Rule of Law Index. Obtenido de World Justice Project”. Disponible en: <<https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019>>.

——— (2019): “Measuring the Justice Gap: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World”. Obtenido de World Justice Project. Disponible en: <<https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/access-justice/measuring-justice-gap>>.

WORLD RESOURCES INSTITUTE (2015): “Environmental Democracy Index”. Disponible en: <<https://environmentaldemocracyindex.org/>>.

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 19.300. *Diario Oficial* de la República de Chile, 9 de marzo de 1994.
- Ley N° 19.880. *Diario Oficial* de la República de Chile, 29 de mayo de 2003.
- Ley N° 20.285. *Diario Oficial* de la República de Chile, 20 de agosto de 2008.
- Ley N° 20.417. *Diario Oficial* de la República de Chile, 26 de enero de 2010.
- Ley N° 20.600. *Diario Oficial* de la República de Chile, 28 de junio de 2012.

ARTÍCULOS

INCORPORACIÓN DE CRITERIOS DE SUSTENTABILIDAD EN LA ACTIVIDAD COTIDIANA DEL ESTADO¹

INCLUSION OF SUSTAINABILITY CRITERIA
IN THE DAILY ACTIVITY OF THE GOVERNMENT

Camilo Andrés Cornejo Martínez

Abogado de la Universidad de Chile
Magíster (c) en Derecho, Universidad de Chile
camilo.cornejo@ug.uchile.com

RESUMEN: Nuestro Estado cuenta con un importante gasto público y número de funcionarios para ejecutar sus actividades, las que son realizadas sin criterios de sustentabilidad, pese a los deberes ambientales que debe cumplir. Nada obliga a sus funcionarios a reducir, reutilizar ni reciclar, siendo una actividad que depende de la voluntad de cada cual. En este trabajo se estudia un instrumento que intenta incorporar estas consideraciones de sustentabilidad en el Estado, para lo que se analizará las características y la experiencia comparada de implementación del denominado Sustainable Public Procurement o Green Public Procurement.

PALABRAS CLAVE: Instrumentos de gestión ambiental, sustentabilidad, compras públicas verdes.

ABSTRACT: Our Government has significant public spending and a relevant number of public servants to carry out its activities. Despite the environmental duties that it must fulfill, nothing forces to his officials to reduce, reuse or recycle, being an activity that depends on the will of each public servant. This work analyzes Sustainable Public Procurement or Green Public Procurement, as an instrument that attempts to incorporate sustainability considerations in the daily activity of the Government, reviewing the characteristics of the instrument and the comparative experience of his implementation.

KEYWORDS: Environmental management instruments, sustainability, green public procurement.

¹ Agradezco las enseñanzas y comentarios de las profesoras Pilar Moraga Sariego y Valentina Durán Medina que, con ocasión de sus cursos impartidos en el Programa de Magíster en Derecho cursado en la Universidad de Chile inspiraron este análisis.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema jurídico no existe ningún instrumento obligatorio que exija incorporar consideraciones ambientales en la actuación cotidiana del Estado². Nada obliga a sus órganos a reducir, reutilizar, ni reciclar, siendo una práctica que depende de cada funcionario o unidad. Tampoco existen consideraciones obligatorias relacionadas con el gasto público, el incentivo a reducir el consumo de recursos, productos contaminantes (plásticos de un solo uso, por ejemplo) o privilegiar la adquisición de bienes y servicios respetuosos del medio ambiente en todo su ciclo de vida.

Lo anterior, pese a que nuestra Constitución garantiza el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, impone al Estado el deber de tutelar la preservación de la naturaleza y le exige promover el bien común. Incluso, esto es contradictorio con la actuación internacional de Chile que se comprometió con metas de sustentabilidad mediante la denominada Agenda 2030³ y la necesidad de adaptar comportamientos de cara al cambio climático.

Bajo este panorama y, sin perjuicio de estas y otras consideraciones normativas, nos hace pensar que es jurídicamente necesario que el Estado se dé un instrumento que regule y minimice los impactos de su propia actividad, en los servicios que diariamente ejecuta.

A nivel comparado, distintos países han intentado desarrollar estrategias para que la actividad diaria de organismos públicos disminuya en todo lo posible su impacto, y a su vez que los productos o servicios que utiliza los adquiera de proveedores respetuosos de políticas ambientales⁴. Es más, la incorporación de consideraciones ambientales en las actuaciones estatales fue señalada por Naciones Unidas como una de las

² Dentro de los mecanismos de gestión ambiental consagrados en la Ley N° 19.300, no existe ninguna referencia a esta clase de instrumentos que exijan al Estado considerar el factor ambiental en cada una de sus decisiones.

³ “En Septiembre del 2015 Chile, como parte de 193 países miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad que tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad”. CHILE AGENDA (2015)

⁴ En principio, la Unión Europea es la que ha desarrollado mayormente este instrumento (Green Procurement), no obstante, también es aplicado en Japón, China, Taiwán, EE. UU., entre otros. En la materia, entre otros, ver EUROPEAN COMMISSION (2016).

herramientas clave de gestión ambiental que permitiría un desarrollo sustentable⁵.

Entre las estrategias diseñadas, se desarrolló como instrumento uno denominado “Green Public Procurement, Green Purchasing” o “Compras Públicas Verdes”, que se define generalmente como “el proceso mediante el cual las autoridades públicas buscan adquirir bienes, servicios y obras con un impacto ambiental reducido a lo largo de su ciclo de vida, en comparación con los bienes, servicios y obras con la misma función principal que de otro modo se hubieran adquirido”⁶ [traducción libre].

Con esto se busca que el Estado mejore su huella de carbono, sea previniendo y manejando de mejor modo sus impactos, mediante decisiones conscientes que consideren la preocupación ambiental, mediante factores tales como considerar en el precio de adquisición de productos y servicios las consecuencias ecológicas de toda la vida del producto, lo que hace efectivo principios ambientales como el que contamina paga, el de responsabilidad (en su faz preventiva) y el principio preventivo.

De igual modo, se comenzó a hablar de Sustainable Public Procurement (“SPP”) que, a diferencia de las Compras Públicas Verdes, exigiría que “las autoridades busquen el balance adecuado entre los tres pilares del desarrollo sustentable –económico, social y medioambiental– cuando obtengan bienes, servicios o trabajos, en todas sus etapas”⁷ [traducción libre].

Para algunos, Sustainable Public Procurement y Green Public Procurement son instrumentos distintos pero relacionados de género a especie. Mientras el primero abarcaría factores sociales, ambientales y económicos en todas las actividades estatales, las compras verdes –por su parte– serían una especie, una forma en la que el Estado, en una de sus manifestaciones (contrataciones públicas) abarcaría esta consideración, existiendo también otras herramientas, como el manejo responsable de residuos (reducción, reutilización y reciclaje), la eficiencia energética, edificios ambientalmente amigables (eco-diseños), entre otras⁸.

⁵ NACIONES UNIDAS (2017).

⁶ UNIÓN EUROPEA (2014).

⁷ EUROPEAN COMMISSION (2019).

⁸ En la materia, ver PAYNE (2014).

El desarrollo de estas nociones originó ciertas confusiones en los nombres y alcances de los instrumentos que, por cuestiones geográficas y políticas ha tenido distintas nomenclaturas y alcances más o menos ambiciosos. Con todo, se ha comenzado a advertir que en realidad se está ante un mismo fenómeno, que busca el mismo objetivo: un manejo sustentable del aparato estatal.

En la materia, Naciones Unidas ha reconocido la diferente extensión de ambos conceptos según la zona geopolítica, previniendo que ella utilizará los conceptos como sinónimos. Así, en ocasiones ha preferido enfocarlo únicamente a las *compras públicas*, advirtiendo un segundo factor relevante del instrumento: la contratación verde también puede ser implementada por privados y no solo se restringe al mundo público⁹.

Nos interesa enfatizar para efectos de este análisis que, cuando el instrumento se enfoca en la contratación estatal, el objetivo es que todo el *iter negocial* (desde la elaboración de las bases de licitación o trato directo, pasando por la elección del proveedor, hasta la ejecución y finalización del contrato), considere las consecuencias ambientales, sociales y económicas de todo el ciclo de vida del producto o servicio contratado por el Estado (desde su origen hasta su destrucción material o jurídica), de modo que se incorporen factores tales como la gestión de residuos, eficiencia energética, disminución de gases con efecto invernadero, consumo responsable, diseños respetuosos del ambiente.

Como consecuencia de la valoración de factores ambientales en los procesos de compra, se pretende contribuir a la eficiencia del uso de recursos públicos, de forma que se minimice o disminuya el impacto ambiental de sus actuaciones, permitiendo incluso un ahorro de dinero por mejora de eficiencia energética, adquisición de productos con mayor vida útil, entre otras. En esto un buen ejemplo son las cifras rescatadas de Los Países Bajos:

⁹ Señala Naciones Unidas: “En algunas regiones, SPP [Sustainable Public Procurement] también se conoce como compra ecológica, compra preferible para el medio ambiente, o adquisición socialmente responsable. En este informe, utilizamos ‘SPP’ y ‘SP’ como un término general para cubrir estas actividades, reconociendo que hay importantes regiones y matices organizacionales sobre cómo se definen dichos términos, y que no todas las organizaciones que emprenden compras sostenibles son los gobiernos” [traducción libre]. NACIONES UNIDAS (2017).

“Se ahorrarían tres millones de toneladas de CO2 solo en los Países Bajos, si todas las autoridades aplicaran los criterios nacionales de contratación pública sostenible, que incluyen criterios ecológicos. El consumo de energía del sector público se reduciría en un 10%”¹⁰ [traducción libre].

Sobre esta base, nos enfocaremos en el fenómeno de la contratación de bienes y servicios que realiza el Estado, oportunidad en la que –debido a la nomenclatura de las referencias bibliográficas– se hablará indistintamente de Sustainable Public Procurement o Green Public Procurement, aun cuando se prefiere entender que son términos relacionados genéricamente. Así, se estudiará la implementación de consideraciones ecológicas en las compras públicas que realiza nuestro Estado, a la luz de la experiencia comparada, intentando advertir la utilidad de este tipo de medidas, con sus ventajas y desventajas. Para ello, veremos (i) el estado de las compras públicas en Chile; (ii) la promoción, justificación y características del instrumento por Naciones Unidas, uno de sus grandes promotores; (iii) la experiencia comparada de su aplicación, teniendo como referencia a China y los Países Bajos. Finalizaremos (iv) con algunas conclusiones que se pueden advertir de este instrumento de gestión ambiental.

2. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL GASTO PÚBLICO Y EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE

El Estado de Chile, con sus 16 regiones, 24 ministerios, 156 servicios públicos, cuenta con cerca de 435.170 funcionarios¹¹ intentando mantener una presencia a lo largo de nuestro territorio¹². Para cumplir sus más variadas funciones, para el año 2020 se aprobó un gasto público de

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION (2020).

¹¹ DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO: “Anuario estadístico del empleo público en el gobierno central”.

¹² Estos datos desde ya nos muestran el impacto de las actuaciones estatales y la forma en que sus decisiones, incluso de actividades cotidianas, puede afectar la protección o vulneración del medio ambiente. Piénsese por ejemplo que al año 2017, Empresas Copec con 34.545 trabajadores, aparecía como la empresa privada con mayores empleados a nivel nacional, cifra muy inferior a los 435.170 funcionarios públicos estatales. Datos obtenidos de: AMÉRICA ECONOMÍA (2018): “Conozca las 500 empresas más grandes de Chile 2018”, y DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO: “Anuario estadístico del empleo público en el gobierno central”.

\$ 57.951.406.446 de pesos, de los cuales al menos \$ 3.468.178.266 estarán destinados a la adquisición de *bienes y servicios de consumo*¹³.

Desde ya es bueno advertir que la Ley de Presupuesto del año 2020 no menciona en ninguno de sus artículos la palabra *sustentable* o incorpora consideraciones ecológicas al gasto, sea de los \$ 57.951.406.446 o de los \$ 3.468.178.266 aprobados. Es más, el mensaje de la ley tiene otro enfoque ambiental: señala que el presupuesto del Ministerio del Medio Ambiente crecerá en un 8 %, que se desarrollarán obras en beneficio hídrico, entre otras pequeñas referencias, pero no contiene ninguna alusión al gasto sustentable del presupuesto público.

Por otra parte, los consumos que el Estado mantiene en los distintos rubros son bastante significativos. Por ejemplo, Chile cuenta con 345 municipios, los cuales declararon gastar el año 2018 –aproximadamente– \$ 34.128.527.000 de pesos en agua, cifra que comprende tanto sus dependencias internas como la de los servicios comunitarios que presta¹⁴. Por su parte, el consumo municipal de electricidad alcanzaría los \$ 175.408.394.000 de pesos, lo que también incluye todas las áreas, tanto de gestión interna como de los servicios comunitarios¹⁵.

Por su parte, el Ministerio del Medio Ambiente informa que el Estado aproximadamente consume en un año: (i) 355 millones de kWh; 4.440.670 m³ de agua que equivalen a 1.860 piscinas olímpicas; (ii) 4.884.737 resmas de papel correspondientes a 305.296 árboles. Esto, en términos monetarios, significarían (iii) unos \$ 51 millones de dólares¹⁶ (unos \$ 38.250.000.000 de pesos)¹⁷.

¹³ Datos extraídos de la Ley de presupuesto público disponible en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: “Ley de presupuestos para el sector público correspondiente al año 2020”.

¹⁴ SINIM (Sistema Nacional de Información Municipal), SUBDERE, MINISTERIO DEL INTERIOR: “Datos Municipales. Consumo de agua. Código de indicador IADM91”.

¹⁵ SINIM (Sistema Nacional de Información Municipal), SUBDERE, MINISTERIO DEL INTERIOR: “Datos Municipales. Consumo de electricidad. Código de indicador IADM90”.

¹⁶ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: “Estado Verde”.

¹⁷ Lo curioso es que el Ministerio del Medio Ambiente no indica sus fuentes, lo que no permite conocer con precisión cuáles fueron los datos utilizados y los agentes contabilizados.

Según la información disponible, la Administración del Estado, bajo la modalidad de contratación por Convenio Marco (esto es, excluyendo licitaciones públicas, privadas o tratos directos), por concepto de *Menaje, aseo y cuidado personal* en el año 2019 registró transacciones por \$ 10.068.000.000 de pesos¹⁸, monto similar a los \$ 10.472.000.000 de pesos que se transaron en el rubro *alimentos* en el mismo período.

Todas estas cifras son bastante ilustrativas si se considera que con la información existente al año 2015, el Estado gastaba solo \$ 8.900 pesos por persona en protección ambiental¹⁹, lo que equivaldría a un 0,1 % del PIB, en contraste con más del 4 % del PIB nacional vinculado a compras del Estado. Lo que nos interesa observar es que ese 4 % se puede transformar todo o parte en una protección preventiva del ambiente con productos ecológicamente más respetuosos o con un menor impacto.

Gran parte de estas cifras que desembolsa el sector de la Administración queda regulado por la Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios N° 19.886²⁰, cuyo principal objetivo fue uniformar los procedimientos y criterios de contratación, otorgando mayores niveles de transparencia, gestionando mejor los volúmenes de compra para resguardar mejor el erario nacional. Para esto, la ley publicada el año 2003 implementa como procedimientos de contratación la licitación pública, licitación privada, convenio marco o trato directo, pero en ninguno de sus artículos o modalidades de transacción implementa criterios ecológicos.

A su vez, esa misma ley crea a la Dirección de Compras y Contratación Pública (más conocida como ChileCompra), organismo encargado de administrar las transacciones comerciales del Estado que se apoya en gran medida en un sistema web de contratación que facilita el proceso, le ha dado una mayor transparencia, dinamismo y versatilidad. En conjunto, el sistema de contratación pública y su funcionamiento ha obtenido buenas críticas, más allá de las mejoras que se pueden incorporar²¹.

¹⁸ FUNDACIÓN OBSERVATORIO FISCAL. OBSERVATORIO DE COMPRAS: “Convenios Marco. ¿Quiénes se adjudican vía Convenios Marco, según rubro?”.

¹⁹ También se informa que esto equivaldría a unos \$ 145.042.000.000 de pesos. Ver NACIONES UNIDAS Y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015).

²⁰ Esta ley no comprende las transacciones que realiza el Congreso Nacional, Poder judicial, el Ministerio Público, el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley.

²¹ Así, se ha señalado: “A 11 años de la creación de ChileCompra, sin ninguna duda, las Compras Públicas han cambiado su performance. Hoy día venderle al Estado es más

Con todo, esta institución, ni en su visión, ni en su misión, ni en sus valores y objetivos estratégicos recoge una preocupación por la sustentabilidad. Es más, su plan estratégico para el período 2018 a 2024 indica que se enfocará en tres ejes estratégicos ya establecidos: eficiencia y efectividad, servicio de excelencia y confianza²². Ninguno de estos tres pilares estratégicos tiene una consideración ambiental. Eso, aun cuando el organismo reconoce el poder disciplinador de las compras públicas. Con un volumen de transacciones tan relevante, el Estado sabe que en esta materia cuenta con un *rol rector* para los privados con los que negocia como para con los organismos públicos para que asuman una mayor responsabilidad en el buen uso de los recursos fiscales²³.

Con todo, este organismo emitió el año 2016 la Directiva N° 25, por la cual entregaba recomendaciones para una contratación sustentable, citando expresamente el sistema de compras verdes. Esta directiva recogía criterios sociales (situación de discapacidad, por ejemplo), ambientales (eficiencia energética, entre otras) y económicas (precio del convenio), proveyendo distintos recursos para que los funcionarios se orienten en la elección de un producto o servicio ecológicamente más amigable.

Al respecto, no existen antecedentes del impacto en la contratación pública de esta directiva, no se conoce su permanencia, nivel de aplicación, actualización o perfeccionamiento.

Sustainable Green Public, también ha sido referenciado por otros servicios. Así, la Municipalidad de Santiago desarrolló su propia guía para incorporar en las transacciones municipales criterios ambientales, distinguiendo siete áreas de aplicación: (i) materiales de oficina; (ii) papel de oficina; (iii) equipos informáticos; (iv) productos de limpieza y adquisición de productos químicos; (v) compra, arriendo y mantención de vehículos; (vi) reali-

transparente que antes del 2003. Compradores y vendedores se entienden a través de un portal que nos permite tener acceso a una gran cantidad de datos e información relevante de este mercado que, este 2014, espera trazar sobre US\$ 10 mil millones”. CANIUQEO (2014).

²² Para esto, ver DIRECCIÓN CHILECOMPRA: “Plan estratégico ChileCompra 2018-2024”.

²³ Sobre esto, señala el Ministerio del Medio Ambiente: “se quiere poner énfasis en aprovechar el poder comprador del Estado. ChileCompra asume en esta etapa un rol rector entre el Estado y el mercado para maximizar la eficiencia y el ahorro; ello de manera a contribuir a que los organismos públicos asuman una mayor responsabilidad en el buen uso de los recursos fiscales”. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: “Estado Verde”.

zación de eventos públicos, y (vii) servicios de construcción y áreas verdes. Sobre ella, a la época de este estudio no fue posible conseguir información sobre su nivel de implementación, resultados, beneficios y dificultades²⁴.

Por su parte, el Ministerio del Medio Ambiente, en el marco de los compromisos con la COP 25, impulsó el año 2019 una política voluntaria para los órganos estatales denominada “Estado Verde”, cuyo objetivo es mejorar la eficiencia, avanzar en la carbono-neutralidad, y promover la educación ambiental, mediante una acreditación que certificará que los organismos aplican distintas medidas de sostenibilidad, poniendo cierto énfasis en todos los funcionarios públicos como participantes activos, que modifiquen su cultura y adopten en su esfera medidas más conscientes, como apagar luces, computadores o cuidar el consumo de agua²⁵.

Con todo, la misma cartera ministerial ya había lanzado una campaña similar el año 2016, que buscaba profundizar las medidas de sustentabilidad que se estaban implementando, y que en particular todos los servicios incorporaran criterios de ambientales en sus compras²⁶. También el Ministerio de Energía lanzó el año 2016 una iniciativa similar, “Gestiona Energía”, para promover la eficiencia energética en todos los servicios públicos, para lo que enviaría un instructivo a todos los organismos estatales, resaltando que medidas como estas, además de un gran impacto en el ahorro económico, contribuye a la reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero²⁷.

Tampoco, para ninguna de estas medidas, existe información actualizada sobre su continuidad, beneficios, dificultados y resultados.

²⁴ MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO: “Guía de criterios ambientales para incorporar compras municipales”.

²⁵ DIRECCIÓN CHILECOMPRA: “Directiva de Contratación Pública N° 25. Recomendaciones para la Contratación de Bienes y Servicios incorporando Criterios Ambientales y de Eficiencia Energética”.

²⁶ En esa oportunidad, el en ese entonces ministro Marcelo Mena sostuvo: “Nuestro ministerio ya tiene en varias regiones funcionando con sistemas de autogeneración energética, estamos ampliando la cobertura de cicleros en las seremías, hemos puesto en marcha acciones de incentivo al uso de la bicicleta, fomento al reciclaje, pero ahora con compras públicas sustentables, estamos llegando con metas verdes al corazón de nuestra gestión”. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2016).

²⁷ Detalles de la medida disponibles en MINISTERIO DE ENERGÍA: “Gestiona Energía. Sector Público”.

Como estas, existen otras políticas aisladas. Una de ellas, bastante llamativa, fue la preocupación por la gestión documental de la SEGPRES y el Ministerio de Hacienda. En su diagnóstico concluyeron que, en la gestión de documentos de papel, solo considerando el número de horas que se debía dedicar a la tarea, le generaba al Estado un gasto del orden de USD 1.000 millones por año que podría ser reducido en un 50 %²⁸. Con todo, ese análisis no consideró criterios ecológicos o sociales, centrándose solo en cuestiones económicas.

Como vemos, tenemos un importante gasto público que sin orientaciones puede estar generando problemas ambientales que se podrían evitar, disminuir o eliminar; en lo que además es una muestra de un ahorro y buen manejo de los recursos públicos. Se ha intentado disciplinar con criterios de sustentabilidad, siendo un concepto conocido en las políticas estatales, en lo que parece advertirse el problema económico, social y ambiental que genera la actual situación de funcionamiento del Estado. Pero ese proceso de implementación de la sustentabilidad se ha realizado mediante medidas sectoriales, con políticas superpuestas de las que no existe información sobre su éxito, extensión, coordinación o continuidad.

Más bien, en el gasto público el Estado solo se ve como un agente económico, un comprador, sin considerar que su actuación queda legitimada por el respeto a la Constitución y el respeto de derechos fundamentales, tales como el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

3. LA PROMOCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL INSTRUMENTO POR NACIONES UNIDAS

Naciones Unidas ha venido refiriéndose activamente a Sustainable Public Procurement al menos desde el año 2009, indicándola como una herramienta clave para alcanzar el desarrollo sustentable²⁹. Así, entre otras apoya el “Proyecto SPPEL” sobre compras públicas y ecotiquedado, por el que se pretende: (i) facilitar la elaboración de las políticas de sustentabilidad en las compras, facilitando capacidades y asistencia técnica en el uso de etiquetas u otros instrumentos que faciliten la implementación

²⁸ Sobre este estudio, ver MINISTERIO DE HACIENDA Y MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2019).

²⁹ NACIONES UNIDAS. Environment Programme: “Sustainable Public Procurement”.

de criterios, y (ii) promover la sustentabilidad mediante la combinación y sinergia del sistema de ecoetiquetados y los mecanismos ya operativos por los cuales los Estados se abastecen con bienes³⁰.

De este modo, los bienes y servicios que adquiera un Estado podrían tener un mejor impacto ambiental, para lo que será crucial identificar qué productos son ambientalmente amigables (ecoetiquetado), cuestión que ayudará a todas las personas (públicas y privadas) a identificar y seleccionar mejor antes de la adquisición del bien o servicio.

Asimismo, el trabajo de Naciones Unidas, en Sustainable Public Procurement, tiene alcances regionales, nacionales y globales. A nivel regional, promueve la cooperación y el acercamiento entre distintos bloques geopolíticos, la adopción de sistemas de ecoetiquetado, el intercambio de información, mientras que en el plano nacional, participa en distintas actividades, según la posición y situación de cada país³¹.

También, desde el año 2014, Naciones Unidas junto con KEITI lideraron el programa “One Planet SPP”, que forma parte de un proyecto superior relacionado con la obtención del desarrollo sustentable como objetivo N° 12 de la Agenda 2030³². Uno de los objetivos de ese programa es la implementación efectiva de Sustainable Public Procurement, a nivel nacional, regional y global, mediante el establecimiento de una asociación internacional y voluntaria de múltiples interesados, sean Estados u organizaciones, públicos o privados, que sean capaces de promover un manejo sustentable del Estado y su implementación en sus ámbitos de influencia³³.

³⁰ El modelo lo centran –a grandes rasgos– en dos pilares: (i) “Las compras públicas sostenibles involucran el poder de compra del gobierno para que, a través del gasto público, estimule un mejor desempeño ambiental y social del sector privado”, y (ii) “El ecoetiquetado busca informar y proporcionar incentivos de mercado, para que los consumidores distinguan aquellos productos que cumplen con ciertos requisitos de sostenibilidad”. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: “Programa para el Medio Ambiente. Compra pública sostenible y ecoetiquetado”.

³¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: “Programa para el Medio Ambiente. Compra pública sostenible y ecoetiquetado”.

³² NACIONES UNIDAS y ONE PLANET: “Handle with care. A platform for Sustainable Development Goal 12”.

³³ Sobre este programa se explica: “El programa de contratación pública sostenible (SPP) de One Planet Network es una asociación voluntaria internacional de múltiples interesados en la que partes, gubernamentales, no gubernamentales, públicas y pri-

Sobre su experiencia con la aplicación del instrumento en el sureste de Asia, la Unión Europea y Latinoamérica³⁴, Naciones Unidas rescata que los beneficios de su ejecución son sinérgicos y multisectoriales. Así, indica que un primer escenario directo en el que es posible apreciar potenciales beneficios es a nivel económico (reduce el gasto público, disminuye las externalidades negativas); social (disminuye o evita discriminaciones, aumenta empatía y cercanía con funcionarios quienes trasladan conductas a otras áreas), y ambiental (reduce gases de efecto invernadero, actúa como una medida preventiva y de mitigación ante el cambio climático, disminuye la contaminación)³⁵.

Como parte de sus efectos sinérgicos, Naciones Unidas advierte que la herramienta también genera como beneficio el que las autoridades indirectamente alcancen una gobernanza responsable y con ello puedan mejorar su legitimidad e imagen pública, respondiendo mejor a las demandas sociales y ambientales, sirviendo al mismo tiempo como un ejemplo para la promoción de mercados de tecnologías y empleos verdes³⁶.

Desde su experiencia, rescata que la aplicación del instrumento requiere un fuerte compromiso, disciplina y rigurosidad en su implementación y mantención. También señala que, definidos los objetivos, su proceso de implementación descansaría en cuatro etapas, cada una con sus correspondientes subobjetivos. Así el Estado debe: (i) lanzar el proyecto e iniciar las capacitaciones iniciales; (ii) realizar una evaluación inicial de la situación de compras a nivel nacional, acompañada de una revisión legal y de mercado, para poder realizar un ejercicio de priorización de áreas de aplicación y su mecanismo; (iii) realizar una planificación estratégica y crear la política de sustentabilidad pública nacional adecuada a las necesidades, para (iv) implementarla en todo el ciclo de la contratación

vadas, acuerdan trabajar juntas de manera sistemática con el objetivo de promover y acelerar el implementación de compras públicas sostenibles a nivel mundial como una forma de asegurar patrones de consumo y producción sostenibles”. [Traducción libre]. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: “Programa para el Medio Ambiente. Compra pública sostenible y ecoetiquetado”.

³⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: “Programa para el Medio Ambiente. Compra pública sostenible y ecoetiquetado”.

³⁵ Sobre los beneficios rescatados en distintos bloques geopolíticos, ver UNDP y UNEP: “Sustainable Public Procurement: Briefing Note”.

³⁶ NACIONES UNIDAS (2017).

pública³⁷. Todas estas etapas deben ir acompañadas de un entrenamiento y capacitación permanente a los funcionarios públicos, que permita su actualización, la mejora de los errores y un compromiso real con las medidas.

De la experiencia comparada, también destaca que no existe una única vía de implementación. Sustainable Public Procurement puede ser recogida como (i) una justificación para dictar otras regulaciones y estrategias gubernamentales, sean a nivel económico, energético, ambiental, político u otro; (ii) como parte de los objetivos específicos de las compras públicas, o incluso, (iii) como una política autónoma y específica³⁸.

Junto con lo anterior, Naciones Unidas observó que los Estados han dado una ampliación a su cobertura. Desde regulaciones que comprenden un solo aspecto (eficiencia energética, por ejemplo), se avanza hasta planes integrales que incluso luego abarcan diferentes aspectos de la sustentabilidad (como criterios sociales de discriminación de género o raza, elementos energéticos, etc.). En cuanto a su administración, la política generalmente ha sido liderada por un ministerio o agencia ambiental, pero también ha sido desarrollada por ministerios económicos, el primer ministro o interministerialmente. De todos modos, en la mayoría de los países se intenta que la política sea extensiva a todos los niveles (nacional, regional y local), y con participación integral de otros ministerios y autoridades³⁹.

A su vez, puede y se ha utilizado para intentar mejorar en los más variados aspectos. Los principales aspectos en los que se aplica e intenta obtener una ventaja son en un manejo eficiente de recursos, sustancias peligrosas, eficiencia energética, reducción de desechos.

Finalmente, Naciones Unidas destaca que es una política clave que dejó de ser vista como un mecanismo de compensación que se utilizó para compensar otros perjuicios ambientales que se causaban y pasó a ser considerada como una oportunidad estratégica de desarrollo, implementada tanto con herramientas voluntarias como también mediante regulaciones obligatorias⁴⁰.

³⁷ Relacionados con los mecanismos de implementación ver UNITED NATIONS. ENVIRONMENT PROGRAMME (2012).

³⁸ Sobre ello ver NACIONES UNIDAS (2017).

³⁹ En relación con la cobertura y mecanismos de administración de la política, ver NACIONES UNIDAS (2017).

⁴⁰ NACIONES UNIDAS (2017).

4. LA EXPERIENCIA COMPARADA DE SU APLICACIÓN, TENIENDO COMO REFERENCIAS CHINA Y LOS PAÍSES BAJOS

En el siguiente apartado, revisaremos (4.1) la experiencia de China en la aplicación del instrumento y luego (4.2) la experiencia de los Países Bajos. En cuanto a China, se seleccionó como punto de referencia, entre otros, debido a que tiene un historial de casi 20 años con la aplicación del instrumento y ha sido internacionalmente presionada por su nivel de producción y contaminación, estando emplazada para mostrar avances en materia ambiental. Al mismo tiempo, China es un socio económico estratégico, uno de los grandes productores a nivel mundial, por lo que puede ser interesante conocer cómo se disciplina ambientalmente este mega mercado. Adicionalmente conocer cómo China diferencia sus productos ambientalmente amigables, puede aportar herramientas a la hora importar sus mercancías o ser adquiridas por nuestro Estado.

En cuanto a los Países Bajos, su selección como punto de referencia también se debe a su larga experiencia en la aplicación del instrumento de casi 20 años, y en el hecho que ha sido destacada como una de las experiencias más exitosas a nivel mundial, siendo citados sus resultados en distintos foros.

4.1. La experiencia de China en Sustainable Public Procurement

China inició desde el año 2002 su proceso de implementación de Sustainable Green Public, el cual continúa profundizando y mejorando. Ha sido liderado por el Ministerio del Medio Ambiente y la NDRC (National Development and Reform Commission) con el apoyo de los ministros de Comercio y de Finanzas en la coordinación del mercado y del nivel financiero⁴¹. No tiene una legislación específica sobre la materia y ha seguido un modelo centralizado, diseñando la política el gobierno central y aplicándola a los escalafones inferiores⁴².

⁴¹ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2017).

⁴² YUHUA y CONGHU (2011).

Su implementación comenzó con dos sistemas de etiquetado distintos, uno para eficiencia energética y otro para productos. Esto originó dos listas (energética y productos), lo que jugó un rol clave en la ejecución de la herramienta, ya que creó un puente entre el gobierno como comprador y los proveedores. Este sistema de listas –a su vez– facilitó a los funcionarios la aplicación del instrumento, aumentando exponencialmente el número de bienes certificados.

Este sistema de etiquetados considera aspectos ambientales, sociales y económicos y se basó en regulaciones dictadas por distintas autoridades, en ocasiones de forma conjunta⁴³. La política fue dirigida a todas las agencias que utilizaran fondos públicos (gobierno central y a nivel local), pero solo es obligatoria para el gobierno central, cuando adquiera ciertas categorías de productos incorporados en la lista de eficiencia energética. Así, tiene una aplicación voluntaria y obligatoria por excepción.

El Ministerio de Finanzas en China se ha encargado de desarrollar un programa de capacitación, para ayudar a que los funcionarios apliquen este instrumento con confianza y que expandan la utilización de criterios ambientales a otros procedimientos que ejecuten. A diferencia de otros países asiáticos como Japón o la República de Corea, su política no tiene objetivos cuantitativos y aún está desarrollando un sistema de monitoreo. Por ahora, sus mediciones se basan en el nivel de gasto total en productos verdes⁴⁴. Como curiosidad, se destaca que China ofrece incentivos fiscales a las agencias públicas que apliquen Sustainable Public Procurement y en particular otorga subsidios al precio cuando se adquieren vehículos verdes.

Se recogen como claves del sistema chino: la existencia de un marco legal que da fundamento a la aplicación del instrumento; el apoyo del gobierno central; criterios claros de productos prioritarios determinados según sus necesidades (usos más comunes, entre otros); un sistema de etiquetados que promueve el mercado verde y facilita la aplicación del instrumento

⁴³ El año 2004 fue implementada por el Ministerio de Finanzas y la NDRC; el año 2006, por parte del Ministerio de Finanzas y el Ministerio del Medio Ambiente, y el año 2007 por el State Council of the People's Republic of China, que se podría comprender como la figura del primer ministro. Detalles en UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2017).

⁴⁴ Estos antecedentes fueron rescatados de UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2017).

a todos los usuarios; la capacitación a sus funcionarios, y la comunicación del alcance e incentivos que se otorgan por su aplicación.

Como uno de los grandes déficits y problemas de la experiencia china, se indica la falta de monitoreo y evaluación del sistema, que impide conocer el real impacto de la política; el que comprenda solo al gobierno central, provincial y local excluyendo otras agencias; que su uso solo se limite a los productos enlistados; la falta de una ley específica sobre la materia; la compleja estructura jerárquica administrativa de implementación, que genera mucha distancia entre los ministerios y los funcionarios que aplican el instrumento; la proliferación de distintos departamentos especializados y diferenciados, y el limitado conocimiento técnico de los usuarios y los funcionarios de los productos⁴⁵.

4.2. La experiencia de los países bajos en Sustainable Public Procurement

En el año 2005, los Países Bajos introdujeron su primer conjunto de criterios y objetivos de contratación sustentable, para ser aplicados por las 7.500 autoridades (aproximadamente) que participaban en la contratación pública. Tras sucesivas evaluaciones, el año 2012 dictan como un gran compromiso político nacional la Ley de Adquisiciones que establece criterios de contratación socialmente responsable⁴⁶.

El responsable de la aplicación del instrumento y su adaptación es el Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente, que lidera el proceso con diversas iniciativas que sirvan de ejemplo a las autoridades. Adicionalmente, existe un centro público de expertos encargado de recopilar información sobre el proceso de contratación sustentable (PIANOo).

Los Países Bajos son uno de los líderes en sustentabilidad pública, ya que entre otras aplican la política en todo nivel, preocupándose que se realice con una misma y gran intensidad, como se puede apreciar a continuación:

⁴⁵ Estos y otros detalles del éxito y los desafíos de China con la medida se encuentran disponibles en UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2017).

⁴⁶ Estos antecedentes y otros detalles del proceso en Países Bajos se encuentran disponibles en GLOBAL EFFICIENCY INTELLIGENCE, HASANBEIGI, Ali *et al.* (2019).

Table 4. GPP targets for various levels of Dutch government for 2010 and 2015 (DMIE 2010)

GPP Targets	2010	2015
Central government	100%	100%
Provinces	50%	100%
Municipalities	75%	100%
District waterboards	50%	100%

Fuente: Global Efficiency Intelligence⁴⁷.

Su sistema funciona traduciendo a un valor monetario los impactos ambientales de todo el ciclo de vida de los productos o servicios, los que pasan a ser considerados como factores del precio de contratación y calidad del producto. En otros casos también puede ser incorporado como una cláusula de contratación, según la cual los proveedores se comprometan a cumplir cierto estándar ambiental. Los elementos de calidad incluyen el rendimiento de emisiones de CO² de su diseño.

Uno de los pilares de la política de compras sustentables en los Países Bajos es la aplicación de un *software* creado el año 2002: DuboCalc, que se utiliza para calcular las emisiones de CO² por kilogramos e incluye la posibilidad de medir otras emisiones de gases de efecto invernadero como metano y óxido nitroso, lo que permite considerar los impactos ambientales del ciclo de vida de materiales y su rendimiento energético. Esto ha permitido incorporar en la contratación pública factores como los gases de efecto invernadero; el agotamiento de la capa de ozono; nivel de toxicidad para las personas; ecotoxicidad para el agua dulce, ambientes marinos y terrestres; oxidación fotoquímica; agotamiento abiótico; agotamiento de las fuentes de energía fósil; eutrofización; acidificación, y emisiones de carbono.

Los Países Bajos han desarrollado criterios de compras sostenibles para todos los principales productos y servicios que adquiere el sector público, lo que cubre 45 grupos de bienes que se dividen en siete subgrupos según materia, considerando, por ejemplo, estructuras de ingeniería civil; movimiento de tierras; carreteras; nuevas construcciones, o renovación y demolición de edificios.

A su vez, mantienen un sistema de información y guías disponibles a todo público, evaluados anualmente, pudiendo ser modificados en caso de

⁴⁷ GLOBAL EFFICIENCY INTELLIGENCE, HASANBEIGI, Ali *et al.* (2019).

ser necesario o, de ser necesario, requerir una mayor exigencia a los proveedores.

Sus éxitos son variados: el Instituto Nacional de Salud Pública y Medio Ambiente de RIVM ha estimado que, entre los años 2015 y 2016, las emisiones de CO² se redujeron en un total de –al menos– 5 megatonnes durante el ciclo de vida para los grupos de productos involucrados en transporte, energía, instalaciones de oficinas, edificios de oficinas y el sector de ingeniería civil. También se indica que unas 28 toneladas de emisiones de óxido nítrico y 1,7 toneladas emisiones de partículas (emisiones de PM) se evitaron durante la vigencia de los contratos sustentables. A su vez, las compras de base biológica evitaron el uso de 13.000 toneladas de equivalentes de petróleo durante todo el período de vigencia de los contratos. Estos resultados se lograron principalmente dentro del grupo transporte mediante el uso de combustibles no fósiles⁴⁸.

Con todo, las autoridades de los Países Bajos reconocen desafíos y problemas de su sistema, entre los que destacan el aumento de costos, la ausencia de criterios claros de selección de proveedores o la incorporación efectiva de todas las consecuencias ambientales en el precio de contratación⁴⁹.

Adicionalmente, mantener los criterios, actualizarlos e integrarlos en el mercado europeo, también ha sido uno de los grandes problemas y desafíos. De hecho, la exclusión de ciertos proveedores de otros países o la inclusión de cláusulas en las licitaciones que recogen estas consideraciones ambientales y que, por su huella de carbono implican preferir productores locales, ha levantado preguntas desde el derecho de la libre competencia y ha judicializado ciertas contrataciones por entenderlas atentatorias contra el libre mercado⁵⁰.

⁴⁸ Sobre estos y otros antecedentes, ver NATIONAL INSTITUTE FOR PUBLIC HEALTH AND THE ENVIRONMENT. RIVM (2019).

⁴⁹ En esto, indican: “Desafortunadamente, a pesar de que el aumento de los costos y la ausencia de criterios de selección claros plantean preguntas específicas, estos ciertamente no son los únicos inconvenientes relacionados con los criterios básicos actuales y la configuración del SPPP de los países bajos de hoy en día”. [Traducción libre]. DUTCH PUBLIC PROCUREMENT EXPERTISE CENTRE: “Developments”.

⁵⁰ Como dificultades, explican: “Asimismo, algunas perplejidades surgen en relación con la incorporación de criterios de adjudicación que no conllevan beneficios económicos para las entidades adjudicadoras, como se daría en el caso de parámetros exclusiva-

Finalmente, también se ha destacado que el proceso de contratación se vuelve muy complejo y prácticamente imposible de supervisar⁵¹, lo que podría afectar la transparencia pública y con ello el control del gasto y la lucha contra la corrupción.

4.3. Algunas conclusiones que se pueden advertir de este instrumento de gestión ambiental

Sustainable Public Procurement es una herramienta con aplicación a nivel mundial y que parte de un esfuerzo por compatibilizar y armonizar el desarrollo económico con la preocupación ambiental y social. El mensaje que esta herramienta quiere transmitir es un manejo sustentable por los organismos públicos con criterios de elección de productos o reducción del consumo que no son restrictivos del Estado, sino que también podrían ser implementados por particulares.

La revisión sobre la materia permite advertir que, con la incorporación de criterios de sustentabilidad en la contratación pública se podrían generar efectos sinérgicos, con beneficios directos (económicos, sociales y ambientales) y otros indirectos (gobernanza, confianza pública). Por esta vía se impulsaría un mercado que interioriza las consecuencias ambientales de sus productos, permitiendo escoger entre aquellos proveedores que consideran y visibilizan estos elementos versus aquellos que no los incorporan o no los informan. A su vez, forma competencias en los funcionarios públicos que interiorizan en sus rutinas la ponderación de las consecuencias ambientales en sus decisiones, lo que puede tener efectos más allá de la sola actuación administrativa.

Uno de los problemas de entrada de la herramienta es su nomenclatura y con ello lo que realmente se puede esperar de ella. Las diferentes denominaciones y alcances complejizan el instrumento e impiden conocer si incorporará variables solo ambientales o también sociales y económicas;

mente enfocados en mitigar la contaminación ambiental, versus otros que apuntan a conseguir, por ejemplo, un ahorro energético relevante. En efecto, los requerimientos que no están relacionados con ventajas monetarias directas podrían ser tachados de arbitrariedad". BERTAZZO (2016).

⁵¹ MELISSEN y REINDERS (2012), pp. 27-36.

si se referirá solo a las compras públicas o también al manejo del aparato estatal en general. Por ello, para definir su implementación, pasa a ser fundamental considerar el objetivo que se persigue y su ámbito de extensión, siendo una de las primeras decisiones que se deben considerar. Así se debe determinar si se adoptará una política de reducción, reutilización o reciclaje al interior del Estado; una política clara de compras verdes, o ambas políticas con objetivos conocidos y mecanismos de aplicación medibles.

Sustainable Public Procurement es una herramienta conocida en Chile. En distintos períodos y por distintas autoridades se ha promovido su aplicación sobre la base de lo que parecen estudios o políticas sectoriales, con instrumentos que parecen no tener la fuerza suficiente como para llevar a una implementación definitiva. Por lo mismo, muchas de ellas no tienen información sobre su seguimiento y resultados.

Al mismo tiempo, Chile ya tiene experiencia en materia de etiquetados, siendo otra de las políticas públicas a las que se podría recurrir para avanzar en la integración de estos factores, facilitar la diferenciación de productos y permitir una implementación óptima.

De igual modo, pese al éxito y el buen funcionamiento del sistema de compras públicas, la ley y reglamento de contratación estatal aún no interiorizan consideraciones de esta naturaleza. Una de las cuestiones por explorar es la posibilidad de vincular estos objetivos con la señalada institucionalidad ya operativa, que por lo demás ha obtenido buenos resultados en sus otras metas. Lo mismo se podría esperar de la ley de presupuesto público, en la que también se podrían establecer ciertos criterios u orientaciones generales del gasto público.

Pero, por ahora, pese al importante gasto público y el gran número de funcionarios/as que forman parte del aparato estatal, superior a cualquier otra empresa establecida en Chile, las consideraciones de sustentabilidad son ajenas a nuestra institucionalidad, en lo que no se advierte una perspectiva de un Estado que internamente sea consciente de su deber de respetar el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

La ONU, como uno de los principales promotores, advierte que este instrumento es una oportunidad estratégica para promover el desarrollo sustentable. Puede reportar beneficios, pero para ello, debe existir una actuación coordinada que vincule y discipline a todos los actores (funcionarios y proveedores).

Del mismo modo, la experiencia China muestra que un camino de implementación es iniciar con objetivos muy precisos y/o productos limitados para luego avanzar paulatinamente. Para ello, el sistema de etiquetados o “ecolabels” mostró ser eficaz ya que permite distinguir con rapidez los productos que integran consideraciones ambientales, facilitando su aplicación a todos los operadores. Adicionalmente, el sistema de China muestra la importancia de la coordinación y una autoridad que lidere la implementación y aplicación de forma razonada con las otras carteras ministeriales.

Como uno de los grandes déficits y problemas de la experiencia China, se advierte la necesidad de monitoreo y evaluación que permita controlar el respeto por la política, cuestión que también supone recursos públicos. Esto es algo que se debe tener presente al evaluar las formas de implementación.

En cuanto a la experiencia de los Países Bajos, ella se funda en un marco legal sólido, una autoridad decidida que lo dirige y claridad en los objetivos, todos factores que han contribuido a su eficacia. A ello se agregan como elementos estructurales, la identificación de los productos (tal como en el caso chino), autoridades receptoras definidas y la existencia de un centro público de expertos encargado de recopilar información sobre el proceso de contratación sustentable, que publica guías y transmite los beneficios que han logrado, cuestión que les permite mantener un sistema dinámico que se va corrigiendo sobre la base de su propia experiencia.

Es llamativo el apoyo en un *software*, y la medición y evaluación constante de la política. Con todo, la complejidad del sistema, la falta de claridad en algunos criterios y las dudas sobre una eventual afectación al sistema de libre comercio europeo, por una exclusión de ciertos proveedores que por la sola distancia geográfica tendrían peor rendimiento ambiental, son aspectos que también se deben considerar.

De hecho, la preocupación por la afectación al mercado común es uno de los grandes temas por considerar y que se suele citar en esta materia. No obstante ello, esta última objeción debe ser recibida con beneficio de inventario y en su justa medida, ya que puede esconder la visión tradicional que quiere comprender el fenómeno económico y potenciar el libre comercio de espaldas a un desarrollo sustentable que ignore las consecuencias ambientales del mercado. Si bien Chile no participa de un mercado regional como el sistema europeo que se pueda ver afectado, *a priori* parece complejo inhibir la discusión y análisis de la herramienta por una

protección a aquellos productores que no visibilizan e integran los efectos sobre los ecosistemas de sus servicios o productos, impidiendo al Estado elegir aquellas alternativas que causen un menor impacto.

Por lo demás, esta perspectiva, que sobrepondera la libre competencia, tampoco parece considerar la realidad climática actual, que exige a todos los agentes adaptar sus actuaciones y reducir su impacto, siendo esta herramienta una de las vías que permita al Estado mitigar su actuación.

Pero, incluso obviando la crisis climática, debemos recordar que en nuestro ordenamiento no solo se reconoce como valor la libre iniciativa económica, sino que también el respeto por otros derechos fundamentales, cuestión que vincula particularmente la función pública como una extensión de los principios de servicialidad y probidad administrativa y que exigen considerar las consecuencias sobre el medio ambiente. Y no solo ello, desde el derecho ambiental el Estado tiene la carga de prevenir daños con su actuación y avanzar progresivamente en su protección, lo que genera una legítima duda sobre de qué tan lícita y razonable es una actuación de un órgano público que ignora tales bienes jurídicos.

Más aún, desde el principio de no regresión, si consideramos que ya se adoptaron medidas iniciales, independiente de su eficacia, el Estado en su administración interna tampoco puede simplemente retroceder y dejar de aplicar tales criterios, salvo que cuente con mejores instrumentos. Así, los títulos de intervención que arrancan desde la necesidad de respetar derechos fundamentales, pasan también por la ponderación de otros bienes jurídicos (eficacia, eficiencia en el uso de recursos públicos, servicialidad, probidad administrativa y el conjunto de principios ambientales).

Como nos muestra la experiencia comparada y los datos reflejados por ONU, Sustainable Public Procurement puede ser una herramienta efectiva en este avance, pudiendo ser llevado desde distintas carteras bajo distintos conceptos como el desarrollo sustentable, políticas sociales, medidas ambientales, impulso a un crecimiento económico verde, eficiencia estatal, entre otras. Reducir, reutilizar, reciclar y adquirir productos de menor impacto no debiese ser una cuestión invisibilizada, sino que debería estar incorporado con un instrumento medible. Si definimos correctamente los objetivos y alcance del instrumento, puede ser una buena herramienta para disciplinar la actividad cotidiana del Estado, la que puede estar generando efectos ambientales nocivos que se podrían superar mediante una mejor gestión.

BIBLIOGRAFÍA

- AMÉRICA ECONOMÍA (2018): “Conozca las 500 empresas más grandes de Chile 2018”. Disponible en: <<https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/conozca-las-500-empresas-mas-grandes-de-chile-2018>>.
- BERTAZZO, Silvia (2016): “La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública: la experiencia europea”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 46. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100008&lng=es&nrm=iso>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: “Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2020”. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1140200>>.
- CANIUQUEO, Miguel (2014): “Opinión: 11 años de Chilecompra”, en *El Mostrador*. Disponible en: <<https://www.elmostrador.cl/mercados/des-tacados-mercado/2014/09/18/opinion-11-anos-de-chilecompra/>>.
- CHILE AGENDA 2030 (2015): “La Agenda de Desarrollo Sostenible”. Disponible en: <<http://www.chileagenda2030.gob.cl/>>.
- DIRECCIÓN CHILECOMPRA (2016): “Directiva de Contratación Pública N° 25. Recomendaciones para la Contratación de Bienes y Servicios incorporando Criterios Ambientales y de Eficiencia Energética”. Disponible en: <<https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n25.pdf>>.
- (2018): “Plan estratégico ChileCompra 2018-2024”. Disponible en: <<https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/11/Plan-Estrategico-2018-2024.pdf>>.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO (2019): “Anuario estadístico del empleo público en el gobierno central”. Disponible en: <https://www.dipres.gob.cl/598/articles-191413_doc_pdf.pdf>.
- DUTCH PUBLIC PROCUREMENT EXPERTISE CENTRE (2015): “Developments”. Disponible en: <<https://www.pianoo.nl/en/sustainable-public-procurement/developments>>.
- EUROPEAN COMMISSION (2016): “Buying green! A handbook on green public procurement”. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>>.

——— (2019): “Green and Sustainable Public Procurement”. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm>.

——— (2020): “Benefits of GPP”. Disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/benefits_en.htm#2>.

FUNDACIÓN OBSERVATORIO FISCAL. OBSERVATORIO DE COMPRAS (2019): “Convenios Marco. ¿Quiénes se adjudican vía Convenios Marco, según rubro?”. Disponible en: <https://compras.observatoriofiscal.cl/GobiernoCentral/ConveniosMarco/Quienes_se_adjudican_via_Convenios_Marco>.

GLOBAL EFFICIENCY INTELIGENCE, HASANBEIGI, Ali *et al.* (2019): “Curbing carbon from consumption. The role of Green Public Procurement”. Disponible en: <<https://www.climateworks.org/wp-content/uploads/2019/09/Green-Public-Procurement-Final-28Aug2019.pdf>>.

MELISSEN, Frans y REINDERS, Harry (2012): “A reflection on the Dutch Sustainable Public Procurement Programme”, en *Journal of Integrative Environmental Sciences*, isponible en: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1943815X.2012.658815>>.

MINISTERIO DE ENERGÍA: “Gestiona Energía. Sector Público”. Disponible en: <<http://www.gestionaenergia.cl/sectorpublico/preguntas-frecuentes/>>.

MINISTERIO DE HACIENDA Y MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2019): “Requerimientos de un Sistema de Gestión Documental para el Estado”. Disponible en: <<http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/1093>>.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2016): “Ministerio del Medio Ambiente lanza política de compras públicas con criterios ambientales”. Disponible en: <<https://mma.gob.cl/ministerio-del-medio-ambiente-lanza-politica-de-compras-publicas-con-criterios-ambientales/>>.

——— (2019): “Estado Verde”. Disponible en: <<https://estadoverde.mma.gob.cl/>>.

MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO (2010): “Guía de criterios ambientales para incorporar compras municipales”. Disponible en: <<http://www.munistgo.info/intranet/portal/scam/Guia%20de%20Compras%20Verdes.pdf>>.

NACIONES UNIDAS (2014). ENVIROMENT PROGRAMME: “Sustainable Public Procurement”. Disponible en: <<https://www.unenvironment.org/explo>>

re-topics/resource-efficiency/what-we-do/sustainable-public-procurement>.

——— (2017): “Global Review of sustainable public procurement”. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20919/GlobalReview_Sust_Procurement.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

NACIONES UNIDAS Y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015): “Estimación del gasto público en protección ambiental en Chile”. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37909/1/S1500088_es.pdf>.

NACIONES UNIDAS Y ONE PLANET (2012): “Handle with care. A platform for Sustainable Development Goal 12”. Disponible en: <<https://www.oneplanetnetwork.org/platform-sustainable-development-goal-12>>.

NATIONAL INSTITUTE FOR PUBLIC HEALTH AND THE ENVIRONMENT. RIVM (2019): Sustainable procurement has positive effects. Disponible en: <<https://rivm.openrepository.com/bitstream/handle/10029/623096/2019-0014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2012): “Programa para el Medio Ambiente. Compra pública sostenible y ecoetiquetado”. Disponible en: <<https://www.unenvironment.org/es/explore-topics/resource-efficiency/what-we-do/compra-publica-sostenible-y-ecoetiquetado>>.

PAYNE, Cristopher (2014): “Energy-efficient Public Procurement Best Practice in Program Delivery SEAD Initiative Procurement Working Group”. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>>.

SINIM (SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN MUNICIPAL), SUBDERE, MINISTERIO DEL INTERIOR (2019): “Datos Municipales. Consumo de agua. Código de indicador IADM91”. Disponible en: <http://datos.sinim.gov.cl/datos_municipales.php>.

UNDP y UNEP (2012): “Sustainable Public Procurement: Briefing Note”. Disponible en: <<https://europa.eu/capacity4dev/unep/document/briefing-note-sustainable-public-procurement>>.

UNIÓN EUROPEA (2014): “Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2014_094_R_0001_01>.

- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2017): “Comparative Analysis of Green Public Procurement and Ecolabelling Programmes in China, Japan, Thailand and the Republic of Korea: Lessons Learned and Common Success Factors”. Disponible en: <https://www.greengrowthknowledge.org/sites/default/files/downloads/resource/UNEP_green_public_procurement ecolabelling_China_Japan_Korea_Thailand_report.pdf>.
- (2012): “Sustainable Public Procurement Implementation Guidelines. Introducing UNEP’s Approach”. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20919/GlobalReview_Sust_Procurement.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- YUHUA Qiao y CONGHU Wang (2011): “China green public procurement program: issues and challenges in its implementation”. Disponible en: <<http://ippa.org/images/PROCEEDINGS/IPPC4/07GreenProcurement/Paper7-6.pdf>>.

CONCURRENCIA DE ACCIONES
EN MATERIA DE DAÑO AMBIENTAL:
EL PASO DESDE LAS ACCIONES CONJUNTAS
A SUCESIVAS

CONCURRENCE OF ACTIONS IN MATTER OF ENVIRONMENTAL DAMAGE: THE
STEP FROM JOINT ACTIONS TO SUCCESSIVE

Mauricio Andrés Figueroa Mendoza

Abogado

Máster en Derecho Ambiental y Sostenibilidad

Universidad Castilla-La Mancha

Magíster en Derecho Universidad Católica del Norte

Profesor de Historia y Geografía y licenciado

en Educación de la Universidad de Tarapacá

Académico de las asignaturas de Introducción al

Derecho y Derecho Ambiental de la Escuela de Derecho,

Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás,

sede Antofagasta

mfigueroa13@santotomas.cl

RESUMEN: El presente trabajo corresponde a una investigación descriptiva y dogmática, cuya estructura general se centra en las acciones derivadas con ocasión de un daño ambiental, en particular en el tránsito de las acciones de reparación ambiental e indemnización de perjuicios bajo el fenómeno de concurrencia de acciones, que en un inicio y bajo la Ley N° 19.300 de 1994 eran interpuestas de manera conjunta y conocidas por el mismo tribunal de letras en lo civil. La entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 de 2012 que crea los tribunales ambientales, introdujo algunas modificaciones en el que se mantuvo la tutela a los diversos perjuicios generados a partir de un daño ambiental, pero con diferencias procesales a partir de un sistema de acciones sucesivas en el que el conocimiento de los diversos menoscabos de acuerdo a su naturaleza queda entregado a diversos tribunales, manteniéndose el fenómeno de concurrencia pero sin la posibilidad de interponer las acciones en forma conjunta.

PALABRAS CLAVE: Acción de indemnización, acción de reparación, acciones sucesivas, daño ambiental.

ABSTRACT: This work corresponds to a descriptive and dogmatic research, whose general structure focuses on the actions derived from environmental damage, particularly in the transit of actions for environmental reparation and compensation for damages under the phenomenon of concurrence of actions, that at the beginning and under Law 19,300 they were filed jointly and known by the same civil court of letters. The entry into force of Law 20,600 creates the Environmental Courts, introducing some modifications in which the protection of the various damages generated from environmental damage was maintained, but with procedural differences from a system of successive actions in the that the knowledge of the various impairments according to their nature is handed over to various courts, maintaining the phenomenon of concurrence but without the possibility of filing the actions jointly.

KEYWORDS: Compensation action, repair action, successive actions, environmental damage.

1. INTRODUCCIÓN

La institucionalidad ambiental en Chile que descansa sobre la base de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) se ha visto fortalecida con la entrada en vigencia de diversas leyes incorporadas en los últimos años, vale decir, la Ley N° 20.417 de 2010 y especialmente Ley N° 20.600 de 2012 que crea los Tribunales Ambientales, dotando a estos últimos de competencia para el conocimiento de diversos asuntos, entre los que se encuentra la acción de reparación ambiental. A este respecto, la responsabilidad por daño ambiental, establecida en la LBGMA, autoriza a solicitar la reparación del medio ambiente dañado y la indemnización de perjuicios, a través de acciones destinadas para ello, mientras que la Ley de Tribunales Ambientales regula el procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad en términos de reparación.

En el contexto de la responsabilidad por daño ambiental, la Ley N° 19.300 de 1994 consagra en su artículo 53 las acciones de reparación del medio ambiente dañado y la indemnización de perjuicios, lo que se tradujo, en la práctica, en la idea de que ambas acciones podrían ser interpuestas de manera conjunta y concurrente. Sin embargo, esta fórmula, con la redacción de la Ley N° 20.600, habría sido superada, declarando en forma expresa la incompetencia de los tribunales ambientales para co-

nocer la indemnización de perjuicios que deriva de una situación de daño ambiental. Sin embargo, surge la interrogante en relación a la posibilidad de interponer en forma paralela la acción de reparación ante los tribunales ambientales y las posibilidades que la Ley N° 20.600 ofrece para la interposición consecucional de acciones y la acción de indemnización de perjuicios en sede civil.

En la práctica es posible observar que la interposición de las acciones de reparación y de indemnización de perjuicios se sigue intentando en forma conjunta por parte de algunos operadores del derecho ante tribunales ambientales, situación que ha sido correctamente abordada por dichos tribunales, pero que da cuenta de una recurrencia en las formas de abordar el tema, tal como se hacía con anterioridad a la Ley N° 20.600 de 2012.

A partir de lo anterior, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿es posible en el contexto de la nueva institucionalidad ambiental, que crea los tribunales ambientales, deducir de manera conjunta las acciones de reparación por daño ambiental e indemnización de perjuicios por daños patrimoniales o civiles? La respuesta inmediata es la imposibilidad de ello, producto de la evolución que ha ido experimentando nuestro ordenamiento jurídico, el que ha consagrado, de manera separada, en el sistema de responsabilidad por daño ambiental, las acciones de reparación del medio ambiente dañado ante tribunales ambientales y, por otro lado, la acción de indemnización de perjuicios ante tribunales civiles, de acuerdo a la sistematización de las normas contenidas en las Leyes N° 19.300 y N° 20.600. Además, porque entendemos que ambas acciones apuntan a objetos distintos y, por ende, se entienden parte de sistemas de responsabilidad de diversa naturaleza.

La nueva fórmula procesal se encamina a concebir las acciones de reparación e indemnización de perjuicios bajo competencias distintas, pero unidas a la vez por la vía de lo que denominamos las acciones sucesivas. A partir de esta premisa es que este trabajo descriptivo intenta relatar la migración del proceso de acciones conjuntas al proceso de acciones sucesivas, bajo un criterio común, que a nuestro juicio permitió que dichas acciones no se pensarán de manera independiente, esto es, el fenómeno de concurrencias de acciones que desde un inicio se imprimió en el sistema de responsabilidad ambiental.

2. ANTECEDENTES GENERALES EN TORNO AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

El sistema de responsabilidad ambiental en Chile, el que se puede considerar relativamente nuevo¹, se configura a partir de la Ley N° 19.300 de 1994² (LBGMA), desde donde se consagra la concepción de daño ambiental como una nueva institución jurídica³, además de configurar en general todo el sistema de responsabilidad en torno al deterioro medioambiental⁴.

El daño en sí se comporta como el elemento esencial y constitutivo del sistema de responsabilidad⁵, lo que ha significado que el legislador haya anticipado la solución de lo que podría haber constituido un punto de discusión en torno a definir elementos que no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, y por ello ha recurrido a la técnica de la conceptualización legal para establecer qué debe entenderse por daño ambiental y reparación ambiental, entre otros, sentando las bases conceptuales a nivel legal⁶ de un lenguaje común en torno al medio ambiente. En este sentido, si algo debemos de acordar, es que los conceptos establecidos en el artículo 2° de la LBGMA no presentan vinculación total o de base respecto a otras normas jurídicas. Así se evidencia en el concepto de medio ambiente y su falta de vinculación directa con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República (CPR) de 1980⁷, lo que

¹ ARÉVALO y MOZÓ (2018), p. 121.

² Ley N° 19.300 de 1994, complementada a través de modificaciones sustantivas contenidas en la Ley N° 20.417 de 2010 y complementación adjetiva regulada en la Ley N° 20.600 de 2012.

³ La Ley N° 19.300, en su artículo 2° letra d), define daño ambiental en los siguientes términos: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

⁴ LEPPE (2019), p. 68.

⁵ CORRAL (2003), p. 77.

⁶ “Si bien, como se ha indicado, son innumerables las conceptualizaciones ensayadas para definir o describir el medio ambiente, tal problema no se presenta en el caso de la legislación chilena, toda vez que la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define, para todos los efectos legales, al medio ambiente [...]”. En CUBILLOS (2009), p. 259.

⁷ No obstante, la definición de medio ambiente se encuentra consagrado a nivel legal, la doctrina ha señalado que dicha conceptualización no se vincula con el concepto

confirma la idea de una legislación inconexa e incompleta en materia ambiental o siendo más moderado en desarrollo.

Que el medio ambiente como bien jurídico protegido reviste un interés colectivo⁸, no se encuentra en discusión, por tanto su afectación puede abarcar un número indeterminado de sujetos o toda la colectividad⁹, dadas las características globales y sistémicas que lo caracterizan; pero, a su vez, esta afectación al medio ambiente podría impactar intereses patrimoniales de algunos privados, por lo que ciertamente se estaría en presencia de un daño que pudiese generar diversas responsabilidades¹⁰. Esto marca un punto de inflexión para nuestros propósitos, ya que de esta manera aceptamos y concordamos sin mayor profundidad en el debate que, de un menoscabo inferido al medio ambiente, podría existir la posibilidad que el mismo afecte a intereses particulares e individuales¹¹.

Para ello debemos asumir y para los efectos del presente trabajo, que la situación fáctica en la que radica el objeto de estudio, se precisa en que producido un daño ambiental, del mismo se generen como consecuencia directa e inmediata un daño patrimonial o civil en un sujeto particular¹². Surgiendo dos acciones distintas, por un lado la acción que busca reparar el daño ambiental y, por otro lado, la acción que busca resarcir el daño a través de la indemnización de perjuicios en sede civil. Debemos aclarar, en este punto, que la acción civil se puede intentar de manera separada y autónoma de la acción ambiental, como si se tratase de cualquier acción de responsabilidad civil extracontractual; por otro lado, delimitar que nues-

usado por la CPR en su artículo 19 N° 8 y todas aquellas normas constitucionales que hagan referencia al medio ambiente. En GUZMÁN (2010), p. 26; además en BERTELSEN (1998), p. 156.

⁸ En el mismo sentido, TISNÉ (2014), p. 328; SILVA (1993), p. 677; CAMPS (1998), p. 31, y DELGADO (2012), p. 49.

⁹ GUMUCIO (2019), p. 118.

¹⁰ TISNÉ (2014), p. 330.

¹¹ Así lo entiende la jurisprudencia ambiental, cuando el Tercer Tribunal Ambiental, en el considerando centésimo cuadragésimo tercero, señala: “El hecho que conceptualmente sean distintos el daño ambiental del daño patrimonial no significa que no puedan ser materialmente idénticos en todo o en parte. Así podría suceder en el hipotético caso en que algún elemento del ecosistema afectado sea de propiedad de una o más personas”. En “Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018).

¹² CORTÉS y SANDOVAL (2016), p. 20.

tro análisis plantea una relación entre ambas acciones, intentadas por un mismo sujeto, el cual se encuentra legitimado para accionar ambos mecanismos, y en cuyo caso se plantea si sigue siendo posible deducir ambas acciones de manera conjunta¹³ o, por el contrario, asumir que esta fórmula es parte del pasado y la única manera de hacer efectivas ambas acciones es a partir de la interposición sucesiva, descartando de plano la indemnización de perjuicios en sede ambiental, alternativa a la que adherimos y que nos permite establecer otro punto de partida.

3. REPARACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DAÑADO EN EL CONTEXTO DE LA LEY N° 19.300 DE 1994

El artículo 3° de la LBGMA señala que “todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo...”. A partir de la norma citada se puede afirmar que (i) de la responsabilidad por daño ambiental nace la obligación determinada de reparar materialmente el daño, la que consiste en una obligación de hacer y (ii) que dicha obligación en cuanto a su contenido implica una forma de resarcir el daño ambiental a través de una reparación en naturaleza¹⁴, adaptada de ciertas particularidades que permitan a la reparación ambiental tener cierta autonomía respecto al derecho civil¹⁵.

Bermúdez señala que las formas de reparación establecidas por la propia ley ambiental se acercan a un tipo de reparación por equivalencia, ello debido a la imposibilidad de volver al medio ambiente a un *statu quo* anterior¹⁶, lo que, por cierto, abriría la posibilidad a la indemnización de perjuicios en sede ambiental. Cuestión que, a nuestro juicio, pareciera alejarse de lo que la ley ha intentado plasmar como forma de resarcir el daño ambiental, considerando que la forma de reparación *in natura*, tal como se concibe en derecho civil, si bien no admite réplica en el tema ambiental,

¹³ Cuestión que resulta de vital importancia, ya que hay una parte de la doctrina nacional que acepta la posibilidad de interponer ambas acciones en conjunto en la actualidad, ello a la luz de la propia Ley N° 19.300 y alguno de ellos incluso frente a la nueva institucionalidad ambiental. Así lo han sostenido FERNÁNDEZ (2013), p. 169; VIDAL (2007), p. 121, y BERMÚDEZ (2015), p. 413.

¹⁴ VIDAL (2007), p. 121.

¹⁵ DELGADO (2012), p. 50.

¹⁶ BERMÚDEZ (2015), p. 412.

principalmente por aquellas particularidades del medio ambiente que obligan a flexibilizar la concepción de reparación, ello no acerca la reparación por equivalencia a la forma de reparación descrita por la ley. En ese caso sería más afortunado aplicar fórmulas propias del derecho ambiental, como lo es la *restitutio in pristinum*¹⁷, que podría satisfacer de mejor manera lo que se busca con la reparación del medio ambiente dañado, a la vez de cautelarlo, pensando de manera distinta los riesgos y el peligro en el derecho de daños en sede ambiental¹⁸. No obstante, entendemos que el legislador ambiental ha querido, apoyado de la doctrina civil, establecer una fórmula que se apegue a la reparación *in natura* y que se aleje por de pronto de una reparación por equivalencia u otras formas no exploradas por el legislador o la doctrina nacional.

La responsabilidad ambiental, a la luz de la LBGMA, concede una acción para obtener una reparación *in natura* o moneda verde¹⁹, lo que sin duda nos permite afrontar un primer presupuesto, esto es, que la ley no ha pensado en una primera instancia en una reparación por equivalencia y, por lo tanto, ha dejado de lado la posibilidad de una indemnización²⁰, quedando de manifiesto que la intención del legislador es la reparación material del medio ambiente y, por tanto, hacer desaparecer el daño, cuestión que no sucede con la indemnización, ya que el daño subsiste no obstante haber cumplido con la reparación por equivalencia²¹. De lo que no hay duda es

¹⁷ Profundizar respecto a la *restitutio in pristinum* excede de los límites que hemos trazado para esta investigación, pero deja una puerta abierta para explorarla a la luz de las necesidades de la disciplina ambiental en Chile.

¹⁸ SÁNCHEZ (2011), p. 1.

¹⁹ DELGADO (2012), p. 61.

²⁰ La indemnización de perjuicios no satisface inicialmente la reparación del medio ambiente dañado, toda vez que el interés que se expresa en dicho bien jurídico es de carácter colectivo y, por ende, nacen los cuestionamientos propios cuando se trata de asuntos pecuniarios, donde la legitimidad activa es amplia. Bermúdez, entre otros, plantea que dicha forma de reparación puede llevar a preguntarse quién es entonces el legitimado activo para percibir la indemnización o cuáles son los destinos que deben darse a los montos percibidos por concepto de indemnización. BERMÚDEZ (2015), p. 411.

²¹ RUDA (2008), p. 468. Ello, cuando señala que la reparación, a través de una indemnización de perjuicios, pretende como único objetivo compensar a la víctima de la pérdida patrimonial que ha sufrido, pero en ningún caso busca hacer desaparecer el daño ambiental. En un sentido similar, respecto a la finalidad de la indemnización de perjuicios opina. ALESSANDRI (1983), p. 535.

que, frente al daño ambiental, el sistema de responsabilidad busca reparar y no indemnizar.

4. EL OBJETO DE LAS ACCIONES: OBJETO TUTELADO Y OBJETO DE LA PRETENSIÓN

Verificar la naturaleza de las acciones que podrían deducirse en el contexto de un daño ambiental, permite constatar la relación procesal que puedan existir entre la acción de reparación e indemnización de perjuicios o a lo sumo la compatibilidad procesal, sin que esta sea motivo de litispendencia, y, por otro lado, explorar el bien jurídico protegido o el objeto tutelado por cada una de las acciones, además del objeto de la pretensión que intrínsecamente se presentan en estas, para efectos de establecer las diferencias entre ambas acciones, el porqué de la relación procesal *ex ante* y *ex post* de la Ley N° 20.600 de 2012.

El objeto tutelado mantiene una relación directa con el interés que despierta la búsqueda de su protección jurídica. Dicho interés, sea particular o colectivo, siempre implica la existencia de un bien que preocupa o importa a una persona o un grupo de personas, lo que significa un valor, un provecho o una utilidad que se quiere proteger u obtener, idea que sin duda resulta interesante para analizar el objeto tutelado desde el interés del bien jurídico que se quiere resguardar²².

El bien jurídico de la acción de reparación ambiental es el medio ambiente o uno o más de sus componentes, ello desde la óptica de la propia LBGMA, concepción que por lo demás reviste diferencias con el tratamiento que el texto constitucional hace del medio ambiente y su tratamiento como bien jurídico protegido, circunscribiéndolo como un elemento de la garantía constitucional y no como un bien o un derecho propiamente tal, a propósito del artículo 19 N° 8, en el que fija su atención y protección en la persona o ser humano, desde una visión antropocéntrica, y no naturalista o ecológica, imprimiéndole un marco normativo sin poder asimilarla a la realidad²³. En cambio, la ley ambiental expande y permite operativizar la tutela, centrándose en la vida y en todas sus

²² HOYOS (2001), p. 97.

²³ GALDÁMEZ (2018), p. 75.

manifestaciones²⁴, como un sistema global, donde se incluyen, además, elementos artificiales y socioculturales, haciendo de este un concepto extensivo de naturaleza amplia²⁵⁻²⁶⁻²⁷.

De esta concepción de medio ambiente deriva la misma acción ambiental, desde donde se tutela el medio ambiente como un bien jurídico, que va más allá del ser humano como elemento central, siendo este último un componente más del complejo sistema de elementos físicos, químicos, biológicos y socioculturales que componen el medio ambiente. Es, por tanto, el medio ambiente un bien colectivo afectado por el daño y desde donde emana la necesidad de protección de la naturaleza a través de una acción que busque reparar la lesividad recibida²⁸.

A mayor extensión y en relación al interés mismo de la sociedad, tal como lo señala Bordalí y Ferrada, el interés detrás de una acción se relaciona con la noción de necesidad²⁹, entonces el objeto tutelado en la acción de reparación ambiental puede fundarse no solo a través de intereses colectivos en torno a la protección del medio ambiente, sino que centra además su atención en la importancia y la relevancia social que el mismo bien reviste³⁰. Y no se trata de cualquier interés social, sino uno que verifica la atención y protección de generaciones presentes y futuras, identificándolo como bien jurídico de importante amplitud y colectivo por antonomasia³¹.

²⁴ DELGADO (2012), p. 52.

²⁵ FERNÁNDEZ (2013), p. 19.

²⁶ Lo expresa en igual sentido Valenzuela: “[...] una tal definición de medio ambiente no deja lugar a parcelas de la realidad que escapen a la esfera de lo ambiental... el rasgo distintivo de lo medioambiental radica... en la globalidad de la realidad a partir de una percepción sistémica de la organización de la vida y de los factores que la rigen, la sustentan y condicionan”. VALENZUELA (2010), p. 319.

²⁷ Definición amplia entregada por la LBGMA, que incluye tres conceptos positivos a destacar; en primer lugar la incorporación de elementos de diversa naturaleza, como los naturales, artificiales y socioculturales; en segundo término, la modificación o mutación de estos en el tiempo, y en tercer lugar, la consideración del medio ambiente como un escenario donde se desenvuelven todos los elementos donde se rige y condiciona la vida. En FAVERO (1994), p. 7.

²⁸ LORENZETTI (2008), p. 32.

²⁹ BORDALÍ y FERRADA (2008), p. 139.

³⁰ MATELLANES (2000), p. 85.

³¹ “En la protección del medio ambiente como bien jurídico no se trata de proteger la naturaleza en cuanto valor en sí misma, sino en tanto que ella está al servicio del hom-

Distinta es, a su vez, la tutela que brinda la acción civil y que busca a través de una justicia conmutativa el restablecimiento del patrimonio de un individuo, la equivalencia entre el daño y el resarcimiento. Y, por lo tanto, la tutela se circunscribe al patrimonio particular de un individuo y a su consecuente derecho subjetivo. Por tanto, el interés que tutela la acción de indemnización es individual, donde lo que se busca es la tutela de lo que el individuo considera suyo³², en tanto un valor, beneficio o utilidad que satisface su necesidad particular. Al igual que en el caso de la acción ambiental, el daño debe haber generado una afectación directa. Además del interés general del que puede verse afectado, puede haber intereses y bienes particulares, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales que corresponden a su ámbito personal y que el derecho ambiental no tutela a través de alguna acción, cuestión que el derecho civil sí concreta.

Ambas acciones tienen en un inicio diferencias en torno al interés que tutelan, en tanto la acción ambiental persigue la protección de intereses colectivos a partir del evento de un daño ambiental, mientras que la acción civil tutela intereses privados; en consecuencia, ambas afectaciones son material y jurídicamente distintas. Así también lo ha entendido la jurisprudencia del Tercer Tribunal cuando señala que “[j]urídicamente el daño al medio ambiente es conceptualmente distinto al daño patrimonial. El objeto de protección en el primer caso es colectivo, mientras que en el segundo es individual. Esta circunstancia se encuentra reconocida por la legislación ambiental al establecer un régimen de responsabilidad ambiental diverso del régimen de responsabilidad contractual y extracontractual del Derecho Civil (que protege la propiedad)”³³.

El objeto de la pretensión o de la acción misma se puede entender como el beneficio jurídico que se persigue o se pretende a través de una declaración o reconocimiento, es decir, la acción dirigida en orden a responder la pregunta: ¿qué se pide?³⁴, lo que podría clarificarse aún más si se define como la manifestación del derecho a pedir ante la jurisdicción.

bre y de las generaciones futuras. Se trata de proteger la naturaleza como una relación social”. HORMAZÁBAL (2001), pp. 1424 y 1425.

³² MORELLO (2000), p. 315.

³³ “Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018).

³⁴ DÍAZ (2017), p. 137.

De esta manera, si lo verificamos en ambas acciones en estudio, llegamos anticipadamente a la conclusión de que persiguen distintas finalidades, lo que reafirman, por un lado, las diferencias en cuanto al objeto de la acción y, a su vez, la idea de compatibilidad procesal o, por lo menos, descartando *a priori* una concurrencia de acciones que sea incompatible³⁵, cuestión que no haría posible la interposición de ambas acciones por un mismo hecho, sin caer en algunas de las figuras procesales como la litispendencia.

En este sentido, la doctrina se encuentra conteste cuando afirma que la pretensión que forma parte de una acción civil indemnizatoria es totalmente diversa de aquella que busca la reparación del medio ambiente³⁶, lo que reafirma su diversa naturaleza a pesar de su compatibilidad concursal. Mientras que la acción de reparación ambiental tiene como objeto de la pretensión precisamente detener el daño provocado a la naturaleza, además de repararlo materialmente tal como lo plantea el artículo 2º letra s) de la LBGMA³⁷. Lo que se busca con dicha acción es restaurar la naturaleza y en lo posible llegar al estado natural más cercano antes de producido el daño³⁸. Ello implica naturalmente una obligación de hacer y, por tanto, diversa a la perseguida por la indemnización de perjuicios, lo que sin duda deja claro que la pretensión en ambas acciones es distinta y apunta a concretar obligaciones de naturaleza diversa, así también lo ha entendido la jurisprudencia en este sentido³⁹, en la que se han estudiado como acciones de distintos sistemas de responsabilidad.

³⁵ Lo que se desprende del análisis que se debe realizar del objeto tutelado, como también del objeto de la petición o pretensión de cada una de las acciones, cuando se intenta determinar la compatibilidad de los mecanismos legales establecidos en un concurso de acciones. ROMERO (2013), p. 243.

³⁶ FEMENÍAS (2017), p. 86; FERNÁNDEZ (2013), p. 167, y VALENZUELA (2010), p. 324.

³⁷ Tal como lo señala Bermúdez respecto a la indemnización, por cuanto esta, “...en estricto rigor no repara el daño, sólo lo compensa”. BERMÚDEZ (2015), p. 408.

³⁸ ESTEVE (2006), p. 94.

³⁹ La Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta señala en su considerando noveno que “[...] no puede perderse de vista que la acción reparatoria en naturaleza que contempla el artículo 53 de la Ley N° 19.300, la que tiene como efecto neutralizar el daño ocasionado al medio ambiente, obligando al que lo causó a su reparación material, sin que ello obste al ejercicio de acciones indemnizatorias por los demás efectos dañosos y sin perjuicio de las sanciones administrativas que sean procedentes”. En “Sindicato de Pescadores de Artesanos con Shell Chile S.A.C.I. y otros” (2008).

Desde la naturaleza de las pretensiones, ambas acciones difieren en sentido todavía más clarificador, en tanto la acción ambiental tiene por objeto la reparación *in natura* del bien jurídico⁴⁰, mientras que la acción de indemnización lo hace a través de una reparación por equivalencia.

La reparación *in natura* es aquella que busca olvidar la presencia del daño, restaurar la situación que tenía el objeto o la víctima antes de provocado el daño. Como lo señala Reglero, “es la forma más genuina de reparación”⁴¹ y, por ende, es lo primero que el ordenamiento jurídico espera, como una forma de equilibrio patrimonial.

Resulta apropiado comentar que la reparación *in natura* recibe diferentes denominaciones, dependiendo de la legislación o la doctrina que la trate; por tanto, es totalmente posible entender que este tipo de reparación también puede ser denominada como reparación en especie.

Por otro lado, resulta primordial tener en cuenta que el tipo de daño inferido y la posibilidad de recomponer el bien dañado serán los principales aspectos a la hora de evaluar la pertinencia de la reparación *in natura*, ya que en aquellos daños patrimoniales indirectos o los extrapatrimoniales, en los que podría albergarse el medio ambiente, la dificultad de este tipo de reparación hace que sea casi imposible alcanzar el ideal⁴².

Resulta de interés preguntarnos si la reparación *in natura* admite mecanismos flexibles de reparación que permitan desde el punto de vista jurídico y material entender reparado el daño en especie, aun cuando, no se ha vuelto a un estado o calidad anterior al daño.

La respuesta sin duda no es sencilla, ya que, desde la raíz misma de este tipo de reparación, no sería posible admitir modalidades más flexibles que encajen en lo que se entiende por reparación *in natura* o en especie. No obstante lo anterior, existen posiciones que permiten aseverar lo contrario, por lo que abre la posibilidad de que un ordenamiento jurídico tenga cierta tolerancia a la hora de exigir una reparación *in natura*, sin caer en el ámbito de la indemnización o compensación.

⁴⁰ Aunque en las páginas anteriores aceptamos que podría ser una mejor opción la *restitutio in pristinum*, para efectos de este trabajo, mantendremos lo que creemos es una idea aceptada por la mayoría en torno a la reparación *in natura*.

⁴¹ REGLERO (2008), p. 260.

⁴² ZANNONI (1982), p. 184.

Por otro lado, De Cupis sostiene que, dentro de un concepto amplio y por qué no flexible, se podrían incluir formas de reparación o reintegración específica⁴³, que permitan generar un margen en la reparación *in natura* en aquellos bienes jurídicos de difícil recuperación material. Tal es el caso del medio ambiente.

Como ya ha sido señalado, existen ciertos daños a los que es imposible, desde el punto de vista objetivo, recuperar como si nada hubiese sucedido, como es el caso del medio ambiente. Pensemos en un río contaminado o un suelo deforestado, lo que claramente permite acercarnos a la idea de que una reparación *in natura* es imposible, porque objetivamente resulta difícil restaurar un río contaminado cuando ha habido pérdida de diversos ecosistemas que habitaban el sector o la imposibilidad de reforestar con especies endémicas o de suelos cuyos procesos regenerativos son de largo tiempo. Entonces nos planteamos la siguiente pregunta ante la imposibilidad objetiva de volver a una situación similar el bien dañado: ¿debemos optar por una reparación por equivalencia o continuar con una reparación *in natura* que permita cierta flexibilidad?

Para responder la pregunta es importante tener en cuenta que, tratándose del bien jurídico medio ambiente, hemos establecido una pequeña salvedad, que nos permitiría flexibilizar la reparación *in natura* y, por tanto, explorar en la búsqueda de soluciones de tal manera de mantenernos en el ámbito de la reparación en especie y no derivar la reparación a la indemnización. Desde este punto de vista, Fischer recomienda explorar la posibilidad de una “reparación analógica”⁴⁴, la que puede consistir en entregar un bien similar o una alternativa que permita reparar el daño provocado, manteniendo con ello la idea inicial que la forma de reparación ambiental solo admite sea posible *in natura*.

La reparación por equivalencia asociada a la indemnización de perjuicios busca que el resarcimiento sea a través de una suma de dinero, la que se considera como equivalente al menoscabo sufrido.

Por lo tanto, entendemos que el resarcimiento solo se satisface en la indemnización a través de una entrega pecuniaria, que vendría a subrogar el patrimonio del afectado, reemplazando el bien dañado o perdido por un

⁴³ DE CUPIS (1996), p. 815.

⁴⁴ FISCHER (1928), p. 148.

interés económico, del que no necesariamente puede devenir en un bien similar al dañado o perdido, puesto que esa decisión queda en la órbita del agente que ha sufrido un daño.

Tal como lo señala De Cupis, “el concepto de resarcimiento o reparación por equivalentes es por tanto indisoluble de la pecuniariedad, del empleo a fines de reparación del equivalente económico dinerario”⁴⁵, lo que sin duda refuerza la idea que mientras no exista una suma de dinero compensatoria, la única forma de reparación a la que se puede someter un daño es a la reparación in natura, sea esta en *strictu sensu* o de manera flexible como lo hemos señalado en los párrafos anteriores.

No podemos olvidar que el medio ambiente, como bien jurídico, admite un interés colectivo, que lo extralimita del contexto patrimonial objetivo y directo, lo que implica que la forma de reparación apropiada sería *in natura*, y, por otro lado, los intereses particulares que se encuentran comprendidos dentro del medio ambiente, generan daños patrimoniales directos en particulares, frente a lo cual la forma de reparación más apropiada vendría a ser la indemnización. Esto último ratifica no solo las diferencias entre ambas acciones, sino que la imposibilidad de una conversión monetaria del bien jurídico medio ambiente⁴⁶.

5. CUESTIONES DE CONCURRENCIA COMO FENÓMENO PROCESAL AMBIENTAL

Es posible en la actualidad identificar la existencia de una multiplicidad de mecanismos de protección de derechos e intereses, regulados en distintas normas, y cuyo objeto de protección permite que sea tutelado a través de diversas vías procesales⁴⁷, a esta situación se le denominada como concurrencia, y, a nuestro juicio, resulta interesante poder abordar el tema desde dicha perspectiva, porque nos facilitaría en lo fundamental dar respuesta al cuestionamiento de si son acciones compatibles o incompatibles. Y, de ser compatibles y concurrentes, verificar finalmente el camino que nos conduce a las acciones sucesivas, como alternativa actual.

⁴⁵ DE CUPIS (1996), p. 825.

⁴⁶ LORENZETTI (2008), p. 34.

⁴⁷ ROMERO (2013), p. 208.

Ante el evento de un daño ambiental y el consecuente efecto sobre el bien jurídico colectivo como es el medio ambiente e intereses particulares, por otro lado, existen diversas normas que van a regular la situación: la LBGMA, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil (CPC) y la Ley de Tribunales Ambientales (LTTAA), naciendo con ello diversos mecanismos judiciales para resarcir los efectos del hecho ilícito que ha provocado daños. A esta situación la doctrina la reconoce como concurrencia acumulativa de normas⁴⁸⁻⁴⁹.

Dicho fenómeno, y su estudio, sin duda, parece insuficiente a la hora de centrar el análisis en las acciones, ya que el fenómeno de la concurrencia de normas soluciona la situación de compatibilidad de normas, tal como ocurre entre las normas de la Ley N° 19.000 de 1994, la Ley N° 20.600 de 2012 y las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, puesto que dicha compatibilidad se manifiesta en el evento en que un mismo sujeto pueda accionar ambos mecanismos, pero no despeja las dudas respecto a la posibilidad de accionar en procesos distintos o en el mismo proceso.

En este caso es la propia doctrina la que ha denominado como concurrencia de acciones⁵⁰ a la situación que se configura cuando, en base al mismo hecho, en este caso un daño ambiental, se generan dos consecuencias jurídicas, partiendo de la base de que ambas son distintas y compatibles entre sí y, por tanto, no se excluyen entre ellas⁵¹ y, en consecuencia, se puede disponer de las distintas acciones para obtener diferentes resultados o pretensiones, ya que el objeto procesal que se persigue es distinto⁵².

El legislador en algunos casos ha creado órganos jurisdiccionales especiales a los que le entrega el conocimiento de hechos que pueden ser parte de estas acciones, por lo tanto, la existencia de dos o más tribunales

⁴⁸ Para tratar el tema de la concurrencia nos hemos apoyado en la doctrina penal, desde donde hay una prolifera línea de investigación que nos permiten aclarar el tema desde una base concreta, para luego apoyarnos en la doctrina procesalista que analiza el tema desde el proceso civil.

⁴⁹ LARENZ (2001), p. 260.

⁵⁰ Desde la doctrina penalista se rescata que la concurrencia de acciones que estamos tratando, corresponde a aquella denominada impropia, desde donde se entiende que existen mecanismos distintos porque se fundan en pretensiones distintas. LARENZ (2001), p. 209.

⁵¹ ROMERO (2013), p. 209.

⁵² BERZOSA (1984), p. 58.

llamados a conocer de manera independiente los efectos jurídicos que se busca a través de las acciones forma parte primordial del fenómeno de la concurrencia de acciones⁵³. Fenómeno que, a su vez, es posible observar en la Ley N° 19.300 de 1994, en el artículo 3° anteriormente analizado, desde donde se le entrega el conocimiento del daño ambiental al tribunal especializado y los daños patrimoniales a juzgados de letras en lo civil⁵⁴.

En el caso de la concurrencia de acciones, los mecanismos establecidos por la ley, para obtener los fines determinados, no se excluyen de manera alguna⁵⁵, lo que nos lleva a sentenciar que la eventual interposición de la acción ambiental no excluye o inhibe a la acción civil extracontractual para obtener su finalidad particular. En este sentido, la propia Ley N° 20.600 de 2012, en su artículo 17 N° 2 en relación al artículo 46 del mismo cuerpo legal, ratificaría, a nuestro juicio, el caso de concurrencia de acciones⁵⁶.

Una garantía que ofrece en este caso la figura de la concurrencia de acciones nos permite aclarar que, por tratarse de peticiones distintas, una nueva demanda a propósito del mismo hecho, no quedaría cubierta por la excepción de litispendencia o cosa juzgada derivada de un primer proceso⁵⁷. Ello en virtud, que frente al caso de concurrencia de acciones, se configuran objetos procesales distintos⁵⁸, tal como ocurre en el caso de la acción ambiental, cuyo objeto procesal es la reparación material del medio ambiente dañado, y mientras que la acción civil extracontractual tiene

⁵³ ROMERO (2013), p. 217.

⁵⁴ Lo que a nuestro juicio solo es posible hacer dicha lectura una vez que aparecen los tribunales ambientales, los que conocerán las acciones ambientales de manera exclusiva.

⁵⁵ ROMERO (2013), p. 226.

⁵⁶ Fenómeno que es el resultado inconsciente del legislador y que obedece a errores de técnica legislativa o a una falta de sistematización más que a una intención direccionada. Así, en nuestra legislación: “[...] los concursos se crean habitualmente por la existencia de un sistema de protección de derechos de carácter general consagrado en algún cuerpo codificador... y una ley que consagra un régimen especial en donde caben sólo una parte de la hipótesis que se pueden subsumir en el régimen general”. ROMERO (2013), p. 215. Ello, que en buena parte se ve reflejado a través de la tendencia de la descodificación, situación que es pasado y presente y que reconoce cuando señala que “[...] el derecho de los códigos se ha visto desmesuradamente rebasado por la legislación especial [...]”, lo que sin duda, ha generado entre otras consecuencias el fenómeno de la concurrencia. GUZMÁN (1977), p. 11.

⁵⁷ BERZOSA (1984), p. 66.

⁵⁸ ROMERO (2013), p. 233.

como objeto la indemnización de perjuicios por daños a un interés patrimonial privado, no obstante, ambos daños hayan proveniendo de un mismo hecho ilícito.

Las acción ambiental, como civil extracontractual que es posible deducir a partir de un daño ambiental, resultan compatibles en función de sus diferencias en cuanto a elementos objetivos, como la causa a pedir y la petición; además de reafirmar que ambas acciones apuntan a tutelar intereses distintos, por un lado colectivo y por otro lado particular, y, por lo tanto, se configura la hipótesis que permite afirmar que en nuestro ordenamiento se manifiesta la concurrencia compatible de acciones, a partir de las normas contenidas en la Ley N° 19.300 de 1994, las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil y, en especial y de manera consciente por parte del legislador, del artículo 17 de la Ley N° 20.600 de 2012.

6. LAS ACCIONES CONJUNTAS EN SEDE AMBIENTAL: INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN

Una vez que entran en funcionamiento los tribunales ambientales (TTAA), nos encontramos con que una parte de la doctrina y algunos operadores del derecho han mantenido la idea de que ambas acciones en estudio pueden ser interpuestas de manera conjunta⁵⁹ no obstante la nueva legislación procesal del ramo. Es por ello que para descartar dicha posibilidad debemos procurar la construcción del lenguaje común en torno a la figura de las acciones conjuntas, de tal manera de justificar que el paso a las acciones sucesivas, si bien tiene el objetivo de mantener cierta conexión entre ambas acciones, no puede implementarse aplicando las formas anteriores a la instalación de los TTAA.

Explorando la codificación procesal chilena, nos hemos encontrado con que el tratamiento de las acciones conjuntas no se encuentra regulado, lo que nos obliga para estos efectos, a partir de una interpretación sistemática, intentar reconstruir a través de algunas normas aisladas, lo que podría entenderse por acciones conjuntas.

⁵⁹ “Cautín con Comunidad de Aguas el Tambo de Mamiña” (2017). El tribunal tuvo por no presentada la demanda cuando el actor no subsanó los defectos dentro de tercero día, defecto que implicaba no solicitar como pretensión la indemnización de perjuicios junto a la declaración y reparación de daño ambiental.

A partir del artículo 770, inciso final del CPC⁶⁰, el que regula el recurso de casación en su forma general, y de lo que finalmente podemos desprender es que ambos recursos deben interponerse ante el mismo tribunal, en un procedimiento único y en un mismo escrito, por cuanto en la práctica es lo que precisamente señala la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

A su vez, el artículo 798 del CPC⁶¹ nos permite llegar a una resolución similar, en cuanto la exigencia principal es la interposición de recursos en conjunto, es decir, en un mismo escrito. Así lo ha entendido la Corte Suprema cuando, a partir de las normas contenidas en los artículos 770 y 798 del CPC, ha exigido que los recursos sean interpuestos de manera conjunta, es decir, en un solo escrito⁶².

Para reafirmar el sentido que debemos darle a la locución acciones en conjunto, es que hemos estudiado el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, actualmente en tramitación en el Congreso, y teniendo en cuenta que, cuando nos remitimos a dicho texto, este no constituye fuente legal y por tanto carece vinculación frente a una interpretación.

Creemos que su valor deviene del tratamiento sistemático que el proyecto le da al tema de la concurrencia de acciones y la interposición en

⁶⁰ Código de Procedimiento Civil, artículo 770 inciso final: “El recurso de casación en la forma contra sentencia de primera instancia deberá interponerse dentro del plazo concedido para deducir el recurso de apelación, y si también se deduce este último recurso, conjuntamente con él”.

⁶¹ Código de Procedimiento Civil, artículo 798, inciso 1: “El recurso de casación en la forma contra la sentencia de primera instancia se verá conjuntamente con la apelación. Deberá dictarse una sola sentencia para fallar la apelación y desechar la casación en la forma”.

⁶² “Banco Santander Chile con Romero y otros” (2011), considerando séptimo: “Que, sin perjuicio de la última aseveración, se dirá que acerca del primero de los motivos que llevaron a los recurridos al rechazo de la casación en la forma aludida en el libelo de queja que se examina, cabe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 770 y 798 de la Codificación procesal del ramo, normas que no prevén, literalmente, el orden de interposición de los recursos de casación en la forma y de apelación dirigidos a atacar una sentencia definitiva o interlocutoria susceptibles de ser recurridas por esa ambas vías. Únicamente, se exige por el legislador que ambos arbitrios se ejerzan de manera conjunta, vale decir, en un mismo escrito y dentro del plazo fijado para recurrir de apelación, conforme proceda, de acuerdo a la naturaleza jurídica de la sentencia impugnada”.

conjunto de estas, y, por lo tanto, nos serviremos de ella como una fuente meramente referencial e ilustrativa.

En el proyecto, a partir de los artículos 51, 52 y 53 del proyecto del nuevo Código Procesal Civil, encontramos una serie conjeturas que vienen a conformar y a fortalecer lo que debe entenderse por pluralidad de acciones⁶³ y desde donde se le da un tratamiento a la figura de la concurrencia de acciones de dónde emana, por un lado la locución “en conjunto” y, por otro lado, se encargan de señalar qué se entenderá por tal cuando las acciones se entablen en un mismo escrito o demanda.

En consecuencia, de los artículos 770 inciso final y 798 del CPC, y teniendo en cuenta, a su vez, las normas de los artículos 51, 52 y 53 del proyecto del nuevo CPC, es que reafirmamos, por un lado, la tendencia procesal civil a ocuparse de la concurrencia de acciones como un fenómeno actual y la necesidad de una regulación sistemática que permita dar solución a ciertas interrogantes que se plantean. Tal es el caso de la interposición conjunta de acciones, declarando de esta forma que la voz hace referencia a que las acciones deben ser interpuestas en una misma demanda.

⁶³ Artículo 51: “El actor podrá ejercer conjuntamente en una misma demanda varias acciones o pretensiones contra un mismo demandado, aunque provengan de diferentes títulos, con tal que no sean incompatibles entre sí. Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de la otra. También se tramitarán conjuntamente en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes”.

Artículo 52: “Podrán ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se presumirá que concurre el referido nexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Si no mediare el nexo por razón del título o causa de pedir, el tribunal, de plano, declarará inadmisibles las acciones”.

Artículo 53: “Para que sea admisible el ejercicio conjunto de acciones será preciso:

- a) Que el tribunal sea competente para conocer todas las acciones deducidas conjuntamente;
- b) Que las acciones deducidas conjuntamente deban, por razón de su materia, tramitarse bajo un mismo procedimiento;
- c) Que la ley no prohíba el ejercicio conjunto de acciones.

Si se hubieren ejercido conjuntamente varias acciones en infracción de los requisitos ya mencionados, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda, sin más trámite”.

La interposición de acciones conjuntas desde una interpretación sistemática, y en el caso en cuestión, haría referencia a que la acción para reparar el daño ambiental debiese ir acompañada de la solicitud de indemnización de perjuicios en una misma demanda y apuntando cada una de ellas a objetos distintos. Cuestión incompatible con la aparición de los TTAA y cuya competencia es limitada al daño ambiental y su reparación, mas no al conocimiento de asuntos de interés privado. He aquí la imposibilidad de mantener o siquiera permitir expresamente por parte del legislador esta forma de tutela de los diferentes derechos en contexto de un daño ambiental.

7. EL PROCEDIMIENTO AMBIENTAL ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.600 DE 2012

El fenómeno concurrencial fue manifiesto en la legislación ambiental hasta la aparición de los tribunales ambientales, de tal manera que se daba en la *praxis* la posibilidad de accionar conjuntamente ambas acciones: la reparación e indemnización de perjuicios, situación que era posible justificar en cuanto la LBGMA no contemplaba una regulación particular para el procedimiento que buscaba reparar el medio ambiental dañado, salvo lo contenido en los derogados artículos 60 y 61⁶⁴, que determinaba un procedimiento sumario para todas las infracciones a la Ley N° 19.300 de 1994, incluido el daño ambiental.

Si bien, el procedimiento sumario se estableció de manera general para las infracciones a la LBGMA en materia de daño ambiental, creemos que, por sus características de ser un procedimiento breve y concentrado, participen todos los principios del debido proceso, que aseguraba en la ley una reparación oportuna, rápida y eficaz. El procedimiento quedaba bajo la competencia del juez de letra en lo civil que correspondiera; esto era en el lugar en el que se originó el hecho que causó el daño, o bien el del domicilio del afectado. Ello, determinado por la propia ley y ante la ausencia de tribunales especiales que conocieran de las contiendas ambientales.

Respecto a la posibilidad o no de presentar las acciones por daño ambiental e indemnización de perjuicios, la LBGMA nada señalaba al respecto, por lo que en la práctica judicial las causas por daño ambiental comen-

⁶⁴ Artículos derogados por la Ley N° 20.417 de 26 de enero del año 2010.

zaron a deducirse de manera conjunta⁶⁵, al ser aceptadas por los tribunales de letras en lo civil y los tribunales superiores, quienes, al alero de la Ley N° 19.300 de 1994⁶⁶, validaron la concurrencia conjunta de las acciones de reparación ambiental e indemnización de perjuicios, bajo el procedimiento del artículo 61 de la ley ambiental⁶⁷.

Además, parte de la doctrina aceptaba que las acciones, cuyas pretensiones judiciales eran diversas, pudieran ser deducidas en forma conjunta, aceptando la concurrencia de acciones⁶⁸, configurando en la *praxis* un fenómeno involuntario por parte del legislador, que no hacía más que reflejar las falencias que la incipiente institucionalidad ambiental presentaba, llegando a ser los tribunales ordinarios los encargados de resolver los conflictos ambientales hasta la dictación y entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 de 2012⁶⁹. Lo anterior en ningún caso implicó que la normativa

⁶⁵ No obstante, la ley ambiental no regulaba el tema de la concurrencia. En la práctica esto se traducía en la opción que se le permitía a la víctima del daño civil para ejercitar la acción ordinaria de indemnización de manera conjunta con la acción ambiental en el juicio sumario del artículo 61 de la LBGMA o en forma separada, es decir, la acción de indemnización, pero bajo un juicio ordinario. VIDAL (2007), p. 197.

⁶⁶ En muchos casos, se presentaba el supuesto donde el titular de la acción ambiental la ejercía solicitando solo la indemnización de perjuicios, generando con ello un problema respecto a la pretensión de reparar el medio ambiente dañado. Así lo señala Bermúdez cuando comenta: “Con anterioridad a la LTTAA, se presentaba el problema relativo a aquellos casos en que el titular del bien ejercía la acción ambiental, excluyendo a los demás legitimarios y, al mismo tiempo, demandaba la indemnización por el total del daño causado. En tales eventos, era perfectamente factible que el actor, interesado únicamente en la indemnización de perjuicios, manifestara su desidia en el ejercicio de la acción ambiental, por ejemplo, desistiéndose de la misma”. BERMÚDEZ (2015), p. 434.

⁶⁷ De manera referencial, parte de la jurisprudencia que aceptó la deducción conjunta de ambas acciones se observa en los siguientes fallos para ilustrar lo planteado: “Estado de Chile con Compañía industrial Puerto Montt S.A.” (1999); “Martínez y otros con Ilustre Municipalidad de Quillota y otros” (2004); “M.L.A.G con Agrogestión Vitra Ltda.” (2010); “Banco Santander Chile con Romero y otros” (2011); “EMES con Sociedad Comercial Agrícola y Forestal Huincara Limitada” (2012).

⁶⁸ Por un lado, Fernández señala que “[...] conforme a esta ley, los directamente afectados son titulares de dos acciones: la acción ambiental para obtener la reparación del medio ambiente dañado y la acción de indemnización de perjuicios, las cuales pueden ser ejercidas conjuntamente”. FERNÁNDEZ (2013), p. 169. En el mismo sentido, Vidal señalaba: “En los casos de concurrencia de la Ley N° 19.300, la víctima del daño civil podrá ejercitar su acción ordinaria de indemnización, sea conjuntamente con la acción ambiental, en el mismo juicio sumario del artículo 61 [...]”. VIDAL (2007), p. 197.

⁶⁹ HUNTER (2015), p. 649.

ambiental de la LBGMA alterara las normas generales de la responsabilidad extracontractual y nunca lo hicieron por lo demás⁷⁰.

8. PROCEDIMIENTO BAJO LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL DE LA LEY N° 20.600

La modernización en materia de institucionalidad ambiental ha exigido a nuestro país la modificación de ciertas normas de la propia Ley N° 19.300⁷¹, además de la creación de nuevos órganos con competencia en la materia, de tal manera de ir cumpliendo con compromisos internacionales⁷² adquiridos por nuestro país.

A partir del Mensaje Presidencial del año 2009, se comienza a concretar una nueva etapa dentro de la institucionalidad ambiental, la creación de los tribunales ambientales cuya competencia conocerá de las materias reguladas en su gran mayoría en la LBGMA, lo que, sin duda, constituye un gran avance que implicará grandes desafíos; por un lado, permitió agrupar la gran diversidad orgánica de disposiciones legales y criterios jurisprudenciales de los diversos tribunales ordinarios de justicia que conocían de asuntos ambientales⁷³, pero, a su vez, se constituyó en una gran herramienta que ha permitido el igual acceso a la jurisdicción de todos los ciudadanos; por lo que el fenómeno concurrencial se va perfilando hacia la imposibilidad de ventilar ante un mismo tribunal ambas acciones, sin renunciar a la idea que de un daño ambiental pueda provocar efectos no deseados tanto en el ambiente como en intereses particulares.

⁷⁰ FEMENIAS (2017), p. 49.

⁷¹ En este contexto, la Ley N° 20.417 de 2010 introdujo una modificación a la Ley N° 19.300 de 1994, en el contexto de entregar el conocimiento de los asuntos ambientales a nuevos órganos jurisdiccionales, cuando señala lo siguiente: “Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente: [...] 57) Reemplazase el artículo 60, por el siguiente: Artículo 60.- Será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea”.

⁷² Como la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible del año 2002, la Declaración de Buenos Aires, en el año 2003, y que en materia de jurisdicción ambiental se propugnaba la creación de tribunales ambientales, con la idea de fortalecer la idea de medio ambiente como derecho humano fundamental. GUZMÁN (2016), p. 226.

⁷³ SILVA (2013), p. 20.

9. MECANISMO JUDICIAL PARA OBTENER LA REPARACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DAÑADO

La vigencia la Ley N° 20.600 de 2012, que crea los Tribunales Ambientales, y cuya competencia está direccionada a obtener la declaración judicial del daño ambiental y la obligación de reparación del medio ambiente dañado⁷⁴, establece en su artículo 17 N° 2⁷⁵ la competencia del tribunal ambiental en materia de demanda y reparación del daño ambiental, declarando con ello el divorcio procesal de las acciones conjuntas que fuera tan común en la práctica anterior a los TTAA.

En el camino procesal de la acción de reparación, debemos tener presente que hay una intención clara por parte del legislador, en orden a direccionar o establecer la conexión legal entre la LBGMA y la ley de TTAA, dado que, a través de la Ley N° 20.473 de 2010, modifica el artículo 60 de la Ley N° 19.300, quedando para todos los efectos legales con la siguiente redacción: “Será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea”. Mientras que el Título II, en su artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600 de 2012 establece la competencia de los tribunales ambientales cuando señala que serán competentes para “[c]onocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 19.300 de 1994”, norma que clarifica aún más que la acción de reparación será conocida por los TTAA de manera exclusiva, cerrando con ello la posibilidad de que la acción de reparación pueda ser presentada ante el TA en conjunto con la acción de indemnización por los daños patrimoniales⁷⁶. Acciones que, como ya ha sido comentado, presentan diferencias en el objeto procesal.

⁷⁴ SILVA (2013), p. 48.

⁷⁵ Así lo establece el artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600 cuando señala: “Los tribunales ambientales serán competentes para:
[...] 2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad a lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300 [...]”.

⁷⁶ En tal sentido también Fernando Dougnac, cuando señala: “La acción civil emanada del daño ambiental no será conocida por los Tribunales Ambientales [...]”. DOUGNAC (2013), p. 29.

10. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL SISTEMA DE ACCIONES SUCESIVAS BAJO LA LTTAA

La LTTAA ha regulado, entre otros procedimientos ambientales, la acción y el procedimiento por daño ambiental, cuyo objetivo es obtener la reparación material del medio ambiente dañado, y que con ello ha desaparecido la herramienta judicial que permitía entablar ante un mismo tribunal dos acciones destinadas a obtener, por un lado, la reparación del medio ambiente dañado y, por otro, la indemnización de los perjuicios provocados a un privado a propósito del daño ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, la ley ha establecido un vínculo procesal entre ambas acciones, de tal manera de ofrecer a la acción civil ciertas prerrogativas que permitan obtener algunas garantías distintas y no contempladas en el procedimiento civil ordinario ni el Código Civil en su artículo 2332⁷⁷.

La conexión que ha establecido el legislador en nada cambia la naturaleza de las acciones, ni mucho menos debe entenderse como el único camino a seguir para conseguir la indemnización de los perjuicios provocados por el daño ambiental en sede civil extracontractual⁷⁸, ya que un primer camino es la acción de indemnización de perjuicios totalmente aislada y totalmente independiente de la acción ambiental, y otro camino es adherirse a la propuesta de la LTTAA como fórmula procesal para intentar la reparación del medio ambiente dañado en un primer momento, y la indemnización de los perjuicios sufridos en su patrimonio privado en un segundo momento, ambas acciones, de manera ordenada y sucesiva. A su vez, el artículo 46⁷⁹ establece el mecanismo a seguir de la acción para ob-

⁷⁷ Lo que no obsta a que el particular afectado accione a través de las normas generales que regula la responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

⁷⁸ En sentido contrario, opina Guzmán, quien entiende que el único camino a seguir es el establecido en el artículo 46 de la LTTAA, cuando establece que las vinculaciones entre el tribunal ambiental y los juzgados civiles es el siguiente: “para demandar por indemnización de perjuicios, debe existir una sentencia previa dictada por el Tribunal Ambiental que haya establecido precisamente la generación de un daño ambiental...”. GUZMÁN (2016), p. 184.

⁷⁹ Artículo 46 de la LTTAA: “Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño [...]”.

tener la indemnización de perjuicios, señalando que la competencia sigue siendo de los juzgados de letras en lo civil, lo que sin duda marca lo que podemos entender como un orden de acciones sucesivas⁸⁰ y cuyo requisito de conexión procesal es en este caso la declaración del daño ambiental por parte del tribunal ambiental a través de una sentencia definitiva⁸¹. Este requisito se encuentra reglado por la propia ley, y con ello se trama un especial camino de espera que debe realizar el particular para deducir la acción de indemnización, por lo que deberá estarse a la espera de que el tribunal ambiental declare el daño al medio ambiente, de acuerdo al procedimiento reglado establecido por la LTTAA⁸².

Entonces, frente a lo descrito anteriormente, nos planteamos una pregunta final: ¿por qué la LTTAA establece un procedimiento reglado en su artículo 46, desde donde traza el camino para las acciones de reparación e indemnización como acciones sucesivas? Añadimos, a su vez, otra interrogante que nos planteamos: ¿qué diferencias existen entre optar por el camino independiente o por el camino procesal reglado por la LTTAA?

- 1) Una primera explicación que podemos brindar es que el legislador ha tenido en cuenta el fenómeno concurrencial que se había producido en el contexto de la LBGMA, comprendiendo la relación de causa-efecto que podría eventualmente presentarse entre el daño ambiental y el daño patrimonial de un privado y, conforme a ello, establecer un procedimiento reglado y de acciones sucesivas, que permitan asegurar el resultado de ambas acciones; por un lado, la acción ambiental, desde donde se centra lógicamente la mirada de la LBGMA y la LTTAA, por tratarse del medio ambiente el bien ju-

⁸⁰ Tipo de acciones no tratadas por la doctrina, pero que el legislador ha incorporado en algunas normas procesales, tal como lo señala el artículo 54 de la Ley N° 19.880, donde reconoce la existencia de dos vías de impugnación de actos administrativos, las que pueden ser utilizadas por el administrado de manera sucesiva o alternativa.

⁸¹ “Actualmente [...] será necesario, primero, la sentencia de condena de responsabilidad por el daño ambiental, y sólo posteriormente, a través del procedimiento especial del art. 46, podrá ejercerse la acción por los perjuicios derivados del daño ambiental”. BERMÚDEZ (2015), p. 434.

⁸² Reiterando la idea, en orden a que la institucionalidad ambiental no busca establecer un régimen especial de naturaleza civil-ambiental, tal como se desprende de lo que señala Barros cuando establece que, “[e]n consecuencia, la ley del medio ambiente no ha introducido cambio alguno el régimen general de la responsabilidad civil”. BARROS (1998), p. 799. En igual sentido opina FEMENÍAS (2017), p. 265.

rídico protegido, y, por otro lado, aceptar la relación de causa-efecto con la responsabilidad civil extracontractual que se pueda generar, estableciendo con ellas ciertas prerrogativas procesales para aquellos sujetos privados que se sometan a dicho procedimiento en búsqueda de un resarcimiento indemnizatorio, tratando de orientar al actor civil en una espera que podría ser más beneficiosa desde el punto de vista procesal-probatorio.

- 2) Que las prerrogativas son precisamente el motivo por el cual la LT-TAA establece la alternativa de la acción de indemnización bajo el procedimiento reglado y sucesivo que permita asegurar la misma, a través de un camino que se va configurando desde la acción de reparación ambiental, hasta llegar al demandante civil con una parte de la tarea ya avanzada. Tal es la declaración del daño ambiental, lo que sin duda evitaría al privado la obligación de probar el daño ambiental que provocó consecuentemente el daño patrimonial⁸³ y, con ello, ahorrarse la prueba dificultosa del daño ambiental.

Es por ello que este camino procesal asegura, a su vez, que el demandante civil pueda hacer efectiva la presunción de culpabilidad del artículo 52 de la LBGMA⁸⁴, y con ello queda eximido de probar el elemento subjetivo, por un lado, y, por el otro, el daño ambiental, debiendo preocuparse de probar la relación de causalidad que media entre el daño ambiental y el daño patrimonial, es decir, sus perjuicios.

Otra prerrogativa incluida en el circuito procesal sucesivo se encuentra en el artículo 46 inciso 3 de la LTTAA, el que establece a su vez que la acción de indemnización de perjuicios prescribirá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63 de la LBGMA⁸⁵, esto es, una prescripción de cinco años, contados desde la manifestación evidente del daño. Esto se traduce en un

⁸³ En este sentido, aclarar que lo se busca obtener es la declaración del daño ambiental y, por ende, la presunción de culpabilidad del autor del daño, cuestión que para un privado podría verse dificultado por lo oneroso que podría resultar generar la prueba y, por otro lado, por la dificultad técnica de la misma.

⁸⁴ Artículo 52 de la LBGMA: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones... entre otras disposiciones reglamentarias”.

⁸⁵ Artículo 63 de la LBGMA: “La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño”.

plazo especial, si se tiene en cuenta que la prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual es de cuatro años, según el artículo 2332 del Código Civil. A lo anterior, debemos agregar que el propio artículo 46 inciso 3 de la LTTAA⁸⁶ establece la suspensión de la prescripción desde iniciado el procedimiento para determinar el daño ambiental, lo que, sin lugar a dudas, garantiza el tiempo de espera para la acción civil mientras se declara el daño ambiental por el competente tribunal ambiental.

De esta forma, entendemos que el camino propuesto por la ley ambiental, en ningún caso intenta establecer un sistema especial civil-ambiental, sino que busca mantener conectadas ambas acciones, de tal manera de generar una serie de prerrogativas que vendrían a beneficiar al demandante de la acción civil, garantías que, como se pudo observar, son meramente procesales y tienen que ver con el aumento del plazo de prescripción, la presunción de culpabilidad, el ahorro de costos para producir la prueba del daño ambiental y un procedimiento más expedito⁸⁷.

11. ALGUNAS PREVENCIÓNES SOBRE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS BAJO EL RÉGIMEN DE ACCIONES SUCESIVAS

Hemos señalado que el sujeto al que el daño ambiental ha afectado en su esfera patrimonial y busca resarcir dichos perjuicios a través de la acción de indemnización en sede civil tiene inicialmente la posibilidad de demandar a través de las reglas contenidas en el Libro IV del Código Civil y las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relativo al juicio ordinario. Esta vía se manifiesta a partir de un camino independiente de la acción de reparación ambiental, en tanto nada de lo que suceda en el tribunal ambiental le afecta directamente, entendiéndose que caminan por cuerdas separadas.

El otro camino para la búsqueda del resarcimiento de sus perjuicios privados es el que hemos dado cuenta en este trabajo, generando un lazo

⁸⁶ Artículo 46 inciso 3 LTTAA: “La acción de indemnización de perjuicios prescribirá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 de la ley N° 19.300. Sin perjuicio de lo anterior, la señalada prescripción se suspenderá desde la notificación de la acción de reparación por daño ambiental hasta que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que ponga término al respectivo proceso o haga imposible su continuación”.

⁸⁷ FEMENÍAS (2017), p. 262.

directo entre la acción de reparación ambiental y la indemnización de perjuicios, relación que condiciona y pone a la espera al demandante civil en relación a los resultados de la acción ambiental, ello porque dependerá de que efectivamente el tribunal acceda a la declaración de daño ambiental, que es en definitiva lo que le interesa al actor civil para proseguir con el camino procesal.

Entonces, a partir de la propuesta de acciones sucesivas de la Ley N° 20.600 de 2012, la acción indemnizatoria queda condicionada a (i) que se interponga una demanda (ii) que se declare el daño ambiental y se condene a su reparación y (iii) aun cuando se dieran los presupuestos para reconocer por las partes el daño ambiental, este debe quedar establecido en una sentencia definitiva, tal como lo señala el artículo 46 de la Ley N° 20.600 de 2012:

“Indemnización de perjuicios. Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño”.

De lo anterior se desprende que la única manera de darle continuidad al sistema de acciones sucesivas es a través de una sentencia definitiva. Entonces aparece un sinnúmero de interrogantes, sobre todo cuando hay un reconocimiento del daño ambiental, no precisamente a través de una sentencia definitiva, sino a través de algunos de los mecanismos de resolución de conflicto permitidos por la ley y provocados por el tribunal, manteniendo, por supuesto, la indemnidad de la reparación de daño ambiental. En este sentido, es posible observar cómo en la jurisprudencia de los tribunales ambientales se ha declarado daño ambiental y su reparación a partir de la conciliación, transacción o advenimiento.

Sin el ánimo de presentar información que se pueda considerar completa y sistematizada, se pueden traer de ejemplos algunos casos donde los mecanismos antes mencionados han permitido darle término a las causas. Tales son los casos de las causas “Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018) y “Cautín con Comunidad de Aguas el Tambo de Mamiña” (2017), sin considerar aquellas causas en las que el tribunal se encuentra evaluando para aprobación o rechazo de transacciones en causas activas.

Esta situación, sin duda, viene a entrever la verdadera factibilidad y garantía del mecanismo de acciones sucesivas; no obstante nos parece que

sigue prestando prerrogativas interesantes y atractivas para el demandante civil, la respuesta a la situación de un término anticipado del procedimiento ambiental, y su efecto sucesivo en la acción condicionada, es que definitivamente se computa como un tiempo perdido, donde la opción será volver por el camino independiente de las normas para el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil y con la tarea de probar cada uno de los elementos del daño ambiental.

12. CONCLUSIONES

La acción ambiental de reparación y la de indemnización en sede civil se diferencian tanto en la naturaleza como en el objeto procesal que pretenden perseguir; pero ello no fue óbice en un inicio para instaurar un tipo de acción especial, esto debido a la falta de regulación que permitiera fortalecer la institucionalidad ambiental, por un lado, y por el otro, la práctica judicial, generando con ello el fenómeno concurrencial de ambas acciones antes descrito, lo que se traduce en la práctica constante de interponer ambas acciones en conjunto, esto es, en un mismo escrito y ante el mismo juzgado de letras en civil.

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 de 2012, que crea los Tribunales Ambientales, viene a complementar la institucionalidad ambiental existente y a ordenar, desde el punto de vista del procedimiento, ambas acciones, las que anteriormente eran deducidas en conjunto. Esto da cuenta que el fenómeno concurrencial se mantiene, pero sin la posibilidad de perseguir ambas acciones ante el mismo tribunal, generando con ello una transición procesal de las acciones conjuntas a las acciones sucesivas. Los artículos 17 N° 2, 33 y 46 de la LTTAA señalan expresamente que la acción ambiental de reparación será conocida por los TTAA de manera exclusiva; mientras que la acción de indemnización de perjuicios la conocerá el juzgado de letras en lo civil y, por tanto, no siendo posible la interposición de ambas acciones en conjunto en alguno de los tribunales mencionados.

Creemos que a partir de la relación que existe entre el daño al medio ambiente y el daño a un interés particular, sumado a ello el fenómeno concurrencial existente antes de la LTTAA, el legislador nacional no desconoció estas dos situaciones y por ello regula la acción de indemnización de perjuicios en la propia ley procesal ambiental, de tal manera de diseñar, a

su vez, un camino propio que lleve a que la segunda acción se encuentre relacionada a la primera, sin afectar la posibilidad de que un sujeto privado persiga la indemnización de perjuicios bajo el sistema común del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 44 de la LTTAA establece un mecanismo procesal, donde se configura la interposición de ambas acciones de manera sucesiva, como una novedad en nuestro sistema procesal especial, en tanto la acción de indemnización podrá ser deducida una vez que la acción de reparación sea resuelta, estableciéndose por parte del tribunal la declaración de haberse producido un daño ambiental. Por lo tanto, la sentencia definitiva del tribunal ambiental que declara el daño ambiental y obliga a su reparación constituye un requisito y condición para que se active el mecanismo de acciones sucesivas.

En cuanto a la concurrencia de acciones, deja de ser un fenómeno, para instalarse como una creación causada por parte del legislador, a fin de mantener como vehículos independientes ambas acciones, de tal manera de asegurar los derechos de sujetos colectivos y particulares a través de tutelas diferenciadas y especiales, no excluyentes entre sí, a través del sistema de acciones sucesivas.

La estructura de acciones sucesivas instaurada por la LTTAA no hace posible la interposición de las acciones de reparación e indemnización de manera conjunta; ello, bajo la incompetencia que la propia ley establece para el tribunal ambiental para conocer de la acción de indemnización y, a su vez, la incompetencia del tribunal de letras en lo civil para conocer de la acción de reparación del medio ambiente dañado, además de carecer de fundamentos basados en el objeto de las acciones, el objeto tutelado y las pretensiones para poder dejar a salvo siquiera la posibilidad de pedir la indemnización vía acción de reparación.

Las acciones sucesivas, si bien estructuran el camino ordenado hacia la reparación del medio ambiente dañado, en primer lugar y en segundo lugar, la indemnización de perjuicios particulares, esto no obsta a que esta última sea perseguida a través de la vía ordinaria, sin la necesidad de esperar lo que pueda suceder en sede ambiental, teniendo en consideración que no operaría la prescripción de cinco años y la presunción de daño ambiental, lo que, a nuestro juicio, vuelve más dificultosa la pretensión del sujeto privado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, reimpresión (Santiago: Editorial Jurídica-Ediar ConoSur).
- ARÉVALO, Felipe y MOZÓ, Mario (2018): “Alcance e interpretación de la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales ambientales”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 9.
- BARROS, Enrique (1998): *Responsabilidad civil en materia del medio ambiente* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur).
- BERMÚDEZ, Jorge (2015): *Fundamentos del derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones universitarias, PUCV).
- BERTELSEN, Raúl (1998): “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena del Derecho*, vol. 25, N° 1.
- BERZOSA, María (1984): *Demanda, “causa pretendi” y objeto del proceso* (Córdoba: El Almendro).
- BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2008): *Estudios de justicia administrativa* (Santiago: LegalPublishing).
- CAMPS, Carlos (1998): *Particularidades del proceso civil por daño ambiental*, en *Jurisprudencia Ambiental* (Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina S.A.).
- CORRAL, Hernán (1996): “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, N° 1.
- (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- CORTÉS, Carla y SANDOVAL Natalia (2016): *Responsabilidad por daño ambiental* (Buenos Aires: MassLibros Grupo Editor).
- CUBILLOS, Gonzalo (2001): *La extensión de la garantía constitucional referida al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur).

- DE CUPIS, Adriano (1996): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.).
- DEL FAVERO, Gabriel (1994): “Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 54.
- DELGADO, Verónica (2012): “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, en *Revista de Derecho*, vol. XXV, N° 1.
- DÍAZ, Claudio (2017): *Curso de derecho procesal civil* (Santiago: LegalPublishing).
- DOUGNAC, Fernando (2013): *El estudio de impacto ambiental en la realidad nacional: logros y defectos* (Santiago: Librotecnia).
- ESTEVE, José (2006): *Derecho del medio ambiente y administración local* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local).
- FEMENÍAS, Jorge (2017): *La responsabilidad por daño ambiental* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Pedro (2013): *Manual de derecho ambiental chileno: colecciones, tratados y manuales* (Santiago: LegalPublishing).
- FISCHER, Hans (1928): *Los daños civiles y su reparación* (Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado).
- GALDÁMEZ, Liliana (2018): “Constitución y medio ambiente”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 9.
- GUMUCIO, Constanza (2019): “La protección del medio ambiente mediante la enseñanza legal clínica”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 11.
- GUZMÁN, Alejandro (1977): *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- GUZMÁN, Rodrigo (2010): *La regulación constitucional del ambiente en Chile* (Santiago: Abeledo Perrot-LegalPublishing).
- HORMAZÁBAL, Hernán (2001): *El principio de lesividad y el delito ecológico. El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (Navarra: Aranzadi).
- HOYOS, Francisco (2001): *Temas fundamentales de derecho procesal*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur).

- HUNTER, Iván (2015): “La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la ley de tribunales ambientales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 2.
- LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel).
- LEPPE, Juan Pablo (2019): *Texto comentado y concordado de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente* (Santiago: Hammurabi).
- LORENZETTI, Ricardo (2008): *Teoría del derecho ambiental* (México: Porrúa).
- MATELLANES, Nuria (2000): *Medio ambiente y funcionarios públicos* (Barcelona: Bosch).
- REGLERO, Luis *et al.* (2008): *Tratado de responsabilidad civil* (Navarra: Thomson-Aranzadi).
- ROMERO, Sophia (2013): “Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno”, en *Revista Ius et Praxis* (Universidad de Talca), año 19, N° 2.
- RUDA, Albert (2008): *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad ambiental* (Navarra: Thomson Aranzadi).
- SÁNCHEZ, José Antonio (2011): *La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente* (Sevilla: Facultad de Derecho). Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TdZ9nfTotjsJ:https://personal.us.es/patroclo/publicaciones_pdf/la_restituo_in_pristinum.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl>.
- SILVA, Rodrigo (2013): *Manual de Tribunales Ambientales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- TISNÉ, Jorge (2014): “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), vol. 21, N° 1.
- VALENZUELA, Rafael (2010): *El derecho ambiental, presente y pasado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

VIDAL, Álvaro (2007): “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley N° 19.300”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 29.

ZANNONI, Eduardo (1982): *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Editorial Astrea).

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 19.300 (09.06.1994) sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.600 (28.07.2012) que crea los Tribunales Ambientales.
- Ley N° 20.473 (13.11.2010) que otorga transitoriamente las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la comisión señalada en el artículo 86 de la Ley N° 19.300.
- Ley N° 20.417 (26.01.2010) que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2018 (demanda por daño ambiental).
- “Cautín con Comunidad de Aguas el Tambo de Mamiña” (2017): Primer Tribunal Ambiental, 28 de diciembre de 2017 (demanda por daño ambiental).
- “Sindicato de Pescadores de Artesanos con Shell Chile S.A.C.I. y otros” (2008): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de marzo de 2008 (recurso de Apelación).

LA PESADA CARGA PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

THE HEAVY BURDEN OF CITIZEN PARTICIPATION
IN ENVIRONMENTAL IMPACT STATEMENTS

Natalia Labbé Céspedes

Abogada, Universidad de Chile
labbe.natalia@gmail.com.

Miguel Toro Salamanca

Egresado de Derecho
Universidad de Chile
miguel.toro@derecho.uchile.cl

Isaías Urzúa Guerrero

Abogado, Universidad de Chile
Asistente de Investigación
Centro de Derecho Ambiental
Universidad de Chile
iurzua@derecho.uchile.cl

RESUMEN: El presente estudio tiene como objeto comentar críticamente la “doctrina” del Servicio de Evaluación Ambiental respecto a la participación ciudadana en las DIAs, intentando ofrecer una argumentación que concluye en que esta interpretación no es acorde con el ordenamiento jurídico chileno en materia ambiental. A su vez, se plantea el problema de no contar con mecanismos judiciales para reclamar dicha ilegalidad. Al respecto y ante la falta de certeza respecto a una nueva Carta Fundamental y, en especial de sus contenidos, se vuelve necesario utilizar los mecanismos actuales. Para estos efectos destaca el recurso de protección consagrado en la Constitución Política de la República como vía idónea para reclamar la ilegalidad de los actos que se sustentan en la interpretación analizada. Finalmente, se sugiere un cambio normativo, volviendo perentorio para el Legislativo el asegurar la participación ciudadana en todo procedimiento de evaluación ambiental.

PALABRAS CLAVE: Participación ciudadana, Servicio de Evaluación Ambiental, vía idónea, Declaración de Impacto Ambiental.

ABSTRACT: The purpose of this study is to critically comment on the “doctrine” of the Servicio de Evaluación Ambiental, regarding citizen participation in DIAs, trying to offer an argument that concludes that this interpretation is not in accordance with the Chilean legal system on environmental matters. In turn, the problem of not having judicial mechanisms to claim said illegality arises. In this regard and in the absence of certainty regarding a new fundamental letter and, especially its contents, it becomes necessary to use the current mechanisms. For these purposes, recurso de protección established in the Political Constitution of the Republic stands out as the ideal way to claim the illegality of the acts that are based on the analyzed interpretation. Finally, a regulatory change is suggested, making it mandatory for the Legislature to ensure citizen participation in any environmental assessment procedure.

KEYWORDS: Citizen participation, Environmental Assessment Service, suitable route, Environmental Impact Statement.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien existe un cierto consenso sobre la necesidad de que la participación ciudadana informada sea un elemento rector de nuestra institucionalidad ambiental¹, por lo menos desde su reconocimiento como principio en la Declaración de Río en 1992, esta ha debido atravesar un camino sinuoso para obtener un reconocimiento legal expreso en todos los instrumentos de gestión ambiental².

A nuestro juicio, esto se debe a que la participación ciudadana puede ser escrutada desde diversas ópticas, siendo una de ellas su rol como dispositivo de sustanciación de la justicia ambiental, ya que podría introducir una corrección de las causas que generan una desigual repartición de cargas y beneficios ambientales³. A su vez, y prosiguiendo con el enunciado previo, se ha comentado el papel que desempeña al momento de otorgar una

¹ SOTO y COSTA (2019), p. 227.

² Al respecto, se recomienda observar el detallado análisis de la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.417 de 2010, recogido en dos memorias para acceder al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, las cuales fueron guiadas por el profesor Luis Cordero: ACUÑA (2011) y FERNÁNDEZ (2012).

³ HERVÉ (2015), p. 43.

mayor legitimidad democrática a decisiones emanadas de órganos técnicos con competencia ambiental⁴.

Sin embargo, y como ya se anunció, el reconocimiento de la participación ciudadana como un requisito esencial al momento de tomar decisiones en temáticas ambientales ofrece un panorama variopinto. Desde ser reconocida como una etapa necesaria, empero, que no merece una respuesta detallada por parte de la autoridad⁵, a su incorporación como un procedimiento esencial dentro de la evaluación de un proyecto o actividad, al punto que, de no verificarse o de no constatar una consideración satisfactoria de las observaciones planteadas por la ciudadanía, habilita la impugnación de la decisión tomada por la autoridad ambiental⁶.

A diez años de nuestra nueva institucionalidad ambiental, conviene revisar qué tan asentada se encuentra la participación ciudadana dentro de nuestro ordenamiento jurídico ambiental. Para ello, hemos elegido el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), ya que ofrece un claro ejemplo de cómo hasta el día de hoy pervive una tensión institucional respecto a la necesidad de contar con observaciones informadas de la ciudadanía en la evaluación ambiental de proyectos y actividades, pero que, asimismo, se la encuadra rígidamente como un verdadero lecho de Procusto, al imponérsele cargas o limitaciones excesivas.

Esta elección se efectúa debido a que, como argumentaremos en el presente trabajo, se le ha decidido limitar –conscientemente– por parte del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA o “Servicio”), a través de una interpretación *restrictiva* de la normativa vigente al respecto.

Con el propósito de argumentar sobre la necesidad de contar con una participación ciudadana completa en las DIA, se revisará lo discutido en los casos más emblemáticos sometidos al conocimiento de los tribunales superiores de justicia del país, contrastando fuentes legales y doctrinarias para argumentar por qué la apertura de este procedimiento no es una mera potestad discrecional del SEA. Además, los autores ofrecen una solución

⁴ CORDERO (2020).

⁵ Ejemplo de ello es la participación ciudadana en la elaboración de Normas de Calidad Ambiental y de Planes de Prevención o Descontaminación.

⁶ El caso por antonomasia de ello es la participación ciudadana en la evaluación de proyectos sometidos al SEIA a través de Estudios de Impacto Ambiental.

respecto a las vías jurisdiccionales que podrían tomarse para impugnar la decisión de la autoridad ambiental.

2. EL CONFLICTO JURÍDICO: LA INTERPRETACIÓN DEL SEA

Para dar inicio al análisis, recordemos que la participación ciudadana en la evaluación de las DIA fue incorporada en el año 2010, agregando el artículo 30 bis a la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA). Transcribiremos la literalidad de los incisos primero y sexto, ya que son aquellos en los que se asienta la disputa que revisaremos:

“Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate”.

“Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación”.

Una primera lectura de estas normas nos lleva a las siguientes conclusiones:

- 1) La participación ciudadana en la evaluación de las DIA no opera de forma automática, como es en el caso de los EIA.
- 2) Lo anterior se debe a que, primero, constituye una potestad discrecional, aunque escueta, de la autoridad ambiental, toda vez que se ocupa la voz “podrá”, que no es indicativa de un imperativo.
- 3) Asimismo, se establece una serie de requisitos para los interesados en iniciar este tipo de procedimientos, los que van desde un número de personas, un plazo determinado y la acreditación de una circunstancia.

- 4) Dicha circunstancia corresponde a la ocurrencia de que el proyecto o actividad genere “cargas ambientales”, las cuales no han sido definidas en la ley.
- 5) Se caracteriza a las “cargas ambientales” por contener copulativamente “beneficios sociales” y “externalidades ambientales negativas”, ambos conceptos cuya definición tampoco se ofrece.

Ahora bien, en las diferentes causas que han sido ventiladas ante los tribunales superiores de justicia, vía acción de protección, los recurrentes pretenden impugnar alguno de los actos emanados por la autoridad ambiental (SEA), donde se deniega la solicitud de iniciar un procedimiento de participación ciudadana. Los argumentos contenidos en las resoluciones denegatorias del SEA suelen reiterarse, por lo cual podríamos señalar, con cierto grado de asertividad, que existe una doctrina asentada al respecto por parte de este servicio público.

En general, las disputas jurídicas de esta índole se centran en la discusión respecto al alcance del concepto de “carga ambiental” y, más específicamente, sobre lo que ha de entenderse como “beneficio social”, ya que, a juicio del SEA, no es posible afirmar que todo proyecto podría generar uno, por lo cual sería carga del interesado (*i.e.*, ciudadanía) probar que un determinado proyecto o actividad genera un beneficio social.

No obstante, en este punto la agencia de evaluación ambiental agrega una serie de requisitos a los que se pueden encontrar (y, agregamos, co-legir) tanto en la ley como en el reglamento que tratan de estas materias. En lo que resta de este apartado, intentaremos ofrecer un desglose de esos requisitos añadidos, arguyendo que no tienen sustento positivo ni interpretativo, vulnerando incluso el mandato legal que tiene el SEA al respecto.

Antes de proseguir, conviene hacer una precisión. Los argumentos del SEA que se sintetizan corresponden a aquellos que han sido impugnados por la vía del recurso de protección, formando casos de connotación pública para los abogados que nos dedicamos a las temáticas ambientales⁷, por lo que podríamos encontrar una serie de argumentos inexplorados que, ante la titánica tarea que supone revisar cada denegación de la apertura del procedimiento de participación ciudadana, no hemos efectuado.

⁷ Nos referimos específicamente a los siguientes expedientes de causas vistas ante la Excelentísima Corte Suprema: “Soto con Servicio de Evaluación Ambiental” (2019) y “Stipicic con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2016).

Pues bien, el SEA estima que el hecho de que el concepto de “beneficio social” no cuente con una definición legal o reglamentaria expresa no es óbice para que se intente una caracterización del mismo. A este respecto, ha sostenido una interpretación que parte desde lo señalado por los incisos sexto y séptimo del artículo 94 del Decreto Supremo N° 40 (RSEIA), los cuales versan de la siguiente forma:

“Se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos o actividades que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

Se considera que generan cargas ambientales los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras a.1, b), c), d), e), f), j) y o) del artículo 3 de este Reglamento o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías, así como cualquier otro proyecto o actividad cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, tales como proyectos de saneamiento, agua potable, energía, entre otros”.

A partir de esta normativa y del artículo 30 bis de la LBGMA, el Servicio extrae una serie de conclusiones⁸ respecto a lo que caracteriza a un beneficio social en el contexto de la evaluación ambiental, las que se podrían sintetizar de la siguiente forma:

- 1) Solo puede considerarse como *beneficio social* de un proyecto evaluado en el marco del SEIA si aquel corresponde a la esencia misma del proyecto.
- 2) Solo puede considerarse como un *beneficio social* de un proyecto evaluado en el marco del SEIA si aquel está abierto a la comunidad toda.

Cabe agregar, además, la afirmación del SEA de que los proyectos inmobiliarios, a su vez, tampoco reportarían beneficios sociales:

“En cuanto a las viviendas, no es posible considerar como beneficio social la satisfacción de la necesidad actual de viviendas, puesto que este Servicio ha mantenido un criterio uniforme al señalar que los proyectos inmobiliarios no están dentro de las tipologías que generan carga ambiental y, más aún, su evaluación ambiental es de carácter excepcional, puesto que sólo se realiza en zonas declaradas como Latentes o Saturadas”⁹.

⁸ Ver las Resoluciones Exentas N° 0183 de 2016, N° 1.006 de 2018 y N° 983 de 2019.

⁹ “Soto con Servicio de Evaluación Ambiental” (2019).

Por ende, podríamos agregar una tercera característica de los beneficios sociales, conforme al SEA:

- 3) Los proyectos inmobiliarios no son susceptibles de generar beneficios sociales.

Todo lo anterior, además, sustentado en el pilar de que la decisión de abrir (o no) un procedimiento de participación ciudadana en la evaluación de una DIA corresponde a una potestad discrecional de la autoridad, mas no una obligación.

En conclusión, se nos ofrece un doble tamiz para la apertura de la participación ciudadana en la evaluación ambiental de las DIA, a saber, el catálogo cerrado de proyectos listados en el inciso séptimo del artículo 94 del RSEIA y, en caso de no encontrarse en dicha lista, aquellos que cumplan con la interpretación *restrictiva* esbozada previamente.

El problema de todo lo anterior es que sus cimientos son al extremo endebles, prácticamente de arena. Abordaremos críticamente las conclusiones del SEA respecto al beneficio social en dos secciones: 1) en lo relativo al estatuto de potestad discrecional de la decisión de apertura de un procedimiento de participación ciudadana, y 2) las debilidades de la interpretación *restrictiva* ofrecida.

- a) Sobre la potestad discrecional respecto a la apertura de participación ciudadana en la evaluación de una DIA:

No es errado afirmar, como hace el SEA, que lo que hemos discutido es una potestad discrecional. Más allá de las discusiones teóricas que puedan efectuarse al respecto, las cuales han sido muy prolíficas en el derecho administrativo, centrar la interpretación restrictiva en esta situación corresponde a un acercamiento en exceso legalista a las normas que merece ser cuestionado.

No es de gran dificultad señalar que la interpretación desatiende el deber legal que se le ha impuesto tanto al Estado como al SEA, consistente en el fomento y facilitación de la participación ciudadana.

A continuación se transcriben los artículos pertinentes de la Ley N° 19.300:

“Artículo 4°. Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”.

“Artículo 26.- Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan”.

“Artículo 81.- Corresponderá al Servicio: h) Fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos, de conformidad a lo señalado en la ley”.

Esto ha sido reconocido por la Excelentísima Corte Suprema en los fallos que ha dictado al respecto. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el relativo a la incorporación del método de tronaduras en Mina Invierno:

“Décimo sexto: [...] Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar y negar efectiva aplicación, como un efectivo ejercicio al principio de participación consagrado en el Derecho Ambiental Chileno, que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, al no aplicarse las disposiciones contenidas en los artículos 26 y siguientes de la Ley N°19.300, que consagran la participación de la comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”¹⁰.

La advertencia que hace la Corte Suprema en el considerando transcrito refiere a la técnica que ha de estar a la base de toda interpretación de nuestro ordenamiento ambiental, a saber, una lectura finalista respecto a la institucionalidad¹¹, que debe inspirarse, además, en los principios que informan a esta rama del derecho, entre los que se encuentra el de participación ciudadana, el cual ha merecido reconocimiento expreso desde el mensaje del proyecto que posteriormente se convertiría en la LBGMA.

Baste lo dicho para, al menos, sembrar la duda respecto a si la potestad discrecional con que cuenta el SEA no se encuentra enmarcada dentro de una serie de normas legales relativas al fomento de la participación ciudadana.

b) Sobre las debilidades de la interpretación restrictiva:

Como ya se ha destacado, el SEA en sus reiteradas resoluciones al respecto nunca ofrece una definición explícita del concepto de

¹⁰ “Stipicic con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2016).

¹¹ CORDERO (2020).

beneficio social. Muy por el contrario, lo que se intenta es determinar su sentido y alcance a través de alguna frase suelta emitida por autoridades administrativas o los tribunales superiores de justicia, esto es, a través de una interpretación de la normativa aplicable. El problema de dichas interpretaciones es que no se sustentan en ninguno de los criterios exegéticos que ofrece nuestro Código Civil en sus artículos 19 y siguientes.

Un ejemplo de ello se puede apreciar de inmediato en el hecho de que el SEA en ningún momento define el concepto de beneficio social a partir del sentido natural de las palabras; mucho menos hace referencia a la disciplina de la cual se ha extraído, a saber, la economía.

La doctrina nacional otorga la siguiente definición del concepto, agregando una importante conclusión:

“Beneficio social. Beneficio que obtiene la comunidad como resultado de realizar una determinada actividad productiva. Éste se determina en relación con el valor que asigna la sociedad a los bienes producidos y a los insumos y factores productivos utilizados. Debido a la presencia de distorsiones, no siempre coinciden los valores sociales de los bienes, insumos y factores productivos, con los precios de mercado de los mismos.

Vale decir, el beneficio social corresponderá a todas aquellas consecuencias de un proyecto que generan un beneficio no solamente al titular del mismo, sino también, de manera directa o indirecta, a la sociedad toda”¹².

Esta definición, como ostensiblemente se aprecia, no establece como requisito que el beneficio social se produzca como parte esencial de un proyecto o actividad, ni que este deba estar abierto a la comunidad toda, ni mucho menos excluye la posibilidad de que las actividades inmobiliarias los generen, lo cual constituye una conclusión demasiado arriesgada como para seguir siendo sostenida acriticamente.

La interpretación de marras tampoco se corresponde con la historia fidedigna de la ley que introdujo el concepto en cuestión (Ley N° 20.417 de 2010), lo que se desprende de la simple lectura del acta de su discusión durante su tramitación legislativa.

¹² COSTA y FUENTES (2011), p. 99.

Al respecto, la entonces ministra del Medio Ambiente señalaba:

“[N]o es de interés organizar un proceso de participación ciudadana para aquellos proyectos que no generan un impacto o una carga negativa a la ciudadanía. Añadiendo que interesa llevar a la participación ciudadana aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas. Concluye que la mayoría de los proyectos generan cargas ambientales, por lo que buena parte de las Declaraciones de Impacto Ambiental podrán tener acceso a un proceso de participación ciudadana”¹³.

Asimismo, como ha sido destacado en sendos fallos de la Corte Suprema, el inciso séptimo del artículo 94 del RSEIA fue modificado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en su Acuerdo N° 10/2014, de 21 de julio de 2014, eliminando la expresión “únicamente” que precedía al catálogo de proyectos que se listan en la norma. Esta situación ha sido entendida por el máximo tribunal del país como un intento precisamente por reducir, valga la ironía, las cargas impuestas a las comunidades a la hora de efectuar observaciones en la evaluación ambiental de proyectos o actividades sometidos al SEIA a través de una DIA.

La mentada interpretación no reviste ningún criterio de armonía respecto a las normas ambientales que rigen el proceso de participación ciudadana. Si se leen las tipologías del inciso séptimo del artículo 94, es decir, aquellas que, conforme al reglamento sí o sí generan beneficios sociales, de ninguna se colige que estos deban corresponder a la comunidad toda o a la esencia del proyecto.

En otras palabras, el razonamiento de la autoridad ambiental supone que únicamente, si la finalidad del proyecto es satisfacer una necesidad pública básica de la sociedad, se podrá considerar que este genera un beneficio social. Hemos de señalar que esta interpretación no solo es restrictiva, sino que, a su vez, bastante arriesgada, toda vez que las tipologías de las letras a.1, b), c), d), e), f), j) y o) del artículo 3° del Reglamento del SEIA no refieren única y exclusivamente a proyectos que han de satisfacer una necesidad pública, como tampoco se hace referencia a este requisito en el artículo 30 bis de la LBGMA ni en el artículo 94 del RSEIA.

¹³ Historia de la Ley N° 20.417 de 2010, p. 474.

A pesar de todo lo anterior, a nuestro entender, el mayor problema que genera esta interpretación es que tiene por efecto desdibujar la finalidad misma del SEIA. La evaluación que se desenvuelve en este procedimiento consiste en una comprobación respecto a si el proyecto o actividad cumple nuestra normativa ambiental vigente. En efecto, así lo estipula la LBGMA en su artículo 2º, letra j), el cual reza de la siguiente forma:

“Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigente”.

Es necesario destacar este punto, ya que no ha sido mencionado hasta el momento en ningún fallo de los tribunales superiores de justicia: al limitar la participación ciudadana producto de la exigencia de criterios no ambientales como requisitos de procedencia de esta, se está desfigurando una institucionalidad cuya única razón de ser consiste en hacer una revisión exhaustiva de proyectos y actividades, pero siempre bajo el escrutinio de lo ambiental.

Sin embargo, a nuestro entender, este problema no es únicamente producto de una insuficiente labor o una falta de criterio del SEA, sino que deviene de una decisión de política pública respecto a la participación ciudadana, la cual ha sido plasmada en la LBGMA y que, transcurridos ya diez años, se ha mostrado deficiente.

3. EL PROBLEMA INSTITUCIONAL:

LA AUSENCIA DE VÍAS JURISDICCIONALES ESPECIALES

Una falencia significativa de nuestra institucionalidad ambiental consiste en que no otorga tutela judicial efectiva a las comunidades interesadas en el proceso de participación ciudadana cuando su solicitud, presentada en tiempo y forma legal, sea rechazada por el SEA. En otras palabras, no se entrega una acción judicial para el caso de que, basado en una interpretación errónea de la normativa ambiental, el SEA decida no abrir el procedimiento correspondiente.

Para colmo, la tutela judicial efectiva respecto de la resolución que rechaza este requerimiento tampoco se logra por medio de los recursos

administrativos supletorios contemplados en la Ley N° 19.880 de 2003, que impiden recurrir al contencioso-administrativo de la Ley N° 20.600 de 2012, que creó los Tribunales Ambientales.

Con este gran escollo, se terminan por configurar los desincentivos para que las personas puedan participar activamente en la evaluación de los impactos ambientales de un proyecto próximo, todo lo cual será desarrollado en las siguientes páginas.

La Ley N° 19.300 no considera entre sus disposiciones ningún recurso especial que permita impugnar la resolución que deniega la apertura del proceso de participación ciudadana en una DIA, tampoco un recurso directo que permita comparecer ante los tribunales ambientales, por lo que, por aplicación supletoria, son procedentes los recursos de reposición y jerárquico del artículo 59 de la Ley N° 19.880.

Sin embargo, como ha sido advertido por la doctrina, “el agotamiento de la vía administrativa a través de dichos recursos [recursos de reposición y jerárquico de la Ley N° 19.880] no da lugar a la posibilidad de recurrir a los Tribunales Ambientales”¹⁴. (Corchetes agregados).

En efecto, el control judicial de los tribunales ambientales solo es procedente respecto de aquellas personas naturales o jurídicas que hayan manifestado sus observaciones en el proceso de participación ciudadana, y en el supuesto adicional de que dichas observaciones no hayan sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, conforme a lo dispuesto por el inciso 5° del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300¹⁵.

Esto es confirmado por lo prescrito en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600¹⁶, puesto que solo las personas naturales o jurídicas cuyas ob-

¹⁴ SILVA (2019), p. 46.

¹⁵ Artículo 30 bis inciso 5° de la Ley N° 19.300 de 1994: “Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.

¹⁶ Artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 de 2012: “Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

[...] 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido conside-

servaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental podrán interponer un recurso de reclamación en contra de la decisión administrativa ante el tribunal ambiental competente.

En este mismo sentido, el artículo 18 N° 5 de la Ley N° 20.600¹⁷ determina que las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los tribunales ambientales.

Ahora, la posibilidad de acudir a los tribunales ambientales en virtud de la invalidación del artículo 53 de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600¹⁸, no es una vía idónea para resolver el conflicto que supone el rechazo a una solicitud de apertura del proceso de participación ciudadana requerida en tiempo y forma legal en una DIA, porque no garantiza una tutela judicial efectiva y oportuna, y tampoco pro-

radas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

¹⁷ Artículo 18 N° 5 de la Ley N° 20.600 de 2012: “De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

[...] 5) En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”.

¹⁸ Artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 de 2012: “Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

[...] 8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación”.

tege en ningún término los derechos que comprende la participación ciudadana en la evaluación ambiental de los proyectos, por las razones que se expondrán a continuación:

Primero: la invalidación no es un recurso administrativo, sino que una potestad de la Administración para corregir actos contrarios a derecho, que “debe entenderse a la luz de la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos”¹⁹ que han sido notificados. Es decir, las comunidades afectadas tendrían la carga adicional de desvirtuar esta presunción de legalidad en el procedimiento invalidatorio.

Segundo: esta potestad de revisión es un remedio extraordinario y de *ultima ratio* para resguardar nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no puede ser utilizado como un medio de control ordinario de los actos administrativos de carácter ambiental.

Tercero: la invalidación no otorga ninguna seguridad jurídica al SEIA, el cual se extendería en la práctica de manera indefinida, puesto que el procedimiento invalidatorio se iniciaría una vez agotada la vía administrativa de los recursos de reposición y jerárquico subsidiario, para que, posterior a su resolución, recién sea procedente la reclamación ante los tribunales ambientales, cuya sentencia puede ser objeto de un recurso de casación ante la Excma. Corte Suprema, lo que evidentemente no concuerda con los principios de economía procedimental y eficiencia que informan los procedimientos administrativos.

Cuarto: el interés legítimo de las personas es que sus observaciones sean consideradas en el acto terminal del procedimiento de evaluación ambiental, atendido que el derecho a formularlas y obtener respuesta fundada de ellas surge de la participación ciudadana de las comunidades. Sin embargo, la invalidación administrativa no resguarda en ningún término estos derechos, porque las dilaciones excesivas señaladas más arriba, en relación con los plazos acotados de tramitación de la evaluación ambiental, y el silencio administrativo positivo del artículo 19 bis de la Ley N° 19.300, en virtud del cual se entenderá aprobado un proyecto que no haya sido evaluado dentro de plazo legal, conllevarían a que se dicte una RCA con plenos efectos sobre terceros para ejecutar un proyecto sin la participación ciudadana que corresponde legalmente y, en consecuencia, sin la evaluación de los impactos que podrían ser advertidos por las comunidades.

¹⁹ CORDERO (2015), p. 292.

Quinto: aún no ha existido una posición jurisprudencial firme respecto a los plazos de solicitud de la invalidación por parte de una persona que no haya participado en la evaluación ambiental como observante, en otras palabras, para los terceros absolutos. Esta discusión, nacida a propósito de los razonamientos del ministro Pierry²⁰ en la Tercera Sala de la Corte Suprema, según el cual se podría diferenciar, a partir de la naturaleza jurídica de esta institución, entre una “invalidación recurso o impropia” y otra “invalidación propiamente tal”. No es de nuestro interés profundizar en esta temática, como sí lo es señalar que no es posible ofrecer como “solución jurídica” el que se acuda a una institución cuya naturaleza jurídica, plazo de solicitud e interesados, no ha sido zanjada por la jurisprudencia²¹.

Finalmente, cabe destacar que el procedimiento invalidatorio debe tramitarse “previa audiencia del interesado”. Si aún no se dicta la RCA mientras se tramita la invalidación, el titular del proyecto igualmente podría apersonarse en este procedimiento como interesado, atendido lo dispuesto por el artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, esto es, “aquellos cuyos intereses individuales puedan resultar afectados por la resolución”, es decir, podría comparecer a pesar de que aún no se ha consolidado ningún derecho a su favor y no le ocasione ningún perjuicio por tratarse de una mera expectativa de que califiquen ambientalmente favorable su proyecto. Ahora, si la RCA ya fue dictada al momento de presentarse la invalidación²², el titular tendría un derecho que puede resultar afectado por la decisión, por lo que sería interesado en el procedimiento invalidatorio en virtud del artículo 21 N° 2 del citado cuerpo legal, y estaría habilitado para intervenir en el procedimiento y llegar hasta la Corte Suprema en ejercicio de un recurso de casación, dilatando al máximo una resolución definitiva sobre la procedencia de la participación ciudadana en la evaluación ambiental del proyecto. No obstante, en el intertanto, el titular podría perfectamente ejecutar su proyecto sin contratiempo alguno, lo cual constituye una deferencia que no se condice con la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

²⁰ Primero como voto de prevención en sentencia “Rosicler con Director Servicio de Evaluación Ambiental” (2014). Razonamiento que ha sido recogido en una importante jurisprudencia posterior como demuestra el trabajo de SALAMANCA y SOFFIA (2018), pp. 289-308.

²¹ De todas formas, cabe consignar que este déficit no debiese ser subsanado únicamente por la judicatura, sino que a través del trabajo legislativo.

²² Regla generalísima conforme a lo explicado precedentemente.

Además, si el titular comparece en el procedimiento invalidatorio, podríamos llegar a la paradoja de que su defensa sea la de argumentar que su proyecto no genera ningún beneficio social, sino que solo ocasiona externalidades negativas, las que, por cierto, podrían prevenirse o incluso mitigarse con la participación de las comunidades próximas en la evaluación ambiental del proyecto, cumpliendo, de este modo, el objetivo primordial del SEIA.

En síntesis, creemos que las razones ofrecidas tienen sustento suficiente para afirmar que la resolución que rechaza la apertura del proceso de participación ciudadana en una DIA no cuenta con ningún sistema recursivo contencioso-administrativo en nuestra legislación ambiental que otorgue tutela judicial efectiva y oportuna a las comunidades afectadas.

4. ESTÁNDARES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO DDHH

Ahora bien, conviene hacer un rodeo antes de proseguir a la solución ofrecida. Uno de los argumentos que se expone constantemente en los informes presentados por SEA a los tribunales superiores de justicia consiste en señalar que la participación ciudadana no consistiría en un derecho de carácter indubitado, por lo cual quisiéramos controvertir dicha aserción.

La participación ciudadana es uno de los principios del derecho ambiental, reconocido tanto en la historia fidedigna de la Ley N° 19.300²³ como por la doctrina y la jurisprudencia, pero principalmente es un derecho humano.

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la participación se encuentra reconocido dentro del marco de los derechos políticos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambos en el artículo 19:

Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda

²³ En este sentido, el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.300 de 1994 señaló que “el “principio participativo” “es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática”.

índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Por su parte, el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Ahora, a nivel regional, la participación ciudadana se encuentra reconocida en el artículo 23.1.a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre derechos políticos:

“Artículo 23: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
- c) *de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Esta disposición establece que todas las personas tienen el derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes directamente elegidos”. El 2017, esta disposición fue dotada de contenido a través de la Opinión Consultiva OC-23/17: Sobre

Medio Ambiente y Derechos Humanos de 15 de noviembre de 2017, donde la Corte IDH señaló:

“228. Con respecto a asuntos ambientales, la participación representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. Asimismo, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales.

[...]

231. Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante”²⁴.

Así, para la Corte IDH, la obligación del Estado en la materia es la de garantizar la participación en la toma de decisiones y políticas que puedan afectar al medio ambiente en concordancia con el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el momento en que el Estado tiene la obligación de garantizar la participación efectiva, la misma opinión consultiva establece que esta debe ser desde las primeras etapas del procedimiento, e incluye diversos mecanismos:

“232. En lo que se refiere al momento de la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar el público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial”²⁵.

En el mismo sentido destaca el estándar de acceso efectivo, el Principio 10 de la Declaración de Río (1992), que señala:

²⁴ Opinión Consultiva OC-23/17 (2017), párrs. 228 y 231.

²⁵ Opinión Consultiva OC-23/17 (2017), párr. 232.

“Principio 10. 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 ofrecen 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 del público 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”²⁶.

Así, de lo expuesto *supra*, se colige que existe una doble obligación para el Estado en la materia. Por un lado, dar acceso a la información y, por el otro, asegurar acceso efectivo a los procesos de toma de decisiones.

Mientras que a nivel nacional la participación ciudadana está reconocida constitucionalmente en el inciso final del artículo 1º de la Constitución, el cual establece que es deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

A mayor abundamiento, la participación ciudadana es un derecho que se encuentra reconocido en múltiples instrumentos normativos nacionales, ambientales y no ambientales, como en la Ley N° 20.500 de 2011 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública²⁷ y en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, entre otros. Esta última disposición establece en el artículo 30 bis:

“La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”.

Así, la interpretación restrictiva del artículo 30 bis por parte del director ejecutivo del SEA no guarda relación con una correcta y armónica integración de la norma con el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de la República y las normas internas.

²⁶ Declaración de Río 1992.

²⁷ Artículo 69 de la Ley N° 20.500 de 2011: “El Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones.

Es contraria a las normas establecidas en este Título toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana señalado en el inciso anterior”

5. RESPUESTA PRÁCTICA DE LAS COMUNIDADES: EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Como ya hemos argumentado, la potestad del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, para efectos de ordenar la apertura del proceso de participación ciudadana en una DIA, no es discrecional en un sentido absoluto, por tanto, el SEA debe ordenar este proceso si el caso se enmarca dentro del supuesto legalmente definido y requerimiento cumple los requisitos de tiempo y forma legal que exige dicha norma.

En otras palabras, el SEA no se encuentra habilitado para denegar la apertura del proceso de participación ciudadana que ha sido solicitada conforme a derecho.

Por lo demás, atendido que el propio artículo 30 bis define el concepto de “cargas ambientales”, con el fin de determinar el supuesto de hecho previsto en la norma, el único ápice de discrecionalidad que se le concede al SEA es la evaluación de la concurrencia de externalidades negativas y beneficios sociales en forma copulativa en el caso concreto.

En efecto, tal como lo señala la doctrina, “no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades donde algunos de sus elementos son discrecionales”²⁸. Asimismo, la resolución que deniega la participación ciudadana produce diversos perjuicios para los solicitantes, porque estos no serán parte del procedimiento administrativo, tampoco podrán formular observaciones para efectos de la calificación ambiental del proyecto y, además, quedarán desprovistos del recurso de reclamación especial que permite acudir ante los tribunales ambientales cuando las observaciones no hubiesen sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, el cual permite controlar y legitimar el acto de término del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

De ahí que la resolución que deniega la apertura del proceso de participación ciudadana sea un acto trámite que produce indefensión, esto es, impugnabile en conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley N° 19.880²⁹.

²⁸ CORDERO (2015), p. 84.

²⁹ Artículo 15 de la Ley N° 19.880 de 2003: “Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Pues bien, atendido que la Ley N° 19.300 no contempla un recurso especial para impugnar la resolución que rechaza la apertura del proceso de participación ciudadana en una DIA, ni menos un recurso directo que permita comparecer ante los tribunales ambientales, lo cual tampoco es posible al agotar la vía administrativa de los recursos de la Ley N° 19.880, no cabe sino concluir que el recurso de protección es la única vía idónea de las comunidades para dar tutela a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagradas en los números 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución, comprometidas por la denegación arbitraria e ilegal de la apertura del proceso de participación ciudadana solicitada en tiempo y forma legal, cuya urgencia se justifica en la finalidad e importancia de este pilar esencial de nuestra institucionalidad en la calificación ambiental de los proyectos.

Este razonamiento se ve reforzado por el principio de inexcusabilidad de los tribunales, reiterado expresamente en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, el cual prescribe que el recurso de protección puede ejercerse “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

De este modo, el recurso de protección representa una medida cautelar constitucional de urgencia, que tutela el legítimo ejercicio de los derechos y garantías fundamentales cuando exista privación, perturbación o amenaza a alguno de ellos por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

Por tanto, incluso si se llegara a estimar que exista algún procedimiento de lato conocimiento ante los tribunales ambientales para conocer del asunto planteado, este no puede limitar la controversia constitucional que es propia de la acción de protección.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema conociendo de un recurso de protección por denegación de apertura del proceso de participación ciudadana en la de evaluación ambiental de una DIA³⁰, afirmando en la sentencia definitiva de fecha 15 de mayo de 2019 lo siguiente:

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo”.

³⁰ “Soto con Servicio de Evaluación Ambiental” (2019).

“Décimo noveno: Que, finalmente, es preciso subrayar que el deber de inexcusabilidad de los tribunales, reiterado expresamente en el artículo 20 de la Carta Política, al disponer que la acción constitucional de Protección es compatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías pertinentes, impone a la jurisdicción emitir decisión oportuna respecto de la materia que el recurso ha planteado, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales, según corresponda, pero ello no es obstáculo para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda, como ocurre en el caso de autos.

Además, las normas constitucionales hacen procedente la acción de protección para toda afectación a las garantías fundamentales que requiera de un pronunciamiento rápido para que no se mantenga el actuar ilegítimo, a lo cual, en el caso de autos se une el hecho que la materia medioambiental ha sido reconocida en su importancia fundamental para la humanidad en el ámbito nacional e internacional, que se rige por los principios preventivos y precautorio, que impone la protección ante la posibilidad que se produzca la afectación ilegítima y precisamente para que el daño no llegue a concretarse”.

Como puede apreciarse, el recurso de protección es la única vía idónea de las comunidades para dar tutela a las garantías constitucionales comprometidas por la decisión del SEA de rechazar, ilegal y arbitrariamente, la apertura del proceso de participación ciudadana solicitada en tiempo y forma legal.

6. CONCLUSIONES

En el presente estudio hemos tenido como propósito demostrar la importancia que tiene la participación ciudadana al momento de evaluar ambientalmente un proyecto o actividad. Compartimos plenamente el juicio de la doctrina más autorizada, que señala:

“El Medio Ambiente requiere un tratamiento diferenciado a lo que sucede en materia de participación ciudadana general (Costa-Soto, 2018). Las condiciones en que esta se desarrolla, el modo en que los organismos administrativos adoptan decisiones que afectan a un grupo amplio de personas, así como los bienes colectivos de los cuales dispone requieren buscar fundamentos y mecanismos que complementen los procesos participativos tradicionales con la finalidad de que estos sean útiles a la legitimidad, efectividad de las medidas que se deciden y puedan operar como instrumento de corrección de inequidades

ambientales, factor determinante para la estabilidad democrática frente a la inevitabilidad de las decisiones públicas³¹.

Hemos demostrado cómo, a pesar de lo anterior, existe una doctrina por parte de la autoridad competente en estas materias por limitarla, utilizando a este respecto argumentos que, revisados críticamente, no pueden seguir sosteniéndose.

Sin embargo, a efectos de lo anterior, nuestra reflexión nos llevó a presentar la participación ciudadana no solo como un principio del derecho ambiental, sino que, a su vez, como un derecho humano plenamente justiciable ante los tribunales de justicia.

La conclusión necesaria de esto es que, ante la inexistencia de medios jurisdiccionales dispuestos a la ciudadanía para reclamar algunas decisiones ilegales por parte del SEA, como es el caso de la denegación de la apertura de un procedimiento de participación ciudadana, la vía idónea ha sido el recurso de protección. A nuestro entender, no queda ninguna objeción vigente a la posibilidad de impetrar esta acción cautelar, algo que ha sido recogido, a su vez, por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema.

No obstante, nada blindará más a los ciudadanos de una interpretación arbitraria por parte de la autoridad que una norma redactada adecuadamente. Entendemos, como se señaló *supra*, que los alcances que ha de tener la participación es un elemento de política pública, por ende, una decisión que debe revestir el carácter democrático necesario. Empero, se vuelve cada vez más necesario, en el contexto social y ambiental que atraviesa nuestro país, eliminar las cargas o cortapisas que se han interpuesto a la ciudadanía para manifestar su voluntad o, por lo menos, para presentar observaciones que merecen ser respondidas a cabalidad por la autoridad pública.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA, Alberto (2011): *Historia sistematizada de la Ley 20.417: Definiciones, Ministerio del Medio Ambiente y Órganos Dependientes y Superintendencia del Medio Ambiente*. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad de Chile).

³¹ CORDERO (2020).

- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª edición (Santiago: LegalPublishing).
- (2020): “De nuevo la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Disponible en: <<https://www.espaciopublico.cl/de-nuevo-la-participacion-ciudadana-en-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental/>>.
- COSTA, Ezio y FUENTES, Paula (2011): “La participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 3.
- FERNÁNDEZ, María (2012): *Historia sistematizada de la ley 20.417: Instrumentos de gestión ambiental y otras materias*. Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad de Chile).
- HERVÉ, Dominique (2015): *Justicia ambiental y recursos naturales*, 1ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1948): “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>>.
- (1966): “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>>.
- (1992): “El futuro que queremos”, 19 de junio de 1992. Disponible en: <<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracion-río.htm>>.
- (1996): “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html>>.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1969): “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 22 de noviembre de 1969. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>>.
- SILVA, Yeny (2019): *Recursos administrativos en el SEIA* (Santiago: Rubicón Editores).

SOTO, Francisco y COSTA, Ezio (2019): “Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental”, en *Revista Derecho del Estado* N° 44.

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 19.300 (09.06.1994) sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.880 (22.05.2003), Ley de Base de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración de Estado.
- Ley N° 20.500 (16.02.2011) sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.
- Ley N° 20.600 (28.07.2012) que crea los Tribunales Ambientales.
- Ley N° 20.417 (26.01.2010) que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Decreto Supremo N° 40 (12.08.2013), Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/5ade36fe4.html>>.
- “Soto con Servicio de Evaluación Ambiental” (2019). Excelentísima Corte Suprema de Chile, 15 de mayo 2019. Recurso de protección, Rol N° 197-2019.
- “Stipicic con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2016). Excelentísima Corte Suprema de Chile, 16 de marzo de 2017. Recurso de protección, Rol N° 55203-2016.

SOBRE EL EFECTO EXPRESIVO DEL DERECHO EN RELACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

ON THE EXPRESSIVE EFFECT OF LAW
IN RELATION TO CLIMATE CHANGE

Antonio Rivas Vergara

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,

Universidad Finis Terrae

Diplomado en Responsabilidad Social Corporativa

y Empresarial, Universidad Central

antoniorivasvergara@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo aborda el fenómeno del cambio climático a través de lo que ha sido denominado el efecto expresivo de la ley, con el objetivo de estudiar las propiedades de la regulación en cuanto a su poder para influenciar el comportamiento de las personas. En orden a lograr tal objetivo, este trabajo analiza las nociones de riesgo e incertidumbre contextualizadas dentro de los efectos que el cambio climático ocasiona y ocasionará. Asimismo, este trabajo indaga en la relación que existe el cambio climático y la regulación ambiental, específicamente con los derechos humanos o derechos fundamentales como vehículo del sentido expresivo de la regulación.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático, derechos humanos, Constitución, legislación nacional, efecto expresivo de la ley.

ABSTRACT: This work addresses the phenomenon of climate change through what has been called the expressive effect of the law with the aim of studying the properties of regulation in terms of its power to influence people's behavior. In order to achieve this objective, this work analyzes the notions of risk and uncertainty contextualized within the effects that climate change causes and will cause. Likewise, this work investigates the relationship between climate change and environmental regulation, specifically regarding human rights or fundamental rights as a vehicle for the expressive sense of regulation.

KEYWORDS: Climate change, human rights, Constitution, national legislation, expressive effect of law.

1. INTRODUCCIÓN

El cambio climático representa una amenaza existencial para nuestra civilización. Esta es una idea que se puede advertir en distintos medios de comunicación. Así, el tema ha sido abordado desde distintos puntos de vista. Se lo ha tratado como una cuestión científica, destacando cómo un incremento en el nivel del mar afectará a las ciudades costeras, señalando el hecho de que el cambio climático será un conductor en la intensidad de los fenómenos meteorológicos, o anunciando la influencia que tendrá en movimientos migratorios, sea dentro de un país, hacia o desde un país como factor detonante. De hecho, se pueden encontrar trabajos monográficos que datan de hace casi una década en los que se trataba el peligro global que representa el cambio climático, el consenso científico sobre la materia y la parálisis política que rodea el asunto¹, parálisis que se mantiene en algunos países.

Si miramos en particular a la economía, veremos que en esta disciplina el cambio climático es asociado principalmente con tres conceptos: externalidad, bienes públicos y acción colectiva. Una mirada desde la sociología apunta a los incentivos culturales para adoptar las medidas necesarias relativas al fenómeno. A su turno, la psicología entrega pistas sobre los motivos que tiene un individuo para ser escéptico de la ciencia del cambio climático. El derecho, por su parte, se ha ocupado de situar el problema dentro del contexto del derecho internacional. También se ha puesto atención al sistema judicial, como un mecanismo útil para resolver los conflictos ambientales relacionados con el cambio climático² sin que esta vía, salvo contadas excepciones, haya tenido éxito.

Luego, se trata el cambio climático de un fenómeno multidisciplinario, con variedad de perspectivas. Sin embargo, ninguno de estos enfoques ha logrado impregnarse en el común de los individuos, de manera tal que se lo vea en su verdadera dimensión, esto es, un desafío global, común a la raza humana, que requiere de una acción decidida por parte de los Estados y de las personas, pues para enfrentar al cambio climático “necesitamos desafiarnos como especie y salir de la inercia”³.

¹ LONG (2011), p. 504.

² MORAGA y MECKIEVI (2016), p. 77.

³ MAASS (2019), p. 59.

Considerando lo expuesto con anterioridad, la pregunta de orden es cómo insertar en la sociedad las perspectivas y alcances del cambio climático, junto con la importancia de adoptar políticas públicas que sirvan de paliativo a los efectos actuales mientras diseñan planes para el futuro. Responder integralmente esta pregunta requiere un enfoque holístico, por lo que, de todos los matices que se pueden observar al acercarnos a nuestro tema de interés, exploraremos la posibilidad de conseguir a través de las fuentes del sistema normativo que las personas se comporten de acuerdo con esas políticas.

Para indagar en su objeto de estudio, el presente trabajo comienza con una introducción al concepto de derecho expresivo. Es importante anticipar que este ensayo no busca proponer al efecto expresivo del derecho por sobre el sistema clásico, en el cual el Estado establece una obligación o protege un bien jurídico y apareja a esto una sanción al cumplimiento. De hecho, este sistema es fundamental para reprimir a aquellos que desean abstraerse de las relaciones de buena fe nacidas a partir del espíritu gregario del ser humano. A continuación, indaga en el enfoque de efecto expresivo del derecho basado en derechos humanos que debe tener el cambio climático para los efectos de modificar e influenciar comportamiento en las personas. Asimismo, se abordarán los conceptos de adaptación hedónica y percepción personal del riesgo, realizando también una revisión de la legislación vigente en nuestro país, en particular la Constitución actual, la Ley N° 19.300, efectuando una mirada a las reformas introducidas por la Ley N° 20.417, y al proyecto de ley que crea el marco regulatorio sobre cambio climático en nuestro país. El objetivo es analizar, en lo pertinente, qué expresa el ordenamiento normativo a través de sus declaraciones. Finalmente, reúne estos conceptos, discutiendo sobre la efectividad de los mismos para establecer las conclusiones de este trabajo.

2. UNA NOTA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERPRETACIÓN, SIGNIFICADO Y EXPRESIÓN DEL DERECHO

En la cultura jurídica de corte continental, a la cual adscribimos, poca atención se le ha dado al significado que traspasa una ley a sus regulados con su declaración, cosa que es distinta al sentido de la ley, en la manera cómo regularmente se entiende. De este modo, para interpretar la ley es propio atender a la intención del legislador para comprender el espíritu

de la norma legal, desglosando lo literal de sus palabras y la armonía que guarda con otras normas para de tal modo comprender su sentido y alcance. En cambio, el efecto expresivo del derecho no se interesa tanto en el texto de la ley, por la pulcritud de su técnica o la armonía que guarda consigo misma o con otras piezas de legislación, más bien se preocupa de lo que sucede una vez que la ley ha sido aplicada. Así, cuando la Constitución señala que la ley protege la vida del que está por nacer, la norma expresa su predilección sobre ciertos bienes y establece una posición filosófica, la cual tiende a influenciar a la sociedad. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de la discusión previa a la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, en que el punto focal fue la introducción del divorcio vincular a nuestra legislación. Podemos agregar como ejemplo la Ley N° 20.830, en que hubo bastantes disputas sobre el concepto de familia y sobre la misma noción del matrimonio. Incluso se hallan ejemplos de lo dicho en la discusión que existe sobre la perspectiva que ha de otorgarse a la educación, sea como un bien de mercado contra la educación como un derecho. Cualquiera de esas afirmaciones no solo refleja una postura, sino que una variedad de principios, normas sociales o convenciones.

Ex profeso, los ejemplos propuestos son de alto contenido expresivo por los valores que involucran. Tal expresividad crea el punto focal. En materia medioambiental, muchas de las discusiones sobre el contenido de una ley dicen relación con su significado, como, por ejemplo, la regulación del riesgo en lo que toca a la protección del medio ambiente o la percepción negativa que algunos manifiestan respecto del sistema de emisión de bonos de carbono, debido a que el vínculo entre lo económico y los bienes protegidos tiende a valorizar inadecuadamente los mismos, siendo que la objeción radica en el significado que transmite el sistema ya indicado, al mercantilizar el medio ambiente⁴.

Aunque sean periféricas a la norma jurídica, y no sean objeto de su ciencia, son estas digresiones y disquisiciones las que le dan contenido a una ley. De hecho, los desacuerdos en torno a una legislación tienen que ver con su sentido expresivo⁵. Esto es así, dado que, como ya se ha manifestado, debido a que la ley tiene un significado, su mensaje, lo que expresa más allá de lo literal de sus palabras, es lo que en definitiva se transmite a

⁴ SUNSTEIN (1996), p. 2024.

⁵ SUNSTEIN (1996), p. 2023.

la comunidad. Al hacerlo, el mensaje que comunica la ley, o una sentencia judicial, puede tener el poder de determinar el discurso público, reforzando normas sociales ya existentes o bien pueden alterar o incluso crear nuevas normas sociales. Este es el denominado efecto expresivo del derecho.

2.1. La teoría del efecto expresivo del derecho

Conceptualmente, se entiende por expresión a la manera cómo una acción, declaración o cualquier otro vehículo de expresión manifiesta un estado mental⁶. En este sentido, la ley no solo es relevante para los efectos de la definición que establece el Código Civil en su artículo 1º, sino que es importante tener en cuenta que ella, en virtud de su autoridad, transmite un mensaje que se manifiesta, en primer lugar, por lo que dice la norma y, luego, en las políticas implementadas por el Estado que reflejan lo que dice la ley. Bajo esta lógica, las acciones del Estado expresan valores y actitudes, lo cual es especialmente cierto respecto de la Constitución, cuyas normas tienen primordialmente un efecto expresivo cosa que ayuda a determinar el significado social de la acción del Estado⁷.

Una interpretación adicional al efecto expresivo del derecho descansa en razonamientos propios de la economía, los cuales enseñan sobre la dinámica de la cuestión. Así es cómo se ha sostenido por Cooter que, en razón de su efecto expresivo, el derecho puede crear puntos focales al expresar valores, orientando el sistema de normas sociales hacia un nuevo equilibrio⁸. Sin perjuicio de lo expresado, es fundamental prevenir que, en orden a que la regulación pública genere un efecto informativo en las personas, y altere un equilibrio en las normas sociales, las personas deben ser susceptibles a ser influenciados por la ley⁹. Utilizando teoría de juegos, el autor sostiene que, en un ambiente no cooperativo, observar reglas morales es una desventaja, puesto que le priva de herramientas estratégicas; mientras que, en un equilibrio cooperativo, los participantes se benefician gracias a una reducción en los costos de vigilancia del principal respecto

⁶ ANDERSON y PILDES (2000), p. 1506.

⁷ PILDES (1998), p. 726.

⁸ COOTER (1998), p. 586.

⁹ NADLER (2017), p. 69.

de la actividad de su agente, o, en el caso del vendedor que es honesto respecto de los productos que comercializa, de manera tal que la buena fe comanda cooperación¹⁰.

Con todo, este comportamiento debe entenderse en el contexto de una decisión racional. La repetición de los juegos entre individuos produce equilibrios socialmente eficientes, en contraste a los juegos de una rueda en los cuales se da un equilibrio que puede ser socialmente ineficiente¹¹, debido a que en los últimos no existe incentivo al cumplimiento: un individuo puede obtener ganancias violando la norma sin temer al castigo en la próxima rueda si no va a participar nuevamente, mientras que el prospecto de un nuevo contrato, o de mantener los beneficios de la relación, estimula a la persona a renunciar a la ganancia que implica el incumplimiento.

2.2. Coordinación a través de la expresión

Es una característica esencial a los juegos de coordinación la necesidad de que los cursos de acción adoptados por los participantes sean realizados considerando la dependencia en cuanto a sus expectativas¹². Ahora, planear un juego en que los incentivos existan en función del cambio climático parece muy complejo, toda vez que al existir varios actores, existen varias estrategias, en que cada una ofrece una optimalidad relativa, produciendo así múltiples equilibrios. Habida cuenta de lo anterior, una manera de solucionar estos problemas es por intermedio de un punto focal. Pero se ha indicado que un resultado Pareto-dominante no opera naturalmente como un punto focal, ello basado en información experimental¹³.

Sin entrar a analizar las causas de este fallo, se desprende que el resultado más eficiente no basta para coordinar el comportamiento de las personas en torno a la estrategia mutuamente beneficiosa. Consideremos, entonces, al derecho como un generador de puntos focales, en particular a una norma legal o una norma constitucional. Por su naturaleza, estas normas inciden en el comportamiento de los sujetos, pero también modifican

¹⁰ COOTER (1998), p. 587.

¹¹ ADLER (2000), p. 1467.

¹² SCHELLING (1960), p. 86.

¹³ COOPER (1998), p. 3.

las expectativas sobre cómo se comportarán las otras partes, esto es, sus estrategias, tal como lo hace una regla de tránsito que indica utilizar cierto carril, creando en todos quienes utilizan una carretera la expectativa de que las demás personas se moverán en el sentido indicado por la norma; por ende, establecida la norma, las personas ajustarán sus expectativas sobre el comportamiento de los demás¹⁴.

El caso propuesto demuestra que el Estado puede cambiar el comportamiento de las personas, modificando sus expectativas, de forma tal que los problemas de coordinación se resuelven de manera más bien sencilla, el interés personal se encarga del resto¹⁵. En definitiva, la ley señala información que mantiene el legislador sobre los costos y riesgos de la actividad regulada¹⁶, para facilitar de esa manera convergencia en torno a un conocimiento común, surgiendo una convención o norma social, equilibrio resultado de la repetición de las estrategias adoptadas por los participantes, en que esta convención es producto del aprendizaje de las experiencias pasadas, a la sazón, información útil para los próximos juegos, en las que los jugadores adaptarán sus estrategias para que les irroque la mayor utilidad esperada¹⁷. En este sentido, McAdams ha ofrecido una tesis actitudinal del efecto expresivo del derecho, la cual depende de tres presupuestos: (i) que la persona está motivada en parte por las reacciones de otros individuos frente a su comportamiento; (ii) la persona tiene información imperfecta y dado su interés en generar aprobación, pero no rechazo, se encuentra llana a nueva información, y (iii) que el proceso democrático de creación de leyes está alineado con actitudes populares, por lo que las señales legislativas influyen el comportamiento¹⁸.

Al igual que una norma legal, el incumplimiento de una norma social también acarrea una sanción, la cual está basada en la expectativa de que las otras personas harán efectiva la sanción. Por lo tanto, si es esperable una sanción social frente al incumplimiento de una norma de dichas características, las personas evitarán la conducta prohibida y, ocurrido el incumplimiento, la sanción se activa sin una declaración pública. La si-

¹⁴ McADAMS (2000a), p. 1652.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ McADAMS (2000a), p. 1653.

¹⁷ McADAMS (2000a), p. 1690.

¹⁸ McADAMS (2000b), p. 340.

tuación puede reducirse de la siguiente manera: supongamos, en primer lugar, que se entrega información sobre el costo social de las emisiones de CO², información que es internalizada por la comunidad, la cual adquiere la forma de una convención o norma social, que castiga a aquellos que no observan la regulación medioambiental. Supongamos ahora que existen tres empresas que compiten por la provisión del producto “x”, de las cuales una de ellas prefiere maximizar su riqueza, esto es, sigue una norma social distinta. Los consumidores, luego de varias rondas, adquieren información sobre el hecho de que una de las competidoras mantiene sus niveles de contaminación por sobre los niveles socialmente deseables. Existiendo en esta hipotética sociedad una arraigada convención sobre la responsabilidad social empresarial, los consumidores, para expresar su descontento, pueden castigar a esta empresa no entrando en contratos con ellos, utilizando redes sociales para denostar a la empresa, no dirigidos por el riesgo de una sanción impuesta por el Estado, sino que por el riesgo de ser castigados por sus pares al relacionarse con infractores de la norma social, como así también por una búsqueda de estatus. De esta manera, el reproche social es un incentivo para el potencial infractor, y para todos los jugadores, en caso de relacionarse con el infractor.

De ordinario se piensa que el ciudadano es fiel a la ley debido a su autoridad normativa. Sin embargo, seguir una norma legal es una convención, una norma social, producto de la serie de juegos que han demostrado a los individuos la conveniencia de observar lo que la ley mande, prohíba o permita. No hacerlo implica la consecuencia jurídica, sea que se prive de libertad al individuo o que los tribunales rechacen su pretensión sobre derechos que se han extinguido. Esta tesis es también aplicable respecto de los entes que no están afectos a las emociones, que derivan una ganancia en estatus, pero sí en cuanto a consideraciones de imagen pública, siendo una empresa el caso más obvio. Así, en orden a ganar estatus y la confianza de otros jugadores para obtener los beneficios de la cooperación, puede integrar el costo de la regulación a su proceso productivo de dos maneras: (i) cumpliendo con la regulación o (ii) cumpliendo con las sanciones impuestas. En principio, las sanciones en cuestión deberían crear el incentivo para modificar el comportamiento del emisor. Pero estas pueden convertirse en un costo hundido que el emisor está dispuesto a tolerar, si es más eficiente para el emisor no adquirir maquinaria que reduce sus emisiones que pagar las sanciones que el regulador le imponga. En este esquema, cumple con la sanción y continúa contaminando, toda vez que el contaminador

internaliza el costo social de su actividad en la forma de multas, pero sin que se cumpla el objetivo de prevención especial. Por esto, es importante que, además de la regulación formal, exista una red de normas sociales que sirvan como incentivo al cumplimiento. Estas normas sociales pueden ser influenciadas por el efecto expresivo del derecho.

De este modo, el temor de una sanción colectiva, que llevada al máximo puede ser el ostracismo, tiene la capacidad de corregir una norma social no deseada o bien ser diseñada específicamente en contra de normas ya existentes y modificarlas¹⁹. El ejemplo más convencional son las regulaciones que en materia de medio ambiente imparte el Estado, en que el mandato legal reemplaza a una norma social, acompañada por una significativa fiscalización, en que el control de la polución ambiental es ejemplo al efecto. Los sistemas de comando y control operan a través de dos premisas: (i) regular la actividad dentro de niveles socialmente deseables y (ii) frente al incumplimiento; el infractor recibe una sanción que previene de reincidencia y señala a los demás regulados²⁰. Mientras que sistemas de esta naturaleza aseguran que ante el incumplimiento existirá una sanción, no resuelven el perviviente problema de las personas que no siguen la ley, sea por una cuestión de conveniencia o porque, digamos, ven a la ley como una restricción de sus libertades personales.

En suma, el efecto expresivo del derecho tiene dos facetas: una que es puramente declarativa, es decir, su significado social como, por ejemplo, la manera en la cual se enfocan los derechos medioambientales; mientras que la segunda dice relación con la manera en la cual una ley puede modificar expectativas para, en consecuencia, modificar normas sociales. Luego, en tesis, si la Constitución declara, por ejemplo, el compromiso del Estado de Chile en adoptar las medidas de mitigación y adaptación para enfrentar al cambio climático, se observa cómo se cumple con la primera faceta, mientras que la ascendencia de la normativa constitucional es el punto inicial de la segunda.

Sin perjuicio de lo anterior, suponer que la Constitución por sí sola es capaz de influenciar a las personas de tal manera es ingenuo. La teoría de la expresividad del derecho, en la manera en la que se ha propuesto en este trabajo, parte del supuesto de que una ley o la Constitución tienen suficiente

¹⁹ SUNSTEIN (1999), p. 56.

²⁰ SUNSTEIN (1999), pp. 56-57.

poder expresivo por sobre la generalidad de los individuos para luego modificar sus expectativas. Pero si la norma legal no es conocida por el regulado, o si la norma social que rige a un grupo genera estatus al desobedecer la ley, no tendrá el efecto deseado en el comportamiento individual. Por eso, es relevante observar las variables contingentes, de manera tal que tengamos una visión amplia sobre la cuestión. En lo que toca al cambio climático, uno de estos factores dice relación con la percepción personal del riesgo.

2.3. Percepción personal del riesgo

Sin duda que el cambio climático es el paroxismo de la tragedia de los comunes. Esto se debe a que uno de los problemas al intentar regular el fenómeno es cognitivo. Es un hecho que las personas tienden a percibir los riesgos más cercanos como más importantes y posponen medidas respecto de aquellos mediatos. Esto se debe a que aquellos riesgos mediatos, sin perjuicio de su gravedad esperada, son inciertos, por lo mismo no le es posible evaluarlos con precisión. Así, el sujeto naturalmente dirigirá su atención a aquel riesgo cierto. Esto es un problema grave, toda vez que las acciones políticas relativas al cambio climático se adoptan con cierto grado de confianza, mas no con la certidumbre de sus efectos. Consecuencialmente, la urgencia de políticas climáticas queda rezagada frente a cuestiones que son inmediatas.

En este orden de ideas, se ha encontrado que la percepción personal del riesgo tiene una influencia positiva en los motivos para adaptarse, sin perjuicio de que este factor solo explica en parte esta tendencia, lo cual puede deberse a barreras que afectan el comportamiento, esto es, normas sociales²¹. Así, estas normas, a la sazón, conocimiento compartido sobre cuáles acciones son socialmente permitidas, obligatorias o prohibidas²², pueden modificar expectativas en orden a alterar o crear nuevas convenciones, tales como que la adaptación al cambio climático es innecesaria, debido a que los que adoptan tales medidas no verán sus beneficios. Por tanto, para conseguir sus metas de mitigación y adaptación, parece deseable la introducción de normas capaces de señalar los riesgos del cambio climático, puesto que, si bien un sistema de comando y control nunca puede ser

²¹ OSBERGHAUS *et al.* (2010), p. 29.

²² OSTROM (2000), p. 144.

descartado, es esencialmente reactivo al incumplimiento. Así, de acuerdo a lo que hemos visto hasta ahora, es posible observar un sistema policéntrico de responsabilidad, en el cual convive un régimen de responsabilidad legal clásico junto a otro en paralelo, informal y descentralizado, conformado por las convenciones que toman forma luego de las interacciones entre el Estado, los grupos intermedios y los individuos. Una norma social que puede ser promovida es, justamente, la importancia de enfrentar y prepararse contra los efectos del cambio climático. Como parte de esa tarea, es deseable que se asigne una representación de los costos y los beneficios de la norma para dar certidumbre a las expectativas de los sujetos.

2.4. El riesgo de ignorar el cambio climático: adaptación hedónica

En buena medida el riesgo es una experiencia subjetiva²³. En efecto, el riesgo percibido es una afectividad heurística basada en el aprendizaje experiencial y otras respuestas emocionales motivadas por los estímulos externos que puede ocasionar su sobreestimación o infraestimación²⁴. Una manifestación de esa subjetividad es la adaptación hedónica. Esta puede definirse como la adaptación a estímulos afectivamente relevantes que, a su vez, son derivados de otros procesos de adaptación, como, por ejemplo, la adaptación hedónica a un mal olor, toda vez que es una consecuencia directa de la adaptación sensorial²⁵. Ciertamente, la adaptación hedónica representa un desafío a los esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático, ya que si las personas tienen la tendencia a acomodarse al entorno y sus circunstancias, el riesgo subyacente en los cambios en el sistema climático no será necesariamente advertido con la suficiente antelación por los individuos. Y es sabido que el costo de no adoptar en el corto plazo medidas que contrarresten el fenómeno a largo plazo es la irreversibilidad de estos cambios.

Un ejemplo anecdótico servirá al efecto. Durante los últimos años se ha observado un aumento constante en la temperatura, llegando al punto que la temperatura que hace diez o quince años podríamos calificar de excepcionales, el pasado verano se repitieron con frecuencia. El individuo podrá

²³ SLOVIC *et al.* (1981), p. 17.

²⁴ ARBUCKLE *et al.* (2015), pp. 211-212.

²⁵ FREDERICK y LOWENSTEIN (1999), p. 302.

notarlo, sentirse incómodo, pero, debido al proceso de adaptación hedónica, se adecuará a las condiciones de su medio. No obstante, sin información sobre el fondo de las causas de las olas de calor experimentadas durante el fin de 2019 y los primeros meses de 2020, la única conclusión a la que puede presumiblemente llegar una persona sobre el fenómeno es que es normal y solo representa una molestia. En consecuencia, sin información acerca del riesgo, no se internalizará la importancia de las medidas implementadas por el Estado para contrarrestar los efectos del cambio climático. Ahora, frente a la pregunta cómo transmitir la información necesaria sobre el riesgo, volvemos a la tesis de este ensayo, pero el efecto expresivo del derecho como alternativa para crear puntos focales. Pero esta tesis no está basada en dogma, sino que en la observación de las condiciones que lo hacen posible, por lo que deben advertirse sus limitaciones para hacer un uso adecuado y realista de esta.

2.5. Objeciones al efecto expresivo de la ley

Sunstein realiza una distinción entre leyes que simplemente hablan y leyes que intentan alterar el comportamiento, destacando la importancia de incorporar a la discusión legal el efecto expresivo del derecho²⁶. Por otra parte, el siglo XX fue descrito comúnmente como la era de los derechos. En efecto, una de las evidencias de este aserto es el hecho de que actualmente cualquier cosa que se aprecia como deseable se la identifica como un derecho, en orden a advertir que las políticas no deseables perjudican y son inconsistentes con tales percibidos derechos, y negándole la categoría de derecho a cuestiones que el intérprete estima carecen de legitimidad²⁷, por lo que entender el efecto expresivo del derecho implica también reconocer el alcance sobre la legitimidad percibida de una pieza de legislación.

Es por lo mencionado en el párrafo anterior que el efecto expresivo del derecho puede ser objetado. Recordemos que en ciertos grupos no obedecer a la norma legal es parte de una norma social que produce estatus. Si esta convención se extiende entre los ciudadanos, digamos, por el carácter opresivo de un gobierno o por conveniencia económica, es natural presumir que correlativamente la legitimidad de la ley como instrumento de

²⁶ SUNSTEIN (1996), pp. 2028-2029.

²⁷ GAVISCON (2003), p. 24.

control social decrece. Por otra parte, se ha criticado al efecto expresivo del derecho y sus virtudes informativas, particularmente debido a que no es absolutamente seguro que la información agregada en el proceso de creación de una ley por parte de expertos afecte las creencias y comportamiento de los regulados, siendo además plausible que los individuos sean inmunes a datos científicos, puesto que tienen un fuerte compromiso emocional con las posturas que consideran correctas²⁸. Estas críticas son atendibles.

En la búsqueda de un mensaje que busca lograr el efecto deseado, ha de determinarse cuál será la herramienta adecuada y el modo en el cual el mensaje está diseñado. Si, por ejemplo, el Estado desea reducir las emisiones de CO², aprovechando el potencial de la energía eólica, ha de ser cuidadoso en emitir la señal que estimula la inversión privada, puesto que dar mayor énfasis a los beneficios económicos que los privados pueden obtener de estas iniciativas, dejando las consideraciones estratégicas y de política climática en segundo lugar, puede crear la noción de que el objetivo final de tales estímulos es simplemente abrir un nuevo mercado, asignando derechos de propiedad sobre el aire, que a su turno puede generar una serie de convenciones relacionadas con la mercantilización del medio ambiente y reforzar otras acerca de la clase política. Por lo tanto, la complejidad del cambio climático exige que el efecto expresivo del derecho transmita información no solo a través de una declaración de principios, como puede ser una garantía constitucional; también es deseable que exista un conductor a través del cual el significado de la norma se manifiesta, y las acciones que se toman en función de ella, sea conocido por las personas. Al analizar los enfoques normativos disponibles, esto es, una visión de derecho privado, entregar al sistema judicial la definición casuística de los conflictos o situarla dentro del ámbito del derecho constitucional, en la forma de garantías que descenden del sistema de derechos humanos, parece que, dada la naturaleza de la cuestión y sus alcances, es más apropiado que se utilice esta última.

3. CAMBIO CLIMÁTICO:

UN ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos en relación al medio ambiente pueden ser vistos desde varias perspectivas. En este sentido, se ha dicho que las prerrogati-

²⁸ NOGUERA *et al.* (2014), pp. 583-584.

vas relacionadas con el medio ambiente no encajan de manera perfecta en ninguna de las generaciones de derechos humanos, puesto que pueden ser aproximados desde cualquiera de estas categorías²⁹. Por ejemplo, en cuanto a la primera categoría de derechos, o de primera generación, estos pueden asociarse con empoderamiento, en cuanto le permite a los individuos, grupos u organizaciones no gubernamentales acceso a información, acceso al sistema judicial y al proceso político³⁰. Una segunda perspectiva dice relación con la interpretación que se le otorga al medio ambiente como un derecho social, siendo consistente con el espíritu del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de 1966, en el cual se le otorga un valor intrínseco al medio ambiente, pero solo programático, mientras que una tercera perspectiva trata al medio ambiente como un derecho colectivo o solidario, confiriendo a las comunidades potestad para determinar cómo los recursos naturales son manejados y administrados³¹.

Por su parte, la atención al cambio climático es posterior a estas generaciones de derechos humanos, del cual se ha dicho que es la madre de todas las externalidades, al ser más grande, complejo y más incierto que cualquier otro problema ambiental³², asociada con la emisión de gases de efecto invernadero, la cual implica costos que no son internalizados por quienes las emiten³³. Notando su carácter global, el cambio climático es un problema de acción colectiva, en que los esfuerzos por evitarlo son un bien público, toda vez que son millones los que contribuyen a las emisiones de gases de efecto invernadero e, igualmente, habrá millones de personas que se beneficiarán en una reducción de los mismos sin que hayan pagado por ello³⁴, por lo que la utilización del sistema de derechos humanos resulta adecuada, toda vez que el problema del cambio climático no puede entenderse solo como una cuestión económica. Dicho esto, corresponde tener presente que el marco del sistema de derechos humanos está compuesto por prerrogativas reconocidas internacionalmente, por instituciones y procedimientos que facilitan y monitorean su implementación,

²⁹ BOYLE (2007), p. 471.

³⁰ Ídem.

³¹ BOYLE (2007), pp. 471-472.

³² TOL (2009), p. 29.

³³ STERN (2007), p. 25.

³⁴ OSTROM (2012), p. 354.

de la misma manera que impone obligaciones a los Estados, todo lo cual informa la cooperación internacional³⁵. Es más, es un alivio a los problemas de coordinación.

Luego de lo expuesto, podemos decir que resulta más apropiado ubicar las herramientas a usar para conseguir efectos expresivos en relación al cambio climático dentro del ámbito del derecho público, preferentemente en la carta magna. Cuando buscamos herramientas específicas en ese contexto, y en atención a que el fenómeno tiene alcances globales, impactando en diferentes grados y formas a la raza humana, cualquier norma sobre cambio climático debe entenderse preferentemente dentro del contexto de los derechos humanos o derechos fundamentales, para que así el sustento normativo de cualquier iniciativa sea el bienestar de la persona en su relación con el medio ambiente y no la maximización de la riqueza, sin perjuicio de que existen instrumentos financieros que pueden ayudar en los esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático, reconociendo al interés privado como un conductor ciertamente deseable, pero que es funcional al objetivo cardinal. Así, por ejemplo, una economía verde no solo tiene el propósito de crear nuevos puestos de trabajo o generar nuevos polos de desarrollo; estos son dependientes de la finalidad de reducir las emisiones de CO² y otros contaminantes que aceleran el cambio climático.

La relación entre cambio climático y derechos humanos es evidente una vez que se pone atención a sus consecuencias futuras. Se puede encontrar un caso en que este vínculo es patente en la petición realizada en 2005 por la etnia inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que sostuvo que los efectos del cambio climático, causado por las acciones de Estados Unidos, violaban sus derechos humanos, entre ellos los beneficios de su propia cultura, la propiedad, la preservación de la salud y la vida, presentación que fue rechazada por la Comisión debido a que esta no contaba con la información suficiente para decidir si existía una violación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁶. No obstante, esta petición generó en los años subsiguientes interés en los efectos que el cambio climático tiene sobre los derechos humanos³⁷, sien-

³⁵ KURUVILLA *et al.* (2012), p. 144.

³⁶ RAJAMANI (2010), p. 398.

³⁷ Ídem.

do uno de estos ejemplos la Resolución 2429 adoptada por la Asamblea General de Estados Americanos, la cual resuelve:

“[...] manifestar su interés por los avances logrados en otros ámbitos por los esfuerzos globales para enfrentar el cambio climático, en particular con respecto a la exploración de posibles vinculaciones entre el cambio climático y los derechos humanos”³⁸.

A su turno, el Consejo de Derechos Humanos ha dicho:

“Observando que las repercusiones del cambio climático tienen una serie de consecuencias, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de los derechos humanos, incluidos, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la libre determinación y las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, y recordando que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Consciente de que si bien estas consecuencias afectan a las personas y las comunidades de todo el mundo, los efectos del cambio climático se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables debido a factores como la situación geográfica, la pobreza, el género, la edad, la condición de indígena o minoría y la discapacidad.

Considerando también que el cambio climático es un problema mundial que requiere una solución mundial, y que es importante una cooperación internacional eficaz que permita la aplicación plena, efectiva y sostenida de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de conformidad con las disposiciones y los principios de la Convención, a fin de apoyar los esfuerzos desplegados por cada país por hacer efectivos los derechos humanos afectados por los efectos del cambio climático”³⁹.

Más de diez años después, la vinculación entre cambio climático y derechos humanos es diáfana. Efectivamente, el cambio climático ya tiene una consecuencia observable en la violación de derechos humanos sobre la población de aquellas naciones no desarrolladas y desarrolladas, especialmente en sectores de la población menos resilientes y menos poderosos⁴⁰.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2008), p. 3.

³⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2009).

⁴⁰ MBOYA (2018), p. 73.

En este sentido, reconocer al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o en una denominación más apropiada y, consecuentemente, la obligación que recae sobre los Estados, en lo pertinente a las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático y las políticas que adoptan las naciones tiene la virtud de crear un punto focal alrededor del cual las personas pueden congregarse y coordinar sus esfuerzos individuales en pos de la acción colectiva.

De esta manera, para reflejar el significado que se desea comunicar a través de la provisión legal o constitucional, ella ha de señalar dentro de los límites del derecho social y colectivo al medio ambiente y, de su correspondiente enunciación, el riesgo que representa para la humanidad los efectos del cambio climático. Seguidamente, que corresponderá al Estado organizar los esfuerzos de adaptación y mitigación contra el cambio climático, puesto que el este incide en una serie de cuestiones, desde seguridad nacional, pasando por cuestiones migratorias, hasta amenidades de la naturaleza. Lo anterior implica que la acción del Estado no puede remitirse a realizar declaraciones grandilocuentes sin pasar a la ejecución de sus políticas ni, opuestamente, adoptar acciones relativas al cambio climático sin que exista un proceso comunicacional al respecto.

Atendidos los factores ya enunciados, las normas relativas a los derechos humanos, las cuales contienen un alto contenido expresivo, debido a los bienes jurídicos que protege, son las más apropiadas para regular el desafío del cambio climático. Por sobre la sensibilidad política de ciertas minorías, razones históricas hacen que la noción de derechos humanos se encuentre enraizada en el ideario colectivo de nuestra nación, por lo cual es más sencillo masificar el concepto de protección contra el cambio climático a través del concepto de derecho humano o derecho fundamental, puesto que el concepto no es ajeno a la población. En segundo lugar, estos derechos cuentan con doble fuente normativa, debido al proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos e internacionalización del derecho constitucional; siendo así, se produce un proceso de retroalimentación entre ambos órdenes⁴¹.

Una vez que se ha advertido el poder expresivo de los derechos humanos o fundamentales, cabe preguntarse: ¿qué ha expresado a través de su legislación el Estado de Chile en materia de cambio climático?

⁴¹ NASH y NÚÑEZ (2017), p. 18.

3.1. Instrumentos expresivos en la regulación medioambiental en nuestro país

Un hecho indesmentible es que el Estado de Chile es parte activa de la comunidad internacional en lo que toca a los intentos de mitigación y adaptación al cambio climático. Sin perjuicio de aquello, pongamos atención a la legislación local para analizar los mensajes que entrega a través de sus declaraciones y la forma cómo puede orientar el comportamiento a través de los mismos en relación a lo que ha sido propuesto en este trabajo.

En nuestro país, el puntal de sistema de protección ambiental, que lleva a la regulación sobre cambio climático, se encuentra en el artículo 19, numeral 8 del Código político. Vásquez ha dicho sobre esta prerrogativa que no solo se trata de un derecho subjetivo, puesto que, si bien no hay duda en que el bien jurídico protegido es la vida, nada impide reconocer en esta garantía constitucional un derecho colectivo desde que:

“[...] su naturaleza es la de una garantía social, económica y cultural, en cuanto se relaciona con el deber de proteger un ambiente común, un patrimonio natural vital y de bienestar no sólo para los individuos, sino, de toda la comunidad nacional y, hoy día, frente a un mayor desarrollo de la conciencia ante los riesgos y desafíos de la crisis ecológica global, se comienza a comprender en una dimensión de alcance mundial o planetaria”⁴².

Una herramienta que puede cumplir con este objetivo de socializar el concepto de cambio climático y sus efectos son las instancias de participación ciudadana, la cual se encuentra reconocida por nuestra legislación medioambiental como un mecanismo efectivo para coordinar las expectativas de los individuos. Ello, para que se produzca un resultado expresivo, puesto que, como ya se ha indicado, no solo basta una ley o que la Constitución se pronuncie sobre el riesgo que presenta el cambio climático o que manifieste la relación entre este y los derechos humanos. Es necesario que a partir de tal pronunciamiento se establezca una serie de instituciones que, a su turno, transmitan la información deseada para alterar o influenciar el comportamiento de los individuos. La principal institución que cumple con esta función en nuestro orden normativo es el Ministerio del Medio Ambiente, el que ha sido incorporado en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, a partir de la reforma de la Ley N° 20.417.

⁴² VÁSQUEZ (2014), p. 150.

En efecto, el actual artículo 70 de la Ley N° 19.300 consagra en la letra h) como una de sus funciones:

“Proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. En ejercicio de esta competencia deberá colaborar con los diferentes órganos de la Administración del Estado a nivel nacional, regional y local con el objeto de poder determinar sus efectos, así como el establecimiento de las medidas necesarias de adaptación y mitigación”.

Una manifestación de este mandato lo hallamos, por ejemplo, en los informes bienales sobre actualización de cambio climático⁴³, incorporando los factores geográficos, económicos y normativos tocantes al cambio climático en nuestro país. Un ejemplo adicional del antedicho mandato se corporiza a través de la Resolución Exenta N° 0278, de 4 de abril de 2018, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece la estructura y organización de oficinas de dicho Ministerio, señala entre una de sus reparticiones, en su artículo 7°, la Oficina de Comunicaciones y Prensa, la cual tiene por objetivo:

“[...] el desarrollo de estrategias comunicacionales y la realización de gestiones de prensa que permitan posicionar al Ministerio del Medio Ambiente, y las temáticas de su competencia ante los medios de comunicación y la opinión pública. Esto incluye asesoría directa en el manejo de crisis y eventuales conflictos, además de la elaboración de planes de comunicación interna, campañas comunicacionales en medios tradicionales y digitales, patrocinios, e imagen institucional”.

Notamos de esta relación de normas que el Ministerio del Medio Ambiente tiene la habilidad de generar efectos expresivos a través de estrategias comunicacionales. Por lo demás, se ha advertido la habilidad de crear un círculo virtuoso, en que la regulación medio ambiental, los derechos humanos y el efectivo acceso de las personas al ejercicio de sus derechos generan beneficios sociales. De esta forma, este círculo está compuesto por:

“[...] derechos procedimentales de acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y la remediación efectiva produce políticas ambientales más transparentes y mejor informadas, lo que contribuye a un medio ambiente más sano que, a su vez, permite a las personas disfrutar de derechos humanos sustantivos como la vida, la alimentación y la salud”⁴⁴.

⁴³ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE (2018), pp. 10-12.

⁴⁴ NACIONES UNIDAS y CEPAL (2018), p. 27.

Recordemos que el *iter* que decanta en la promulgación y entrada en vigencia de una ley es un proceso de agregación de información, de manera que los ciudadanos pueden actualizar sus creencias previas y, por ende, modificar su comportamiento, independiente del efecto preventivo de la ley⁴⁵. Cabe mencionar que el círculo virtuoso previamente referido impacta también en la legitimidad de la norma, pues, como se ha señalado, una de las críticas que se puede realizar al alcance del efecto expresivo del derecho es la percepción de legitimidad sobre la regulación. En definitiva, hacer parte a la ciudadanía de estos procesos les da validez y comanda confianza para transmitir de manera efectiva su mensaje.

Entre nosotros, un ejemplo en el que se observa la importancia de la participación ciudadana es en Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Servicio de Evaluación Ambiental⁴⁶, caso en el cual la Corte Suprema se pronuncia sobre el recurso de casación en la forma y el fondo interpuesto por la empresa inmobiliaria y el recurso de nulidad sustancial interpuesto por el Servicio de Evaluación Ambiental, a partir de la sentencia que acogió la reclamación deducida, dejando sin efecto la resolución administrativa impugnada, cuyo efecto es retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental, de forma tal que las objeciones del reclamante sean debidamente incorporadas de acuerdo al artículo 29 de la Ley N° 19.300. Más allá de analizar los méritos de los arbitrios deducidos, que fueron desechados por la Corte Suprema, resulta interesante observar que en la discusión del recurso sobresalen conceptos que hemos abordado en este ensayo, tales como riesgo e información. En efecto, el nudo de la cuestión se expresa en el considerando 33° de la sentencia que se refiere a “la información de que careció la ciudadanía... vinculados con la evacuación del hotel ante el riesgo de tsunami”⁴⁷.

En la línea de los postulados contenidos en este trabajo, concluye la Corte en el considerando 35° del fallo:

“[...] la participación ciudadana ha recibido un reconocimiento y una relevancia en el procedimiento administrativo de que se trata que no pueden ser desconocidos. Más aun, dicho concepto debe ser entendido como un principio que

⁴⁵ MCADAMS y DHARMAPALA (2003), p. 2.

⁴⁶ “Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Servicio de Evaluación Ambiental” (2017).

⁴⁷ Ídem.

ha de guiar la actuación de los distintos intervinientes en el mismo, de modo que su preeminencia e influjo no pueden ser obviados, debiendo someter la autoridad su proceder a los dictados que de la misma se desprendan⁴⁸.

Por las razones exhibidas, se entiende que la actividad regulatoria en materia de cambio climático tenga por objetivo tanto promover y manejar la transición que conlleva la ejecución de las políticas públicas transformativas en áreas como la matriz energética del país. Asimismo, la regulación del riesgo puede lograrse no solo a través de un mejor manejo de las prácticas existentes, sino que también mediante la promoción de la actividad regulatoria de nuevas tecnologías y prácticas⁴⁹.

3.2. Una nota sobre el proyecto de Ley Marco sobre Cambio Climático

Por su contenido y significado, una mención especial merece el proyecto de ley que busca crear la Ley Marco sobre Cambio Climático en nuestro país, el cual es una especie de sumario de la regulación climática, haciendo suyas muchas de las aspiraciones e iniciativas para combatir al cambio climático que han nacido en el seno del derecho internacional. El proyecto en cuestión está inspirado en los principios rectores de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, entre los que podemos destacar “la responsabilidad común pero diferenciada” de las naciones, como así también la necesidad de equilibrar el desarrollo humano con la conservación del planeta⁵⁰.

El artículo 2º del proyecto de ley establece los siguientes principios inspiradores:

- Científico.
- Costo-efectividad.
- Equidad.
- Precautorio.
- No regresión.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ HEYVART (2011), p. 835.

⁵⁰ Proyecto de ley (Mensaje N° 574-367. Boletín N° 13.191-12).

- Progresividad.
- Transversalidad.

De los principios enunciados, es el de transversalidad el que se ajusta de mejor manera a lo que se ha tratado en este trabajo, en el sentido de que el derecho, a través de sus fuentes, es capaz de ser un conductor de información, sea a través de la autoridad que comanda, actuando directamente sobre el comportamiento de los individuos o mediante políticas ejecutadas por las agencias del Estado. Efectivamente, el principio de transversalidad recoge el objetivo último de un efecto expresivo, esto es, organizar la acción del Estado y coordinar sus esfuerzos para modificar, en que uno de los objetivos subyacentes consiste en crear convenciones o normas sociales contingentes al cambio climático.

Así, el artículo 2º, literal g) del proyecto de ley, sobre el principio de transversalidad dice:

“[...] la actuación del Estado para la gestión del cambio climático debe promover la participación coordinada del Gobierno a nivel central, regional y local, así como la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil”.

Sin duda que tanto coordinación y cooperación son factores elementales en el desarrollo de la acción estatal para proteger a sus ciudadanos de las consecuencias del cambio climático. La cuestión que sigue es, entonces, si se producirá cooperación en términos de alcanzar equilibrios que sean socialmente eficientes. En ese sentido, se deben distinguir dos supuestos: en primer lugar, lo que ocurre con grupos cerrados, como es el caso de las comunidades indígenas. Se ha demostrado en dicho contexto que, frente a problemas de bienes comunes, comunidades con alta cooperación inicial, la comunicación permite cierta uniformidad en el comportamiento de sus miembros, como así también en la moderación y distribución más equitativa de los resultados, de modo tal que es más probable que se formen normas culturales o sociales relativas a la protección de bienes comunes, lo cual puede deberse a que en las comunidades de países en vías de desarrollo los bienes comunes son una importante parte de modo de vida de estas⁵¹.

Siguiendo este orden de ideas, existe evidencia que demuestra que, sin perjuicio de la presencia de parroquialismo, la globalización es un ele-

⁵¹ Ostrom *et al.* (2013), pp. 514 y 517-518.

mento fundamental para comprender la cooperación a gran escala en sociedades contemporáneas, y si bien el trabajo que se cita no se refiere a la provisión de un bien público global, los descubrimientos del estudio sugieren que los instintos tribales básicos del ser humano son maleables a la influencia de los procesos relacionados con la globalización; por lo tanto, sus resultados respaldan que, en general, la cooperación entre ciudadanos de distintos países puede surgir, haciendo posible tratar problemas globales⁵². Luego, si en ambos extremos de la cuestión es posible encontrar cooperación, podemos especular con que la cooperación entre personas de un grupo más grande que una comunidad, pero menor que al conglomerado global, también es posible y que el instinto hacia la cooperación, y los beneficios económicos que derivan de ella, lideran hacia la coordinación. Con todo, es importante recordar que las personas no siempre escogerán la estrategia Pareto-dominante, por lo que la definición clara de derechos y políticas públicas establece un punto focal alrededor del cual las personas pueden organizar sus expectativas.

4. DISCUSIÓN FINAL Y CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido explorar los alcances del efecto expresivo del derecho en relación al cambio climático, dando especial atención a los derechos humanos como herramienta para transmitir su mensaje, de forma tal que, a través de sus directivas, se coordine el esfuerzo de la administración en torno a las medidas necesarias para enfrentar al cambio climático. Uno de los corolarios de la crisis sanitaria global de 2020 es que la naturaleza no siente respeto alguno por los logros de la raza humana y, con la misma precisión, ha expuesto la fragilidad de las estructuras sociales. El respeto es de los humanos hacia la naturaleza. Por esta razón, debe tomarse en serio el cambio climático, no como algo que sucederá, sino como algo que ocurre hoy.

En razón de lo dicho, si el objetivo es generar una cultura en la cual la persona es capaz de relacionarse sanamente con el medio ambiente, recurrir a la figura de derechos humanos es el vehículo más adecuado para hacerlo, siendo la Constitución el texto en el cual dichos derechos quedan consagrados. Luego, a través del efecto expresivo del derecho, se debe

⁵² BUCHAN *et al.* (2009), p. 4141.

promover un cambio de enfoque en la manera cómo el Estado calibra sus recursos en cuanto a la protección del medio ambiente y, en particular, en relación al cambio climático, puesto que no es hipérbole decir que una acción tardía frente al fenómeno puede tener consecuencias catastróficas. Con todo, uno debe conceder que la mera declaración que haga la ley, o la Constitución, no asegura que habrá modificaciones en los patrones de conducta y, por ende, que las normas sociales se modificarán a tal punto de lograr el objetivo en virtud de su solo efecto expresivo.

Como se ha desarrollado en este trabajo, la cuestión de fondo es un problema de información, y el derecho viene a suplir esa carencia. Por tal motivo, es deseable que la declaración hecha por la ley sea una parte dentro del proceso en virtud del cual se traspa información a la población sobre el riesgo que representa el cambio climático, no solo en términos globales, sino que para cada persona y cómo sus efectos pueden ser disruptivos en su vida. Por lo tanto, cuando existe riesgo, es deseable que tal elemento se tenga en consideración y se lo pondere adecuadamente en el proceso de toma de decisiones. Luego, si una de las consecuencias de la autoridad de la ley es modificar las expectativas de los regulados al crear puntos focales, uno de tales puntos focales puede tener por objetivo transmitir la siguiente idea: la protección contra el cambio climático es una protección a los derechos humanos. Sin perjuicio de las distinciones que se han tenido en cuenta en este trabajo, es esperable que el poder expresivo de derecho transformará, en virtud de su autoridad, las normas sociales pertinentes, ya sea se trate de hábitos de consumo individuales o convenciones relativas al uso de recursos naturales. Así, por ejemplo, asociar medidas de mitigación a efectos positivos en la salud puede ser muy convincente, como por ejemplo, usar menos el automóvil, y en cambio preferir caminar, no solo reduce las emisiones sino que también ayuda al bienestar personal del individuo⁵³.

En consecuencia, todas las cosas consideradas, podemos plantear como corolario de lo expuesto en este trabajo en los siguientes términos: establecido que el código político, y en particular los derechos humanos que consagra, como un mecanismo esencialmente expresivo, el siguiente paso es escoger la herramienta adecuada para comunicar la información, el mensaje que se pretende entregar. Con ese contexto, es posible soste-

⁵³ COONEY (2010), pp. A487-A488.

ner que recurrir a las instancias de participación ciudadana establecidas en la Ley N° 19.300 y a las facultades del Ministerio del Medio Ambiente como mecanismos eficaces para que el Estado transmita a la sociedad la información relativa al cambio climático, en todo lo que toca a sus causas, consecuencias, adaptación y mitigación para que, a través de dicho conocimiento, se modifiquen las expectativas en torno a los riesgos con el objetivo último de alterar las normas sociales al respecto para que toda persona que resida en nuestro país sea un agente activo en los esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Matthew (2000): “Expressive theories of law: a skeptical overview”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, N° 5. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/3312747>>.
- ANDERSON, Elizabeth y PILDES, Richard (2000): “Expressive theories of law: a general restatement”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, N° 5. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/3312748>>.
- ARBUCKLE, J. Gordon *et al.* (2015): “Understanding farmer perspectives on climate change adaptation and mitigation: the roles of trust in sources of climate information, climate change beliefs, and perceived risk”, en *Environment and Behavior*, vol. 47, N° 2. Disponible en: <<https://doi.org/10.1177/0013916513503832>>.
- BOYLE, Alan (2007): “Human rights or environmental rights?: A reassessment”, en *Fordham Environmental Law Review*, vol. 18, N° 3. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/44175132>>.
- BUCHAN, Nancy *et al.* (2009): “Globalization and human cooperation”, en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 106, N° 11. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40441776>>.
- COONEY, Catherine (2010): “The perception factor: climate change gets personal”, en *Environmental Health Perspectives*, vol. 118, N° 11. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40963827>>.
- COOPER, Russell (1998): *Coordination games* (Cambridge: Cambridge University Press).

- COOTER, Robert (1998): “Expressive law and economics”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, N° S2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/10.1086/468036>>.
- FREDERICK, Shane y LOWENSTEIN, George (1999): “Hedonic adaptation”, en KAHNEMANN, Daniel *et al.* (eds.), *Well-being: foundations of hedonic psychology* (New York: Russell Sage Foundation).
- GAVISCON, Ruth (2003): “On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights”, en COLCAUD, Jean Marc *et al.* (eds.), *The globalization of human rights* (New York: United Nations University Press).
- HEYVART, Veerle (2011): “Governing climate change: towards a new paradigm for risk regulation”, en *The Modern Law Review*, vol. 74, N° 6. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/41302635>>.
- KURUVILLA, Shyama *et al.* (2012): “The millennium development goals and human rights: realizing shared commitments”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 34, N° 1. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/41345474>>.
- LONG, Graham (2011): “Disagreement and responses to climate change”, en *Environmental Values*, vol. 20, N° 4. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/23048454>>.
- MAASS, Karla (2019): “Atendiendo la urgencia y la crisis: Alcances de la ambición climática”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 11. Disponible en: <https://cl.boell.org/sites/default/files/2020-01/Justicia-Ambiental-2019-2_1.pdf>.
- MBOYA, Atieno (2018): “Human rights and the global climate change regime”, en *Natural Resources Journal*, vol. 58, N° 1. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/10.2307/26394775>>.
- MCADAMS, Richard (2000a): “A focal point theory of expressive law”, en *Virginia Law Review*, vol. 86, N° 8. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/1073827>>.
- (2000b): “An attitudinal theory of expressive law”, en *Oregon Law Review*, vol. 79, N° 2. Disponible en: <<https://heinonline--org.uma.debiblio.com/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/or-olr79&id=351>>.

- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE (2018): “Tercer informe bienal de actualización de Chile sobre cambio climático”. Disponible en: <<https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/12/3rd-BUR-Chile-SPANish.pdf>>.
- MCADAMS, Richard y DHARMAPALA, Dhammika (2003): “The Condorcet jury theorem and the expressive function of law: a theory of informative law”, en *American Law and Economics Review*, vol. 5, N° 1. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/42706193>>.
- MORAGA, Pilar y MECKIEVI, Sol (2016): “Análisis crítico de la judicialización de cambio climático y la baja economía en carbono frente a las categorías tradicionales del derecho”, en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N° 240. Disponible en: <http://www.revistadederecho.com/buscar_autor.php?busqueda=moraga>.
- NACIONES UNIDAS y CEPAL (2018): “Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/43301-acceso-la-informacion-la-participacion-la-justicia-asuntos-ambientales-america>>.
- NADLER, Janice (2017): “Expressive law, social norms, and social groups”, en *Law & Social Inquiry*, vol. 42, N° 1. Disponible en: <<https://doi.org/10.1111/lsi.12279>>.
- NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, N° 1. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art02.pdf>>.
- NOGUERA, José *et al.* (2014): “Is there an informative effect of law? an experimental test”, en *Journal of Law and Society*, vol. 41, N° 4. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/43862405>>.
- OSBERGHAUS, Daniel *et al.* (2010): “Individual adaptation to climate change: the role of information and perceived risk”, en *Discussion Paper N° 10-061*, ZEW. Disponible en: <<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp10061.pdf>>.
- OSTROM, Elinor (2000): “Collective action and the evolution of social norms”, en *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, N° 3. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/2646923>>.

- (2012): “Nested externalities and polycentric institutions: must we wait for global solutions to climate change before taking actions at other scales?”, en *Economic Theory*, vol. 49, N° 2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/41408716>>.
- OSTROM, Elinor *et al.* (2013): “Cultural norms, cooperation, and communication: taking experiments to the field in indigenous communities”, en *International Journal of the Commons*, vol. 7, N° 2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/26523140>>.
- PILDES, Richard (1998): “Why rights are not trumps: social meanings, expressive harms, and constitutionalism”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, N° S2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/10.1086/468041>>.
- RAJAMANI, Lavanya (2010): “The increasing currency and relevance of rights-based perspectives in the international negotiations on climate change”, en *Journal of Environmental Law*, vol. 22, N° 3. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/44248747>>.
- SCHELLING, Thomas (1960): *The strategy of conflict* (Cambridge: Cambridge University Press).
- SLOVIC, Paul *et al.* (1981): “Perceived risk: psychological factors and social implications (and discussion)”, en *Proceedings of the Royal Society of London*, vol. 376, N° 1764. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/2397115>>.
- STERN, Nicholas (2007): *The economics of climate change: the stern review* (Londres: Cambridge University Press).
- SUNSTEIN, Cass (1996): “On the expressive function of law”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, N° 5. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/3312647>>.
- (1999): “Law’s expressive function”, en *The Good Society*, vol. 9, N° 2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/20710952>>.
- TOL, Richard (2009): “The economic effects of climate change”. *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, N° 2. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/27740523>>.
- VÁSQUEZ, José (2014): “Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 80, N° 1. Disponi-

ble en: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/33323/350210>>.

NORMATIVA CITADA

- Consejo de Derechos Humanos (25.03.2009) Resolución N° 10/4. Los Derechos Humanos y el Cambio Climático. <Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf>.
- Ley N° 19.300 (09.03.1994) que aprueba la Ley sobre Bases del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.417 (26.01.2010) que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Organización de Estados Americanos (03.06.2008), Resolución N° 2429. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>>.
- Proyecto de ley (Mensaje N° 574-367. Boletín N° 13.191-12).
- Resolución Exenta N° 0278 (2018), Ministerio del Medio Ambiente de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema. Comité pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Servicio de Evaluación Ambiental (2017): 6 de Noviembre de 2017 (recurso de casación en el fondo), Rol N° 97792-2016.

HACIA UN EFECTIVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

TOWARDS AN EFFECTIVE LIABILITY SYSTEM FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Javiera Inés de los Angeles Salas Bustos

Licenciada en Ciencias Jurídicas
de la Universidad Católica de Temuco
jsalabcontacto@gmail.com

RESUMEN: La investigación analiza la jurisprudencia de los tribunales ambientales en el contexto de la responsabilidad por daño ambiental en Chile. El estudio permite detectar que, si bien la Ley N° 19.300 estableció un sistema subjetivo sustentado en la culpa del agente, la presunción de culpabilidad presente en la misma ley genera falta de uniformidad en las decisiones judiciales, por lo que la normativa legal vigente es insuficiente para garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva, jurisprudencia ambiental, presunción de culpa, culpa.

ABSTRACT: The investigation analyzes the jurisprudence of the Environmental Courts in the context of liability for environmental damage in Chile. The study allows to detect that although Law number 19.300 established a subjective system based on the guilt of the agent, the presumption of guilt present in this same law generates lack of uniformity in judicial decisions, so the current legal regulation is insufficient to guarantee the right to live in a contamination-free environment.

KEYWORDS: Subjective liability, objective liability, environmental jurisprudence, negligence presumption, negligence.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del derecho chileno, en materia de responsabilidad extracontractual prima el sistema subjetivo de carga probatoria, siendo así esta la regla general y al mismo tiempo supletorio, desprendiéndose de los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil. Este tipo de sistema subjetivo se funda en que el hecho ilícito será reprochable cuando exista dolo o

negligencia, en la medida que el sujeto haya infringido deberes de cuidado que le son exigibles¹.

Se ha planteado doctrinariamente la dificultad que impone el sistema subjetivo de responsabilidad, dado que es la víctima la cual debe probar el daño que le han causado, la acción u omisión que da como resultado el daño, la culpa o el dolo del sujeto pasivo y el nexo causal entre el acto u omisión y el daño; dificultad dada en que la prueba y argumentación en un juicio desde el lugar de la víctima no es fácil, no pudiendo obtener la reparación del daño si la defensa no es acertada o no se cuenta con los medios o conocimientos para una defensa correcta. Mientras tanto, en el derecho ambiental, la teoría apunta también a la subjetividad. Sin ir más lejos, en la principal norma que regula la materia, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, vigente desde el año 1994, en su artículo 3° nos señala de entrada que la culpa y el dolo deberán estar presentes al momento de asignar responsabilidades por daño al medio ambiente y, eventualmente, la obligación de repararlo. Por lo que la normativa vigente indica que el elemento subjetivo de la responsabilidad por daño ambiental de la Ley N° 19.300 será la culpa leve: no emplear el debido cuidado ordinario, la diligencia que todos los hombres emplean normalmente; por lo tanto, la culpa en juicio se aprecia “in abstracto” comparando la actuación del agente con la de un hombre prudente, enfrentado a la misma contingencia, siendo así el juez el encargado de apreciar si la acción u omisión dañosa conforma o no culpa. Sin embargo, dentro de esta misma ley marco existe una presunción legal de responsabilidad en su artículo 52 que hace dudar sobre el sistema de responsabilidad que plantea la norma.

El problema radica justamente en que, gracias a esta norma de presunción de responsabilidad (que se demostrará más adelante que en realidad es de culpa), en la práctica la tendencia ha ido hacia la objetivación, es decir, existen presunciones de responsabilidad y que, aterrizadas a casos reales, se dificulta la prueba en contra al argumento legal, debido a que las normativas susceptibles de ser infraccionadas que se establecen en el artículo 52 abarcan un amplio espectro de situaciones en las cuales es difícil no cometer daño ambiental sin incurrir en ellas. Se debe tener en cuenta también que el sujeto se eximirá de responsabilidad si el daño se produjo por fuentes emisoras su-

¹ De acuerdo a ello, se debe demostrar la culpa o dolo del sujeto que omitió o ejecutó un hecho ilícito para dar por resultado la responsabilidad, el cual debe ser probado por la víctima del daño. RAMOS (2006), pp. 36-40.

jetas a planes de prevención, descontaminación o a regulaciones especiales para casos de emergencia y los responsables de ellas están dando íntegro y cabal cumplimiento a esos instrumentos (a la cual podemos oponer solo una acción ordinaria y no accionar ante tribunales ambientales), o cuando, quien cometió el daño, ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente². Entonces, al respecto se podría señalar inicialmente que las normas e instrumentos señalados en dicho artículo son escasos (normas de calidad y emisión, y planes de prevención y emisión); sin embargo, cabe destacar que la redacción final es bastante amplia, al señalar que se presume la responsabilidad si existe infracción a cualquier “norma sobre protección, preservación o conservación ambiental, establecida en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

De esta manera, y dando respuesta al planteamiento de la investigación, la “objetivación” del sistema de responsabilidad se daría por dos razones, es decir, la existencia del artículo 52 de la Ley N° 19.300, que determina la presunción de la culpa y, consecuentemente, porque, a partir de la amplia redacción de dicha disposición, cualquier infracción a una norma de carácter ambiental gatillará la referida presunción legal. Entonces, ¿Chile posee en la práctica un sistema subjetivo de prueba de daño ambiental o es uno objetivo? ¿Han desechado los tribunales ambientales demandas por daño al no demostrarse culpa?

Se analizará cómo ha sido redactada la normativa ambiental y cuáles fueron los motivos para redactarla, dirigida a la responsabilidad subjetiva con una presunción de culpa, y no una responsabilidad directamente objetiva. También para ilustrar se expondrá de forma somera cómo ha sido tratada doctrinariamente la responsabilidad en Chile.

Finalmente, es importante verificar el comportamiento de la jurisprudencia a la hora de valorar la prueba del daño ambiental y cómo argumenta el tribunal, para de esa forma determinar eventualmente la existencia de una responsabilidad de tipo objetiva.

2. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD

Conocemos el concepto de responsabilidad cuando encontramos una persona que “está obligada a resarcir, reparar o indemnizar todo perjuicio

² Ley N° 19.300 de 1994.

causado a otra, sea porque, habiendo contratado con él, incumplió alguna obligación derivada de ese contrato, sea porque incurrió en una conducta dolosa o culpable que le ha producido un daño, sea porque incumplió una obligación derivada de la ley o un cuasicontrato”³. Por lo tanto, cuando nos veamos perjudicados por la conducta de un tercero por su falta de diligencia o por dolo relacionamos esta consecuencia con el concepto de daño, en los posibles supuestos de una relación contractual en la cual estarán previstas estas situaciones, ya que existe un vínculo jurídico, por lo que la culpa se graduará, o extracontractual en la cual no existe un contrato entre víctima del daño y victimario, y la culpa es evaluada por un juez y apreciada en abstracto, esto quiere decir, se compara el comportamiento con un modelo abstracto de comportamiento (el hombre prudente)⁴ en situaciones y condiciones similares.

Ahora, yéndonos a la prueba del daño y cómo se configura la responsabilidad en el área extracontractual, tenemos dos fundamentos y sistemas distintos: el sistema objetivo fundado en el riesgo creado, y el sistema subjetivo fundado en la culpabilidad o dolo del autor. Por lo tanto, en el primer caso se analiza la gravedad del actuar y su resultado con consecuencia el riesgo, y en el segundo caso se analiza el actuar psicológico del sujeto pasivo, tratando de dilucidar si su actuar fue negligente de acuerdo a lo que se esperaba de su comportamiento (culpa) o si hubo intención maliciosa de causar daño (dolo). Por lo tanto, entre ambas la diferencia será analizar o no el componente psicológico o subjetivo de las conductas u omisiones para luego hacerlo atribuible al daño. En ambos sistemas se analizará también la capacidad⁵, acción u omisión⁶, anti-juridicidad⁷, existencia de daño⁸ y haber causalidad entre el acto y daño⁹.

³ RAMOS (2006), p. 2.

⁴ CORRAL (2011), p. 207.

⁵ “La capacidad consiste en el grado mínimo de aptitud de una persona para discernir entre lo correcto y lo incorrecto”. Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1857.

⁶ Consistente en que para que exista responsabilidad se requiere que se cometa un acto libre y humano, lo que puede consistir en un acción (comportamiento positivo) o en una omisión (comportamiento negativo). CORRAL (2011), p. 112.

⁷ Es “la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad”. RODRÍGUEZ (1999), p. 119.

⁸ Es “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”. DIEZ (2012), p. 19.

⁹ “Cuando el hecho –o la omisión– es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él éste no se habría producido”. ALESSANDRI (1943), p. 241.

En el sistema de responsabilidad objetivo o estricto, a diferencia del subjetivo, no se analizará la culpa y/o dolo “porque ésta ni siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable. Lo determinante es que se materialice un riesgo que está bajo el control del responsable”¹⁰.

Chile se rige por un sistema de responsabilidad general, el cual prima y está consagrado en severas normas del Código Civil, y así mismo está regulado de forma expresa en el área ambiental, a través de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, las cuales serán explicadas en los siguientes apartados.

2.1. Sistema de responsabilidad general en Chile

En materia de responsabilidad extracontractual, el sistema al que adhiere nuestra legislación es el de responsabilidad subjetiva. Lo anterior obedece a antecedentes históricos donde “para una sociedad, como la nuestra, que atribuye la debida importancia a los valores espirituales, ésta es una razón digna de considerarse”¹¹. Se desprende esta aseveración de los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil.

A pesar de lo anterior, igualmente existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que objetivan la responsabilidad solo ante aquel acto u omisión antijurídica tipificada en ellas, inspirado en la teoría del riesgo creado. Así las cosas, no se considera el juicio de valor o reproche que se le haga al imputado de un acto dañoso; a modo ilustrativo, encontramos el artículo 2327 del Código Civil sobre animales fieros.

Entonces, para probar la responsabilidad en un juicio chileno, la víctima será quien tenga la carga probatoria de todos los elementos de la misma, incluida la culpa o dolo del autor, de acuerdo al artículo 1698 del Código Civil. La culpa aquí cumple dos funciones en materia extracontractual: es por una parte fundamento de la responsabilidad, y, por otro lado, límite de ella. El sentido de ello es que permite limitar la extensión del monto indemnizatorio, y el fundamento de esta responsabilidad es que el hecho ilícito tiene que ser imputable a negligencia o dolo del autor, entonces, en la medida que este haya infringido deberes de cuidado que le son exigibles,

¹⁰ BARROS (2010), p. 445.

¹¹ ALESSANDRI (1943), p. 120.

este será responsable. La víctima, entonces, probará la no observación de los deberes de cuidado, cuyos son los que por una parte establece el legislador a través de normas. De no contar con ello, se cuentan con estándares de cuidado que deben ser construidos por el juez, para que sea quien determine cuál fue el deber de cuidado por el que debió optar el autor del hecho ilícito, y va a comparar la conducta del autor del hecho con la conducta de que razonablemente se puede esperar de otro sujeto de similares características y en similares circunstancias. Además puede usar criterios prudenciales de diligencia para determinarlo y la costumbre¹². Este concepto normativo de culpa se encuentra regulado en el artículo 44 del Código Civil, definiéndolo como aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios, siendo a su vez sinónimo de descuido o negligencia.

2.2. Normativa ambiental y responsabilidad

En el año 1992 se celebra la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (también conocida como “Cumbre de la Tierra”) en Río de Janeiro, y en este contexto el expresidente Patricio Aylwin se compromete con los demás asistentes a que Chile generaría una ley marco sobre medio ambiente. Antes de la nombrada ley, existían más de 700 textos normativos que regulaban materias medioambientales, dictados por distintos órganos sectoriales de diversa jerarquía, sin coordinación alguna entre ellos, de manera que la legislación vigente al respecto resultaba dispersa y poco coherente¹³.

El 14 de septiembre de 1992, el Congreso Nacional recibió el Mensaje Presidencial con la presentación del Proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, y el 1 de marzo de 1994 se promulga la Ley N° 19.300. Esta publicación es uno de los avances más importantes para el país en materia medioambiental y que ha permitido avances en la gestión de normativa y proyectos en el área, debido a la gradualidad con la que se plantea su implementación.

¹² BARROS (2010), pp. 84-90.

¹³ Apuntes de las clases del profesor Federico Díaz Chacón tomados en la asignatura Derecho Ambiental, en el primer semestre de 2018, por la autora de este artículo.

Uno de los aspectos fundamentales de la ley es que incorpora un sistema de responsabilidad ambiental, cuyo objeto es distinto del daño patrimonial, generado en él una obligación específica de la reparación del daño ambiental causado.

El análisis de la investigación se centra en tres artículos de la Ley N° 19.300:

“Artículo 3.- Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

“Artículo 51.- Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

“Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”¹⁴.

De la sola lectura de estos tres artículos podemos inferir que 1) se establece un sistema de responsabilidad subjetivo debido a la consideración sobre la culpa y dolo para cometer daño ambiental, por lo que el legitimado activo será quien deba probar sus elementos; 2) que tenemos una norma de presunción de responsabilidad en la cual el acto u omisión debe referirse a la infracción de un gran espectro de normas de carácter ambiental, es decir, tendientes a la protección, preservación o conservación del medio ambiente, y 3) que la redacción resulta imprecisa, debido a que la presunción de responsabilidad no abarca todos los elementos de ella, ya que en el último

¹⁴ Ley N° 19.300 de 1994.

inciso del artículo 52 se expone que el nexo causal deberá probarse, siendo así también necesario probar el daño, por lo que esta presunción se refiere a la culpa, ya que establece el estándar de diligencia esperable del sujeto pasivo, que será la observancia de la normativa ambiental vigente. Por lo expuesto, que nos encontremos con un sistema de responsabilidad subjetivo con esta presunción de culpa, no se debe inferir que la culpa, a diferencia de la responsabilidad objetiva, no se analice, sino que la carga de la prueba se invierte siendo el legitimado pasivo quien pruebe su diligencia en caso de infringir normativa ambiental, debido a que se trata de una presunción simplemente legal, admitiendo prueba en contrario.

En definitiva, producido un daño ambiental con infracción de las normas mencionadas en el artículo 52, para efectos de la acción de reparación y por la aplicación de la presunción de responsabilidad, que invierte la carga de la prueba, corresponderá al demandado acreditar que sus actos no fueron culpables ni provocaron el daño ambiental reclamado¹⁵.

A) Historia de la Ley N° 19.300

Del estudio de la historia de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, hay ciertas secciones que nos explican por qué no se optó por un sistema de responsabilidad objetivo y por qué se prefirió una presunción de culpa. Respecto a ello, en la Ley N° 19.300, originalmente en el Mensaje Presidencial se proponía una suerte de responsabilidad objetiva; sin embargo, los redactores no la plasmaron de forma literal, ya que aun así existían normas que denotaban la subjetividad. Así se señalaba que se incurriría en responsabilidad por daño ambiental cuando existiese la infracción normativa a través de una presunción legal. Respecto a lo mismo, en el Primer Informe de Comisión de Recursos Naturales y de Hacienda estuvieron por mantener la propuesta del Ejecutivo a fin de seguir la tendencia ambiental en legislaciones más avanzadas, las cuales ya se plasmaban en ciertas leyes adoptadas por Chile, a modo de ejemplo, la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, aprobada por Decreto Supremo N° 18 del año 1990.

Dentro del Mensaje Presidencial, explicándose los principios en los que se fundó la ley, se expone:

¹⁵ ROPERT y SAAVEDRA (2004), p. 251.

“[...] en cuarto lugar, están las normas sobre responsabilidad. Dichas disposiciones no sólo pretenden hacer efectivo el principio de reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular, como en el denominado patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general. Esto es, inhibir a los particulares de causar daños al medio ambiente, en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias y obligaciones de restaurar el daño causado, que les impida realizar sus actividades productivas sin tener en consideración que, además de indemnizar a los particulares en su patrimonio, deberán responder con las otras modalidades establecidas que aumentan notablemente los costos de transgredir las disposiciones ambientales [...]”¹⁶.

Sobre esto, en el Informe de la Comisión se refiere sobre lo anterior:

“[...] El Ejecutivo, por su parte, en el Mensaje, estableció una suerte de responsabilidad objetiva, señalando que la responsabilidad por daño ambiental nace por infracción de las normas, por una presunción legal en virtud de la cual la persona respectiva se presume responsable si el daño ambiental tiene lugar por infracción a las normas, a los planes o a las regulaciones especiales [...]”¹⁷.

Se observa que el principal argumento para la disposición del sistema objetivo por parte de la comisión y del Ejecutivo es que no se debe dar el enfoque solamente en el daño ambiental una vez ya provocado, sino que también se debe buscar un ánimo social tendiente al principio preventivo, es decir, que se “tema” a generar el riesgo por parte de la población, con el fin de que, en vez de reparar una vez el daño causado, se adopten medidas a fin de no concretar el mero riesgo.

En la misma línea argumentativa, en el Informe de Comisión Técnica de la ley se expresa:

“[...] vuestra Comisión estimó que la opción de someter la responsabilidad civil por daño al medio ambiente al régimen de responsabilidad subjetiva, como lo propone el H. Senado, no sería la respuesta jurídica adecuada para un nuevo ordenamiento jurídicoambiental (sic). De este modo, vuestra Comisión propone someter esta responsabilidad al régimen de ‘responsabilidad objetiva’ o ‘por riesgo’ propugnado por la doctrina que hoy surge con fuerza en el mundo, como instrumento de contención al desequilibrio producido por inadvertencia oportuna de una política defensiva del medio ambiente [...]”¹⁸.

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 10.

¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 360.

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 348.

Importante es este argumento, pues bien plantea que brinda una mayor protección al bien jurídico tutelado (medio ambiente) el sistema objetivo, porque en ese momento en Chile no había una adecuada protección a este por su tendencia a la sectorización de normas y poca fiscalización, existiendo ya demasiada vulneración y que urgía un sistema que viniera a frenar esta situación.

La discusión del proyecto en Sala de Diputados cuenta con la intervención del diputado Elgueta, que indica apoyar la moción de una responsabilidad objetiva:

“[...] Uno de los creadores de la teoría de la responsabilidad objetiva, George Ripert, en su obra “La regla moral en las obligaciones civiles”, afirma que el hombre es responsable por los riesgos que él mismo ha originado. Indudablemente, si una persona levanta una industria o construye alguna obra de infraestructura, está creando un riesgo, y deberá responder en caso de que provoque daño.

La responsabilidad objetiva, según los civilistas, se emplea corrientemente con el objeto de precisar que no es necesario el análisis de la conducta del sujeto. Deriva, simplemente, del hecho material de que el autor ha causado el daño y, por otro lado, de que la culpa, que en el mismo sistema tradicional establece sólo la responsabilidad de la gente, es una calidad moral y, por lo tanto, subjetiva de este hombre [...]”¹⁹.

Por lo que, conforme a los argumentos anteriormente planteados, parecía ser hasta este punto que la responsabilidad objetiva era la mejor forma de protección y alivianar al Estado de la prueba del daño ambiental. Por el contrario, la responsabilidad subjetiva fue presentada como una alternativa extraordinariamente difícil y onerosa²⁰, señalándose que la normativa debiese tender a un estado de prevención general, para así no tener que llegar a hacer una análisis de las buenas o malas intenciones o cuidados de los ejecutores de daño, sino simplemente centrar el foco de atención en si existía infracción legal con el resultado de un daño.

La discusión en el Senado, sin embargo, estanca el avance que se estaba proponiendo sobre responsabilidad objetiva hasta ahora, debido a que es en esta instancia donde se plasma en el proyecto de ley la responsabilidad

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 418.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 435.

subjetiva y es aprobado de esta forma. Los argumentos sostenidos en dicha instancia legislativa se basan también en los principios sobre los cuales querían cimentar la ley marco sobre medio ambiente, pero en este caso y, al contrario de la responsabilidad objetiva, el argumento principal fue el principio de gradualidad.

Al respecto se señala:

“[...] atendido el hecho de estar fuertemente arraigado en nuestra realidad y en nuestra cultura jurídica el elemento subjetivo dolo o culpa, se estimó en el Senado que un avance gradual hacia un sistema general de responsabilidad sin culpa u objetiva aconsejaba, en una primera fase, seguir con el modelo tradicional, pero acercándose en sus efectos al modelo objetivo a través del mecanismo de las presunciones. También se consideró de especial relevancia no retroceder en aquellas áreas de la legislación ambiental que han avanzado hacia la responsabilidad objetiva [...]”²¹.

El senador Cantuarias igualmente estipula en contra de la responsabilidad objetiva, sosteniendo:

“[...] en verdad, desde un punto de vista de estricto derecho, de aprovechamiento de los recursos naturales y de una utilización racional de los mismos resulta inaceptable la idea de que la contaminación se produce a partir del momento en que la norma es superada o vulnerada. Además, el aceptar dicha tesis y sus consecuencias en el texto en estudio –recordemos que las restantes disposiciones y regulaciones no están vinculadas a esta definición– nos impediría toda acción preventiva, lo cual debilitaría la normativa.

En lo personal, entiendo el espíritu con que se formula la indicación, pero estimo que simplemente representa una equivocación [...]”²².

En otras palabras, argumenta que no se puede esperar que siempre exista una norma la cual se debe vulnerar para que exista el daño ambiental, y que inclusive no es bueno acorde al principio preventivo, ya que los titulares de un posible proyecto, a modo de ejemplo, solo se preocuparían de no sobrepasar las normas, no alentados por el cuidado al medio ambiente, sino afectarlo hasta la medida de lo que les permita la ley.

“El Ejecutivo dejó constancia de tratarse de una materia particularmente compleja y haciendo presente que el proyecto avanza desde la responsabilidad

²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 348.

²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 282.

subjetiva, que es la norma general hoy vigente en el ordenamiento jurídico chileno, respetando las disposiciones legales especiales que hoy hacen referencia a un sistema de responsabilidad objetiva, por la vía de establecer presunciones de responsabilidad en el caso de violación de la norma [...]”²³.

De acuerdo al principio de gradualidad, en el que se cimienta la propuesta de una responsabilidad subjetiva y que se encuentra en el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.300, no se pretende exigir de un día para otro el cumplimiento de los estándares ambientales más exigentes, finalizándose así en la concreción de un sistema de responsabilidad subjetivo²⁴.

B) Corriente legislativa

Lo que se pretendió al redactar finalmente la normativa con una responsabilidad subjetiva y que contara con una presunción en el caso de infringir normativas ambientales, es de instaurar, en un principio, normas que fueran de fácil cumplimiento para la población al decirnos que ya estaba fuertemente arraigado en el país este tipo de reproche a la conducta. Esto se respalda por la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que fue el móvil de la Ley N° 19.300, consagrado en los Principios N° 7 y N° 11, en los cuales se habla de responsabilidades diferenciadas entre los Estados miembros según su nivel de desarrollo, donde la normativa que se dicte en cada uno debe reflejar el contexto ambiental y de desarrollo en el que se ve inmerso el país²⁵, justificándose así el no implementar un sistema objetivo que era más exigente y avanzado en la materia, luego de venir de un sistema disperso, escasamente regulado y poco conocido. Así y en línea con lo establecido en la Declaración, resulta el sistema subjetivo más adecuado teniendo en cuenta el desarrollo de la responsabilidad y materia ambiental en Chile, evitando el representar un costo social y económico elevado e injustificado, por ser este un país en vías en desarrollo.

Pese a lo anterior, sí se ve el interés de lograr la mejor protección al medio ambiente, debido a que, gracias al mismo principio de gradualidad, el objetivo es avanzar de a poco a estándares más altos de exigencia, y por

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.300, p. 399.

²⁴ Apuntes de las clases del profesor Federico Díaz Chacón tomados en la asignatura Derecho Ambiental, en el primer semestre de 2018, por la autora de este artículo. .

²⁵ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), pp. 2 y 3.

el principio de no regresión, a tender siempre a una mejor protección y no retroceder en lo ya implementado. Por lo que pareciera ser que el legislador quiso que eventualmente se pudiera instaurar en Chile, de manera paulatina, el sistema de responsabilidad objetivo y que a esa fecha se veía como una protección desmesurada, no concordante con la realidad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APRECIACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Los tribunales ambientales (en adelante TA) son creados por la Ley N° 20.600, publicada el 28 de junio de 2012, por la necesidad de un órgano técnico y de control en el área. En el marco de su competencia, los TA conocen de una gran parte del contencioso-administrativo ambiental y, además, de las demandas para la reparación del daño ambiental en procedimientos diversos. Desde el punto de vista de los presupuestos procesales, la Ley N° 19.300 faculta para deducir demandas a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que hayan sufrido un daño o perjuicio, a las municipalidades por los hechos acaecidos dentro de su comuna y al Estado a través del Consejo de Defensa del Estado.

El Primer Tribunal Ambiental que comienza a funcionar es el establecido en Santiago en marzo de 2013, con competencia en las Regiones de Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule; el segundo en entrar en funcionamiento es el Tribunal Ambiental de Valdivia, en diciembre de 2013, con competencia en las Regiones del Ñuble, Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y la Antártica Chilena. Por último, entra en funcionamiento en septiembre de 2017 el Tribunal Ambiental en la comuna de Antofagasta, abarcando a Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo²⁶.

De lo recogido en las sentencias donde se demanda por daño ambiental, se analizó lo dispuesto por los TA al momento de resolver sobre la culpa y dolo, la presunción del artículo 52 y cómo argumenta al momento de alegarse incorporarse material probatorio de diligencia por la parte de la demandada.

²⁶ Ley N° 20.600 de 2012.

3.1. Corriente jurisprudencial

Conforme se expondrá a continuación, existe una tendencia distinta en el Segundo y Tercer Tribunal Ambiental. Variará cómo se genera la presunción, ya que no todas las normas son consideradas para entrar en la categoría exigida por el artículo 52 de la Ley N° 19.300. Además, la culpa es apreciada de forma distinta en uno y otro, destacando algunas sentencias relevantes, para concluir cómo se falla en la práctica.

A) *Segundo Tribunal Ambiental*

Podemos observar que en el Segundo Tribunal Ambiental, en todas las demandas por daño ambiental se aprobaron (acogieron) con la configuración de la presunción, inclusive sin referirse a los demás elementos de la responsabilidad una vez probado el daño y la infracción normativa. Como las que fueron rechazadas lo han sido por falta de prueba en el daño y no mencionan el elemento subjetivo, no nos referiremos a ellas, y estudiar las que sí han sido acogidas. Para efectos del análisis de las normas establecidas en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, se expondrá la jerarquía de las normas vulneradas al momento de probar la responsabilidad y admitir la presunción.

- Rol D-6-2013²⁷: se infringe el Código de Aguas en cuanto a exigencias de permisos de extracción de áridos que buscan evitar el daño ambiental. Además, se vulnera la Ley N° 19.300, debido a que la actividad genera efectos enumerados por el artículo 11 de la antedicha norma, debiendo por ello haberse realizado un Estudio de Impacto Ambiental previo. Se resuelve que las obras en cuestión son de aquellas que necesitan autorización de la Dirección Regional de Aguas, y que el demandado no contaba con los permisos respectivos. En este caso, el Código de Aguas que se invoca en la demanda no correspondía a leyes medioambientales, pero se considera legislación de relevancia ambiental deliberada a juicio del tribunal. El daño es probado, además de otros argumentos, planteando que, al generarse los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300²⁸, se produce un riesgo

²⁷ “Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.” (2014).

²⁸ Artículo 11 de la Ley N° 19.300 de 1994:

[...] “a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

de daño significativo derivado de la intervención del cauce hídrico mencionado en autos. Dicho riesgo se constituye como daño, ya que no es visto como la extensión material de detrimento que hubo, sino sobre la significancia de los deterioros al ser un ecosistema frágil el que fue alterado. No se refieren al elemento subjetivo.

- Rol D-14-2014: SCM Tambillos infringe normativa del Código Sanitario, Decreto Supremo con Fuerza de Ley N° 725, del año 1967, en específico el Decreto Supremo N° 148, de 2004, sobre manejo de residuos peligrosos, fundándose en esto el tribunal para exponer que se trataba de normas sobre protección ambiental que se refiere el artículo 52 de la Ley N° 19.300. Se discute solo si hubo infracción o no a la normativa para establecer la presunción, y se estima que no se entregó prueba suficiente para desvirtuarla. SCM Tambillos solo se limitó a señalar que “las normas referidas no tienen relación con las causas de dicho derrame”²⁹, por lo tanto tampoco se analiza el elemento subjetivo de la culpa, sino la infracción y correcta aplicación de las normas. En esta sentencia se establece que la presunción se extiende al nexo causal.
- Rol D-15-2015³⁰: se infringe normativa de la Ley N° 19.300 al no ingresar el proyecto al SEIA; Ley N° 20.083 sobre recuperación de bosque nativo, ya que Minera Española corta bosque nativo sin tener antes un plan de manejo aprobado por CONAF; decretos supremos en los cuales se encuentra prohibida la corta de especies

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural [...]”.

²⁹ “Inversiones J y B Limitada con Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro” (2016).

³⁰ “Ilustre Municipalidad de Maipú con Minera Española Chile Limitada” (2017).

nativas en el norte de la provincia de Tarapacá; resolución del gobierno regional, ya que se infringe un instrumento de planificación territorial y este contemplaba áreas de preservación ecológica. El tribunal concluye que es manifiesta la infracción a las Leyes 19.300 y N° 20.083, por lo tanto, se configura la presunción, sin referirse más allá al elemento subjetivo. Además en esta sentencia se indica que la presunción se extiende al nexo causal.

- Rol D-25-2016: Pampa Camarones no cumple con lo establecido en su propia RCA, vulnerando así al artículo 24 inciso final de la Ley N° 19.300, formándose la presunción. Aun así, el tribunal se refiere al elemento subjetivo, indicando que Pampa Camarones SpA actuó con negligencia por no ejecutar la intervención del sitio afectado de acuerdo a lo comprometido por ella misma cuando ingresó al Sistema de Evaluación Ambiental³¹.
- Rol D-23-2016: se configura la misma situación anterior. Por infracciones a tres RCA, se configura la presunción, por ser normas sobre protección, preservación o conservación ambientales. Se menciona que el estándar de diligencia exigido es el cumplimiento de la normativa ambiental general (Ley N° 19.300) y las obligaciones establecidas en las RCA respectivas³², al vulnerarse las normas, se establece la presunción sin detenerse a observar si hubo o no diligencia (alegada en la contestación).
- Rol D-27-2016: existe una omisión negligente debido a que en la misma RCA establecía que el titular debía adoptar medidas ante la ocurrencia de impactos no previstos. Se sostiene por la demandada que el daño fue generado fuera del área de influencia del proyecto sometido al Sistema de Evaluación Ambiental, por lo que no tendrían un estándar de diligencia delimitado en ello. Expone el tribunal que para eso mismo existen las propuestas de impactos no previstos, por lo tanto, el demandado debió haber informado a la autoridad respectiva de ellos. Así señala que “todo” el que culposa o dolosamente cause un impacto al medio ambiente debe resarcirlo sea este el titular de un proyecto o no, y por existir omisión culpa-

³¹ “Estado de Chile con Pampa Camarones S.A.” (2018).

³² “Veloza Rencoret Hugo Rafael y otros en contra de Consorcio Santa Marta S.A.” (2018).

ble de información de impacto no previsto y de adoptar medidas urgentes se configura omisión culpable, y que, en consecuencia, se vulneran las propias RCA³³. Es interesante observar aquí cómo el tribunal primero se pronuncia sobre la existencia de culpa o no, y luego, gracias a la efectiva existencia, se configuró la presunción.

- Rol D-32-2016³⁴: sucede la misma situación anterior, en la que se configura omisión culposa por no cumplirse lo establecido en las respectivas RCA, y gracias a esto se configuran los requisitos que forman la presunción.

En algunas sentencias no se forma la presunción, y en ellas no ha sido probado el daño. Sin embargo, en la causa D-17-2015, la cual se rechaza por no probarse el daño, fue recurrida ante la Corte Suprema de casación en el fondo por falta a la sana crítica. La Corte en efecto falló que la Municipalidad de Nogales sí era responsable de haber cometido daño ambiental, y en ella se pronuncia, además, sobre la presunción estableciendo “que efectivamente la Planta de Tratamiento infringió la normativa sectorial que regula la materia en estudio y, por lo tanto, se configura la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la Ley N° 19.300, en tanto los autores del daño de que se trata infringieron normas sobre protección, preservación o conservación ambiental”³⁵, por lo que vemos que en esta sentencia, que fue rechazada por falta de significancia de daño, al ser recurrida ante la Corte Suprema, de igual forma se refieren a la forma en que se configura la presunción, en este caso, de normas sectoriales que tienen como fin el mismo establecido en el artículo 52, sin hacer hincapié en el elemento subjetivo.

B) Tercer Tribunal Ambiental

El panorama cambia en este tribunal. Pareciera ser más difícil para la parte demandante probar la falta de diligencia y que se forme la presun-

³³ “Estado de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga” (2018).

³⁴ “Vega Puelles Manuel Humberto con Minera Montecarmelo Sociedad Anónima” (2019).

³⁵ “Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes y otro con Ilustre Municipalidad de Nogales” (2018).

ción, y se analiza la culpa, mencionándose antes de generar la presunción, incluso, por lo que se expondrá el argumento que implementa el tribunal.

- Rol D-3-2014: esta sentencia es relevante, ya que, a diferencia del Segundo Tribunal Ambiental, acá consideran que la presunción de culpa no se configura cuando el titular del proyecto no ingresó su actividad al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental cuando tuvo que hacerlo, a diferencia de las sentencias D-6-2013 y D-15-2015 del Segundo Tribunal. Al efecto disponen que “la discusión de las partes sobre si la actividad extractiva de la Sra. Carrasco debió o no ser evaluada ambientalmente es una materia sobre la que deberá pronunciarse el Servicio de Evaluación Ambiental. La elusión o no al SEIA es irrelevante en el análisis de la culpa en este caso, puesto que no se adecúa a ninguna de las hipótesis que hacen presumir legalmente la responsabilidad del autor de daño ambiental, conforme lo dispone el artículo 52 inciso primero de la LBGMA. Por esta razón, estos sentenciadores desecharán la existencia de culpa infraccional”³⁶. Sin embargo, posteriormente se da por probada la culpa basándose en el régimen supletorio extracontractual.
- Rol D-13-2015: en una línea similar, al desechar la presunción por no estar literalmente la norma incluida dentro del artículo 52 de la Ley N° 19.300, en esta sentencia se descarta por estar basada en un decreto supremo sobre operación de un vertedero municipal, por lo que el tribunal decide analizar la culpa probada. Contrario a lo que se pensaría, el tribunal decide argumentar la culpa probada bajo la misma normativa que se intenta configurar la presunción, exponiendo que “se observa que la Municipalidad ha actuado al margen de los deberes legales que impone a la actividad de rellenos sanitarios regulada en el DS N° 189/2005. En consecuencia, se cumple un estándar jurídico suficiente de falta de servicio producto del actuar negligente que implica asimilarlo como culpa imputable a la Municipalidad”³⁷. Esta sentencia fue llevada a la Corte Suprema, alegando que se había fallado en *ultra petita*, debido a que la parte demandada solo alegó la presunción de culpa, no refiriéndose

³⁶ “I. Municipalidad de Río Negro con Seimura Carrasco Valdeavellano” (2016).

³⁷ “Justo Miranda Vera y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales” (2016).

- a la culpa probada. Ingresada con Rol N° 47890-2016, exponen que “se concluye que no existe discordancia alguna entre lo pedido y lo concedido, por cuanto el fallo impugnado otorga aquello que fue solicitado por la parte demandante. En este aspecto se debe precisar que la circunstancia que los actores hayan demandado la responsabilidad bajo el supuesto de culpa presunta por infracción a la ley y reglamentos, no impide que los sentenciadores la establezcan sin acudir a las presunciones establecidas en favor de los demandantes. En efecto, los tribunales para resolver el asunto sometido a su decisión están facultados para revisar el derecho aplicable, siempre que se encuentre conforme a los presupuestos de la acción intentada, actividad que realizó el Tercer Tribunal Ambiental, determinando que la demandada había incurrido en una actuación negligente o culpable. Así, sólo cabe determinar que no es efectivo que los sentenciadores incurrieran en el vicio invocado, toda vez que frente al principio de congruencia se erige otro principio: *iura novit curiat*, en el sentido que el juez conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la *causa petendi*”³⁸.
- Rol D-24-2017: en esta sentencia, es curioso observar cómo el tribunal tiende a configurar la culpabilidad según el sistema de responsabilidad subjetivo, y luego se refiere a la presunción, como se indica: “No obstante, en el ámbito municipal, existe una norma especial en materia de responsabilidad, en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo art. 152 dispone que ‘las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio’, factor de imputación que, en concepto de la Corte Suprema, ‘se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente’ (C.S., Rol N° 9196-2017), constituyendo, por tanto, la culpa o negligencia del órgano administrativo. Todo ello, sin perjuicio de la presunción de responsabilidad del art. 52 de la LBGMA que, ante determinadas infracciones e incumplimientos normativos, permite prescindir de dicha culpabilidad, negligencia o falta del servicio, objetivando la respon-

³⁸ Ídem.

sabilidad ambiental”³⁹. Luego se pronuncian respecto a las normas que hacen operar la presunción señalando: “Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, y a mayor abundamiento, a la misma conclusión se llega por aplicación de la presunción del art. 52 de la LBGMA invocada por la Demandante en contra de la Demandada [...]. Todo ello basta para tener por acreditado el incumplimiento de las normas de protección del patrimonio cultural reconocidas en el mencionado art. 44 de la Ordenanza Municipal en el que habría incurrido la demandada, las que, en concepto de este Tribunal, son normas de ‘protección, preservación o conservación ambientales’, en los términos del art. 52 de la LBGMA, lo que hace aplicable la presunción allí contemplada y que no ha sido desvirtuada por la demandada”⁴⁰.

- Rol D-23-2016: se da nuevamente la situación de referirse primero a la culpa probada y luego a configurar la presunción, exponen respecto a la actividad que “se realizó en condiciones de permanencia o habitualidad en el tiempo, y en un volumen que es imposible desatender, lo que permite presumir que, al menos, se operó con negligencia o culpa, pues pudiendo evitar la destrucción del hábitat natural descrito, se optó por tolerar y continuar por años con dicha explotación. Por de pronto, la actitud de los demandados es reprochable, pues permitieron la extracción de áridos en contravención –y total desprecio– de las normas de protección ambiental, contenidas en la normativa sobre corta de bosque nativo y de evaluación de impacto ambiental”. Por consiguiente se refiere a la presunción, ya que el proyecto debió ingresar a Evaluación de Impacto Ambiental, ya que “no ha ingresado al SEIA y que se trata de una actividad que ha superado con creces el límite que establece la normativa. Lo anterior, configura, de por sí, la presunción de responsabilidad contenida en el art. 52 de la LBGMA, que no ha sido desvirtuada en autos, sino que, por el contrario, se ha visto reforzada en virtud de lo expresado en el considerando precedente”⁴¹.

³⁹ “Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles con I. Municipalidad de Los Ángeles” (2017).

⁴⁰ “Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles con I. Municipalidad de Los Ángeles” (2017).

⁴¹ “Carlos Margozzini Cahis y otros con Jermán Jose Kuschel Pohl” (2018).

- Rol D-7-2015: se expone acá que como funciona la presunción, diciendo que para la demandada “la carga de la prueba se invierte. De modo que ENDESA tiene el peso de producción de prueba de eventuales excusas como su posible diligencia, su imposibilidad de cumplir la regla infringida o alguna causal de justificación. Estas últimas defensas provienen de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad extracontractual del Derecho Civil, conforme el art. 51 LBGMA [...] Que, ENDESA presentó un cúmulo de documentos que a su juicio probarían su diligencia [...]. Con todo, el Tribunal estima que ENDESA falla en demostrar su diligencia al listar sus RCA y cumplimiento normativo, pues la diligencia no se reduce a acciones que se pueden considerar meritorias en forma aislada, sino que se refiere al esfuerzo puesto para que el ilícito no ocurriera. [...] La Demandada tampoco demostró su activo interés por mejorar sus estándares ambientales *motu proprio*, ya sea por la vía de someter voluntariamente la Unidad 1 al SEIA o evitar por todos los medios incumplir la normativa ambiental. [...] De esta forma, ENDESA no logró persuadir a estos sentenciadores que sus acciones puedan ser valoradas en conjunto como superiores al juicio de reproche que el art. 52 LBGMA le hace en relación con su gestión culposa del CT Bocamina⁴².

Esta sentencia es importante en este análisis, ya que aquí sí se analiza el elemento subjetivo. Se intenta dilucidar si a pesar de las pruebas aportadas por la empresa ENDESA, hubo un actuar diligente o esperable en sus circunstancias, que, una vez más, es el cumplimiento de la normativa ambiental vigente, por lo tanto y a pesar de que se intenta configurar el elemento subjetivo antes de la presunción, el argumento es el mismo en ambos.

- Rol D-11-2015: esta sentencia es particular, y se incluye ya que, a pesar de que es rechazada, sufre esta consecuencia justamente por el elemento subjetivo de la responsabilidad. Como no se probó la configuración de la presunción, se pasa a observar la falta de diligencia; sin embargo, esta no fue alegada por la parte demandante, por lo que se desecha la responsabilidad, aun cuando hubo daño. Se indica: “[...] los demandantes no probaron infracción alguna de

⁴² “Herminio Bautista Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018).

COLBÚN a la normativa ambiental específica que conlleva la culpa infraccional del art. 52 LBGMA. Además, cumpliendo con la carga de la persuasión, la demandada aportó evidencia que efectivamente cumple con la Norma de Emisión de Termoeléctricas. [...] Por lo tanto, estos sentenciadores desecharán este tipo de culpa por parte de COLBÚN [...] en relación con la infracción a usos normativos (*lex artis*), los demandantes no lo alegaron ni probaron; por lo que el Tribunal desechará este tipo de culpa por parte de COLBÚN. [...] referido a la culpa sobre el deber de cuidado establecido por los jueces, la doctrina entiende que son los demandantes quienes deben probar el hecho material de COLBÚN que debe ser reprochado; además de evidenciar ‘[...] cuál es la conducta que habría observado una persona diligente, atendidas las circunstancias del caso’ (Barros 2006: 144). [...] el hecho denunciado por los demandantes, no fue elaborado en términos de proponer la conducta alternativa que habría observado una persona —empresa— diligente en este caso. Estos sentenciadores estiman que en ausencia de una conducta alternativa argumentada —y probada— por los demandantes, COLBÚN no puede ser considerada responsable del daño ambiental. El Tribunal no puede determinar la culpa de la demandada sin que exista debate entre las partes sobre cuál debe ser la conducta que habría observado una empresa diligente en este caso. [...]. Que, los arts. 3º y 51 LBGMA requieren que el daño ambiental sea culpable. De no probarse la culpabilidad, el demandado no responde por los daños atribuibles a su conducta, pues esta última no contraviene un deber de cuidado”⁴³.

3.2. Argumento jurisprudencial

Comenzando con el Segundo Tribunal Ambiental respecto a sus sentencias, hay puntos importantes a destacar. En primer lugar, en la defensa de la parte demandada no se centran en probar la diligencia, sino en argumentar que no hubo ninguna norma infringida. Sin embargo, en la causa D-24-2016, la parte demandada intenta fundar que las RCA no son una normativa ni reglamento como lo exige el artículo 52. En su defensa

⁴³ “Héctor Rubén Sanhueza y otros con Colbún S.A.” (2018).

exponen que “se intenta configurar una presunción legal basada en el supuesto incumplimiento de una autorización de funcionamiento –RCA N°266/2009 en el caso particular–, la que no constituye en ningún caso una disposición legal o reglamentaria como exige el artículo 52 de la ley 19.300. Más aun, la demandada alega que el libelo buscaría establecer un régimen de responsabilidad objetiva, señalando que no aplica al caso ya que dicho régimen debe tener una fuente legal [...] Agrega que los regímenes de responsabilidad son de derecho estricto, porque constituyen una excepción a la regla a general [...] por ello, no es posible una aplicación ‘genérica y antojadiza’”⁴⁴. A pesar de que en esta sentencia no se prueba el daño, en la causa D-32-2016 se indica, en cuanto al concepto de “normas sobre protección, preservación o conservación ambientales” a las que se refiere el artículo 52, que “este debe entenderse inclusivo de aquellas leyes, regulaciones u otras normas que tengan un objeto ambiental definido. El hecho que aquel no haya sido definido jurídicamente obliga a una exegesis que, pese a formularse en el marco de una presunción simplemente legal, llevar a entenderlo conforme su tenor literal lo indica: un concepto amplio de normativa que trasunte la protección, preservación o conservación del medio ambiente”⁴⁵, por lo que no toda vulneración a normas queda incluida; sin embargo, todo daño ambiental producido vulneró una o más normas con este fin ambiental, por lo tanto, lo que se exige es que la norma sea legislación de relevancia ambiental deliberada, lo que da como resultado un espectro amplio de normas que no necesariamente serán regulaciones ambientales, como por ejemplo, el Código de Aguas, como es establecido en la sentencia D-6-2013, la cual fue la primera sentencia sobre daño ambiental por un tribunal ambiental en Chile.

Por otro lado, en cuanto a lo que se tiene por “infracción” que exige el artículo 52 en la causa D-27-2016 se establece que el tribunal, prescindiría de una sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente cuando un proyecto no ha ingresado al SEIA, acogiendo así las demandas por haberse vulnerado la normativa de la Ley N° 19.300, naciendo la presunción. La defensa en esta causa plantea la inexistencia de un procedimiento sancio-

⁴⁴ “Junta de Vigilancia de la Tercera Sección del Río Mapocho con Aguas Andinas S.A.” (2017).

⁴⁵ “Vega Puelles Manuel Humberto con Minera Montecarmelo Sociedad Anónima” (2019).

natorio en contra de la misma empresa, por lo cual no sería responsable de infracción normativa. Al efecto expone que “es improcedente aplicar la presunción de culpa del artículo 52 de la ley N°19.300 y que debe aplicarse el régimen general en materia de carga probatoria”⁴⁶. Señala que, para que sea aplicable la presunción, es necesario que concurran ciertos presupuestos los cuales deben ser interpretados de manera estricta. Refiere que el procedimiento sancionatorio en su contra no ha concluido, por existir recursos pendientes en contra de la resolución sancionatoria, por lo cual no puede considerarse aun que es responsable de infracción a normas ambientales⁴⁷. Sin embargo, y aunque el tribunal no se refiere a este punto en específico en la sentencia, se configura de igual forma la presunción por probarse que estaban vulneradas las RCA del proyecto, por lo que se infiere que no es necesaria una previa constatación de infracción del SMA para generar responsabilidad.

Por último, una vez probado el daño y la infracción de normativa exigido en el artículo 52 no se pronuncian sobre los demás elementos, ya que se establece que la presunción alcanza también al nexo causal. En efecto, en varias sentencias se alude a lo mismo, y fundadas en la causa Rol N° 21327-2014 de la Corte Suprema señala:

“Que constatado que el autor del daño incumplió la normativa legal anotada, afirmación no desvirtuada, se configura la referida presunción de responsabilidad contemplada en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, presunción legal que descansa en la culpabilidad del ejecutor de la acción que se reprocha. Se trata de una culpa infraccional, en cuya virtud se presume la responsabilidad del autor del daño ambiental. Y del mismo modo se tiene por establecida la causalidad de su conducta culpable con el daño provocado, puesto que si el demandado hubiere cumplido las exigencias de las normas ambientales citadas, se habrían evitado los daños al medio ambiente que se acusan”⁴⁸.

En efecto, el artículo 52 exige que sea normativa con una finalidad específica de protección, conservación y preservación del medio ambiente que son tendientes a evitar el daño ambiental; por lo tanto, una vez que ellas son infringidas, no estaríamos tan solo en un incumplimiento de una

⁴⁶ “Estado de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga” (2018).

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ “Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena” (2014).

obligación de cuidado ordinaria, sino que infringe un deber específico: evitar el daño ambiental⁴⁹.

Pasando ahora al Tercer Tribunal Ambiental, vemos que el panorama cambia. En primera instancia, en todas las sentencias analizadas, la mayoría de las veces se estudió la posibilidad de existencia de una falta de diligencia por los presuntos autores de daño. Esta se concretaba con el mismo argumento de la presunción del artículo 52, es decir, la observancia de normativa ambiental. Una vez que se argumentara con la exposición de normas infringidas, se entra a referir sobre la constitución de la presunción, por lo que en este tribunal parecieran obedecer más el hecho de que se debe analizar la responsabilidad por culpa o dolo.

Luego, otra situación interesante es que no existe uniformidad jurídica en casos similares, observando así, la causa Rol D-13-2015 (una de sus primeras sentencias), que al analizar la prueba se establece que no se configuran los requisitos de la presunción de culpa, por lo que se refieren de oficio a la culpa probada, lo que no sucede en la última sentencia analizada, Rol D-11-2015, en la cual se descarta la presunción, pero tampoco se refieren al sistema de responsabilidad general. Al mismo tiempo, no siguen precedentes del Segundo Tribunal, siendo el primero en pronunciarse sobre daño ambiental; se hace notoria la diferencia entre ambos tribunales respecto a normativa a la que se refiere el artículo 52, siendo más restrictivos en este aspecto. A modo de ilustración, tenemos el caso de que un proyecto no ingrese al SEIA generando impactos ambientales mencionados en el artículo 10, lo cual, a la luz del Segundo Tribunal, en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), DS N° 40 de 2012, del MMMA, establece (refiriéndose al artículo 52 de la Ley N° 19.300):

“Todos los permisos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los órganos de la administración del estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación ambiental, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de la Ley y el presente Reglamento [...] por lo tanto la obtención de la referida autorización ambiental corresponde a una norma de protección establecida en la propia ley 19.300 y su reglamento [...] por cuanto las normas infringidas son de aquellas disposiciones expresamente contempladas en el citado artículo”⁵⁰.

⁴⁹ “Ilustre Municipalidad de Maipú con Minera Española Chile Limitada” (2017).

⁵⁰ “Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.” (2014).

3.3. Diferencias jurisprudenciales y opinión

En relación a lo anterior, en un principio consideraba que, como se sugiere que en Chile en realidad nos encontrábamos en un sistema de responsabilidad objetivo en el área medioambiental, este no era adecuado. Ello debido a que el artículo 52, a pesar alivianar la carga probatoria por ser el medio ambiente un bien de interés colectivo, podía ser más perjudicial que beneficioso, ya que en vez de estar redactada de una forma amplia, podía ser restrictiva, esto porque no toda normativa va a tener un fin de preservación, conservación o protección ambiental, dado que estamos en una sociedad donde se avanza cada vez más en materia de productividad, industrialidad y tecnología, e inevitablemente habrán situaciones en las que no se podrá prever el daño y no estará abordado por una norma. Sin embargo, en la práctica vemos que en el Segundo Tribunal Ambiental, que es donde más se objetiva, no sucede esta situación; al contrario, se facilita la configuración de la presunción. Por el contrario, en el Tercer Tribunal, en el que importa la falta de diligencia, se entorpece más la protección al medio ambiente y es más exigente la carga de prueba. Por lo mismo, este tribunal no sigue los precedentes propios ni los del Segundo Tribunal, y si bien las sentencias tienen un efecto relativo, es decir, solo obligatorias respecto a las partes de acuerdo al artículo 3° del Código Civil, no se debe desechar la seguridad jurídica que otorga la concordancia entre tribunales respecto a un conflicto jurídico similar, ya que “la *ratio decidendi* establecida en un caso anterior constituye un criterio de interpretación que debe ser seguido a menos que se cuente con buenas razones para abandonarlo”⁵¹, no habiendo buenas razones explicadas en estas sentencias, ya que en vez de generar más imparcialidad, a mi juicio, se genera más entorpecimiento a la hora de condenar por daño, ya que, como hemos visto, incluso cuando está constituido el mismo, no se configuró la responsabilidad por la falta de culpa. Aún más, no se afecta la independencia entre tribunales, ya que esta tiene su razón en que los jueces no sean influenciados o controlados por el gobierno al momento de resolver los casos sometidos a su decisión o por otros órganos del Estado, o por jueces de mayor jerarquía. Bajo mi criterio, estos tribunales sí deberían dejarse influenciar al darse situaciones similares y no tener buenas razones para alejarse de un resultado jurídico ya antes dictado; esto, pues, al ser órganos con competencia tan

⁵¹ DÍAZ (2018), p. 144.

específica, y sobre todo nueva en funcionamiento, es necesario que exista una coherencia entre sentencias a fin de afianzar la seguridad jurídica en el área medioambiental, traduciéndose en “estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta”⁵², a fin de facilitar y promover el cuidado al medio ambiente e información respecto al mismo. Pareciera ser que este tribunal, por ser más influenciado por el sistema de responsabilidad general y supletorio, deja en más indefensión y desecha más demandas por daño que el Segundo Tribunal, que objetiva la responsabilidad en la práctica.

4. CONCLUSIONES

Desde la sola lectura de la normativa vigente podemos inferir que tenemos un sistema objetivo disfrazado de subjetivo de responsabilidad ambiental que se oculta en las decisiones judiciales, ya que, de no incurrirse en los supuestos del artículo 52 de la Ley N° 19.300 y generarse la presunción, es difícil el caso en que se llegue a probar la negligencia y que no se haya vulnerado ninguna norma atinente a la protección del medio ambiente. Respecto a ello, si existe el daño ambiental y este cumple con la “significancia” requerida, pero a pesar de ello no existe norma que busque que se evite tal daño, estaríamos frente a un posible caso de falta de servicio del Estado por omisión al no prever dicha situación de riesgo y no propender al cuidado del medio ambiente, el cual es una garantía constitucional. Por lo tanto, será aún más improbable que no se vulnere una norma al cometer daño ambiental, pues es deber del Estado su protección y generar normativa para su protección y, de ser efectivo este cuidado, se generaría siempre la presunción del artículo 52 al incurrir en daño medioambiental.

Por su parte, de la historia de la misma Ley N° 19.300 que reglamenta toda la materia ambiental en el caso, aparece de manifiesto que la primera intención es implantar un sistema de responsabilidad objetivo que viniera a regularizar la poca fiscalización para poder equilibrar el daño ambiental que se pudiera estar cometiendo. Bajo este mismo escenario, este modelo no pudo ser llevado a su ejecución, ya que el Senado se inclina hacia la gradualidad, en el cual no se pueden exigir de un día para otro los más altos estándares de cuidado ambiental a la población, sino que debe ser

⁵² MARINONI (2012), p. 250.

de forma paulatina y tendiente a la costumbre y, por tanto, partir desde lo subjetivo como modelo conocido. A pesar de que este argumento “gana” en el Senado, sí se reconoce que se avanza gradualmente hacia un tipo de responsabilidad sin culpa, y que se estipula de la forma contraria por encontrarnos recién ingresando a la legislación en el área ambiental. Esto concuerda con los mismos principios en los que se basa y acoge la ley marco, esto es, el principio preventivo, precautorio y de no regresión. Al respecto señala Bermúdez que este texto legal tiene un mandato de revisión que se concreta con la gradualidad, lo cual conlleva avanzar en la protección del medio ambiente⁵³.

Ahora en el ámbito jurisprudencial, se evidencia una diversa apreciación de los elementos de responsabilidad, por el Segundo y Tercer Tribunal Ambiental. En ambos se parte por el hecho de probar el daño, para luego observar los demás elementos, teniendo acá el primer acercamiento sobre el error de redacción de “presunción de responsabilidad” del artículo 52, ya que lo que se deja de analizar es la culpa, debiendo los demás presupuestos ser probados. Pero en el Segundo Tribunal Ambiental pareciera ser que son más flexibles a la hora de generar la presunción, ya que admiten la vulneración de cualquier cuerpo normativo o reglamentario que su objetivo final sea la protección al medio ambiente; también, siempre se refirieron a la presunción al acoger las demandas y de configurarse no se referían a los demás supuestos de la responsabilidad, ya que en más de una sentencia igualmente argumentaron que la presunción alcanzaba al nexo causal, siguiendo un estándar de diligencia, a mi percepción, bajo, ya que no toda norma ambiental citada buscaba evitar grandes riesgos/daños ambientales, sino que, inclusive, algunas veces buscaba mantener los impactos ambientales regulados. Esto, a mi parecer, es una manifiesta expresión del sistema de responsabilidad objetivo yéndonos a la práctica, debido a que en estas sentencias no se hace un análisis del actuar del sujeto sobre si fue diligente o no, sino sobre si la norma fue infringida y si existió daño, siendo justamente esta la diferencia entre un sistema de presunciones y la responsabilidad objetiva. Distinto es lo que sucede en el Tercer Tribunal, donde en todas las sentencias se analiza el elemento subjetivo de la responsabilidad, refiriéndose a ella antes, inclusive, que la presunción alegada.

⁵³ BERMÚDEZ (2007), p. 216.

Con lo anterior en contexto, se cae la afirmación de encontrarnos dentro de un sistema de responsabilidad objetivo si lo aterrizamos a la práctica jurisprudencial, debido a que en todas las sentencias del Tercer Tribunal se hace un reproche a la conducta del actor, aun cuando hay elementos suficientes para que se generen los requisitos de la presunción; tan así, que inclusive descartan acoger sentencias por daño ambiental, por no generarse la presunción y no ser alegada la culpa.

Por otro lado, mudando a lo estrictamente doctrinal, los sistemas de responsabilidad objetivos solo pueden ser por ley, es decir, de derecho estricto⁵⁴; esto con motivo de que suponen un riesgo tan grande y una extrema carga probatoria que deja casi a la indefensión del presunto autor de daño, que debe ser así por seguridad jurídica, además de ser una excepción al régimen general. En contrario expone Jorge Femenías, quien nos dice que, en la realidad, se hablará de un sistema de responsabilidad objetivo cuando se prescinde del elemento culpa para imputar por daño⁵⁵. Respecto a ello, en distintas ocasiones se ha mencionado que en Chile existe objetivación respecto a la responsabilidad medioambiental, debido a que la probabilidad es alta de que se vulnere una norma medioambiental al momento de generar daño, “por lo que será bastante probable que la prueba se traslade desde el elemento subjetivo, hasta la prueba de la vulneración de la norma, que es un aspecto objetivo”⁵⁶, debido a la forma amplia en que fue redactada la presunción de culpa. En tanto, Femenías explica que estaríamos frente a un sistema de responsabilidad subjetiva por cómo está redactada explícitamente la ley, y además por la misma historia de esta que así lo consagra. Respecto a ello, arguye que es un error que en la doctrina nacional se haya dicho que nos encontramos en medio camino entre responsabilidad objetiva y subjetiva (refiriéndose al autor Guzmán). Aun así, reconoce que la presencia de la presunción en el cuerpo legal es un “expediente objetivador del régimen”⁵⁷ debido a la omisión de la culpa si así se acredita. Por otro lado, es importante volver a indicar que la historia de la misma ley establece el régimen subjetivo por el contexto cultural y social en el cual se encontraban, en el cual había poco

⁵⁴ BARROS (2006), p. 446.

⁵⁵ FEMENÍAS (2017), p. 381.

⁵⁶ BERMÚDEZ (2007), p. 398.

⁵⁷ FEMENÍAS (2017), p. 382.

conocimiento sobre normativa ambiental y fiscalización, y era necesario comenzar desde una base conocida para avanzar a una más protectora con el bien jurídico; bajo este mismo argumento y de acuerdo a lo que hemos estudiado, sucede en el Segundo Tribunal Ambiental, el avance hacia este sistema objetivo, ya se está dando como así quiso el legislador, apoyado en el principio de gradualidad y de no regresión, el cual también debería reflejarse en los tribunales ambientales a fin de no retroceder en la protección al medio ambiente.

Concluyendo, debido al hecho de que las decisiones de los tribunales tienen el derecho a no seguir los mismos precedentes, es que no se puede generalizar respecto a sus mismos resultados, por lo que en efecto y debido a las sentencias analizadas en las que sí se considera la culpa y se explica el grado de diligencia esperable, es que estamos aún bajo el sistema de responsabilidad subjetivo por daño al medio ambiente, pero que, en efecto, se ha objetivado en el Segundo Tribunal. Sin embargo, la falta de uniformidad en las decisiones judiciales atentaría contra la certeza jurídica de los litigantes limitando el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley⁵⁸.

Así las cosas, es importante señalar que la mejor protección al medio ambiente se da en la práctica con la responsabilidad objetiva u objetivación, como fue observado en las sentencias del Segundo Tribunal Ambiental, recordando que este es un bien jurídico tutelado por la Constitución Política de la República en el artículo 19 número 8, siendo deber del Estado velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea vulnerado⁵⁹, lo que le otorga connotación de interés público, y se establecen restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, por lo tanto, su goce por algunos no excluye el de los demás⁶⁰, y que, por lo mismo, para no entorpecer su justo goce por todos, se debe propender a su máximo resguardo.

⁵⁸ Al respecto expresa Díaz que existe “aquella dimensión que exige que los casos iguales sean resueltos de la misma manera, lo que habitualmente se denomina justicia formal [...] el cual desde el punto de vista jurídico constituye un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno. Este derecho fundamental recibe el nombre de igualdad ante la justicia o igualdad en la aplicación de la ley. Habitualmente es explicado como una exigencia dirigida al juzgador”. DÍAZ (2018), pp. 152-153.

⁵⁹ Decreto N° 100 de 1980.

⁶⁰ BARROS (2010), p. 788.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago: Imprenta Universitaria).
- BARROS, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- BERMÚDEZ, Jorge (2007): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- CORRAL, Hernán (2011): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- DÍAZ, Federico (2018): Apuntes de las clases tomados en la asignatura Derecho Ambiental, en el primer semestre de 2018.
- DÍAZ, Luis (2015): “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 22, N° 2.
- DÍEZ, José Luis (2012): *El daño extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- FEMENÍAS, Jorge (2017): *La responsabilidad por daño ambiental* (Santiago: Ediciones UC).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2012): “*El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*”, en *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1.
- RAMOS, René (2006). *De la responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial LexisNexis).
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- ROPERT, Rodrigo y SAAVEDRA, Rubén (2004): “La protección del patrimonio cultural en la ley 19.300 de bases generales del medio ambiente a la luz de dos sentencias recientes”, en *Revista de Derecho CDE* N° 11.

NORMATIVA CITADA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/>>.

- DFL N° 1 (14.12.1855), Código Civil.
- DL N° 100 (21.10.1980), Constitución Política de la República de Chile.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf>.
- Ley N° 19.300 (01.03.1994) sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.600 (18.06.2012) que crea los Tribunales Ambientales.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Carlos Margozzini Cahis y otros con Jermán Jose Kuschel Pohl” (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 15 de mayo de 2018 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <https://3ta.cl/wp-content/uploads/Sentencia_definitiva-D-23.pdf>.
- “Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles con I. Municipalidad de Los Ángeles” (2017): Tercer Tribunal Ambiental, 30 de noviembre de 2017 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.3ta.cl/wp-content/uploads/2017/12/Sentencia-D-24.pdf>>.
- “Estado de Chile con Pampa Camarones S.A.” (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 29 de marzo de 2018 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2018/04/D-25-2016-29-03-2018-Sentencia.pdf>>.
- “Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.” (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 29 de noviembre de 2014 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2015/06/D-06-2013-29-11-2014-Sentencia-Foliada.pdf>>.
- “Estado de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga” (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 22 de noviembre de 2018 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2018/11/D-27-2016-22-11-2018-Sentencia.pdf>>.
- “Héctor Rubén Sanhueza y otros con Colbún S.A.” (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2018 (demanda por reparación

de daño ambiental). Disponible en: <<https://3ta.cl/wp-content/uploads/Sentencia-D-11.pdf>>.

- “Herminio Bautista Carrillo con Empresa Nacional de Electricidad S.A.” (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2018 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <https://3ta.cl/wp-content/uploads/Sentencia_D7.pdf>.
- “Ilustre Municipalidad de Maipú con Minera Española Chile Limitada (2017)”: Segundo Tribunal Ambiental, 6 de enero de 2017 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2015/06/D-15-2015-06-01-2017-Sentencia.pdf>>.
- “Ilustre Municipalidad de Río Negro con Seimura Carrasco Valdeavellano” (2016): Tercer Tribunal Ambiental, 21 de junio de 2016 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <https://www.3ta.cl/wp-content/uploads/2016/06/Sentencia_D-3-2014_21-06-2016_1.PDF_Foliado__2_.pdf>.
- “Inversiones J y B Limitada con Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro” (2016): Segundo Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2016 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2015/06/D-14-2014-24-08-2016-Sentencia.pdf>>.
- “Junta de Vigilancia de la Tercera Sección del Río Mapocho con Aguas Andinas S.A.” (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 27 de abril de 2017 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2015/06/D-24-2016-27-04-2017-Sentencia.pdf>>.
- “Junta de Vecinos Villa Disputada de las Condes y otro con Ilustre Municipalidad de Nogales” (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 7 de julio de 2017 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2015/06/D-17-2015-07-07-2017-Sentencia.pdf>>.
- “Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes y otro con Ilustre Municipalidad de Nogales” (2018): Corte Suprema, 2 de abril de 2018 (recurso de casación). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2018/04/Sentencia-casaci%C3%B3n-Rol-37273-2017-Nogales.pdf>>.

- “Justo Miranda Vera y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales” (2016): Tercer Tribunal Ambiental, 8 de julio de 2016 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.3ta.cl/wp-content/uploads/2016/07/Sentencia-D-13-2015.pdf>>.
- “Justo Miranda Vera y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales” (2017): Corte Suprema, 7 de marzo de 2017 (recurso de casación). Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=289D21E4A2F7D-0F22B05E4A10F1B8A0A>.
- “Vega Puelles Manuel Humberto con Minera Montecarmelo Sociedad Anónima (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de mayo de 2019 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2019/05/Sentencia-D-32-2016.pdf>>.
- “Veloza Rencoret Hugo Rafael y otros con Consorcio Santa Marta S.A.” (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 11 de mayo de 2018 (demanda por reparación de daño ambiental). Disponible en: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2018/05/D-23-2016-11-05-2018-Sentencia.pdf>>.

ANTECEDENTES, REGULACIÓN PROCESAL Y EFECTIVIDAD NORMATIVA DE LA FIGURA DEL AMICUS CURIAE EN CHILE

BACKGROUND, PROCEDURAL REGULATION AND NORMATIVE EFFECTIVENESS
OF THE *AMICUS CURIAE* FIGURE IN CHILE

Cristián Peña y Lillo Delaunoy

Abogado, Universidad Finis Terrae
Magister en Derecho Ambiental
de la Universidad del Desarrollo
Miembro Abogado Titular Segundo Tribunal Electoral
de la Región Metropolitana cpenaylillod@gmail.com

Jaime Jansana Medina

Abogado, Universidad Central
Doctor en Derecho Universidad de Mendoza©
Redactor del Mensaje del Anteproyecto
de Ley de Bases de Medio Ambiente,
solicitando patrocinio del Ejecutivo
contacto@abogadojaimejansana.cl

RESUMEN: El presente artículo analiza el origen y evolución de la institución del amicus curiae en nuestra legislación nacional, hasta su consagración formal como instituto forense en la Ley N° 20.600. Además, se recogen los requisitos que ha señalado nuestro legislador para la intervención del Amigo de la Corte ante nuestros Tribunales Ambientales, y cómo éstos se han ido delineando a través de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, así como su incidencia en la eficiencia de este instituto procesal en nuestra práctica forense ambiental. Este trabajo pretende identificar dentro de la norma que establece la figura del amicus curiae, aquellos requisitos, efectos y condiciones de su intervención, que pueden ser perfeccionados por nuestro legislador con la finalidad de hacer más expedito el acceso a la justicia ambiental.

PALABRAS CLAVE: Amicus curiae, tribunales ambientales, interés público, interés público ambiental, derecho procesal ambiental, participación ciudadana, justicia ambiental.

ABSTRACT: This article analyzes the origin and evolution of the institution of amicus curiae in our national legislation, until its formal consecra-

tion as a forensic institute in Law Nº 20.600. Furthermore, it includes the requirements indicated by our legislator for the intervention of the Friend of the Court before our Environmental Courts, and how these have been outlined through their doctrinal and jurisprudential interpretation, as well as their impact on the efficiency of this procedural institute in our environmental forensic practice. This work intends to identify within the norm established by the figure of the Amicus Curiae, those requirements, effects and conditions of his intervention, which can be perfected by our legislator with the purpose of making more prompt access to environmental justice.

KEYWORDS: Amicus curiae, environment courts, public interest, environmental public interest, environmental procedural law, public participation, environmental justice.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*

1.1. Antecedentes históricos de la figura del *amicus curiae*

Los antecedentes más remotos de esta figura procesal, se encuentra en el derecho romano. En el tiempo que los jueces consultaban a los abogados de reconocida trayectoria para recibir consejo respecto de la solución del caso (*judex*). Luego, se incorpora especialmente en las legislaciones del *common law*, como Inglaterra, Canadá, Francia y muy especialmente en la legislación estadounidense donde ha tenido su mayor desarrollo.

A este respecto, nuestros tribunales ambientales, han señalado que el concepto de “*amicus curiae*”, corresponde a un trasplante legal desde la tradición del derecho anglosajón, y que existe acuerdo entre académicos que los “amigos del tribunal”, se popularizaron durante el siglo XVII en Inglaterra¹. Luego, se extendió su práctica hacia Estados Unidos de Nor-

¹ A título ilustrativo, podemos indicar que la institución procesal del *amicus curiae* se desarrolló al saber de la práctica judicial inglesa, constituyendo su antecedente más significativo el año 1686, en el cual consta la intervención de sir George Treby, miembro del Parlamento inglés, en el caso “Horton & Ruesby”, quien ilustra al tribunal sobre el contenido de una ley controvertida por las partes. Otro caso, es el de 1812. Conocido como “Schooner Exchange v. McFaddon”, piedra angular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, con claras similitudes a la institución jurídica que nos ocupa. En este litigio se autorizó al fiscal del distrito

teamérica, donde su Corte Suprema ha sido una de las instituciones que más *amicus curiae* acepta².

Originalmente, el “amigo del tribunal” era quien le asistía haciendo ver errores manifiestos. Así, el fallecimiento de una parte. En otros casos, ilustrando sobre leyes que debían ser aplicadas. En la actualidad norteamericana, estos “*amici curiae*”, son abogados que argumentan sobre ciertas materias. Son grupos o personas invitadas por el tribunal para entregar su perspectiva. Sea que se trate de aquellos que amparan la posición de una de las partes, o por otros que no apoyan a ninguna de ellas. En fin, también aquellos que, habiendo tenido la posibilidad de ser parte, perdieron su oportunidad procesal de hacerlo.

Aunque el concepto de *amicus curiae*, contenido en la Ley N° 20.600, tenga una conexión histórica con el originado en el seno del derecho anglosajón, nuestro derecho tiene particularidades diversas que se deben considerar al momento de aplicarlo. Por de pronto, el derecho continental, a diferencia del anglosajón, es codificado, por lo que un tribunal nacional no requiere que un “amigo” le indique alguna norma que se debe aplicar, tal como sucedía en el siglo XVII en Inglaterra, donde el derecho se encontraba en la jurisprudencia. En nuestra realidad, nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia. Esto, en conformidad a lo prescrito en el artículo 8° del Código Civil. A lo más, el tribunal sí puede ser ilustrado sobre novísimas elaboraciones doctrinales o aspectos del derecho comparado que aclaren la discusión legal en algún procedimiento seguido ante los tribunales ambientales³.

Cabe considerar que, en la mayoría de los países de nuestra tradición jurídica, no existe la práctica establecida de permitir a terceros intervenir o participar en un procedimiento judicial, salvo que posean un interés directo en el resultado de la disputa, el cual habitualmente es entendido como de carácter pecuniario. Esta figura, si bien podría asimilarse a la de los terce-

de Pensilvania a realizar una indicación (*suggestion*) al Tribunal que fue finalmente admitida y jugó un papel determinante en el fallo el reconocimiento definitivo y expreso de la institución del *amicus curiae* por parte del Tribunal Supremo se demoraría unos cuantos años más. En 1823, con ocasión del caso “Green v. Biddle”, se solicitó la asistencia de un tercero –el senador Henry Clay– para dilucidar la interpretación de una disposición normativa discutida por las partes en aquel litigio.

² En “I. Municipalidad de San Fabián de Alicó con Comité de Ministros” (2014).

³ Ídem.

ros independientes, recogida por nuestro Código de Enjuiciamiento Civil, resulta distinta a ellos⁴.

1.2. Origen del *amicus curiae* en la legislación nacional

No obstante que la ley de tribunales ambientales, en lo sucesivo LTA, ha sido el primer cuerpo legal nacional que ha reconocido en términos formales y expuestos este instituto procesal, imponiendo condiciones específicas de comparecencia y límites a su intervención, podemos observar que en cuerpos legales anteriores a la vigencia de la LTA, existe también un reconocimiento tácito de esta figura, lo cual permitiría al día de hoy, bajo una práctica procesal flexible, el ejercicio de la misma entidad ante órganos jurisdiccionales distintos a los Tribunales Ambientales.

En efecto, a modo meramente ejemplar, por aplicación de la Ley N° 20.405, que creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Dicho cuerpo legal, en su artículo 3°, numerales 2° y 3°, permitiría a dicho organismo comparecer en calidad de *amicus curiae*, ante diversos tribunales de nuestro país, pues dicha disposición establece que son atribuciones del INDH, el comunicar al gobierno y a los distintos órganos del Estado, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país, además de proponer medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos.

Además, en el DFL N° 1 del año 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, también encontramos una disposición en virtud de la cual es posible la admisión de terceros bajo la figura del *amicus curiae*, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicho precepto, es el artículo 18 N° 2, que dispone que el referido tribunal, tendrá entre sus atribuciones y deberes:

“Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

⁴ ORTEGA (2015), p. 360.

Por otra parte, el profesor don Osvaldo Urrutia Silva, señala que la figura del *amicus curiae*, también ha sido reconocida en la litigación en sede constitucional⁵. El referido catedrático, indica que:

“En varios casos hasta ahora ventilados ante el Tribunal Constitucional, es posible identificar intervenciones de particulares que cumplen un rol equivalente. Pese a no existir regulación específica, el Tribunal ha mostrado una posición flexible a la intervención de terceros en esta calidad o en alguna otra similar (a veces con escritos como “téngase presente” o “formula observaciones”). Por ejemplo, en la causa Rol N° 740-07, caratulada “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (más conocido como “la píldora del día después”), hubo diversas intervenciones de terceros que comparecieron bajo diferentes calidades. Algunos específicamente en calidad de *amici curiae*, y otros simplemente como terceros o a través de informes. En cuanto a dicha procedencia, el Tribunal Constitucional resolvió siempre de lamentable manera con los característicos “téngase presente”, “agréguese a los autos” o “a sus antecedentes”. Recordando el adagio colonial del “se obedece, pero no se cumple”, en la significación específica de una mera formalidad que el tribunal por regla jamás atenderá”⁶.

1.3. Fundamento constitucional del *amicus curiae* en Chile

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra su fundamento en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14, y en el artículo 1° inciso 3°, que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos inter-

⁵ Aparte de los casos que se señalan, agregamos las presentaciones que ha realizado el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ante dicha sede jurisdiccional, en las causas Rol N° 634-2006, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y Rol N° 1723-2010-INC, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. Asimismo, podemos mencionar que el INDH también ha presentado opiniones bajo la figura del *amicus curiae* ante la Corte Suprema en la causa sobre recurso de nulidad Rol N° 2921-2011 y Rol N° 11299-2014, caratulada “Comunidad Agrícola Diaguita Huasco Altinos contra Comisión de Evaluación de la Región de Atacama”.

⁶ FERRADA (2015), p. 188.

medios por parte del Estado. Así, de acuerdo con el artículo 19 N° 14, se asegura a todas las personas:

“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”⁷.

El derecho de petición se funda en el principio de servicialidad del Estado, establecido en el artículo 1° inciso primero y final. En el ejercicio de la soberanía nacional, artículo 5° inciso primero; en el principio de publicidad de los actos de la administración, artículo 8 inciso primero, y en la forma democrática de gobierno, del artículo 4°, todos de la Constitución Política. Además, de su consagración en las Bases Generales de la Administración del Estado.

A partir de estas bases se entiende que los funcionarios públicos son mandatarios del pueblo y deben atender a las peticiones y consultas de los ciudadanos mandantes. Es decir, no es el antiguo del derecho a ruego, sino una manifestación del Estado democrático de derecho. Cabe mencionar que nuestro legislador ha ido superando los límites del derecho de petición, articulando el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos directamente. Primero, a través del artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en virtud del cual se expresa, por ejemplo,

⁷ Respecto a la fórmula utilizada por nuestro constituyente, llama la atención el empleo de la expresión “convenientes”, además de no incluir derecho de respuesta a la petición planteada. Al examinar las Actas de la Comisión Ortúzar, es posible apreciar que el derecho de respuesta fue el tema más debatido, aprobándose finalmente por los comisionados la obligación de la autoridad de dar respuesta expresamente en el texto constitucional. En efecto, la redacción acordada por la referida comisión fue la siguiente: “Es obligación de la autoridad dar respuesta a las peticiones que se le formulen, sin perjuicio de las restricciones que establezca la ley”. Sin embargo, cuando la propuesta fue conocida por el Consejo de Estado, este último decidió eliminar la disposición recién citada, lo cual fue confirmado por la Junta de Gobierno y el texto definitivo, que se mantiene intacto hasta el día de hoy. Incluso, después de haber zanjado el debate en torno a la obligación de respuesta, el señor Silva Bascuñán habla de dos evidentes “encargos” a la legislación pertinente a fin de complementar la regulación constitucional: determinar la sanción para el funcionario que no cumple la obligación y el efecto del silencio por parte de la autoridad. Ninguno de ellos fue acogido, reafirmando una de las conclusiones expuestas por el profesor Nogueira: “El derecho de petición constituye uno de los derechos menos perfilados de la Carta Fundamental y con una construcción dogmática menos desarrollada, con una insuficiente regulación legal, la que solo se refiere a ámbitos parciales del mismo”. NOGUEIRA (2008), p. 89.

en que el Estado reconoce a las personas el derecho a participar en sus políticas, planes, programas y acciones. En segundo lugar, a través del artículo 69 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, pues en virtud de aquel se han implementado múltiples oficinas de información, reclamos y sugerencias (OIRS) en los órganos de la administración central y descentralizada del Estado.

Por otra parte, la participación ciudadana se configura como un derecho que permite al ciudadano presentar objeciones o propuestas que obliguen a los poderes públicos a justificar sus decisiones creando la posibilidad fáctica y jurídica de influenciar en el órgano decisor. La participación genera dos modalidades: participación ciudadana y participación indígena, como especies de un mismo género de legitimidad democrática para la toma de decisión de mayor y mejor calidad. Esto es de la mayor importancia en materia ambiental.

Estos derechos son los prolegómenos del instituto que nos convoca, pero que toma cuerpo y sustancia en el derecho a la tutela judicial efectiva en materia ambiental, que importa el reconocimiento de un derecho prescricional y que reclama del Estado la protección jurídica debida en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia que garantiza una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y la eficacia coactiva de la satisfacción de derechos fundamentales.

En consecuencia, admitida la participación del *amicus curiae*, supone de parte del tribunal ambiental la obligación de hacerse cargo en plenitud y fundadamente de la opinión del *amicus* en la sentencia del asunto sometido a su decisión, ya que esta fluye desde las entrañas mismas de la sociedad motivada por un interés público ambiental, pues de contrario se traiciona la esencia constitucional de la institución encarnada en el derecho de petición y en el amparo de los grupos intermedios, así como también las obligaciones internacionales que ha asumido nuestro país en torno a los denominados derechos de acceso, que buscan asegurar el acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia en materia ambiental.

2. HISTORIA LEGISLATIVA REFERIDA AL *AMICUS CURIAE*

La Ley N° 20.600, ya singularizada con el acrónimo LTA, que incorpora formalmente la institución del *amicus curiae* en la legislación, se inició

por Mensaje N° 1419-357 del presidente de la República, el 28 de octubre de 2009. Su cámara de origen fue el Honorable Senado de la República. El Mensaje y exposición de motivos del Ejecutivo tuvo como rectores, a saber: el disponer de un control jurisdiccional⁸ de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental⁹; que dicho control estuviese a cargo de jueces especializados y no generalistas; que dicho tribunal fuese un organismo de integración mixta; que atendida su especialización y carácter único, proveyese de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados. En efecto, cuando la ley estableció las características de un tribunal ambiental especializado, quiso significar el disponer de un organismo jurisdiccional de carácter exclusivo, atendida la naturaleza de las cuestiones ambientales. Esta afirmación se consideró necesaria por el legislador, en el contexto de nuestra regulación ambiental que se calificó como integrada. Se afirmó en aquella ocasión que muchos asuntos de interés pasan por lo que se denomina regulador ambiental, dada la irrupción del derecho ambiental desde la dictación de la Ley N° 19.300, Bases del Medio Ambiente. Luego, el 3 de noviembre de 2009, con el oficio de consulta N° 923 de la Cámara de origen a la Excma. Corte Suprema, donde se solicitó la opinión de esta última, en atención a que el proyecto que dio origen a la Ley N° 20.500 decía relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

La Excma. Corte Suprema, mediante Oficio N° 274, fechado 10 de diciembre de 2009, presidida en su oportunidad por su titular don Urbano Marín Vallejo, informó favorablemente el proyecto de ley, formulando solo algunas observaciones. Ha de recordarse que el referido proyecto fue informado en dos oportunidades por la Corte Suprema: en agosto de 6 de 2008 (Oficio N° 116) y 6 de junio de 2009 (Oficio N° 127). Ese Excmo. Tribunal se pronunció, en particular, sobre el procedimiento de reclamo

⁸ PÉREZ Y SALGADO (2017), pp. 104-136.

⁹ El control jurisdiccional de los actos de las autoridades públicas parece a primera vista como necesariamente consistente y necesario para la vigencia del Estado de derecho. Desde la perspectiva de la institucionalidad jurídica, parece evidente que la intervención judicial que precisamente verifica la sujeción de una autoridad a dicha institucionalidad es necesariamente favorable al respeto y vigencia de esta. Reconociendo la importancia que puede tener la actuación jurisdiccional para sujetar a la autoridad al derecho, ese artículo, sin embargo, plantea que esa misma actuación jurisdiccional puede llegar a ser también perjudicial para la institucionalidad que regula a una determinada autoridad. Véase CANDIA y URBINA (2017), p. 1.

contra las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente; en aquellos casos que tales resoluciones no se ajusten a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar; al mismo tiempo, observó un eventual exceso recursivo. Como corolario de ese informe, procedió a considerar como un aporte positivo la incorporación a nuestro sistema jurídico de un órgano jurisdiccional especializado en materias ambientales. Sin embargo, a esa fecha, la institución del *amicus curiae* no se encontraba incorporada al proyecto original. En consecuencia, la Corte jamás se pronunció sobre esta importante institución de incidencia participativa y procesal.

La inclusión del *amicus curiae* en el proyecto de ley que dio origen a la LTA se produjo con posterioridad, a través de una indicación parlamentaria. En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la LTA, en el Segundo Informe de Comisiones Unidas, fechado 25 de agosto de 2010, durante el Primer Trámite Constitucional, fue introducida esta institución procesal. Esto sucedió mediante una indicación de la senadora Soledad Alvear Valenzuela¹⁰, la cual hizo suya el Ejecutivo. En dicha ocasión, se dijo que dicha institución “busca permitir que ciertas personas versadas, que cuentan con conocimientos relevantes sobre temas específicos, puedan hacer llegar al Tribunal su opinión, la que tendrá un carácter objetivo porque proviene de la ciencia o arte que se domina”¹¹.

Además, se entendió que “el aporte fundamental de estos informes, es que ellos surgen desde una perspectiva de interés público y, por tanto, com-

¹⁰ Soledad Alvear (Santiago de Chile, 17 de septiembre de 1950). Abogada y política del Partido Demócrata Cristiano. Senadora por la 8ª Circunscripción Santiago Oriente, Región Metropolitana, desde 2006 a 2014. Ministra de la Secretaría Nacional de la Mujer durante el gobierno de Patricio Aylwin Azócar. Ministra de Justicia en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y primera mujer en ocupar el cargo de canciller durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar. Precandidata presidencial por su partido para las elecciones del año 2005. En diciembre de 2005, fue electa senadora en representación de su partido por la Circunscripción N° 8 Santiago Oriente (período legislativo 2006-2014), correspondiente a las comunas de El Bosque, La Cisterna, Las Condes, La Florida, La Granja, La Pintana, La Reina, Lo Barnechea, Lo Espejo, Macul, Ñuñoa, Pedro Aguirre Cerda, Peñalolén, Pirque, Providencia, Puente Alto, San Joaquín, San José de Maipo, San Miguel, San Ramón y Vitacura. Integró las comisiones permanentes de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento; y de Trabajo y Previsión Social, que presidió.

¹¹ Historia de la Ley N° 20.600, p. 531.

plementan la visión del caso que puede formarse el Tribunal. Asimismo, en esa misma instancia legislativa, se concluyó que los informes que hagan llegar los Amicus Curiae son antecedentes para colaborar con el tribunal en la mejor comprensión del asunto en litigio”¹².

En consecuencia, conforme a la discusión parlamentaria, la participación del *amicus curiae* quedaría limitada a dos aspectos: primero, a la evacuación de informes como medio que el tribunal conozca de una opinión experta conforme a la ciencia o arte que profese el informante y, segundo, constituye una colaboración para una acertada inteligencia del asunto sometido al conocimiento del tribunal ambiental, no siendo necesariamente vinculante, pero de consideración obligatoria en la sentencia definitiva, según veremos más adelante.

A pesar de la voluntariedad procesal del ejecutivo que hizo suya la indicación de la senadora Soledad Alvear Valenzuela, la incorporación de esta institución en la LTA no estuvo exenta de reparos durante el proceso de formación de dicha ley. Es del caso mencionar que el profesor don Sergio Montenegro Arriagada manifestó, a título personal, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que:

“La institución del *amicus curiae*, figura absolutamente extraña en nuestra legislación y, aunque haya funcionado bien en Europa y en Estados Unidos, no se aviene con la realidad chilena. Según el proyecto, esta figura correspondería a cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el procedimiento y posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido a conocimiento del tribunal ambiental. Sin embargo, no se establece la entidad que certificará que cumple con tales requisitos y que puede, en consecuencia, participar en la tramitación de la reclamación o la demanda por daño ambiental. Por otra parte, el informe que evacue no es vinculante para el tribunal, de modo que carece de justificación la implementación de esta figura, máxime si se considera que en nuestro sistema procesal es posible solicitar un informe de peritos. A ello debería sumarse que, por la circunstancia de ser un elemento ajeno, sería proclive a determinar ciertos criterios a través de sus planteamientos, que podrían ejercer cierta influencia sobre los miembros del tribunal”.

A favor de esta institución expuso, ante la misma Comisión, el profesor don Juan Domingo Acosta, quien discrepó de lo aseverado por el profesor señor Montenegro. Al respecto señaló que la institución del *amicus curiae*

¹² Historia de la Ley N° 20.600, p. 535.

“es de origen anglosajón y surge como una manifestación de la democracia en aquellos procesos que comprometen el interés público, como los vinculados, a modo ejemplar, con los derechos humanos. En virtud de esta institución, que se utiliza con éxito y frecuencia en Estados Unidos, Inglaterra y en los países de la Unión Europea se permite que los especialistas en el ámbito que se discute tengan derecho a ser oídos en este tipo de procesos”¹³.

Finalmente, en la tramitación parlamentaria, el ejecutivo hizo particular mención de reconocimiento a las indicaciones realizadas por la senadora señora Alvear. También a los aportes de los senadores señores Longueira y Allamand. También valoró las intervenciones, en la aprobación en general del proyecto que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, del senador señor Girardi y la convicción del senador señor Letelier. Manifestó el Ejecutivo que han constituido, entre otros, un aporte significativo en la línea de producir un debate serio y responsable con el objeto de avanzar hacia la creación de tribunales ambientales¹⁴.

¹³ Historia de la Ley N° 20.600, pp. 585-587.

¹⁴ Ha de recordarse que el antecedente principal en la creación de los tribunales ambientales es el “Protocolo de Acuerdo”, que suscribió el Ejecutivo y senadores de los partidos de la Concertación Democrática, de la Coalición por el Cambio e independientes el día 26 de octubre de 2009, en el marco de la tramitación constitucional del Proyecto de Ley que creaba la Nueva Institucionalidad Ambiental, contenido en el Boletín N° 5917-12. Cabe mencionar que en muchos sectores políticos existía la idea de que la Superintendencia del Medio Ambiente, tal como se encontraba concebida en dicho proyecto, contaría con facultades de fiscalización y sanción exorbitantes, de modo que se hacía necesario un tribunal especializado que estuviera a la altura –desde un punto de vista técnico– y pudiera controlar a dicho órgano administrativo, como expresión del debido contrapeso a las decisiones administrativas de carácter ambiental. Se señaló el riesgo que constituía para los administrados las potentes facultades punitivas entregadas a la SMA, que asumía inicialmente los roles de juez y parte del proceso sancionatorio. Si bien había ciertas morigeraciones internas en la propia Ley N° 20.417, de carácter orgánico y procedimental, la sola concentración de dichas funciones en la SMA implicaba un riesgo en cuanto a la forma en que ellas se ejercerían. Es esto lo que determinó tener un tribunal que actuara como contrapeso o un control al *ius puniendi* estatal. Así, a través del Protocolo de Acuerdo mencionado, se garantizó el respaldo parlamentario de las respectivas bancadas para las aprobaciones necesarias, comprometiéndose una rápida tramitación para el proyecto de ley que creaba la nueva institucionalidad ambiental. Como moneda de cambio, el Ejecutivo se obligó a ingresar un proyecto de ley para crear un tribunal ambiental, sobre la base de que sus finalidades serían: (a) actuar como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia; (b) resolver las controversias contenciosas administrativas en materia ambiental, y (c) resolver las demandas por daño ambiental.

3. REGULACIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL CHILENO. CONCEPTO, REQUISITOS Y EFECTOS LEGALES

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 19 de la LTA establece como una disposición común a los procedimientos de reclamación y de demanda por daño ambiental, que dicho cuerpo legal contempla, la institución jurídica del “amicus curiae”, la cual también se conoce como “amigo del tribunal”.

Indica dicha disposición que el tribunal dará publicidad a la resolución que admita a tramitación la acción de reclamación o la demanda por daño ambiental y, dentro de los 30 días siguientes a la publicación de tal aviso, 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, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias, la que deberá ser considerada en la sentencia definitiva, la cual no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso¹⁵.

Mediante dicho instituto procesal se acepta la participación de terceros ajenos a los procesos de reclamación y de demanda por daño ambiental, sean estos una persona natural u organización, a fin de “que puedan efectuar exposiciones al Tribunal que esté conociendo de la causa, fundamentado ello en que tienen algún interés público y no directo ni pecuniario en la materia, participación que se concreta mediante la presentación de un informe, estudio u opinión”¹⁶.

La definición más tradicional del *amicus curiae* se encuentra en el *Black's Law Dictionary*, en donde se describe como:

“Una persona que no es parte en una demanda, pero que solicita al tribunal o es requerida para hacerlo por el tribunal para realizar una presentación en el proceso, porque esa persona tiene un fuerte interés en la materia disputada”¹⁷.

¹⁵ Véase artículo 19 de la Ley N° 20.600 de 2012.

¹⁶ ORTEGA (2015), p. 358.

¹⁷ GARNER (2004), p. 105.

3.1. Requisitos de la intervención del *amicus curiae*

Los requisitos que exige nuestro legislador para que se acepte la participación en calidad de *amicus curiae* en los procedimientos de reclamación y daño ambiental han sido señalados en los incisos 2° y 3° del artículo 19 de la LTA. Dichos requisitos los podemos sistematizar de la siguiente manera: (a) plazo para la intervención del *amicus curiae*; (b) debe tratarse de una persona natural o jurídica; (c) no debe ser parte en el proceso; (d) debe poseer reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del tribunal ambiental; (e) debe invocarse la protección de un interés público, y (f) otras formalidades que debe cumplir la presentación del *amicus curiae*.

A continuación, nos dedicaremos al análisis de cada uno de los mencionados requisitos:

- a) Plazo para la intervención del *amicus curiae*. La persona natural o jurídica, que no siendo parte en los procesos de reclamación o de daño ambiental, y cumpliendo los requisitos que se señalan en los incisos 2° y 3° del artículo 19 de la LTA, a los cuales nos referiremos más adelante, que desee intervenir en dichos procesos, a través de la figura del *amicus curiae*, lo deberá hacer dentro de los 30 días siguientes a la publicación del aviso que el tribunal ambiental está obligado a efectuar en su sitio electrónico, respecto de la resolución que admite a tramitación la reclamación o la demanda por daño ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 19 de la LTA.

Con respecto a este plazo, debemos señalar que, en los albores de la judicatura ambiental nacional, nuestra jurisprudencia consideró que se trataba de un plazo de días corridos. En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-34-2014, caratulada “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Director Nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería”, con fecha 10 de julio de 2014, resolvió rechazar la intervención del *amicus curiae* en razón a la extemporaneidad de su presentación y a la falta de acreditación de la reconocida idoneidad técnica y profesional exigida por el artículo 19 de la Ley N° 20.600. En relación al plazo, se indicó:

“Como ha resuelto uniformemente este Tribunal, los plazos contenidos en dicha Ley son de días corridos salvo disposición expresa en contrario, como ocurre exclusivamente en el caso del inciso séptimo del artículo 24.

No corresponde la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil (CPC), por cuanto para utilizar la regla contenida en el citado precepto, es requisito fundamental que el plazo de días se encuentre contenido en el CPC y no en otro cuerpo legal, como ocurre en la especie, pues el plazo está expresamente estipulado en el artículo 19 de la Ley N° 20.600”.

Cabe decir que el criterio anterior se encuentra superado, tras los acuerdos adoptados por el Segundo Tribunal Ambiental con fecha 17 de junio de 2016, sobre “la naturaleza y el cómputo de los plazos de las acciones contempladas en el art. 17 y los restantes plazos de procedimientos regulados en la Ley N° 20.600”. Dichos acuerdos se encuentran contenidos en el Acta de Sesión Extraordinaria N° 35-2016, y en ella se señala, en relación al plazo en estudio:

“Que todos los restantes plazos contenidos en la Ley N° 20.600, por tratarse de plazos judiciales y por expresa disposición de su artículo 47, en relación con lo dispuesto en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, constituyen plazos judiciales, entendiéndose por inhábiles los días domingos y festivos”.

- b) Debe tratarse de una persona natural o jurídica, es decir, se permite una amplia legitimación para actuar en calidad de *amicus curiae*, siempre que se trate de personas naturales y de personas jurídicas que cuenten con personalidad vigente, entre las cuales podemos señalar, por vía ejemplar, a las sociedades civiles o comerciales, corporaciones, asociaciones, fundaciones, organizaciones de interés público, organizaciones comunitarias funcionales, tales como juntas de vecinos y uniones comunales, organizaciones deportivas, entidades religiosas, comunidades, cooperativas y asociaciones indígenas. Por ende, según Méndez, se debe excluir a los colectivos de personas vinculados por antecedentes de hecho o de derecho en común que no cuenten con personalidad jurídica¹⁸.
- c) No debe ser parte en el proceso. Al *amicus curiae* se le exige la condición de tercero ajeno al proceso, es decir, que no haya comparecido al proceso como parte directa o como tercero coadyuvante o independiente y que tampoco tenga un interés actual en los resultados del juicio.

¹⁸ MÉNDEZ (2017), p. 206.

Según el profesor Urrutia, este requisito encuentra su fundamento en que el *amicus* no tiene un *interés particular en el resultado del juicio* como ocurre con las partes directas (o terceros), sino que su comparecencia en el procedimiento estará fundada más bien en “*la protección de un interés público*”. Es un tercero que asiste y eventualmente ilustra al tribunal aportando información, una opinión o un argumento específico, sea que recaiga sobre los hechos o sobre el derecho aplicable¹⁹.

Por su parte, añade la profesora Aguirrezábal que esta exigencia responde a la necesidad que su participación se limite a proporcionar información que obedezca a cuestiones de carácter jurídico respecto de las cuales el órgano jurisdiccional pudiese tener poca claridad, lo que no quiere decir que el tercero no posee un interés en la forma cómo el litigio se resolverá en definitiva²⁰.

De esta manera, entendemos que el *amicus* debe carecer de intereses directos en los resultados del juicio, más allá de los motivados por la legítima protección de un interés público ambiental de carácter supraindividual. Dicho interés, de manera alguna, podrá alinearse o identificarse con el interés privado de alguna de las partes del proceso o con el propio. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto que “la opinión del *amicus* debe ser objetiva e independiente, esto es, totalmente desvinculada de las partes en el proceso, sin perjuicio de que puedan coincidir, contradecir o ser ajenas a las argumentaciones de las mismas”²¹. Sobre este último punto, queremos destacar que en el contexto de la causa Rol R-22-2014, el mismo tribunal reafirmó la necesidad de independencia respecto del *amicus*, señalando:

“[...] el *amicus curiae* es una institución que exige total independencia respecto de las partes del juicio, como se desprende del artículo 19 de la Ley N° 20.600”²².

Ahora bien, en cuanto a la independencia del *amicus*, como requisito de su admisión procesal ante los tribunales ambientales, queremos

¹⁹ MÉNDEZ (2017), p. 205.

²⁰ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 27.

²¹ “De la Vega y otros con Comité de Ministros” (2016).

²² “Dognac con Ministerio del Medio Ambiente” (2014).

destacar una situación que se dio en la causa Rol R-2-2014, seguida ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, caratulada “Carlos Montoya Villarroel con Superintendencia del Medioambiente”. En dicha reclamación, el 1 de abril de 2014, el Sr. Juan Pallarés solicitó intervenir como tercero coadyuvante y, en subsidio, como *amicus curiae*. El citado Tribunal Ambiental, mediante resolución de 10 de abril de 2014, decidió rechazar tanto la solicitud principal como la subsidiaria planteada por el Sr. Pallarés. Lo relevante en este caso es que el rechazo de la solicitud subsidiaria de participación del Sr. Pallarés en calidad de *amicus curiae* se fundó en la falta de antecedentes para acreditar la idoneidad, cuando, en la especie, consideramos que la causa de rechazo debió centrarse en aspectos de fondo circunscritos en la carencia del requisito de independencia del *amicus* respecto de las partes, el cual se evidenciaba por el manifiesto interés que expresaba el Sr. Pallarés de ser admitido en el proceso como tercero coadyuvante y, subsidiariamente, en calidad de *amicus curiae*. Estimamos que la solicitud de una persona, tendiente a que se le permita participar en un proceso como tercero, sea coadyuvante o independiente, impide *per se* la posibilidad de que dicha persona, en la misma causa pero por la vía subsidiaria, sea admitida a participar en él como *amicus curiae*, pues ambas solicitudes, aunque se planteen en forma subsidiaria, colisionan entre sí, en el plano de los intereses que ambos institutos establecen como exigencias para la admisión de terceros en los procedimientos regulados en la LTA.

- d) Debe tener una reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del tribunal ambiental. Este criterio hace mención al “reconocimiento”, a la “idoneidad técnica” y a la “idoneidad profesional” del *amigo de la corte*. Al igual como sucede en el caso de los testigos expertos, el “reconocimiento”, “la idoneidad técnica” y “la idoneidad profesional” del *amicus* deberá acreditarse ante el tribunal ambiental. Para ello, el *amicus* deberá acompañar, en su presentación, los antecedentes que permitan al tribunal establecer el reconocimiento e idoneidad exigido por nuestro legislador.

Con respecto al elemento de “reconocimiento”, consideramos que será apto para satisfacer este requisito que el *amicus* acompañe a su presentación los antecedentes necesarios en los cuales se exterioriza

tal reconocimiento, tales como *curriculum vitae*, premios, publicaciones, certificados académicos, grados académicos, etc., todo con el objeto que el tribunal pueda establecer el señalado “reconocimiento” manifestado por el *amicus*.

En cuanto a la “idoneidad técnica”, esta condición indica que un *amicus curiae* debe tener competencias y/o habilidades técnicas. Esto determina que se encuentra en condiciones de analizar uno o más aspectos controvertidos en el proceso judicial tramitado ante tribunales ambientales. En este sentido, la ley le entrega un margen de discreción a los sentenciadores, ya que la idoneidad técnica dependerá de la “*materia objeto del asunto sometido a al conocimiento del tribunal ambiental*”. Esto quiere decir que la idoneidad técnica exigida por un tribunal ambiental, al momento de evaluar la admisibilidad del escrito de *amicus curiae*, dependerá tanto del nivel de complejidad requerido para analizar los aspectos en controversia como de la disciplina de conocimiento relacionada con la materia tratada. En otras palabras, no basta con que una persona sea idónea en sus competencias técnicas para participar como *amicus curiae*. En efecto, si dicha idoneidad existe en un ámbito disciplinario diferente de la materia relevante en controversia, su condición de *amicus curiae* no cumpliría el criterio de idoneidad. Lo mismo podría esperarse del *amicus* que presente argumentos que parcialmente escapen a sus competencias técnicas. Aquí cabe señalar que la participación como *amicus curiae* se permite también a personas jurídicas. Por lo tanto, pueden presentar escritos de *amicus curiae* equipos de profesionales, que en conjunto cuenten con la idoneidad técnica para elaborar argumentos relacionados con aspectos controvertidos juzgados en tribunales ambientales²³.

En relación a la “idoneidad profesional” exigida en la ley, esta condición se vincula estrechamente con la “idoneidad técnica” y con la “experiencia profesional”. Esto supone que la persona o entidad haya acumulado por medio de la práctica, competencias técnicas a través del tiempo. Por ello, pueden ser relevantes como antecedentes fundantes de esta idoneidad profesional, aspectos tales como los años de experiencia laboral de personas naturales o la antigüedad,

²³ MIRANDA y HENRÍQUEZ (2015), p. 66.

reputación y experiencia laboral de empleados o miembros de organizaciones en el caso de personas jurídicas. En este contexto, las publicaciones, así como artículos académicos y libros relacionados con la materia a tratar por un tribunal ambiental, podrían ser considerados para acreditar la idoneidad profesional de un aspirante a *amicus curiae*²⁴.

En consecuencia, de acuerdo a la LTA, la presentación de escritos de *amicus curiae* debe disponer de antecedentes suficientes que le permitan al tribunal apreciar y ponderar el reconocimiento respecto a la idoneidad técnico-profesional exigida, así como también su vinculación con la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del tribunal ambiental, pues, como dice la profesora Aguirrezábal, pudiera ocurrir que dicho vínculo parezca evidente a “ojo de buen cubero”, pero no serlo estrictamente a juicio del tribunal²⁵.

- e) Debe invocarse la protección de un interés público. Siguiendo a Miranda y Henríquez, quien se presente como *amicus curiae*, debe “invocar” la protección de un “interés público”. Al respecto, nuestra jurisprudencia, en relación a la identificación de este “interés público” por parte del *amicus* en su presentación, ha señalado:

“[...] no basta invocar un determinado interés público en forma genérica, sino que, atendido el carácter de la institución del *amicus curiae*, quien pretenda actuar en tal calidad debe, como requisito *sine qua non*, indicar en forma concreta, cómo su opinión experta sobre el caso, puede colaborar con el interés público que a su juicio se encuentra comprometido”²⁶.

Cabe considerar que el concepto de “interés público” que menciona el artículo 19 de la LTA no se encuentra definido explícitamente en dicha disposición y tampoco encontramos antecedentes al respecto en el proceso de discusión legislativa de la LTA, por lo cual hemos de entender que nuestro legislador ha dejado que sus contornos conceptuales sean precisados por la actividad jurisdiccional de nuestros tribunales ambientales.

²⁴ Ídem.

²⁵ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 27.

²⁶ “Centrales Hidroeléctricas de Aysén con Comité de Ministros” (2014).

Debido a lo anterior, y con el fin de acercarnos a una conceptualización del término “interés público”, debemos indicar que nuestra Constitución no se refiere al “interés público”, sino que solo a los conceptos de “bien común”, “interés nacional” o “utilidad pública”. Por su parte, si recurrimos a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, podemos observar que en su artículo 52, sobre probidad administrativa, se refiere al concepto de “interés general”, lo cual podría ser un acercamiento al término en cuestión, pero sin ser necesariamente lo mismo.

No obstante lo anterior, en la Ley N° 20.500²⁷, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, podemos encontrar una referencia expresa al término “interés público”. En efecto, en el artículo 15 de dicho cuerpo legal se señala:

“Son organizaciones de interés público, para efectos de la presente ley y los demás que establezcan leyes especiales, aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el Catastro que establece el artículo siguiente”.

Como se puede observar, la Ley N° 20.500, si bien hace alusión al término de “interés público”, lo circunscribe a las finalidades de las organizaciones que dicho cuerpo legal regula, indicando que serán organizaciones de interés público “aquellas cuya finalidad sea la promoción del interés general en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común”. De esta manera, podemos señalar que, un primer esbozo conceptual del “interés público”, encuentra su génesis en la Ley N° 20.500, y dice relación con el interés general de la sociedad en materias vinculadas con derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquiera otra de bien común.

En la literatura internacional no es fácil encontrar definiciones estandarizadas sobre el uso del concepto de interés público. Como referencia, Miranda y Henríquez señalan:

²⁷ Ley N° 20.500 de 2011.

“Schmidt-Assmann (2003), desarrollan el concepto de interés público en relación al interés privado, señalando que dichos autores expresan que los *intereses públicos*, son aquellos que se encaminan directamente a procurar el interés general, y que si bien, no son idénticos al interés general, en la medida que se preocupan por la comunidad, tienen una tendencia a convertirse en el interés general. [...] Ambos tipos de interés (público y privado) no son, a menudo, sino estadios previos en el camino para la formación paulatina del interés general. Por eso, en esta fase inicial no se puede establecer una separación tajante entre intereses públicos y privados. Un interés puede reunir al mismo tiempo las características de unos y otros. Con frecuencia, los intereses públicos y privados se mueven en paralelo a corta distancia, se apoyan entre sí o se entrelazan unos con otros”²⁸.

Ahora bien, como podemos observar, el “interés público” forma parte del conjunto de conceptos jurídicos indeterminados o vacíos que existen en nuestro derecho. Y es en base a ello que se le permite al juez adecuar la norma en cada caso específico, aplicando criterios de la sana crítica.

Respecto de lo anterior, García de Enterría opina:

“[...] la ley refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto [...] la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesta que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”²⁹.

Fruto de la carencia de una definición legal respecto del concepto “interés público”, en lo sucesivo expondremos cómo nuestra jurisprudencia ambiental ha ido construyendo los contornos conceptuales del “interés público” en diversas resoluciones en las que se ha referido extensamente al mismo.

En primer lugar, queremos destacar lo dicho por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, el cual, en relación al “interés público invocado”, ha señalado que:

²⁸ MIRANDA y HENRÍQUEZ (2015), pp. 67-68.

²⁹ GARCÍA y FERNÁNDEZ (2006), p. 463.

“[...] aun cuando éste se trata de un concepto que ha sido denunciado como ‘vacío’, lo cierto es que guía con efectividad a la institución del *amicus curiae*. Para lo anterior, indica el órgano jurisdiccional que, una definición tradicional de interés público, fue propuesta por el periodista Walter Lippmann el año 1956, quien señaló que: ‘El interés público podría presumirse como aquello que... (la gente) elegiría si vieran claramente Si pensarían racionalmente, y actuaran desinteresada y benevolentemente’. De este modo, la idea de interés público, excluye el interés privado. Por eso cualquier atisbo de parcialidad deberá impedir que una solicitud de *amicus curiae*, tenga otro destino que ser rechazada”.

En esta misma línea, el Tercer Tribunal Ambiental indica:

“[...] basados en el trabajo de Richard Posner y de la profesora Helen Anderson, es posible sostener que el interés público impone el deber al *amicus curiae* de abstenerse de emitir una opinión partisana, impertinente, inútil, o superficial; puesto que no es una simple opinión, sino una ilustración, información o perspectiva únicas sobre los intereses, derechos y obligaciones que una controversia medioambiental entre partes puede acarrear a un grupo determinado de personas que se encuentran excluidas procesalmente de actuar en un procedimiento seguido ante un Tribunal Ambiental. En este contexto, la opinión que vierte el *amicus curiae*, es independiente de las partes –la misma ley le desconoce la calidad de parte–, y tiene como único objetivo asistir al Tribunal entregando argumentos relevantes que no se habrían presentado de otra forma. En esencia, el amigo del tribunal ‘busca la protección y bienestar de la sociedad considerada como un todo’”³⁰.

Finalmente, el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia ha dicho:

“[...] el concepto de ‘interés público’, es un concepto antiguo, que ya aparece en los trabajos de los filósofos como Platón, Aristóteles, Hobbes, Rousseau y muchos otros, reiterando lo ya expuesto, es decir, que éste dice relación con ‘la búsqueda de la protección y el bienestar de la sociedad considerada como un todo’”³¹.

Como podemos observar, el esbozo conceptual que ha realizado el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, respecto al concepto de “interés público”, se encuentra alineado con el “bien común”, que es

³⁰ “I. Municipalidad de San Fabián de Alicó con Comité de Ministros” (2014).

³¹ “Centrales Hidroeléctricas de Aysén con Comité de Ministros” (2014).

aquel bien que no es propiedad privada de ninguna persona. Por el contrario, corresponde a todos, y es utilizado por todos como, por ejemplo, el aire, el agua de lluvia, el mar, la luz del sol. Recordemos que el medio ambiente constituye, en los términos del artículo 15 de la Ley N° 20.500, una de las materias vinculadas al “interés público”, la cual se inserta, en conjunto con otras, dentro del concepto que en su conjunto definen el “bien común”, tales como los derechos ciudadanos, asistencia social, educación y salud, según lo indica tal disposición.

La idea de que el “bien común” constituye el fin último del derecho, tiene su origen y desarrollo en la filosofía aristotélico-tomista, y es, en torno a ella, que se ha delineado jurisprudencialmente el concepto de “interés público”, el cual se ubica en un espacio colectivo o global, de modo tal que, en palabras de Bordalí, “involucren al conjunto de la sociedad o a una parte importante de ella”³², tal como lo hemos expresado en los párrafos anteriores.

De acuerdo a la profesora Maite Aguirrezábal, “el interés público que debe acreditar el *amicus curiae* es de naturaleza supraindividual”³³, expresión que, a su juicio, resulta más adecuada que la de interés público, lo cual, según esta autora, “justificaría la presentación de argumentos jurídicos a quienes no son parte en el proceso o no poseen un interés directo en el mismo”³⁴.

Ahora bien, tomando las palabras del profesor Fernando Dougnac Rodríguez:

“[S]i analizamos el contexto de la LBGMA en conjunción con las normas que crearon los tribunales ambientales, podemos llegar a la siguiente conclusión: A saber: el ‘interés público’ que se busca resguardar no es otro que el ‘interés público ambiental’. Ello no es una tautología. Es la clave como deben interpretarse las normas legales sobre la materia. En efecto, nos movemos en estas materias, mas en un mundo de incertezas que certezas. Pero día a día se hacen más progresos y se toma más clara conciencia de que el mundo en el cual vivimos es un mundo finito. Que los recursos no son inagotables. Pero esta no es una convicción económica. Es la

³² BORDALÍ (2019), p. 69.

³³ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 29.

³⁴ Ídem.

constatación fáctica de un hecho cada vez más relevante. Si no se protege debidamente el medio ambiente, la vida misma de los seres humanos está en peligro. Hasta hace pocas décadas atrás, por ejemplo, se ponía en duda la verdad del cambio climático. Hoy, la porfiada realidad nos está demostrando trágicamente que existe y que cada vez más nos está afectando en forma más radical”³⁵.

En palabras más apropiadas al léxico jurídico, indica el profesor Dougnac:

“[S]e deben aplicar en la interpretación de la ley ambiental los principios ambientales que informan esta rama del derecho, tal como el principio “pro natura”, que, a semejanza del principio “pro homine”, en los derechos humanos, o el principio “pro trabajador”, en el marco laboral, tratan de encontrar el sentido último de la norma legal a fin de lograr la adecuada protección de lo que ella busca resguardar”³⁶.

Así, el núcleo del “interés público”, en estas materias debe llevar al juez a la protección de los valores que la Constitución encarna y que la fundamentan. Esto cristaliza claramente en la garantía explicitada en el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Si se analiza en cierta profundidad lo que allí se establece, se verá que el verbo rector que se emplea en ella es el mismo que se utiliza en su N° 1: “vivir”. La protección del medio ambiente no es otra cosa que la protección de la vida, mirada desde el punto de vista de la dependencia absoluta que el hombre tiene del medio ambiente, sin el cual su vida es imposible. La concentración del ser humano en grandes ciudades, sumado a los avances tecnológicos extraordinarios de los últimos tiempos, ha hecho olvidar al hombre esta íntima relación, pensando equívocamente en su propia autarquía. Ello es una falsedad absoluta, pero pareciera no importar³⁷.

En este sentido, señala el profesor Dougnac Rodríguez que la norma constitucional en comento ciertamente persigue que esos valores tengan plena aplicación dentro de la vida social, y específicamente en los juicios ambientales. Pero, dado que la defensa ambiental en estrados no se hace en abstracto, sino que sobre hechos concretos

³⁵ DOUGNAC (2014), p. 3.

³⁶ Ídem, p. 4

³⁷ Ídem.

y a través de las reglas de un procedimiento dado, los “vacíos” que ella por ahora pueda presentar, y que no se encuentren dentro de los principios que informan esta rama del derecho, deben ser suplidos por los principios generales del derecho. O, si se quiere, por la equidad. Desde la óptica de la debida protección a la naturaleza, no solo a la naturaleza en sí, lo que ya es un valor, sino que por lo vital que su mantención representa para la mantención de la vida humana.

Esta protección no es romántica ni obedece a un interés meramente “conservador”. Por el contrario, constituye el cumplimiento de la obligación más importante que recae sobre la sociedad y el Estado: la protección de la vida humana. El hombre no puede vivir sin la naturaleza. Lo natural, en cambio, puede efectivamente continuar sin nosotros. La prehistoria y la historia así lo han demostrado. Muchas especies se han extinguido sucesivamente. La tierra, sin embargo, ha seguido existiendo. Ha adoptado nuevas formas de vida. El ser humano no es una excepción a este trágico hecho. Sin conciencia no habrá futuro³⁸.

En consecuencia, si el interés público es de tan significativa relevancia, al igual que la idoneidad, imparcialidad y calificación de quien sirva al instituto del *amicus curiae*, pareciera un olvido inexcusable de nuestro legislador nacional el haber omitido su consolidación a través del establecimiento de su definición legal en la LTA, en términos tales de efectivizar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 8 de nuestra Carta Fundamental.

3.2. Requisitos formales que debe contener la presentación del *amicus curiae*

Además de los requisitos señalados precedentemente, de los incisos 2° y 3° del artículo 19 de la LTA se puede extraer que la opinión del *amicus curiae* deberá cumplir, asimismo, con los siguientes requisitos formales: (a) deberá ser presentada por escrito y contener sus comentarios, observaciones o sugerencias; (b) deberá contar con el patrocinio de abogado, aplicándose, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley

³⁸ Ídem.

Nº 18.120³⁹, sobre comparecencia en juicio; (c) deberá acompañar su opinión escrita de tantas copias como partes litigantes hubiere; y (d) deberá acompañarse, en su opinión escrita, de los antecedentes que acrediten la idoneidad técnica y profesional del amigo de la corte.

3.3. Efectos de la presentación efectuada por el *amicus curiae*

La presentación de la opinión efectuada ante el tribunal ambiental por el *amicus curiae* en los procedimientos de reclamación y demanda por daño ambiental producen los efectos que se encuentran señalados en los incisos 4º y 5º del artículo 19 de la LTA.

Ellos son los siguientes:

- a) La entrega de la opinión escrita no suspenderá ni alterará la tramitación del procedimiento. De acuerdo a lo indicado en el inciso 4º del artículo 19 de la LTA, “La entrega de la opinión escrita no suspenderá ni alterará la tramitación del procedimiento”. Esto se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 del mismo cuerpo legal, que dispone: “Los incidentes que se promuevan no suspenderán el curso de la causa principal”.
- b) En caso de ser aceptada la opinión del *amicus*, el tribunal deberá considerarla en la sentencia definitiva. En efecto, su “*consideración en la sentencia definitiva*” implica que el tribunal ambiental deberá referirse a la opinión del *amicus* en lo expositivo de lo sentencia y hacerse cargo de la misma en la parte considerativa del fallo, en el sentido de indicar si dicha opinión le ha permitido al tribunal una mejor comprensión del asunto en litigio o no. En caso de omitir la consideración del informe del *amicus* que ha sido aceptado en el procedimiento en la sentencia, esta podrá adolecer de un defecto que podrá hacerse valer a través del recurso de casación contenido en el artículo 26 de la LTA.

No obstante que nuestro legislador obliga al tribunal ambiental, una vez aceptada la opinión del *amicus*, a considerarla en la sentencia definitiva, podemos observar que, en la práctica judicial, tal consideración se ha producido con distintos grados de intensidad.

³⁹ Ley Nº 18.120 de 1982.

En efecto, es posible constatar que las opiniones del *amicus* han sido consideradas por los tribunales ambientales en sus sentencias, limitándose a expresar en lo expositivo de los fallos que solo se han presentado en la causa escritos de parte de *amicus curiae*, sin hacerse cargo de tales opiniones en lo dispositivo de la sentencia. Esto es lo que denominamos como una consideración de baja intensidad respecto de las opiniones de los *amicus* en las sentencias de los tribunales ambientales, y ejemplo de aquello lo podemos encontrar en las causas Rol R-3-2014, caratulada “Ilustre Municipalidad de San Fabián de Alico con Director Regional (subrogante) del Servicio de Evaluación Ambiental”, y Rol R-31-2016, caratulada “Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región del Bío-Bío y otro”, ambas seguidas ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. En este mismo grupo podemos mencionar a la causa Rol R-173-2018, caratulada “Comunidad Agrícola La Dormida con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”, seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Además, se puede observar que, en otras situaciones, nuestros tribunales ambientales no solo se han limitado a constatar la presentación de las opiniones del *amicus* en la parte expositiva del fallo, sino que han hecho una mención de ellas en lo dispositivo. Cabe hacer presente que dichas consideraciones difieren en cuanto a su intensidad, ya que, por un lado, encontramos sentencias en las cuales se hace una referencia genérica de la opinión del *amicus* en alguno de los considerandos del fallo, mientras que, en otras ocasiones, tal consideración ha sido más intensa, al igual que la participación del *amicus* en el proceso. Dentro de este grupo, podemos mencionar las causas seguidas ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol R-22-2014, caratulada “Fernando Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente”, en donde la opinión del *amicus* fue considerada en lo dispositivo de la sentencia en forma intensa, y Rol R-86-2015, caratulada “Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”, con una baja consideración de la opinión del amigo de la corte en lo dispositivo del fallo. Respecto a causas seguidas ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, debemos destacar, por la intensidad en que fue

considerada en la sentencia la opinión del *amicus*, al igual que la participación que este tuvo en el proceso, la causa Rol R-42-2017, caratulada “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Comité de Ministros”.

Ahora bien, el grado de consideración que hemos observado en las sentencias referidas por parte de nuestros tribunales ambientales de las escasas opiniones de *amicus*, que han sido aceptadas en los procedimientos que conocen dichos órganos jurisdiccionales, es bajo y se limita en la mayoría de las veces solo a incluir en lo expositivo del fallo una referencia genérica de haberse aceptado la opinión, y una descripción de su línea argumentativa, sin hacerse cargo de ella en su parte dispositiva de una manera adecuada, es decir, mediante la ponderación de los argumentos del *amicus* y su consecuente aceptación o rechazo.

- c) La presentación de la opinión escrita no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso. La disposición contenida en el inciso 5° del artículo 19 de la LTA, viene a reafirmar la condición de tercero ajeno que detenta el *amicus* ambiental en los procedimientos de reclamación y daño ambiental, pues, al no ser considerados como partes en dichos procesos, éstos se encuentran excluidos de ejercer los derechos y cumplir con las cargas u obligaciones que son inherentes a la calidad de parte en una relación procesal, limitando exclusivamente su posibilidad de actuación a la presentación escrita de su opinión. De esta manera, no podrán realizar actos de alegación, prueba o impugnación dentro de los procedimientos ambientales en donde está permitida su actuación.

Si bien es cierto, el inciso final del artículo 19 limita la posibilidad de actuación del *amicus* solo a la presentación de su opinión escrita en el proceso. Ello no obstaría a que el tribunal, si lo considera necesario, disponga la citación del *amicus* a una audiencia pública a fin de que explique o exponga en relación a su opinión, pues consideramos que la limitación referida dice relación solo respecto a las actuaciones procesales que emanen del *amicus* en el proceso como un hecho voluntario del mismo, y no aquellas actuaciones procesales que disponga el tribunal dentro del marco de una medida para mejor resolver.

3.4. Examen de admisibilidad de la presentación del *amicus curiae*

A pesar de que el legislador no lo indica, el tribunal deberá ejercer un control de admisibilidad formal del escrito que contiene la opinión del *amicus curiae*. Esto, con el objeto de determinar si esta cumple con todos los requisitos que establece el artículo 19 de la LTA.

En este examen de admisibilidad, si el tribunal observa que la presentación del *amicus curiae* cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 19 de la LTA, la tendrá por presentada. En cambio, si la opinión contiene defectos formales susceptibles de depurarse, declarará una inadmisibilidad transitoria o momentánea. Esto, hasta que el *amicus curiae* corrija el defecto dentro del plazo perentorio que se le señale al efecto. En caso de no hacerlo, se hará efectivo el apercibimiento, mutando la sanción a una caducidad⁴⁰.

Hacemos la salvedad que consideramos que el examen de admisibilidad que puede realizar el tribunal ambiental se encuentra circunscrito exclusivamente a los aspectos formales de dicha presentación; en ningún caso puede importar un examen acerca del fondo de la opinión ni de los comentarios, observaciones o sugerencias contenidos en la misma.

3.5. Efectividad normativa de la institución del *amicus curiae*

El reconocimiento de la figura del *amicus curiae* en la LTA no debe entenderse como una mera expresión de voluntad de nuestro legislador, en torno a permitir, por medio de este instituto procesal, que la sociedad participe motivada por un interés público ambiental, en los procedimientos judiciales en los cuales se acepta su intervención ante los tribunales ambientales, sino que la precisa y positiva decisión del legislador de cumplir con los mandatos claros y contundentes que se encuentran contenidos en los Principios 10 y 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992, en virtud de los cuales el Estado chileno se encuentra obligado a asegurar que toda persona tenga acceso a la información, a la participación en la toma de decisiones y pueda acceder a la justicia en asuntos ambientales, con el fin de garantizar el derecho a un

⁴⁰ CARRASCO (2016), p. 45.

medio ambiente sano y sostenible de las generaciones presentes y futuras, así como también promulgar leyes sobre medio ambiente eficaces.

El *derecho de acceso a la justicia ambiental* es a través del cual se le reconoce a la persona la capacidad y legitimación de actuar ante los órganos competentes establecidos por ley tanto para garantizar el ejercicio de los dos primeros derechos (acceso a la información y acceso a la participación pública) como para solicitar directamente la defensa del medio ambiente afectado por actos u omisiones de particulares o de la administración. 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 tanto el principio de oficialidad como la competencia para analizar y resolver todos los elementos de la impugnación, cualquiera sea su carácter técnico o científico. Se impone tal relevancia, puesto que es una de las principales herramientas para equilibrar el desarrollo con la sustentabilidad⁴¹.

Parafraseando al ministro de la Excma. Corte Suprema, don Sergio Manuel Muñoz Gajardo:

“[...] el derecho de acceso a la justicia ambiental, como derecho procedimental que concreta el derecho a vivir en un ambiente sano, constituye uno de los mecanismos a través del cual los ciudadanos participan en el control del cumplimiento de las normas ambientales. Al respecto, dicho jurista señala que cierta doctrina ha considerado que la configuración del derecho a vivir en un medio ambiente sano como un derecho procedimental puede ser más eficaz para conseguir las finalidades pretendidas que su configuración como derecho sustantivo. En consecuencia, para obtener el objetivo perseguido por este derecho de índole colectivo, que resguarda intereses difusos, habrá de crearse un sistema de normas que apunten a desarrollar los aspectos más relevantes del contenido del derecho: el acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia en materia ambiental”.

Ahora, con relación a la efectividad normativa de la institución del *amicus curiae*, se hace necesario que en forma preliminar brindemos una

⁴¹ MUÑOZ (2016), p. 17.

breve explicación de los términos eficacia, efectividad y eficiencia. Para lo anterior, nos centraremos en las explicaciones que nos ha dado al respecto el jurista costarricense Mario Peña Chacón, quien nos explica que los términos *eficacia*, *efectividad* y *eficiencia* suelen utilizarse de manera indiferenciada e incluso como sinónimos; sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, poseen connotaciones especiales que posibilitan su distinción. La *eficacia* de las normas está vinculada estrictamente a la posibilidad de producir efectos jurídicos y, por tanto, de ser aplicadas de manera plena e inmediata. Tratándose de leyes, la eficacia se da a partir de su entrada en vigor⁴². Los actos administrativos de contenido general despliegan efectos luego de su debida publicación, mientras que los actos administrativos de alcance individual a partir de su notificación⁴³.

Por su parte, la *efectividad normativa* está vinculada al logro de la totalidad de objetivos y metas trazados por el ordenamiento jurídico, así como a su aplicación, observancia y cumplimiento de forma sostenida y recurrente. Mientras tanto, la *eficiencia* implica la capacidad para lograr los objetivos y metas impuestos por la normativa promulgada empleando los mejores medios disponibles y, por tanto, al menor costo económico, social y ambiental posible⁴⁴.

De esta manera, el profesor Peña Chacón concluye que una norma será eficaz una vez que es promulgada y puesta en vigencia, independientemente de su grado de aplicación, del cumplimiento pleno de sus objetivos y del uso de los mejores medios existentes. Por su parte, para poder catalogar una norma como efectiva, es necesario primero verificar su eficacia en los términos antes expuestos, así como su aplicación sostenida y recurrente, y el cumplimiento pleno de sus objetivos. La norma será efectiva cuando logre cumplir a cabalidad el propósito por el cual fue creada. Por último, la eficiencia será alcanzada únicamente cuando además de eficaz y efectiva, la norma logre cumplir sus objetivos y metas utilizando los mejores y más

⁴² El artículo 6° del Código Civil Chileno dispone: “La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen”.

⁴³ De acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 51 de la Ley N° 19.880: “Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general”.

⁴⁴ PEÑA (2016), pp. 49-51.

adecuados medios disponibles, y al menor costo e impacto social, ambiental y económico⁴⁵.

Dicho lo anterior, la escasa presencia de opiniones de *amicus curiae* en la práctica forense ambiental nacional denota un síntoma de falta de eficiencia de la norma que los consagra legalmente en nuestro sistema jurídico, es decir, el artículo 19 de la LTA. Dicha ineficiencia, en opinión de estos autores, puede deberse a múltiples factores. El primero de ellos dice relación con el medio a través del cual el *amicus* debe tomar conocimiento que se ha admitido a tramitación una reclamación o una demanda por daño ambiental, es decir, el sitio electrónico del tribunal, toda vez que, tal como lo ha advertido, también la profesora Aguirrezábal, dicho procedimiento hace muy difícil que terceros ajenos al proceso alcancen a tener noticia de que el plazo para intervenir ha comenzado a correr⁴⁶.

El segundo de los factores que incide en la falta de eficiencia de la figura del *amicus* en nuestra práctica forense ambiental, dice relación con que se le obligue comparecer a este en sede ambiental patrocinado por abogado, pues con ello se le impone una carga económica al *amicus* que es contraria a la gratuidad republicana que conlleva la invocación de un interés público ambiental en sede jurisdiccional.

Un tercer factor, de la falta de efectividad normativa, se puede apreciar en la ausencia de alguna norma que autorice al Tribunal para requerir de oficio el informe de un *amicus curiae* en cualquier estado del proceso, tal como lo consagra el derecho anglosajón, caso en el cual, estimamos, debería establecerse que los honorarios y gastos derivados de dicha intervención deberían pagarse por el tribunal ambiental con cargo a su presupuesto.

Finalmente, la falta de la debida consideración de la opinión del *amicus* en la sentencia definitiva es un factor preponderante en la baja efectividad de esta institución procesal, puesto que, en los pocos casos en los cuales se han presentado opiniones de *amicus*, las sentencias definitivas solo dan cuenta que ellas han sido leídas por los sentenciadores pero no sin hacerse cargo de la opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias durante la línea argumentativa que debe fluir en la parte considerativa de la sentencia del asunto sometido a la decisión del tribunal ambiental. Es decir, se lee, pero no se considera en lo decisivo del fallo.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 30.

4. CONCLUSIONES

La institución del *amicus curiae* constituye un gran avance en el derecho interno chileno, pero para el solo efecto de lo que estimamos imperfecta institucionalización formal. Se podrá generar –en el ámbito forense– un espacio de interacción diverso, conforme vaya madurando la institución y se vayan rupturando por nuestro legislador lógicas excluyentes. Todo en el supuesto de una relación socio-estatal más plena, consciente y coherente con los pilares del desarrollo sostenible.

La participación ciudadana, conducida así a nivel forense –con la intervención del *amicus curiae*– se pudiera presentar como una acción racional e intencional en busca de objetivos específicos, como tomar parte en una decisión, involucrarse en alguna discusión jurídica, integrarse o simplemente beneficiarse de la ejecución y solución de un problema jurisdiccional concreto. Todo en mejora de la sociedad civil organizada. Esto amplía una relación más determinante entre la sociedad civil y el Estado. Es la ciudadanía la que ha de tomar parte en la construcción, evaluación, gestión y desarrollo de los asuntos públicos, generándose, de esa manera –en beneficio de la democracia participativa–, una ventana que permita el equilibrio de las dimensiones social, ambiental y económica del desarrollo.

La institución del *amicus curiae*, es aún, una manifestación, reiteramos muy tímida, pero profundamente cívica. Tímida y parcial, primero, por su limitada actuación por ahora solo reconocida en el derecho ambiental, con las manifiestas limitaciones anotadas. Cívica, después, para la re-significación de la ciudadanía. Pero son los tribunales los que, para dar contenido a esta afirmación democratizadora al bien común en concreto, deben primeramente cambiar los formulismos vacíos. No podrán insistir en resoluciones tautológicas, sin sentido y en redundante denegación de justicia, si pretendiesen seguir no valorando la opinión en una sentencia fundada. La judicatura nacional tiene una gran oportunidad de legitimidad, en un mundo que rechaza toda forma de arbitrariedad no civilizadora.

No cabe duda que, en términos procesales, la LTA ha innovado en materia de intervención de terceros, abriendo la oportunidad para que la sociedad civil pueda incorporarse en los procesos judiciales de carácter ambiental seguidos ante los tribunales ambientales. Ello ha sido fruto de un rediseño institucional profundo que ha debido acompañar la innegable inclusión en nuestra dogmática jurídica del paradigma ambiental y el

concepto del desarrollo sostenible, junto con las crecientes demandas y expectativas de las sociedades posmodernas y su desarrollo. Por otra parte, resulta innegable que los compromisos que los propios Estados han ido asumiendo en el ámbito internacional han involucrado a Chile como Estado soberano consciente del desafío ambiental. Así, el acceso a la justicia en general y ambiental en lo particular ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de derecho: es la ciudadanía la que debe poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y en lo posible solucionados, oportuna y eficazmente.

Desde hace más de dos décadas, el Estado de Chile se ha propuesto la modernización global de la administración de justicia. Un punto de partida fue la reforma procesal penal del año 2000, que tuvo como un eje central satisfacer las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución. Pero desde el año 2012, con la dictación de la Ley N° 20.600, se le ha entregado a los tribunales ambientales una parte importante del deber de tutela respecto de nuestro derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al igual que la efectivización del derecho de acceso a la justicia ambiental.

Así las cosas, esta novel figura del *amicus curiae* constituye una manifestación primaria del derecho de acceso a la justicia ambiental. Es pues, a través suyo, que el Estado le reconoce a la sociedad la capacidad y legitimación de actuar ante los órganos competentes establecidos por ley. Esto, en defensa de intereses supraindividuales, teniendo como piedra angular el interés público ambiental. Ello como manifestación desinteresada de parcialidad alguna. Se tiene en el *amicus curiae* el primer tributario para un nuevo orden de justicia ambiental. De interés público y resoluciones fundadas. Esto es particularmente inclusivo en la “consideración de la sentencia definitiva”. En el caso en que su opinión sea aceptada, lo que implica que el tribunal ambiental debe referirse a la opinión del *amicus* en lo expositivo de la sentencia y hacerse cargo de la misma en su parte considerativa. De lo contrario, la jurisdicción carecería de objeto. Para ello deberá indicar si dicha opinión le ha permitido al tribunal una mejor comprensión del asunto en litigio y cómo lo ha hecho o no. Sin embargo, la baja consideración de las opiniones de los *amicus* en lo dispositivo de los fallos colabora con la ineficacia de la norma que reconoce su participación en nuestro derecho procesal ambiental.

Colabora también con la ineficacia normativa la presencia de requisitos o formalidades que entran o limitan una mayor participación de los *amicus* en la práctica forense ambiental, tales como imponerle que su comparecencia deba ser patrocinada por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión o establecer como medio de toma de conocimiento, para los efectos de computar el plazo para su intervención, el sitio electrónico del respectivo tribunal ambiental. A lo anterior, debemos añadir la ausencia normativa que permita al tribunal ambiental requerir de oficio la participación de *amicus*.

Todo lo anterior desdibuja el interés público en un sentido amplio garantizado y constituye un olvido inexcusable, que obra en contra de esta noble institución protectora de la participación ciudadana y del derecho de acceso a la justicia ambiental, desmotivando que los amigos de la corte comparezcan en sede ambiental en pro del interés público ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZÁBAL, Maite (2016): “Aspectos procesales de la incorporación del *amicus curiae* al proceso que persigue la reparación del daño medioambiental”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Universidad de los Andes) N° 28.
- BORDALÍ, Andrés (2019): *Litigación ambiental* (Santiago: LegalPublishing).
- CARRASCO, Jaime (2016): “Algunas reflexiones acerca de la inadmisibilidad en el procedimiento establecido en la Ley N° 20.600 sobre tribunales ambientales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Universidad de los Andes), N° 28.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: “Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”, sesión 125-127. Disponible en: <https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r>.
- DOUGNAC, Fernando (2014): Argumentación contenida en escrito presentado por el profesor Fernando Dognac Rodríguez con fecha 11 de octubre de 2014, en la causa seguida ante el Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-4-2014.
- GARCÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2006): *Curso de derecho administrativo I*, 13ª edición (Madrid: Civitas).

- GARNER, Bryan (ed.) (2004): *Black's Law Dictionary*, 8ª edición (St. Paul: West Group).
- IBACETA, David (2014): “Breves ideas acerca del reforzamiento de las acciones constitucionales”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), edición especial marzo 2014).
- MÉNDEZ, Pablo (2017): *Tribunales ambientales y contencioso administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- MIRANDA, Pablo y HENRÍQUEZ, Francisca (2015): “Sociedad civil y jurisdicción ambiental: la figura del *amicus curiae*”, *Revista Chilena de Economía y Sociedad* (Universidad Tecnológica Metropolitana), vol. 9, N° 1.
- MUÑOZ, Sergio (2016): “Programa interamericano de capacitación judicial sobre el estado de derecho ambiental Módulo II: Marco conceptual del derecho ambiental”. Organización de los Estados Americanos (OEA).
- NOGUEIRA, Humberto (2008): “El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 15, N° 2.
- ORTEGA, Jaime (2015): “Algunas consideraciones sobre los aspectos orgánicos y procedimentales de los tribunales ambientales y respecto a potenciales conflictos con la institucionalidad ambiental y la forma en que han sido resueltos”, en *Temas de Actualidad, Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable* (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).
- PASCUAL, Francisco (2011): “El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 21. Disponible en: <www.reei.org/>.
- PEÑA, Mario (2016): *Derecho ambiental efectivo* (San José: Universidad de Costa Rica. Programa de Postgrado en Derecho).
- PÉREZ, Álvaro y SALGADO, José María (2017): “Conmemorando los ochenta años de la muerte de Giuseppe Chiovenda”, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 7, N° 2. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19696>>.
- URRUTIA, Osvaldo (2015): “El *amicus curiae* en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección de

un interés público ambiental”, en FERRADA, Juan Carlos *et al.* (coords.), *La nueva justicia ambiental* (Santiago: Thompson Reuters).

NORMATIVA CITADA

- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Ley N° 18.120 (18.05.1982) que establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales.
- Ley N° 18.575 (13.12.2000), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 18.695 (09.05.2006), Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- Ley N° 19.300 (09.03.1994) que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.418 (20.03.1997) sobre Juntas de Vecinos y Demás Organizaciones Comunitarias.
- Ley N° 19.880 (29.03.2003) que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- Ley N° 20.500 (16.02.2011) sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.
- Ley N° 20.600 (28.06.2012) que crea los Tribunales Ambientales.
- Historia de la Ley N° 20.600.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Proceso de Inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional en relación al artículo 2331 del Código Civil” (2010): Tribunal Constitucional, 24 de mayo de 2011 (pronunciamiento de oficio sobre inconstitucionalidad), Rol N° 1723-10-INC.
- “Dougnac con Ministerio del Medio Ambiente” (2014): Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 20 de marzo de 2014 (acción de reclamación), Rol R-22-2014.

- “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Director Nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería” (2014): Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 10 de julio de 2014, (acción de reclamación), Rol R-34-2014.
- “Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2015): Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 27 de octubre de 2016 (acción de reclamación), Rol R-86-2015.
- “De la Vega con Comité de Ministros” (2016): Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 8 de marzo de 2016 (acción de reclamación), Rol R-93-2016.
- “Comunidad Agrícola La Dormida con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2018): Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 31 de enero de 2019 (acción de reclamación), Rol R-173-2018.
- “Centrales Hidroeléctricas de Aysén con Comité de Ministros” (2014): Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 16 de octubre de 2014 (acción de reclamación), Rol R-4-2014.
- “I. Municipalidad de San Fabián de Alicó con Comité de Ministros” (2014): Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 29 de octubre de 2014 (acción de reclamación), Rol R-3-2014.
- “Montoya Villarroel con Superintendencia del Medioambiente” (2014): Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 30 de mayo de 2014 (acción de reclamación), Rol R-2-2014.
- “Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región del Bío-Bío y otro” (2016): Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 13 de abril de 2016 (acción de reclamación), Rol N° 31-2016.
- “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Comité de Ministros” (2017): Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, 4 de enero de 2018 (acción de reclamación), Rol R-42-2017.

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS AVES NATIVAS EN CHILE

LEGAL PROTECTION OF NATIVE BIRDS IN CHILE

Simón Ignacio Andrade Trujillo

Licenciado en Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
simon1.90@hotmail.com

RESUMEN: En los últimos años el derecho ambiental nacional se ha visto notablemente fortalecido a través de la dictación de importantes normas que han configurado la institucionalidad ambiental actual, entre las que destaca: la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, entre otras. Sin embargo, existen importantes aspectos del medio ambiente que aún no cuentan con una regulación acorde con los desafíos actuales, como el cambio climático y la fauna nativa. Un importante grupo dentro de la fauna nativa está constituido por las aves, las cuales tienen un rol preponderante en la mantención de la biodiversidad. Lamentablemente existe una escasa regulación al respecto, la que carece de toda sistematización.

Por todo lo antes mencionado, es necesario realizar un estudio minucioso de aquellas normas que se encargan de resguardar las aves nativas de Chile, con el objeto de poder determinar cuál es el marco general de protección que establece nuestra legislación al respecto. Esto permite alcanzar el segundo objetivo de esta investigación: la determinación de los mecanismos jurisdiccionales pertinentes para hacer efectiva dicha protección.

PALABRAS CLAVE: Aves nativas, medio ambiente, derecho ambiental, biodiversidad.

ABSTRACT: In recent years, national Environmental Law has been remarkably strengthened through the enactment of important regulations that have shaped the current environmental institutionalidad, among which stands up: Law N° 20.283 on native forest, Law N° 20.600 that created Environmental Courts, among others. However, there are important aspects of the environment that do not yet have a regulation commensurate

with current challenges, such as climate change and native fauna. An important group within the native fauna is constituted by birds, which have a preponderant role in the maintenance of biodiversity. Unfortunately there is little regulation in this regard, which lacks any systematization.

For all the aforementioned, it is necessary to conduct a thorough study of those standards that are responsible for protecting the native birds of Chile, in order to determine what is the general framework of protection established by our legislation in this regard. Therefore, we can achieve a second objective with this investigation: the determination of the relevant jurisdictional mechanisms to make such protection effective.

KEYWORDS: Native birds, environment, environmental law, biodiversity.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país existen alrededor de cuatrocientos cuarenta y tres especies de aves¹, de las cuales cuatrocientos treinta y cinco son nativas y, entre estas, catorce son endémicas². Cada una de ellas cumple un importante rol en el mantenimiento de la biodiversidad nacional, a través de la dispersión de semillas, la polinización de flores y la degradación de materia orgánica por la carroña³, lo que está relacionado con la mantención del bosque nativo. Además, servir de ayuda para el control de plagas dañinas para el ser humano⁴.

Para efectos de este trabajo, se entenderá por aves nativas aquellas que habitan ocasional o regularmente un ecosistema determinado, sin haber sido introducidas por el ser humano. La importancia de proteger este tipo de aves es que son fundamentales para la mantención de los ecosistemas, especialmente aquellos con un grado alto de endemismo.

Si bien el derecho ambiental chileno en los últimos años ha ampliado las materias que protege, aún quedan importantes ámbitos de la naturaleza sin ninguna regulación. El aumento de las normas ambientales se ha cen-

¹ COUVE *et al.* (2016), p. 8.

² Ídem.

³ SIDLER (2016), p. 4.

⁴ CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (2014).

trado principalmente en el fortalecimiento de la institucionalidad vigente y en ciertos sectores que, por su influencia en la economía, han cobrado importancia. Este es el caso, por ejemplo, de la regulación forestal. En base a esta misma idea es posible observar que otras materias ambientales cuentan con una escasa o mínima regulación al no aportar en el corto plazo ganancias económicas al país. Específicamente me refiero a la protección de la fauna nacional, en donde las aves son uno de sus principales componentes y también uno de los más afectados por los proyectos industriales, el cambio climático⁵ y la desregulación.

Es en este contexto que surgen las siguientes preguntas: ¿cuál es la protección jurídica con la que cuentan las aves nativas de nuestro país? Y, además: ¿es posible que un tercero pueda impugnar las acciones que desarrolla el Estado o los privados y que puedan afectar sustancialmente la población de las aves nativas?

Por tanto, el objetivo de este trabajo es, en primer lugar, determinar si existen normas legales o reglamentarias que protejan directa o indirectamente a las aves nativas de nuestro país, y, en segundo lugar, en el caso de una vulneración de estas normas, bajo cuál vía jurisdiccional es posible accionar para protegerlas.

2. PROTECCIÓN NORMATIVA DE LAS AVES NATIVAS

La protección de las aves nativas no solo está referida a la mantención con vida de determinadas especies, sino que al resguardo que deben tener durante todo su ciclo vital, especialmente en la mantención de sitios donde se alimentan o nidifican. Esto, llevado al ámbito jurídico, se sintetiza en la idea de la protección normativa de este tipo de fauna nativa, que se puede definir como: el conjunto de preceptos jurídicos que tienen por objeto establecer un marco general de resguardo para a las aves nativas de nuestro país o para el medio ambiente en el cual se desarrollan y que permiten ejercer una serie de mecanismos jurisdiccionales con la finalidad de concretar el deber constitucional de preservar la naturaleza establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República (CPR).

⁵ Se estima que más de la quinta parte de las aves del mundo podrían verse afectadas por el cambio climático. Disponible en: <<https://www.audubon.org/es/news/lo-que-nos-dicen-las-aves-sobre-las-amenazas-del-cambio-climatico>>.

Actualmente en nuestro país no existe ninguna ley o reglamento que regule de manera general la protección que deben tener las aves nativas; sin embargo, es posible apreciar que existen escasos preceptos que tienen como objeto de regulación a las aves y que permitirían establecer el marco normativo para su protección. Estas normas pueden clasificarse en normas de protección directa e indirecta, dependiendo si lo que resguardan es específicamente a las aves en general o algunas especies de ella o, por el contrario, si las resguardan de manera indirecta a través de la protección de su medio ambiente o de la biodiversidad.

Mientras tanto, en el derecho comparado, esto es muy distinto, por ejemplo en España, donde existe una serie de normas que protegen de manera general a las especies silvestres de dicho país, permitiendo adoptar diferentes regímenes de protección dependiendo del grado de conservación de cada especie, donde no solo se busca evitar que estas especies sean cazadas, molestadas o inquietadas, sino que también se da protección a los huevos y nidos. Además, el sistema español consagra como amenaza la introducción de especies alóctonas, lo que puede poner en peligro la supervivencia de las autóctonas⁶. De esta manera, España pasó de una regulación obsoleta y sectorial (como la que aún existe en nuestro país) por un régimen jurídico protector de los recursos naturales, como la flora y la fauna salvajes, más allá de los meros espacios naturales protegidos⁷. Específicamente en el sistema español se prohíbe: cualquier forma de captura o sacrificio deliberado de las especies de fauna salvaje, así como su perturbación, especialmente durante los periodos de reproducción y cría, además de la destrucción de sus huevos o lugares de reproducción⁸. A lo anteriormente señalado deben agregarse las normas provenientes de la Unión Europea, especialmente la Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de aves silvestres. Esta norma “reconoce que la pérdida y degradación de los hábitats es la amenaza más seria para la conservación de las aves silvestres por lo que el centro de atención se erige sobre la protección de los hábitats en peligro así como de determinadas especies avícolas, especialmente a través de la constitución de zonas de especial protección que comprendan todos los territorios para estas especies de aves”⁹. Dentro de

⁶ BARRENA (2012), pp. 13-14.

⁷ NIETO (2005), p. 247.

⁸ NIETO (2005), p. 243.

⁹ ARIAS (2016).

los instrumentos que establece esta Directiva destaca la creación de zonas de protección de aves, que tienen por objeto resguardar el hábitat en el que se desenvuelven las aves silvestres, lo que demuestra la existencia de una mirada global de la cual carece nuestra legislación.

2.1. Normas de protección directa

En este apartado podemos encontrar aquellas normas cuyo objeto es la protección de una o más especies de aves nativas. Dentro de estos preceptos tenemos: la Ley sobre Caza y su respectivo reglamento, y, por otro lado, un decreto que declara como monumento nacional a dos especies de picaflor endémico de nuestro país y al cóndor.

A) *Ley N° 19.473 sobre Caza*

Esta ley establece en términos generales cuándo es posible cazar o capturar animales silvestres. Cazar debe ser entendido como la acción de apoderamiento sobre especímenes de la fauna silvestre a través de darles muerte y, por otro lado, capturar es el apoderamiento de animales silvestres vivos.

Esta ley también establece una serie de normas prohibitivas que permitirían configurar el marco de regulación básico para la protección de las aves nativas, en los artículos 3° y siguientes, los cuales prohíben: la caza o captura de ejemplares de la fauna silvestre catalogados como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, así como la de especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas; también prohíben cualquier manipulación y destrucción de nidos, crías y huevos que no tenga fines científicos o de reproducción; además prohíbe la caza o captura en parques nacionales, reservas nacionales, regiones vírgenes, entre otras, así como también prohíbe la venta de cualquier animal silvestre proveniente de faenas de caza o captura.

Por su parte, el reglamento de la ley cuyo texto actual se encuentra en el Decreto Supremo N° 5, de enero de 1998, del Ministerio de Agricultura, cuyos preceptos establecen la nómina de especies en peligro de extinción,

vulnerables, raras y escasamente conocidas, lo que complementa la prohibición establecida en la ley antes mencionada.

Los problemas de la regulación antes mencionada son fácilmente identificables: en primer lugar, el énfasis no está puesto en la mantención de la biodiversidad nacional, sino que en regular la muerte y captura de los animales nativos. Por tanto, importantes aspectos de la vida de las aves quedan sin ningún tipo de protección. Por ejemplo: no se establecen instrumentos que resguarden los espacios de reproducción, de manera que la actividad humana no afecte la época de apareamiento y nidificación de estos animales; tampoco hay mención de sus espacios de alimentación, lo que está íntimamente relacionado en el caso de algunas aves con la protección que se le da a ciertas especies de árboles nativos, como sucede con la torcaza (*Patagioenas araucana*) y los árboles nativos como el maqui (*Aristotelia chilensis*) o el peumo (*Cryptocaria alba*), los cuales constituyen su principal fuente de alimentación¹⁰. En segundo lugar, permite en ciertas épocas del año cazar 26 especies de aves, la mayoría de las cuales son nativas, lo cual ha sido objeto de críticas por el aporte que pueden realizar estos animales en la reforestación del bosque nativo afectado por los incendios que se han producido en los últimos años¹¹. Por último, los artículos 70 y 71 del Reglamento de la Ley sobre Caza señalan el procedimiento de internación de especies exóticas en nuestro país, e incluso en ciertas ocasiones se permite su liberación, lo cual puede dañar gravemente la biodiversidad nacional: por ejemplo, muchas de esas especies pueden introducir enfermedades peligrosamente dañinas para la fauna nativa¹²; también el daño puede provenir de la competencia por el alimento, así como la introducción de especies depredadoras. Lamentablemente, los requisitos que exige nuestra legislación en la actualidad son mínimos, y se estima que solo entre el periodo 2010-2015 se introdujeron 24.486 especies exóticas¹³, y ya es posible constatar que existen 128 especies exóticas invasoras en nuestro país¹⁴.

¹⁰ MARTÍNEZ y GONZÁLEZ (2017), p. 335.

¹¹ MADARIAGA (2017).

¹² CASTILLO (2016), p. 238.

¹³ Ídem.

¹⁴ SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (2014).

B) *Decreto N° 2 de 2006, del Ministerio de Agricultura*

Por medio de este decreto se dictó un acto administrativo que reconoció como monumento natural a varias especies de nuestra fauna silvestre; entre ellas, a tres especies de aves nativas: el picaflor de Juan Fernández, el picaflor de Arica y el cóndor.

Es difícil establecer con claridad cuál es el efecto que tiene la declaración de monumento natural en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el mencionado decreto no establece exactamente cuál es el efecto de esta declaración, a diferencia de los decretos que han declarado monumento natural a ciertas especies de árboles nativos, como la araucaria, en el cual se prohíbe expresamente la corta y explotación de ejemplares vivos de esta especie¹⁵. La única norma positiva que es posible aplicar en este caso es la Convención Internacional sobre Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, la cual fue ratificada por Chile en el año 1967 y que es el fundamento inmediato de los decretos que declaran una especie como monumento natural. Su artículo 3 señala que los monumentos naturales son:

“Las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales”.

En primer lugar, es necesario señalar que dicha Convención es autoejecutable en nuestro sistema, como lo ha reconocido la Contraloría General de la República y distintos tribunales de justicia¹⁶. Esto significa que “tiene el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”¹⁷. Por tanto, sus normas son un

¹⁵ Decreto N° 43 de 1990.

¹⁶ FUENTES y PÉREZ (2018), p. 121.

¹⁷ Ídem.

complemento necesario para la interpretación de los decretos supremos que establecen monumentos nacionales.

La inviolabilidad que debe darse a aquellas especies declaradas como monumentos naturales que señala este precepto puede interpretarse como una prohibición amplia que incluye la caza, captura y cualquier intervención a dicha especie, en cualquier etapa que esta se encuentre, la cual presenta solo dos excepciones muy restringidas: la investigación científica y la inspección gubernamental¹⁸. También habría que incluir la prohibición de destruir o alterar sus lugares de anidación y, por supuesto, a sus crías o huevos. Esta interpretación se ve reforzada por la obligación de dar protección absoluta a las especies declaradas como monumentos naturales que este mismo artículo señala. Siendo esta la protección más completa que posee la fauna nacional en nuestro ordenamiento jurídico.

C) *Normas internacionales sobre protección de aves migratorias*

En este apartado se analizarán ciertas normas que protegen una categoría especial de aves, aquellas que migran entre diferentes países, circunstancia que obliga al esfuerzo mancomunado de la comunidad internacional en pos de la protección de estas aves.

Las aves migratorias, para efectos de este trabajo, serán consideradas como un tipo de ave nativa, ya que viven en forma natural en el territorio de nuestro país en ciertas épocas del año, sin que exista una intervención por parte del ser humano. Específicamente, las aves migratorias son aquellas que realizan movimientos periódicos de sus poblaciones desde unas áreas donde desarrollan parte de su ciclo vital, hasta otras donde lo continúan o complementan¹⁹.

Sumándose a este esfuerzo, nuestro país ratificó el Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje promulgado en el Decreto Supremo N° 868 de 1981, del Ministerio de Relaciones Exte-

¹⁸ Si bien es posible afirmar que esto es aplicable para la mayoría de los decretos de monumentos naturales, existe una excepción: el Decreto N° 17 de 2011, del Ministerio de Agricultura, que declaró monumento nacional al caballo de pura raza chileno. En donde no parece ser posible aplicar la inviolabilidad en los términos que se señala en este trabajo, quedando pendiente la determinación de los efectos jurídicos de dicho decreto.

¹⁹ MARTÍNEZ y GONZÁLEZ (2017), p. 474.

riores. En base a este acuerdo, nuestro país se comprometió a desarrollar estrategias, planes o programas para la conservación de las especies migratorias, lo que ha dado paso a la creación de tratados cuyo único objeto es la protección de las aves migratorias, como el Acuerdo sobre la Conservación de Albatros y Petreles, el cual fue firmado por Chile²⁰.

Las dos convenciones antes mencionadas entran en la categoría de tratados internacionales programáticos y no autoejecutables, debido a “que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”²¹. Respecto a su contenido, estas convenciones solo establecen medidas generales que los Estados deben cumplir, lo que hasta el momento no se ha concretado en la dictación de algún precepto legal por parte del Estado chileno. También es necesario señalar que no se han establecido deberes concretos de protección de aquellos territorios en los que las aves migratorias anidan y se alimentan, especialmente en los sectores de playa, donde algunas actividades recreativas, como el manejar vehículos todoterreno, son extremadamente dañinas para los polluelos de estas especies²².

Otra norma internacional relevante es la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de las aves acuáticas promulgada en nuestro país a través del Decreto Supremo N° 771, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre de 1981. El objeto de este acuerdo es poder proteger uno de los principales hábitats de las aves acuáticas: los humedales.

2.2. Normas de protección indirecta

En este segundo apartado se analizarán cuáles son los mecanismos que tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y que de manera indirecta pueden ser utilizados para la protección de las aves nativas de nuestro país.

²⁰ Disponible en: <<http://www.subpesca.cl/portal/616/w3-article-60225.html>>.

²¹ FUENTES y PÉREZ (2018), p. 134.

²² SENNER *et al.* (2017).

A) *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*

Este instrumento de gestión ambiental puede ser definido como:

“Técnica que, a través de la aplicación de determinadas metodologías, y sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazará un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto o actividad puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas (construcción, operación y abandono). De tal modo, que a partir de dicha predicción será posible establecer mecanismos que reduzcan, compensen o reparen las consecuencias ambientales que se genere en el medio natural, artificial y sociocultural, o en sus interacciones”²³.

Se encuentra regulado en los artículos 8º y siguientes de la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

La finalidad de este instrumento es doble: por un lado, una de carácter ambiental/legal, que busca establecer si el proyecto respectivo se adecúa al ordenamiento jurídico-ambiental y puede obtener los permisos ambientales sectoriales respectivos. Por otro lado, una de carácter ambiental/material, relativa al examen y valoración de los impactos ambientales que la actividad o proyecto supone²⁴.

En base a este procedimiento, si un proyecto es ingresado por la vía de una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, deberá respetar las normas mencionadas en el primer apartado de este trabajo, cuando el respectivo proyecto pueda afectar a algunas de las aves nativas de nuestro país. Además, es posible encontrar un margen de apreciación discrecional, por ejemplo, en el establecimiento de medidas de mitigación, compensación y reparación, las cuales no están establecidas expresamente por el legislador, permitiendo así a la Administración ponderar si son o no adecuadas para cada proyecto²⁵.

Al respecto, la autora Verónica Delgado señala que “el análisis del territorio durante la evaluación ambiental, deberá considerar todos los ecosis-

²³ GUZMÁN (2012), p. 130.

²⁴ BERMÚDEZ (2014), p. 276.

²⁵ ASTABURUAGA (2010), p. 108.

temas presentes en el área de influencia del proyecto y en cada ecosistema, todos los servicios presentes”²⁶.

De todos los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la doctrina ha puesto especial énfasis en cómo los proyectos de energía eólica afectan la supervivencia de distintas especies de aves y cómo este procedimiento debiese responder ante tales amenazas, estableciendo determinadas medidas de mitigación. De esta manera, autores como Claudia Quinzio han señalado:

“Las aves que más tienen posibilidades de colisionar con los aerogeneradores son las veleras y migratorias, cuando vuelen a baja altura con viento en contra [...] resulta necesario evaluar este posible impacto ambiental mediante el estudio de los tipos de aves que se pueden encontrar, tanto en la línea de base, como aquellos que atraviesan la zona, examinando si están en alguna de las categorías de conservación [...]. También puede resultar conveniente algún compromiso ambiental voluntario en este aspecto, o la proposición de medidas de mitigación apropiadas, tales como medidas de monitoreo frecuentes, disuasores de vuelo para aves, etc.”²⁷.

También la autora Yocelyn Weisser se refirió a este tema:

“Respecto de las aves, éstas se han visto afectadas de mayor medida por la instalación de proyectos eólicos con consecuencias para su hábitat, como son las producidas por la existencia de aerogeneradores que interfieren en sus rutas de vuelo como por el ruido que estos generan al ambiente. [...] En nuestro país, como una forma de mitigar este impacto, se ha implementado el color rojo en las puntas de las aspas, para así evitar colisiones, sin embargo las aves colisionan de todas formas, más aún considerando que estos proyectos se ubican preferentemente en el borde costero. Como otra forma de mitigar estos efectos se han instalado en los aerogeneradores sistemas de ultrasonido de baja frecuencia que tienen como objetivo desviar la ruta de las aves. [...] Una posible solución a este problema sería la creación de Zonas Especiales de Protección de Aves, como existen en España”²⁸.

Respecto a las medidas de mitigación, se debiese optar por disminuir la velocidad de los aerogeneradores y la realización de un estudio sobre las

²⁶ DELGADO (2014), p. 536.

²⁷ QUINZIO (2013), p. 645.

²⁸ WEISSER (2013), p. 682.

rutas de vuelo de las aves migratorias con la finalidad instalar estos aerogeneradores lejos de dicho trayecto.

B) Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales

Los humedales constituyen un importante espacio natural para muchas aves, que desarrollan gran parte de su vida en ellos, estableciendo sus nidos o alimentándose de los recursos que estos poseen. Es así como muchas aves acuáticas presentan importantes adaptaciones morfológicas y fisiológicas para hacer un mejor uso de los recursos de los humedales²⁹. En nuestro país constituyen el hábitat de muchas especies con problemas de conservación, como por ejemplo de las tres especies de flamenco altoandino³⁰.

La principal protección que poseen en la actualidad estos cuerpos de agua es el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales establecido en el Decreto N° 82 de 2011, del Ministerio de Agricultura, dictado en base al mandato emanado de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo.

Este Reglamento prohíbe la intervención y corta de árboles, arbustos y especies xerofíticas ubicadas en la zona exclusión de intervención, la cual consiste en una distancia de 5 a 10 metros aledaños a ambos lados de los cursos de agua y permite un uso limitado de los recursos ubicados en la zona de protección de manejo, la cual corresponde al área contigua a la zona de exclusión. La importancia de estas normas es que las zonas protegidas corresponden a los sectores en donde las aves suelen nidificar y alimentarse. Esto cobra gran relevancia en la práctica, ya que en estos lugares existe una alta concentración de alimentos para las aves acuáticas y constituyen áreas de concentración para las aves migratorias³¹.

C) Responsabilidad por daño ambiental

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), en los artículos 51 y siguientes, reguló de manera expresa la responsabilidad por daño ambiental. Para lo cual es necesario dilucidar qué se entiende por

²⁹ BLANCO (2000).

³⁰ AMSTEIN (2016), p. 26.

³¹ CURSACH *et al.* (2010).

daño ambiental y por medio ambiente, con tal de esclarecer la posibilidad de incluir en este instrumento los casos de daño a las aves nativas de nuestro país.

En primer lugar, daño ambiental se encuentra definido en el artículo 2° letra e) de la LBGMA como:

“[...] toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

En segundo lugar, medio ambiente se encuentra definido en el artículo 2° letra ll) de la misma ley como:

“[...] el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Este concepto amplio de medio ambiente permite sacar dos conclusiones: 1) el medio ambiente es un bien de titularidad colectiva, que no pertenece a ninguna persona en particular, y 2) el daño puede ser inferido al medio ambiente o a alguno de sus elementos³².

El daño que puedan sufrir las aves nativas producto de la actividad humana puede ser reparado por esta vía, al ser un elemento biológico constitutivo del medio ambiente. Este menoscabo puede producirse de diversas maneras; quizá la más emblemática de ellas es la contaminación del aire y el agua generada por los proyectos industriales, lo cual suele generar una gran mortandad en este tipo de fauna nativa. Además se puede generar un detrimento por la pérdida y destrucción de los espacios de anidación o descanso de las aves nativas producto de la instalación de proyectos inmobiliarios o de actividades como la conducción de vehículos motorizados. Por otro lado, un perjuicio en el estado de conservación de los hábitats naturales en los que se desenvuelven estos animales también configuraría un daño ambiental, por ejemplo, en el caso de la sustracción de agua de un humedal que sirve de sustento para especies como el pájaro de siete colores (*Tachuris rubrigastra*), ya que una disminución de los caudales hidrológicos podría afectar seriamente a la totora (*Scirpus sp.*) a las que está estrechamente asociado³³.

³² BERMÚDEZ (2014), pp. 400-401.

³³ MARTÍNEZ y GONZÁLEZ (2017), p. 390.

Un ejemplo de la importancia que ha ido tomando la responsabilidad por daño ambiental en la muerte de nuestras aves nativas es lo acontecido el año 2004, cuando la empresa forestal CELCO contaminó las aguas del río Cruces en Valdivia, produciendo la muerte de cientos de cisnes de cuello negro que habitan el sector.

Así el tribunal de primera instancia señaló:

“Que antes del inicio de la construcción de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. el año 2001, el Humedal del Río Cruces se destacaba por ser un ecosistema equilibrado, con capacidad de albergar una amplia y variada cantidad de especies de avifauna, que se mantenían gracias a la abundante cobertura y producción de flora acuática, así, el cisne de cuello negro y las taguas mantenían una población que llegó a ser de más de 20.000 ejemplares, sin embargo, después del inicio de las actividades de la Planta, la fauna existente en el lugar prácticamente desapareció en un período muy breve de tiempo y si bien este fenómeno pudo haber sido influido por cambios de la naturaleza, no es posible atribuirlo a ello, porque no es lógico ni explicable que un proceso natural se desarrolle en tan breve tiempo [...] Que, en definitiva, atento a todos los testimonios, documentos, opinión de expertos, no cabe sino concluir que el cambio ambiental que sufrió el Humedal del Río Cruces y Santuario de la Naturaleza durante el año 2004, está vinculado temporalmente al descontrol operativo de la Planta Valdivia y las transgresiones en que incurrió a la legislación medio ambiental, las cuales fueron conocidas y sancionadas por los organismos competentes, como CONAMA, Servicio de Salud de Valdivia y Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Que, establecida la relación de causalidad entre el daño ocurrido en el Humedal y la conducta de la demandada, los peritos judiciales, en síntesis, han concordado en que deben adoptarse diversas medidas de reparación en el Humedal del Río Cruces, a fin de evitar un nuevo desastre ecológico, como el acontecido”³⁴.

Lo interesante de esta sentencia es que establece con claridad que el menoscabo en las especies de aves nativas no solo proviene de un daño directo en estas, sino que también cuando es afectado su hábitat.

D) Deber de preservar la naturaleza

El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República consagró como un deber para el Estado la tutela de la preservación de la naturaleza.

³⁴ “Estado de Chile con Forestal CELCO S.A.” (2013).

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

“[...] medio ambiente, es decir, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, comprende todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como al suelo y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”³⁵.

Dejando en claro que la fauna es considerada como parte del patrimonio ambiental que debe preservar el Estado, en el cual se incluyen obviamente las aves nativas.

Respecto a los efectos de esta declaración, la doctrina ha señalado:

“La naturaleza aparece así como un valor, un bien o patrimonio que pertenece a la colectividad y que debe ser mantenido y protegido para que lo puedan disfrutar y aprovechar las personas en el presente y en el futuro. Por ello, toda intervención en la naturaleza que implique un deterioro grave en su conservación y mantenimiento y que lleve, por ejemplo, a la extinción, de recursos naturales vivos o a la alteración significativa del paisaje, ha de ser combatida por toda la sociedad, representada por el Estado”³⁶.

Lamentablemente este deber no trae aparejada una de las mayores garantías para su cumplimiento: la posibilidad de utilizar la acción de protección, debido a que el artículo 20 de la Carta Fundamental lo excluye. Sin embargo, el artículo 19 N° 8 de la CPR también consagró el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuya vulneración puede ser contrarrestada a través de la acción de protección, lo que será analizado en el apartado siguiente.

E) Régimen de áreas protegidas

Las áreas silvestres protegidas son aquellos ambientes naturales, terrestres o acuáticos, pertenecientes al Estado y que este protege y maneja, según el artículo 2° de la Ley N° 18.362³⁷. En base al artículo 34 de la Ley

³⁵ “Palza con Dirección de Riego y otros” (1985).

³⁶ SILVA (2008), p. 102.

³⁷ Si bien esta ley no ha entrado en vigencia hasta el día de hoy, se ha entendido tradicionalmente que el artículo 34 de la Ley N° 19.300 se remite implícitamente a ella.

Nº 19.300, es el Estado el encargado de manejar todos estos parques y reservas a través del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, con el objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, lo que incluiría la protección de las aves nativas. Lamentablemente este artículo, así como toda la regulación de estas áreas, no ha entrado en vigencia, a la espera de la dictación del decreto de disolución de la Corporación Nacional Forestal. Existe un segundo problema respecto a este instrumento jurídico de protección ambiental, referido a su regulación fuera de la Ley Nº 19.300, ya que no todas las áreas protegidas cuentan con un reconocimiento legal, y en los casos que sí cuentan con aquel, normalmente está consagrado en disposiciones internacionales carentes de ejecutabilidad directa³⁸. Esto no obsta a que existen otros cuerpos legales que han establecido preceptos que permiten señalar que en dichas áreas las aves nativas cuentan con una protección. Ejemplo de aquello es el artículo 7º de la Ley sobre Caza, el que prohíbe la caza o captura de animales en los parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y santuarios de la naturaleza.

F) Ley Nº 20.380 sobre Protección de Animales

Esta ley buscó establecer un marco general de regulación para los animales en nuestro país. Sin embargo, es posible observar que su contenido se aleja bastante de este objetivo, al tener un acotado contenido que se enfoca principalmente en los experimentos en animales vivos y algunas normas generales sobre protección de los animales.

Entre las normas generales existen menciones a la fauna silvestre, cuya definición debería constar en el reglamento de dicha ley, pero lamentablemente se omitió, corroborando la mala técnica legislativa utilizada en esta ley y en su reglamento. Idealmente esta ley podría haber servido como norma base de la regulación de los animales en nuestro país en términos más generales; de esta manera se podría haber definido cada una de las categorías aplicables a la fauna que habita nuestro país, ya sean animales silvestres o nativos, estableciendo claramente sus diferencias y su protección, además hubiese permitido sistematizar las distintas normas mencionadas en este trabajo.

³⁸ BERMÚDEZ (2014), p. 349.

Como no existe una definición de “fauna silvestre” en esta ley, se utilizará la definición contenida en el artículo 2º letra a) de la Ley sobre Caza, que señala:

“a) Fauna silvestre, bravía o salvaje: todo ejemplar de cualquier especie animal, que viva en estado natural, libre e independiente del hombre, en un medio terrestre o acuático, sin importar cual (sic) sea su fase de desarrollo, exceptuados los animales domésticos y los domesticados, mientras conserven, estos últimos, la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre”.

Las aves nativas caben perfectamente en la definición antes señalada; por lo tanto, se les aplica el inciso segundo del artículo 3º de la Ley Nº 20.380, que estableció:

“La libertad de movimiento de los animales silvestres no debe ser restringida de manera innecesaria, especialmente si ello les ocasionare sufrimiento y alteración de su normal desarrollo”.

Disponiendo, así, una protección parcial enfocada solamente en evitar el entorpecimiento de su capacidad de movimiento.

Otro problema de esta ley es que estaría protegiendo, al menos con lo que se refiere a la libertad de movimiento, a especies introducidas, que son aquellas que ingresan a nuestro país producto de la acción del hombre, y que muchas veces constituye una de las principales amenazas de la flora y fauna nativa.

3. VÍAS DE PROTECCIÓN

Después de analizar las normas jurídicas aplicables a la protección de las aves nativas, es necesario analizar cuáles son las vías jurídicas que tiene un particular para reclamar en contra de una conducta que vulnere las normas que resguardan de manera directa o indirecta a las aves nativas, sea que provenga de la acción de un órgano del Estado o de otro particular, poniendo énfasis en los aspectos procesales de estas acciones.

3.1. Recurso o acción de protección

El recurso o acción de protección (también denominado recurso) procede solo en los casos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, entre

los que destaca la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Para determinar si es posible utilizar esta vía para proteger a las aves nativas, es necesario analizar sus requisitos: acción u omisión, ilegalidad; privación, perturbación o amenaza del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. ¿En cuál de todos estos elementos incide la protección de las aves nativas? Al respecto es posible señalar que en dos elementos resulta importante: en primer lugar, en los casos de una acción u omisión ilegal por vulneración de alguna de las normas³⁹ mencionadas en el primer apartado de este texto; en segundo lugar, respecto a aquellas aves que no posean una protección legal, podría configurarse una vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que no está libre de discusión.

Algunos autores han negado que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pueda incluir la protección de la fauna.

De esta manera, Enrique Evans ha señalado:

“Lo importante es no confundir el derecho de las personas a vivir en un medio no contaminado, para lo cual la tarea es eliminar o reducir los focos contaminantes existentes y preservar el equilibrio en la naturaleza para que el peligro no aparezca con otros caracteres o en otros sectores, con la custodia del paisaje, de la belleza turística, de la sobrevivencia de la flora y fauna o de otros valores del patrimonio nacional que, siendo muy importantes y dignos de protección en otros planos, no estén directamente comprometidos con la mantención de un ambiente digno del ser humano”⁴⁰.

En este mismo sentido se ha manifestado Eduardo Soto Kloss:

“La preservación de la naturaleza, la protección o cuidado de los recursos naturales, el hábitat de los peces o las aves o los animales, es un deber jurídico puesto a la carga del Estado y de sus órganos que la ley cree al efecto, [...] pero ello nada tiene que ver ni se encuentra incluido en el derecho fundamental, subjetivo, individual, que se le reconoce a cada persona por el constituyente para vivir en un ambiente libre de contaminación”⁴¹.

³⁹ En este caso se utiliza una interpretación amplia de la palabra ilegal como sinónimo de vulneración del ordenamiento jurídico. Este tema es analizado en más detalle en BERMÚDEZ (2014), p. 143.

⁴⁰ EVANS (1986), pp. 158-159.

⁴¹ SOTO (1993), p. 24.

La jurisprudencia, por su parte, ha tomado un camino distinto. Por ejemplo, en una sentencia del año 2018, la Corte Suprema acogió un recurso de protección en contra de una inmobiliaria que desecó un humedal. El tribunal consideró que los humedales constituían un ecosistema compuesto por biota acuática, fauna y flora, por lo que era deber del Estado preservarlo y, por consiguiente, el señalado acto de la empresa inmobiliaria vulneraba los derechos a la integridad física y psíquica, y además el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁴². En un sentido parecido se pronunció la Corte en otro fallo respecto a la extracción de agua que se realizaba en el lago Chungará:

“Se puntualiza que la extracción propuesta alcanzaría a 8 millones de metros cúbicos al año, [...] dejando así en seco una playa de 400 hectáreas, hoy bajo aguas poco profundas que permiten el desarrollo de plantas acuáticas y crustáceos que sirven de alimento a valiosas especies de aves cuyo hábitat es el lago, algunas únicas en el mundo, y que al disminuir su espejo de agua en un 20% disminuirá la evaporación natural cuya humedad permite el crecimiento y desarrollo de bofedales de los que se alimentan especies valiosísimas de la fauna típica del altiplano [...] el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminaciones, estableciendo el deber del Estado de velar para que ese derecho no sea afectado y el de tutelar la preservación de la naturaleza [...] Que el ‘medio ambiente’, el ‘patrimonio ambiental’, la ‘preservación de la naturaleza’ de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”⁴³.

Minoritariamente, la doctrina ha estado de acuerdo con esta postura que incluye el deber de preservar la naturaleza dentro del derecho a vivir en un medio libre de contaminación:

“La preservación de la naturaleza forma parte del contenido del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, aun cuando también opera

⁴² “J.J.V.V. Vecinos Jardín Oriente y otros con Inmobiliaria GPR, Inmobiliaria Socoveva Sur y SERVIU Los Lagos” (2018).

⁴³ “Palza con Dirección de Riego y otros” (1985).

con autonomía propia como deber del Estado. Esto significaría que la preservación de la naturaleza forma parte integrante del derecho a un medio ambiente sano, adecuado y ecológicamente equilibrado, apto para el desarrollo y el bienestar de las personas. En consecuencia, podría cuestionarse la distinción tajante, en materia de medio ambiente, entre el derecho subjetivo y el deber para los poderes públicos, tal como lo propone una parte de la doctrina⁴⁴.

Por tanto, es posible observar dos posturas distintas: en primer lugar, parte de la doctrina ha señalado que la protección de las aves, peces o la fauna en general no está protegido por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que es parte del deber estatal de preservar la naturaleza y que, por tanto, no se puede optar en ese caso por el recurso de protección. En cambio, la jurisprudencia ha señalado que la fauna sí incorpora el mencionado derecho constitucional, al ser un concepto amplio que incluye el deber de preservar la naturaleza.

Respecto a esta discusión, se debe optar por una concepción amplia, en la cual el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación incluya la preservación de la naturaleza, ya que esta es la única manera de reivindicar la naturaleza supraindividual de este derecho, lo que exige, según la doctrina moderna, una mayor flexibilidad en su interpretación⁴⁵.

La afectación que da origen a esta acción puede ser tanto en el ave misma como en el entorno en el que ella se desarrolla, como, por ejemplo, los lugares en donde anida. Para esto cobra relevancia la noción de entorno adyacente postulada por el profesor Jorge Bermúdez, consistente en:

“[...] aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a su residencia ni lugar en que desarrolla sus actividades, no sólo es su entorno inmediato para la vida [...] en definitiva el entorno relacionado al individuo, necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible”⁴⁶.

Esta noción, que delimita la extensión del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, permite concluir que, siempre que un ave sufra una vulneración dentro del entorno adyacente de la persona que está reclamando, podrá utilizar la acción/recurso de protección.

⁴⁴ AGUILAR (2016), p. 390.

⁴⁵ PALOMO (2003), p. 200.

⁴⁶ BERMÚDEZ (2014), p. 123.

Lo relevante de poder utilizar esta vía jurisdiccional es que la acción de protección constituye un mecanismo más rápido en cuanto a su tramitación que el resto de las acciones aquí estudiadas.

3.2. Acción de responsabilidad por daño ambiental

La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente reguló de manera especial la responsabilidad extracontractual por daño ambiental en los artículos 51 y siguientes.

En este régimen existen dos acciones: la acción de reparación del medio ambiente dañado y la acción indemnizatoria ordinaria. Solo la primera es atinente al tema de este trabajo, por lo cual se analizarán sus particularidades respecto a las aves nativas.

Un primer aspecto que es necesario señalar es que esta acción se diferencia de la acción de protección en que “la tutela no está solo circunscrita a lesiones al medio ambiente que afecten la vida del hombre, sino que la ley es clara en señalar que se trata de un sistema que rige y condiciona la existencia de la vida, pero en sus múltiples manifestaciones, como cuando se daña a la flora, fauna, ambientes no habitados”⁴⁷.

Además es necesario señalar que su objetivo es obtener una reparación al medio ambiente o sus componentes de una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (artículo 2° letra s) de la Ley N° 19.300), quedando la persona que ejerce el daño obligada a repararlo materialmente a su costo, si fuese posible, e indemnizarlo. Para esto es necesario explicar brevemente dos conceptos: el de reponer el medio ambiente, que sería la obligación principal que surge de esta acción, y la de restablecer sus propiedades básicas cuando no fuere posible la reposición. En el caso concreto que se analiza en este estudio, parece ser que en la mayoría de los casos en que un ave resulta dañada es posible reponerla, ya que, a pesar de que estas pueden morir producto del daño, pesará sobre el autor la obligación de reponer aquellos individuos a través de la crianza y la reintroducción de aquellas en su hábitat. En cambio, en el caso que sea su entorno natural el

⁴⁷ DELGADO (2012), p. 52.

menoscabado, es posible solicitar tanto la reposición como el restablecimiento de sus propiedades básicas.

La responsabilidad ambiental perseguida a través de esta acción está sometida al régimen de la Ley N° 19.300 y, de manera supletoria, a las del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Uno de sus principales requisitos es el daño ambiental, definido en el artículo 2° letra e) como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

Es este elemento el que posee particularidades respecto a las aves nativas.

Un requisito que se extrae de la propia definición de daño ambiental es que este debe ser significativo, por tanto debe tener una cierta entidad; sin embargo, la doctrina no ha podido determinar con exactitud cuáles son los criterios que permiten considerar un daño como significativo, llegando a señalar que es el juez el que debe fijar este umbral caso a caso⁴⁸. Por tanto, es necesario establecer algunos criterios respecto al daño significativo en las aves nativas. Así es posible señalar como tales: el grado de amenaza de una especie, ya que no es lo mismo el daño causado a una población reducida de una especie amenazada, cuyo impacto a la biodiversidad será mucho mayor, que el que se genera en una especie que no cumple con dichas características; otro criterio que puede ser utilizado es el de la envergadura, tomando en cuenta la cantidad de aves impactadas con el hecho; así como también la entidad y duración del daño, por ejemplo, una conducta que solo genera que las aves pierdan un par de plumas, sin repercusiones a largo plazo, no sería significativo.

Otro criterio adicional podría ser el grado de protección que tenga un ave; así, por ejemplo, podría ser considerado siempre como daño significativo el menoscabo sufrido por una especie considerada monumento natural, ya que el ordenamiento jurídico debe protegerlas de manera absoluta, en base a lo señalado en la Convención Internacional sobre Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América.

⁴⁸ BERMÚDEZ (2014), p. 402.

4. CONCLUSIONES

- 1) En nuestro país viven cuatrocientas treinta y cinco especies de aves nativas, de las cuales catorce son endémicas. Sin embargo, no existe ninguna regulación general y sistemática que las proteja durante todo su ciclo de vida. Las normas existentes regulan aspectos parciales de su protección concernido a ciertas especies o lugares. Diferente a lo que ocurre en el derecho extranjero, como el derecho español, donde existen normas generales que protegen de manera amplia a la fauna local.
- 2) Las escasas normas existentes al respecto pueden ser divididas en aquellas normas de protección directa e indirecta, dependiendo si lo que protegen es específicamente a las aves en general o a algunas especies de ella o, por el contrario, si lo que se protege es el medio ambiente en general, lo que repercute en ellas.
- 3) Respecto a las normas de protección directa, son escasas y asistemáticas, destacando entre ellas la Ley sobre Caza, cuyo objetivo principal no es la protección de la fauna, sino ordenar la forma en la que se va a llevar a cabo la actividad de caza, y el Decreto N° 2 de 2006, que declaró a tres especies de aves nativas como monumento nacional y, por tanto, dichas especies poseen la mayor protección que tiene nuestro sistema, el cual es la inviolabilidad. Por otra parte, las normas de protección indirecta ponen el énfasis en el medio ambiente en general, sin poner atención a las particularidades de este tipo de fauna nativa, como sucede, por ejemplo, con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ambos grupos de normas demuestran el gran vacío que existe en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la protección de las aves nativas.
- 4) A pesar de las escasas normas existentes en nuestro país, es posible acudir a dos vías jurisdiccionales para poder obtener la protección de las aves nativas que se encuentran amenazadas: por un lado, a través de la acción o recurso de protección medioambiental, debido a la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y la otra forma es por medio de la acción de responsabilidad de daño ambiental cuando existe un menoscabo o perjuicio significativo en las aves nativas. Estas vías, si bien son insuficientes, al menos permiten tener un marco de acción en caso de vulneración a las escasas normas de protección existentes.

- 5) Nuestro país necesita de manera urgente normas especiales que tengan como objeto de protección la fauna nativa, que den cuenta de sus particularidades y que establezcan un marco normativo que dé mayor efectividad a nuestra institucionalidad ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo (2016): “Las deficiencias de la fórmula ‘Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 2. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200012&lng=es&nrm=iso>.
- AMSTEIN, Samantha (2016): *Los humedales y su protección jurídica en Chile*. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad de Chile).
- ARIAS, Flor (2016): “Instrumentos para la construcción jurídica de la red ecológica europea de aves silvestres”, en *Revista General de Derecho Administrativo* N° 43. Disponible en: <https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417905&d=1>.
- ASTABURUAGA, Felipe (2010): *La discrecionalidad Administrativa en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado académico de magíster en Derecho Ambiental (Santiago: Universidad de Chile).
- BARRENA, Ana (2012): *La protección de las especies silvestres. Especial tratamiento de la protección in situ*. Tesis para optar al grado de doctora en Derecho (Alicante: Universidad de Alicante).
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BLANCO, Daniel (2000): “Los humedales como hábitat de aves acuáticas”, en Boletín UNESCO. Disponible en: <http://www.efn.unc.edu.ar/otros/bibliocentro/index_archivos/33-Humedales.pdf>.
- CASTILLO, Simón (2016): “Introducción intencional de fauna exótica y futuros invasores: ¿Seguimos tropezando con la misma piedra una y otra vez?”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, vol. 82, N° 6

- Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92002016000200002&lng=es&nrm=iso>.
- CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (2014): “CONAF promueve el control biológico del virus Hanta con lechuzas”. Ministerio de Agricultura, gobierno de Chile. Disponible en: <<http://www.conaf.cl/Conaf-promueve-el-control-biologico-del-virus-hanta-con-lechuzas/>>.
- COUVE, Enrique *et al.* (2016): *Aves de Chile. Sus islas oceánicas y península Antártica* (Punta Arenas: FS Editorial).
- CURSACH, Jaime *et al.* (2010): “Aves en un humedal marino del sur de Chile”, en *Información Tecnológica*, vol. 16, N° 2. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-19572010000300009&lng=es&nrm=iso>.
- DELGADO, Verónica (2012): “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 25, N° 1. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100003&lng=es&nrm=iso>.
- (2014): *Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena*, en MONTENEGRO, Sergio *et al.* (eds.), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago: LegalPublishing).
- EVANS, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile.)
- FUENTES, Ximena y PÉREZ, Diego (2018): “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 25, N° 2. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000200119&lng=es&nrm=iso>.
- GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho ambiental chileno* (Santiago: Editorial Planeta Sostenible).
- MADARIAGA, Mariana (2017): “Gobierno estudia restringir temporada de caza de aves para reforestar zona dañada por incendios”, en *publimetro.cl*, 13 de febrero de 2017. Disponible en: <<https://www.publimetro.cl/cl/noticias/2017/02/13/gobierno-estudia-restringir-temporada-caza-aves-reforestar-zona-danada-incendios.html>>.

- MARTÍNEZ, Daniel y GONZÁLEZ, Gonzalo (2017): *Aves de Chile. Guía de campo y breve historia natural* (Santiago: Ediciones del Naturalista).
- NIETO, Eva (2005): “La fauna y flora silvestre”, en ORTEGA, Luis (ed.), *Lecciones de derecho del medio ambiente*, 4ª edición (Valladolid: Editorial Nova).
- PALOMO, Diego (2003): “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis* individual”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. 14. Disponible en la World Wide Web: <<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2732>>.
- QUINZIO, Claudia (2013): “Marco normativo y modelos de fomento de la energía eólica en Chile”, en BERMÚDEZ, Jorge y HERVÉ, Dominique (eds.), *Justicia ambiental. Derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero* (Santiago: LOM).
- SENNER, Stan *et al.* (2017): *Estrategia de Conservación de las aves playeras de la Ruta del Pacífico de las Américas* (Nueva York: National Audubon Society). Disponible en: <https://www.redobservadores.cl/wp-content/uploads/2018/05/ECAPRPA_espanol_final.pdf>.
- SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (2014): “Estudio revela que en Chile hay 128 especies exóticas invasoras que amenazan la biodiversidad del país”. Disponible en: <<http://www.sag.cl/noticias/estudio-revela-que-en-chile-hay-128-especies-exoticas-invasoras-que-amenazan-la>>.
- SIDLER, Harriet (2016): *Comunidades de aves de los bosques nativos isla mocha: posibles representantes de la avifauna original de los bosques costeros de Chile*. Trabajo de titulación para optar al grado de ingeniera en Conservación de Recursos Naturales (Valdivia: Universidad Austral de Chile).
- SILVA, Alejandro (2008): *Tratado de derecho constitucional*, tomo XII (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1993): “El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial”, en *Gaceta Jurídica* N° 151.
- WEISSER, Yocelyn (2013): “Principales impactos ambientales generados por los proyectos eólicos”, en BERMÚDEZ, Jorge y HERVÉ, Dominique (eds.), *Justicia ambiental. Derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero* (Santiago: LOM).

NORMATIVA CITADA

- Decreto N° 43 de 1990 del Ministerio de Agricultura.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Palza Corvacho con Director de Riego y otros” (1985): Corte Suprema de Chile, 19 de septiembre de 1985 (acción de protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXII (1985), N° 3, sección V.
- “Estado de Chile con Forestal CELCO S.A.” (2013): Primer Juzgado Civil de Valdivia, 27 de julio de 2013 (acción por daño ambiental), Rol N° 745-2005.
- “J.J.V.V. Vecinos Jardín Oriente y otros con Inmobiliaria GPR, Inmobiliaria Socovesa Sur S.A. y SERVIU Los Lagos” (2018): Corte Suprema, 27 de agosto 2018 (acción de protección), Rol N° 118-2018.

ENTENDIENDO LA REGLA GENERAL DE LA INVALIDACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER AMBIENTAL: MÁS ALLÁ DE LA INVALIDACIÓN IMPROPIA

A PROPER UNDERSTANDING OF THE ENVIRONMENTAL ACT'S INVALIDATION
GENERAL RULE

Diego Lillo Goffreri

Abogado Universidad de Chile
Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos,
Universidad Diego Portales
Profesor de la Clínica de Justicia Ambiental
de la Universidad Diego Portales
Coordinador de Litigios ONG FIMA
lillo@fima.cl

Antonia Berríos Bloomfield

Abogada Universidad de Chile
ONG FIMA
berrios@fima.cl

RESUMEN: Desde la dictación de la Ley N° 20.600, la jurisprudencia y la doctrina han ido estableciendo los límites y formas del derecho procesal ambiental. Particularmente en relación a la oscura redacción del artículo 17 N° 8, se ha desarrollado la teoría de la invalidación impropia. Esta teoría busca armonizar los diferentes recursos disponibles para someter determinados asuntos a la competencia de los tribunales ambientales. Sin embargo, algunos fallos recientes han ampliado su aplicación a otros asuntos más allá de los que le dieron origen.

Esta aplicación amplia es un error y amerita la realización de ciertas distinciones. La “invalidación impropia” no es la regla general de la invalidación de actos administrativos de carácter ambiental, ya que continúan vigentes las reglas generales para las que no es necesario aplicar la pretendida distinción.

PALABRAS CLAVE: Invalidación administrativa, invalidación impropia, acto administrativo de carácter ambiental, jurisprudencia.

ABSTRACT: Since Law N° 20.600, jurisprudence and doctrine has started a process to establish the content of the procedural environmental law.

Specially, regarding the awkward wording of the article 17 N° 8 of the abovementioned law, they've developed the "sui generis invalidation theory" or, as it is known in Spanish, "teoría de la invalidación impropia". This theory pretends the alignment of the different legal actions available to put determined issues under the knowledge of the Environmental Courts. Nevertheless, some recent rulings have misinterpreted this theory, giving it a wider appliance, reaching more issues than it should reach.

The wide appliance of this theory is a misconception and merits some distinctions to be established: This "sui generis" invalidation rule theory must not be understood as the general rule, being the traditional invalidation rule referred to in article 53 of the Law 19.880, still applicable to certain administrative acts.

KEYWORDS: Administrative act invalidation, sui generis invalidation, environmental administrative act, jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

La invalidación administrativa en materia ambiental y su posterior reclamo judicial en el marco de la Ley N° 20.600 han dado lugar a una profusa discusión en el derecho ambiental chileno. Su alcance, si bien se encuentra mejor definido hoy que al tiempo de la dictación de dicha ley, está lejos de estar completamente claro. En este escenario, han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han definido los términos en que se armoniza la institución de la invalidación con el resto de la normativa ambiental¹.

Para resolver, en particular, el conflicto generado por la posibilidad de iniciarse procedimientos administrativos de invalidación junto a otras formas de impugnación de resoluciones de calificación ambiental (RCAs) y de las resoluciones que resuelven la revisión de RCAs, se introdujo la teoría de la invalidación impropia. Esta teoría de origen jurisprudencial sostiene que, en realidad, la invalidación a la que se refiere la Ley N° 20.600 en su artículo 17 N° 8 es un recurso de ilegalidad, razón por la que su interposición se restringiría a un plazo de treinta días, armónico con los demás recursos.

Pero lo cierto es que, al existir más actos administrativos de carácter ambiental que no son la RCA, la invalidación tiene un alcance mucho más

¹ Un buen estado del arte en la materia resulta el artículo de BARROS y VALDIVIA (2020).

amplio que aquel considerado para la elaboración de la teoría en comento. El presente artículo pretende responder si es correcto o no aplicar la teoría de la invalidación impropia a todos los actos de carácter ambiental, a la luz de una interpretación sistemática e histórica adecuada.

Para continuar desarrollando el concepto y alcance de la potestad invalidatoria de la Administración de una forma armónica con la letra de la ley, la intención del legislador y los principios que inspiran nuestro derecho ambiental, es necesario detenerse ante esta evolución y efectuar las distinciones necesarias para situar correctamente la discusión y evitar que la interpretación se extienda a ámbitos en los que no es requerida ni bienvenida.

En particular, determinadas sentencias del último tiempo han aplicado la teoría de la invalidación impropia en casos en los que su aplicación no se justificaba², distorsionando el rol de la invalidación como la norma de clausura del sistema de acciones de los tribunales ambientales. Como se intentará aclarar en este texto, las soluciones propuestas por la teoría de la invalidación impropia no son aplicables a la invalidación de cualquier acto administrativo de carácter ambiental, sino que únicamente a las resoluciones de calificación ambiental³ y las resoluciones que resuelven procesos de revisión de RCAs, dictadas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Para exponer lo anterior, este artículo examinará brevemente la invalidación administrativa en materia ambiental, los problemas interpretativos que dieron lugar a la teoría de la invalidación impropia, los argumentos para sostener que resulta erróneo aplicar esta teoría a la invalidación de los demás actos administrativos de carácter ambiental diferentes de los ya señalados, y, por último, cuál debiese ser la regla general aplicable al plazo de que disponen los interesados para solicitar la invalidación a la que se refiere el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.

² Las más recientes son la sentencia de la Excm. Corte Suprema, “Stipicic Escauriaza con Director Ejecutivo SEA” (2020), y la sentencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, “Quirquitripay Antiman con Fisco” (2020).

³ En razón del diseño procedimental del Sistema Evaluación de Impacto Ambiental, cuando hablamos de RCA nos referimos a la resolución dictada por las Comisiones de Evaluación o el Director Regional, así como a aquella dictada por el Comité de Ministros o el director ejecutivo, en los casos en que ha habido reclamaciones administrativas en contra de la RCA, dado que, cuando existe la segunda, es el acto terminal del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

2. LA INVALIDACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA AMBIENTAL

2.1. La invalidación en materia administrativa y la incorporación de la reclamación judicial en la Ley N° 20.600

La invalidación administrativa debe ser entendida como aquella potestad con la que cuenta la Administración para dejar sin efecto un acto que, en apariencia válido, adolece de un vicio de legalidad que amerita su invalidación⁴. Su regulación se encuentra en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado, que señala:

“Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.

Como se lee de la disposición citada, el acto susceptible de invalidación es aquel contrario a derecho. Esta potestad puede ser ejercida por la Administración tanto de oficio como a petición de parte, debiendo ejercerse dentro de los dos años contados desde su notificación o publicación.

En el año 2012, la dictación de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales introdujo un importante cambio sobre lo que hasta entonces era la tutela jurisdiccional de los actos de la Administración en materia ambiental. Dentro de sus más relevantes innovaciones encontramos la competencia que se le otorgó a los tribunales ambientales, jurisdicción especializada en esta materia, para conocer de la impugnación de las resoluciones que resuelvan un procedimiento de invalidación de un acto administrativo seguido adelante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880. Esta competencia se otorgó mediante la incorporación del artículo 17 N° 8, que reza:

⁴ MARÍN (2020), pp. 45-60.

“Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

[...]

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contados desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”.

El sentido literal de esta norma es dotar de competencia a los tribunales ambientales para materializar el control jurisdiccional de la Administración en materia ambiental, mediante la creación de un recurso de reclamación especial que permite a los administrados reclamar de la resolución que resuelva un procedimiento de invalidación iniciado en conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, ya sea que el acto resulte invalidado o no.

2.2. Actos de carácter ambiental

Para un correcto entendimiento de la aplicación de esta norma en esta materia, la primera cuestión que debe aclararse al enfrentar su estudio es qué entenderemos por un acto de carácter ambiental. De acuerdo a la letra de la disposición, actos de carácter ambiental serán aquellas decisiones for-

males emitidas por determinados órganos de la Administración del Estado⁵ que tengan competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos. La definición, si bien discutible en su amplitud, permite señalar que el ordenamiento se inclinará por una definición más amplia que estrecha, considerando que los instrumentos de gestión ambiental no se encuentran definidos tampoco en forma estricta por la ley⁶. De todas formas, para cualquier intérprete es dable afirmar que las RCAs son actos con tal carácter, así como también reconocer que no son los únicos actos que pueden encontrarse en esta categoría.

A su lado, podemos encontrar otros actos que típicamente serán de carácter ambiental, como los que sean dictados por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) al resolver una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) o la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), ya que las consecuencias ambientales de dichos actos son innegables. En un espectro más lejano al núcleo, pero no por eso fuera de la categoría, podemos encontrar los actos mediante los cuales diferentes ministerios disponen de los bienes nacionales de uso público con valor ambiental o autorizan actividades que no ingresan al SEIA pero que requieren satisfacer normativa que, por sus objetivos, existe para proteger el medio ambiente. En este lugar encontramos a las autorizaciones sanitarias para, por ejemplo, operar sistemas de disposición de residuos y actos administrativos en el contexto de una Evaluación Ambiental Estratégica. En definitiva, sin forzar el concepto ni haciendo un catálogo demasiado exhaustivo, es posible encontrar múltiples actos de carácter ambiental diferentes de las RCAs.

⁵ De acuerdo al artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, serán los órganos de la Administración del Estado señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica de Bases de la Administración del Estado, que dispone: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

⁶ PAREDES (2015), p. 53. Lo anterior, todavía más evidente si se considera que el legislador ha previsto medios de impugnación formales directos para esos instrumentos de gestión ambiental.

3. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA NORMATIVA QUE REGULA LA INVALIDACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

Hasta aquí, todo lo relativo a la aplicación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 puede considerarse medianamente claro. Sin embargo, las disposiciones referidas conllevan dos interrogantes particulares que han incidido en el origen de, probablemente, la más legendaria de las discusiones en el marco del derecho procesal ambiental chileno: sobre el plazo para solicitar la invalidación de un acto administrativo y sobre la posibilidad de invalidar las resoluciones de calificación ambiental.

3.1. El cómputo del plazo para solicitar la invalidación de un acto administrativo

La primera interrogante, que parecería no implicar mayores complicaciones, dice relación con el plazo que le asiste al interesado para solicitar la invalidación de un acto administrativo. Ello, porque la norma del artículo 53 de la Ley N° 19.880 regula, primero, que la potestad invalidatoria tiene un plazo de caducidad de dos años; segundo, algunas reglas especiales sobre el procedimiento que se debe llevar a cabo para aplicar dicha atribución (en particular, la audiencia del interesado), y, tercero, que dicho procedimiento puede ser promovido de oficio o a petición de parte. Sin embargo, respecto de este último elemento, ni dicha norma ni ninguna otra señalan cuál sería el plazo para que el interesado promueva el procedimiento solicitando la invalidación de un acto.

Esta complicación no tiene una solución clara, por dos particularidades normativas: la potestad invalidatoria, al extinguirse por caducidad, no admite una interrupción del término de dos años, como sería en el caso de una prescripción, por lo que la solicitud de invalidación no tiene efecto sobre el término de caducidad y este correría paralelamente al procedimiento, hasta su extinción o hasta la dictación de la resolución que ponga fin al procedimiento, lo que ocurra primero. Hasta acá, el problema podría solucionarse con la aplicación de un estándar de diligencia del solicitante, quien debiese ingresar su solicitud de invalidación contando un plazo “razonable” para que la Administración tramite el procedimiento respectivo y tome una decisión terminal, recursos administrativos incluidos; todo sin que concluya el término de dos años para la aplicación de la potestad invalidatoria.

Sin embargo, esta solución no es suficiente por la segunda particularidad que enunciábamos: la Administración no está sujeta a plazos fatales, según lo entiende la doctrina administrativista y la mayor parte de la jurisprudencia en la materia, debido a la existencia de la norma del silencio administrativo⁷. Ello implicaría que la sanción, en caso de que se exceda el límite legal de extensión de un procedimiento administrativo –seis meses, según el artículo 27 de la Ley N° 19.880–, sería responsabilidad funcionaria, pero debido a que el silencio administrativo es una herramienta de uso exclusivo del interesado (y aun siendo usada, la certificación correspondiente no se emite de forma automática), no existe una obligación propiamente tal para el órgano administrativo. Así, aun en el caso de un interesado con la máxima diligencia, que ha solicitado la invalidación dentro de los dos años y con tiempo suficiente para tramitar un procedimiento de extensión máxima de seis meses, podría perfectamente la Administración dejar pasar el tiempo sin emitir un acto terminal, hasta que su potestad invalidatoria caduque, forzando la conservación de acto cuya invalidación se solicitó.

Frente al problema que significa que la diligencia no sea un estándar confiable del cual derivar una regla, en tanto la diligencia del interesado no tiene efecto legal alguno sobre el comportamiento de la Administración, parte de la jurisprudencia ha reaccionado inclinándose por la idea de que, en efecto, el interesado no tiene en la ley un plazo distinto a los dos años de caducidad de la potestad invalidatoria, para solicitar la invalidación de un acto administrativo, siendo deber de la Administración tramitar un procedimiento completo, usando la atribución de ampliar los plazos si fuese necesario:

En su fallo causa Rol N° 31176-2016, sobre el Proyecto Hidroeléctrico Achibueno, la Corte Suprema señaló:

“Quinto: Que, en consecuencia, al haberse presentado la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años previstos en la ley, era improcedente que el Servicio de Evaluación Ambiental la declarará inadmisibles, sin hacer uso de sus facultades para extender los plazos, circunstancia que impidió que la autoridad emitiera un pronunciamiento de fondo sobre la nulidad solicitada, por lo que corresponde acoger la reclamación, debiendo el órgano reclamado proceder al análisis de fondo omitido, según se dirá en lo resolutivo”.

A la vez, en su sentencia causa Rol N° 45807-2016, sobre el proyecto Piscicultura Río Calcurrupe, reiteró:

⁷ Un extenso análisis sobre el particular se puede encontrar en CORDERO (2011).

“Décimo Quinto: Que, en el caso concreto, la solicitud de invalidación de la Resolución Exenta N°0725 de 14 de agosto de 2013, publicada el 3 de septiembre del mismo año, fue presentada al Servicio de Evaluación Ambiental el 13 de agosto de 2015, en circunstancias que el término de 2 años del artículo 53 de la Ley N°19.880 vencía a la medianoche del día 2 de septiembre del mismo año. En consecuencia, restaban 15 días hábiles administrativos antes de que operara la caducidad. Esta situación hacía imperativo el ejercicio de la facultad de ampliación de los plazos, que permitiera al Servicio de Evaluación Ambiental emitir un pronunciamiento de fondo sobre el vicio de nulidad que estaba siendo planteado por el administrado. Por el contrario la autoridad ambiental se excusa de resolver la petición sobre la base de haber caducado la potestad invalidatoria, en circunstancias que su ejercicio fue requerido antes que operara la extinción, que se verificó solamente por la omisión del órgano en ampliar el plazo de resolución”.

Otra solución posible es entender que el acto que no ha podido ser invalidado por haber caducado la potestad invalidatoria, independiente de la imposibilidad de la autoridad administrativa de invalidarlo, derechamente sea conservado o dejado sin efecto por el Tribunal Ambiental en el marco de un control de legalidad posterior, ya que su atribución invalidatoria, regulada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, no se encuentra determinada por la del artículo 53 de la Ley N° 19.880, sino por el resultado del juicio al que pertenece la sentencia en que dicha atribución se aplica.

Ello habilitaría a que, en primer lugar, no obstante la potestad invalidatoria se encuentre caducada, la imposibilidad de anular el acto no sea un obstáculo para que se sustancie el procedimiento de invalidación de forma completa, pues su resultado será siempre controlable ante el tribunal respectivo, y, en segundo lugar y de mucho mayor importancia, impide que subsistan actos administrativos ilegales, permitiendo su revisión por los tribunales ambientales aun cuando hubiera caducado la potestad invalidatoria de la Administración.

3.2. La aplicación de la invalidación a un acto administrativo en particular: la resolución de calificación ambiental

Las dificultades expuestas hasta acá pueden ser vistas como comunes a la institución de la invalidación en la Ley N° 19.880, haciendo la prevención que el análisis se ha realizado sobre la práctica y jurisprudencia de

los tribunales ambientales y la Corte Suprema en materia ambiental. Sin embargo, a ellas se le suma una dificultad adicional específica del estatuto jurídico ambiental, a propósito de la introducción de la Ley N° 20.600, como ya hemos dicho, el numeral 8° del artículo 17 de dicha ley.

En el universo total de actos administrativos alcanzados por la regulación de la Ley N° 19.880 (que de forma principal o supletoria alcanza prácticamente todos los actos que emanan de la Administración), cabe preguntarse: ¿por qué es un problema la invalidación de la RCA? ¿Qué de especial tiene la RCA como acto administrativo que ha significado el derramamiento de tanta tinta?

Curiosamente, si se indaga en la literatura especializada y en la jurisprudencia, el único acto administrativo de todo el universo de aquellos regulados por la Ley N° 19.880 que concita este nivel de conflicto en la aplicación de esta institución de carácter general es la RCA. Tener esto en cuenta es relevante, pues demuestra que el problema que convirtió a la RCA en un acto administrativo tan “especial” no está en la potestad invalidatoria, no está en la normativa de la Ley N° 19.880, sino que deriva de una mala técnica legislativa en la Ley N° 20.600 sobre Tribunales Ambientales.

Se puede decir, sin mayores sobresaltos, que lo que hace desde un primer momento la norma del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, tal como su título lo anuncia, es otorgar competencia especial al Tribunal Ambiental para conocer de la impugnación del acto que termina un procedimiento administrativo de invalidación, cuando el acto administrativo que ha motivado tal procedimiento es un acto de carácter ambiental. Esto es, la disposición citada no introduce ninguna alteración a las reglas contenidas en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, aparte de fijar una competencia especial para los tribunales ambientales, en circunstancias que el artículo 53 habla de forma genérica sobre la competencia que tienen “Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario” para conocer de la impugnación del acto que concluye el procedimiento de invalidación.

Aquí no hay ninguna sorpresa: el artículo 53 establece una competencia genérica para la impugnación del acto terminal del procedimiento de invalidación, que la Ley de Tribunales Ambientales concreta en el numeral 8° del artículo 17 respecto de los actos administrativos de carácter ambiental, lo que está en línea con el principio de impugnabilidad del artículo 15 de la Ley N° 19.880, según el cual son impugnables los actos terminales y los

actos trámite que terminen el procedimiento o que produzcan indefensión al interesado. Y así como no hay sorpresa alguna, tampoco hay lugar para hacer una distinción entre actos para determinar las reglas aplicables a su impugnación.

Sin embargo, al llegar al inciso final del numeral 8° del artículo 17 es donde la norma se torna confusa:

“En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”.

La disposición transcrita señala que la regla de la reclamación en contra de un acto que resuelve un procedimiento administrativo de invalidación se altera en los casos de los numerales 5) y 6) del artículo 17 de la Ley N° 20.600 y establece un límite adicional a la potestad invalidatoria, distinto a la caducidad, que es la imposibilidad de ejercerla una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o que hayan transcurrido los plazos para interponer tales recursos. Volveremos sobre esto más adelante.

A partir de lo dispuesto en dicho inciso –y de las profusas discusiones sostenidas por los litigantes con ocasión de su aplicación por parte de los tribunales ambientales–, como ya se adelantaba, la jurisprudencia ha elaborado la “teoría de la invalidación impropia”⁸, que, en oposición a la invalidación “propia”, sería una acción creada especialmente para la invalidación de RCAs y que tiene un plazo distinto de aquel señalado para la invalidación administrativa o propiamente tal.

En efecto, la regla que impone la teoría de la invalidación impropia de los treinta días posteriores a la dictación del acto para efectuar la solicitud de invalidación, proviene directamente de la redacción confusa del inciso final del numeral 8), pues obliga al interesado a abrir dicho procedimiento administrativo antes de que se resuelvan los recursos administrativos y

⁸ La teoría nace en el voto de prevención del ministro Sr. Pierry en la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en “Marila Rosicler Castillo Pitripán con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2015) y se consolidó en los fallos de las causas “Junta de Vecinos Maitencillo con SEA” (2016) y “Sucesión Quiñimil Pirul con COEVA VIII” (2017), también de la Excm. Corte Suprema.

jurisdiccionales y, sobre todo, antes de que transcurran los plazos legales para ejercer las acciones de los numerales 5) y 6).

Así las cosas, antes de continuar es necesario establecer una primera conclusión: en el caso de las resoluciones de calificación ambiental no es el acto mismo el que goza de alguna particularidad que lo haga distinto de otros actos administrativos, ni tampoco es el estatuto de invalidación aplicable, pues la Administración solo puede invalidar un acto a través de la potestad regulada por el artículo 53 de la Ley N° 19.880. En el caso de la RCA, lo “especial” es el régimen de reclamación. Es en virtud de este régimen de reclamación que se establecen las excepciones que han complicado la interpretación de la norma del artículo 17 N° 8 y que disponen la preferencia de los mecanismos dispuestos en los numerales 5) y 6) del mismo artículo, como se pasará a ver a continuación.

4. DISTANCIAMIENTO NECESARIO: LA TEORÍA DE LA INVALIDACIÓN IMPROPIA NO ES APLICABLE A LA INVALIDACIÓN DE TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER AMBIENTAL

Como puede observarse de la formulación y desarrollo de la teoría de la invalidación impropia, resulta meridiano que su planteamiento obedece a la necesidad de armonizar las demás disposiciones relativas a la impugnación de RCAs en el marco del SEIA, y no para sugerir la aplicación generalizada en la solicitud de invalidación y posterior reclamo judicial de los demás actos administrativos de carácter ambiental. Esta precisión no es banal, pues la confusión que pueda ocurrir al errar en la aplicación de esta teoría y sostener su procedencia en el marco de la invalidación de otros actos administrativos de carácter ambiental puede significar un grave retroceso en el control jurisdiccional de la Administración de los actos ambientales y, en definitiva, un daño severo al ya pedregoso acceso a la justicia ambiental.

Las razones por las que en este estudio se presenta la conclusión anterior se encuentran a la vista de quien desee estudiar la aplicación de la teoría de la invalidación impropia, y es que los problemas que busca resolver ocurrieron precisa y únicamente en el marco de la invalidación de RCA (y de las resoluciones que resuelven la revisión de una RCA en virtud del artículo 25 quinquies) y no existen para los demás actos administrativos de carácter ambiental.

4.1. Los problemas de la invalidación de las resoluciones de calificación ambiental

Como ya se ha dicho, la desafortunada redacción del inciso final del numeral 8) del artículo 17 ha sembrado la incerteza sobre lo que el legislador quiso representar. Este inciso, considerado como la regla de clausura de la procedencia de la invalidación, dispone que, en el marco de la competencia de los tribunales ambientales para conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento de invalidación, en los casos “de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la Ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”. A continuación explicaremos paso a paso los elementos de tal disposición que configuran los factores críticos para la aplicación de la invalidación.

Primero, el numeral 5) del artículo 17 de la Ley N° 20.600 dispone que será competencia de los tribunales ambientales conocer de las reclamaciones que se interpongan ante el Comité de Ministros o del director ejecutivo en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300. El artículo 20 de dicha ley regula el recurso de reclamación para el proponente de un proyecto en contra de la resolución que niegue lugar, rechace, establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o rechace o establezca condiciones a un Estudio de Impacto de Impacto Ambiental (EIA). Llamaremos a esta reclamación como “reclamación del titular”. El artículo 25 quinquies, por su parte, regula la reclamación del acto administrativo que realice la revisión de una RCA.

Luego, en el numeral 6) del artículo 17, a su vez, dispone que será competencia de los tribunales ambientales la reclamación que interpongan las personas naturales o jurídicas que hubieren realizado observaciones a la respectiva DIA o EIA por no haberse considerado debidamente dichas observaciones. Esta reclamación recibe coloquialmente el nombre de “reclamación PAC”.

En síntesis, a partir de la regulación de los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300 y 17 de la Ley N° .600, se tiene que titulares de proyectos y observantes ciudadanos tienen acción de reclamación ante los tribunales ambientales en el contexto de una evaluación de impacto ambiental o de

un procedimiento de revisión de RCA. Estas son acciones estrictas, específicas y de acceso limitado (desde la perspectiva de la legitimidad activa), y que el legislador prefiere, como puede verse en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 –fuente de la discordia–.

Por último, la disposición establece una limitación especial a la reclamación por invalidación y a la potestad invalidatoria misma, en el marco de las reclamaciones de los numerales 5) y 6), recién explicados. Tal limitación consiste en la imposibilidad de la administración de aplicar la potestad invalidatoria respecto de la RCA o la resolución de un procedimiento de revisión de RCA, “una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”. Sin hacerlo de forma expresa, la norma en cuestión parece restringir el ejercicio de la potestad invalidatoria a treinta días desde dictada la RCA, pues ese es el término que el legislador dispone para la interposición de los recursos administrativos y judiciales en su contra. Esta restricción es la que refrenda la teoría de la invalidación impropia, limitando en consecuencia el plazo para que el interesado efectúe la solicitud de invalidación.

La jurisprudencia, al intentar armonizar esta redacción con su aplicación en el marco de solicitudes de invalidación de RCAs o de resoluciones de un procedimiento de revisión de RCA, arribó a la teoría de la invalidación impropia para intentar resolver los siguientes desequilibrios que, como ya señalamos, son propios de los conflictos que rodean a este tipo de resoluciones. Estos, revisados de un modo general, pueden categorizarse en:

- a) La necesidad de armonizar el plazo para ejercer la potestad de invalidar con los demás recursos contemplados en la ley:

Esta argumentación se funda en que, en el marco del procedimiento de evaluación ambiental, tanto el titular como los interesados que participan formulando observaciones tienen a su disposición recursos administrativos y judiciales específicos consagrados en normativa especial. Por ello, para impugnar una RCA, deben atenerse al ejercicio de esas acciones dentro de los plazos acotados para su interposición. Al solicitarse la invalidación por un tercero distinto de estos sujetos legitimados en la reclamación del titular y reclamación PAC (a quienes la Corte ha denominado “terceros absolutos” del procedimiento de evaluación ambiental), en el contexto de lo que la Corte Suprema llama “invalidación-recurso” o “invalidación

impropia”, tendría sentido que el tercero absoluto tenga a su haber un plazo análogo al contemplado en los artículos 20, 25 quinquies y 30 bis de la Ley N° 19.300, ya que aquellos son los plazos establecidos para la impugnación en el marco del SEIA por parte de quienes han participado del procedimiento. Con ello, si bien no emana de disposición legal alguna, se busca una solución armónica que evite decisiones contradictorias e inoportunas en una y otra sede.

b) Principio de participación ciudadana:

Se ha dicho que otorgar un plazo mayor a terceros que no hubieren participado de un procedimiento de evaluación formulando observaciones atenta en contra del principio de participación ciudadana en el SEIA, ya que produce un desincentivo para quienes se ven afectados por el desarrollo de un proyecto, dejando en una posición desventajosa a quienes sí participaron. Lo anterior ya que, por una parte, contarán con un plazo menor y, por la otra, la impugnación que pueda solicitarse estará restringida al contenido de las propias observaciones. Por esta razón, se ha justificado que no tiene lógica dentro del sistema considerar que el plazo que tienen terceros ajenos al procedimiento para impugnar una RCA es el de dos años del artículo 53 de la Ley N° 19.880, sino que debe ajustarse para incentivar la participación ciudadana.

No obstante, esta idea también pierde de vista que el “tercero absoluto” solamente se define según su participación o falta de ella en el procedimiento de evaluación ambiental, no por su relación con el proyecto evaluado. Así, perfectamente podría existir el caso de una persona directamente afectada por el proyecto que no hizo observaciones en la etapa de participación, quien no debería quedar sin acción para defender sus derechos e intereses solo por la existencia de una acción “preferida”, pero de acceso limitado. Desde esa perspectiva, es necesario relevar la dimensión de acceso a la justicia del que habla el principio de participación ciudadana⁹.

⁹ “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

c) Aplicación directa del artículo 20 de la Ley N° 19.300:

También se ha señalado que corresponde restringir a treinta días el plazo para deducir el reclamo de ilegalidad denominado invalidación impropia únicamente por la aplicación del tenor expreso del artículo 20 de la Ley N° 19.300¹⁰. Este artículo regula la acción que puede ejercerse en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un estudio de impacto ambiental o a una declaración de impacto ambiental.

d) Necesidad de otorgar certeza jurídica a titulares de proyectos:

Quienes sostienen esta postura señalan que, de aplicarse el plazo de dos años contemplado en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 para los terceros ajenos al procedimiento, los desarrolladores de proyectos que hubieren obtenido una RCA favorable o una resolución que resuelva el procedimiento de su revisión, no solo deberán esperar a que se cumplan los plazos de los artículos 20, 25 quinquies y 30 bis de la Ley N° 19.300 para poder materializar su proyecto, sino que para poder desarrollarlo con la certeza de que no resultará invalidado (o que la resolución que revisó su RCA se mantendrá firme), también deberán esperar que transcurra el plazo de dos años con que cuenta la Administración para invalidar de oficio o a petición de parte. De esta forma, perdería sentido haber predispuesto un sistema de impugnación claro con el objetivo de otorgar certeza, ya que siempre sería posible burlar dicho sistema incluso por terceros que no hubieran participado de la evaluación ambiental¹¹.

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”. Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

¹⁰ Al respecto, en una prevención del ministro Sr. Matus en sentencia Excma. Corte Suprema, “Agrícola Ancali Ltda. con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental” (2018), este señaló: “Se previene, además, que el Abogado Integrante señor Matus concuerda con el término de 30 días para deducir el reclamo de ilegalidad denominado ‘invalidación impropia’ ante la Administración, pero llega a dicha conclusión únicamente a la luz del tenor expreso del artículo 20 de la Ley N°19.300, que es precisamente la norma que regula la acción que puede ejercerse en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental o a una Declaración de Impacto Ambiental”.

¹¹ UGARTE (2020).

Si bien esta idea persigue un fin que puede ser considerado legítimo, esto es, defender la certeza jurídica de los titulares de proyectos, justificar una excepción al artículo 53 de la Ley N° 19.880 en su virtud significaría convertir a la RCA en un acto administrativo especialísimo por medio de una mera interpretación en silencio de ley, pues no existe fundamento legal alguno para sostener que a la RCA no le es aplicable una regla que es de aplicación general a todos los actos administrativos. De otro modo, sería el único acto administrativo del sistema jurídico cuya invalidación caduca en un plazo distinto a la regla general y, más aún, que tal plazo se encuentra regulado por la jurisprudencia en un sistema que no tiene entre sus fuentes formales el precedente judicial. Con todo, debido a que a propósito de la aplicación de la invalidación impropia sí se ha establecido tal excepción, su procedencia y conformidad a derecho es discutible.

Como puede observarse, todas las razones recién enunciadas dicen relación con el régimen de impugnación de RCAs y no con la generalidad de los actos de carácter ambiental. Al hacer el ejercicio hipotético de intentar formular estas justificaciones para limitar el tiempo en que es procedente la invalidación para otros actos de carácter ambiental, ellos no resultan aplicables.

Lo anterior, ya que en relación a estos actos no existe un sistema adicional de recursos ante los tribunales ambientales que regulen su impugnación, o plazos especiales contemplados en una ley especial para ello, por lo que no existe la misma necesidad de armonizar tales acciones y tales plazos. Así, tampoco existe la necesidad de evitar una supuesta falta de certeza jurídica si se otorga un plazo de dos años, pues tal plazo es la regla general de nuestro sistema jurídico para todo acto administrativo que adolezca de un vicio de legalidad.

Para todos los actos administrativos, sean estos ambientales o no, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 en el año 2003, siempre ha existido la posibilidad de solicitar la invalidación administrativa, sin que por su incorporación a la competencia de los tribunales ambientales se agregue ahora una nueva fuente de incerteza jurídica, pues se trata de una condición ya existente.

Por todas estas razones es que es posible sostener que la formulación de la teoría de la invalidación impropia responde a problemáticas propias

de la solicitud de invalidación de RCAs o de resoluciones que resuelvan la revisión de una RCA.

4.2. Revisión breve de la jurisprudencia sobre invalidación de RCA

Para ilustrar lo anterior, vale la pena hacer una breve revisión de los casos en los que la jurisprudencia que se ha pronunciado conociendo de la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, que se presenta estandarizada en la tabla del anexo de esta publicación. En ellos, como se verá, la aplicación de la teoría de la invalidación impropia se da, en la inmensa mayoría de los casos, en el marco de la solicitud de invalidación de RCAs, mientras que excepcionalmente han recaído sobre otro tipo de actos. Estas excepciones serán revisadas puntualmente en la sección III.

Como puede verse en la tabla del anexo, en este tipo de casos el criterio de decisión ha sido fluctuante por parte de la Excma. Corte Suprema, siendo el último fallo firme en la materia, el de la causa Rol N° R-99-2016 del Segundo Tribunal Ambiental (cuya sentencia se encuentra firme por inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto en su contra), en que se reitera que los solicitantes de invalidación solo están limitados por el plazo de dos años del artículo 53.

De entre estos fallos, existe un único pronunciamiento de la Corte Suprema que ha aplicado la teoría de la invalidación impropia en la reclamación que buscaba invalidar un acto de carácter ambiental distinto de una RCA. Se trata de la sentencia definitiva dictada por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 8737-2018 con fecha 12 de marzo de 2020.

En aquel caso, tras una votación dividida de 3 a 2, se zanjó una disputa en la que se buscaba invalidar un acto de carácter ambiental distinto de una RCA; en concreto, se trataba de la invalidación de la Resolución N° 1.384/2015 del Comité de Ministros, que resolvió una solicitud de aclaración del titular, en virtud de la que se modificó el parámetro de medición de material particulado sedimentable de un proyecto sometido al SEIA.

En la ocasión, el Máximo Tribunal acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio de Evaluación en contra de la sentencia del

Tribunal Ambiental que resolvió a favor de la reclamación del solicitante de invalidación. Tal revocación del fallo del Tribunal Ambiental obedeció a que la Excma. Corte consideró que la solicitud de invalidación se presentó de forma extemporánea. En aquel caso, dicha solicitud de invalidación había sido presentada, aunque dentro del plazo de los dos años contemplado por el artículo 53 de la Ley N° 19.880, con posterioridad a los treinta días planteados por la teoría de la invalidación impropia.

Lo cierto es que el razonamiento de este fallo resulta errado, ya que justifica la aplicación de esta interpretación, nuevamente, en asuntos que solo corresponde analizar para el caso de la invalidación de las resoluciones de calificación ambiental. De esta forma, arribó a la conclusión de que la solicitud de “invalidación impropia” o “invalidación recurso” es la única manera de llegar a interponer una reclamación del 17 N° 8.

Es decir, esta sería una acción que no estaría precedida de un procedimiento administrativo de invalidación del artículo 53 de la Ley N° 19.880, sino que de una “invalidación impropia” o *sui generis* supuestamente creada en silencio por la Ley N° 20.600. Lo anterior, señala erradamente el fallo, sería concordante “con lo dispuesto en el inciso final del propio artículo 17 número 8 de la Ley 20.600, que dispone que en los casos que indica ‘no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la Ley N° 19.880’ mención que sólo se justifica tratándose de un recurso distinto de aquel del inciso primero, del mismo número”¹².

En este pronunciamiento están ausentes las razones en que se basa para hacer extensiva la aplicación del razonamiento construido a partir de las invalidaciones de RCAs a todos los demás actos administrativos de carácter ambiental o a aquel que en el caso concreto se buscaba invalidar. No hay un solo considerando que contenga este razonamiento, como tampoco el razonamiento que pueda justificar la aplicación de dicha teoría a este tipo de actos.

Esta confusión de la Corte Suprema queda aún más en evidencia cuando se observa que la sentencia del Tribunal Ambiental que revocó resuelve el problema del plazo justamente siguiendo otra sentencia del mismo tribunal superior:

¹² “Stipicic Escauriaza Ana Pilar con Director Ejecutivo SEA” (2020), considerando decimocuarto.

“Sexto. Que, en relación al último punto a analizar, esto es, el plazo para interponer la solicitud de invalidación –que habilita para impugnar judicialmente ante esta Magistratura–, a juicio del Tribunal, no existe sustento normativo para considerar que dicho plazo sea de 30 días, ya que el artículo 53 de la Ley N° 19.880 permite invalidar dentro de los dos años desde publicado o notificado el acto. En efecto, jurisprudencia reciente de la Corte Suprema –en lo que dice relación con la invalidación de actos administrativos de carácter ambiental, respecto de sujetos que no gocen de una vía especial para impugnar– ha señalado que ‘[...] la sola presentación de la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años [...]’, determina que la Administración deba hacer un análisis de fondo”¹³.

Así, lo que en la práctica ha sucedido es que la Excelentísima Corte estableció una solución interpretativa inicial en virtud de la cual los “terceros absolutos” tuvieron acceso a la reclamación por invalidación como mecanismo de impugnación ante los tribunales ambientales y es la propia Corte la que los despoja de su acción en la sede de casación, producto de que su interpretación cambió en el intertanto. Ello, sumado a que se aplica la restricción de plazo a una reclamación por invalidación de un acto cuyo estatuto normativo no suscita controversia, dado a que es un acto de carácter ambiental no alcanzado por el texto del inciso final del numeral 8) del artículo 17.

La “invalidación impropia”, como se observa, no ha sido tampoco para la jurisprudencia, con la excepción de este último y equivocado fallo, la regla general de la invalidación en materia ambiental. Por el contrario, se trata de una regla especial aplicable cuando la aridez del artículo 17 N° 8 inciso final no permite hacer una aplicación armónica de la invalidación cuando existen otros recursos disponibles, como es el caso de la invalidación de RCAs o de la resolución que resuelve la revisión de una RCA.

Ciertamente que, conocido el texto y, aun más, la historia de la ley¹⁴, el objetivo de la incorporación del numeral 8) no es en ningún caso limitar el conocimiento de los tribunales ambientales de los demás actos de carácter ambiental que no habían sido incorporados, sino que, por el contrario, ampliarlo a estos otros actos. En efecto, en el diseño institucional original de la Ley N° 19.300 se otorgaba competencia al juez de letras para conocer de

¹³ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, “Stipicic Escauriaza Ana Pilar con Director Ejecutivo SEA” (2018), considerando sexto.

¹⁴ Este punto es tratado con más profundidad en la sección IV.2.

las reclamaciones contra RCAs y contra decretos que crean normas de emisión, calidad y establecen planes de prevención y/o descontaminación¹⁵. Todos los demás actos administrativos de carácter ambiental carecían de una vía adecuada para su impugnación, cuestión a la que intentó responder la Ley N° 20.600.

Al tratarse de un recurso que detentan los terceros en un procedimiento determinado, no es posible presumir que se encuentran debidamente informados del hecho de haberse dictado el acto que les afecta ni de su contenido, precisamente por su calidad de terceros. Lo anterior es todavía más evidente en el caso de otros actos de carácter ambiental diferentes de las resoluciones de calificación ambiental, en que los actos no son publicados ni notificados más que al titular y a los demás órganos de la Administración que deben ser informados en cada caso.

Si así fuera, derivaría en un resultado injusto. Basta hacer el simple ejercicio de revisar los procedimientos de dictación de cualquier otro acto de carácter ambiental distinto de una resolución de calificación ambiental. Si se considera un plazo máximo para solicitar la invalidación de treinta días, las posibilidades de impugnación del acto y que esta sea conocida por la judicatura especializada se reducen al mínimo, solo por tratarse de actos de carácter ambiental.

Este razonamiento es recogido en el voto en contra de este fallo, suscrito por los ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco. Este señala:

“3.- Que, en este sentido, se ha sostenido consistentemente que una interpretación armónica de las instituciones comprendidas en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 y 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, siempre orientada por el principio *pro actione* que impregna a ambos estatutos normativos, debe llevar a concluir que no es exigible al tercero absoluto el plazo de 30 días contenido en la ley que creó los Tribunales Ambientales, puesto que el ser ajeno al procedimiento administrativo donde se originó el acto que se pretende invalidar y, por consiguiente, la inexistencia de la obligación de practicar notificación alguna a su respecto, torna en ilusorio el ejercicio oportuno de la instancia de revisión, tanto administrativa como jurisdiccional”¹⁶.

¹⁵ Ley N° 19.300 de 1994, artículos 20 y 50, en su texto original, el que fue posteriormente modificado por la Ley N° 20.417 de 2010.

¹⁶ Excma. Corte Suprema, “Stipicic Escauriaza Ana Pilar con Director Ejecutivo Servicio Evaluación Ambiental” (2020), voto disidente.

Además, debe considerarse que no existe un régimen recursivo especial que justifique la regla de clausura. Este razonamiento se encuentra muy bien expuesto en la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, conociendo de la causa Rol N° R-171-2018, “Binimelis Delpiano Cecilia María con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”.

En este caso, el acto impugnado mediante la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 no era la RCA, sino que la resolución mediante la cual el director ejecutivo del SEA se inhibió de conocer determinados recursos de reclamación, fundado en el artículo 54 de la Ley N° 19.880. Sin embargo, la parte recurrida formuló la alegación de haber transcurrido los plazos para recurrir, ya que se aplicaría la regla de clausura del artículo 17 N° 8 inciso final.

Al resolver, el Ilustre Tribunal distinguió las razones por las cuales no debía aplicarse esta regla de clausura. Al respecto se señaló:

“Decimocuarto. Que, en atención a lo precedentemente expuesto y en consideración a que: i) las solicitudes de invalidación no pretenden impugnar la RCA 373/2013; ii) las mismas solicitudes no tienen fundamentos que busquen impugnar la debida consideración de las observaciones ciudadanas; (iii) no concurren en la especie los presupuestos invocados por el SEA para que opere la regla de clausura del inciso final del artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600; y, iv) lo sostenido por la Corte Suprema en cuanto a que la inhibición de la Administración impide recurrir vía artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, forzosamente es concluir que las reclamantes se encuentran legitimadas para concurrir a esta sede judicial en virtud de la reclamación contenida en el artículo 17 N°8 de la Ley 20.600, motivo por el cual se rechaza la alegación de la Dirección Ejecutiva del SEA a este respecto”¹⁷.

De esta forma, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental desentraña la confusión que puede haber ante la aplicación de la teoría de la invalidación impropia, aclarando que la regla de clausura del artículo 17 N° 8 no es de aplicación general.

¹⁷ Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, “Binimelis Delpiano Cecilia María con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2020), considerando decimocuarto.

5. LA REGLA GENERAL DE LA INVALIDACIÓN AMBIENTAL ES LA DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 19.880

Resuelto lo anterior, queda preguntarse cuál debe ser, entonces, la regla general aplicable a aquello a lo que se refiere el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 al referirse al “procedimiento administrativo de invalidación”.

Como vimos, no existe una discordancia entre el artículo 53 de la Ley N° 19.880 y el numeral 8° del artículo 17 de la Ley N° 20.600, pues no interfieren entre sí. Como se señaló, lo que hace la Ley N° 20.600 es traducir la competencia genérica que presenta el artículo 53 respecto de “tribunales de justicia”, en una competencia específica y especial. Eso sucede para toda la regulación de dicho numeral (incisos primero a tercero), que es la regla general, con la expresa excepción del inciso final, respecto de las reclamaciones en contra de la RCA.

Además, habiéndose aclarado que la evolución jurisprudencial del artículo 17 N° 8 no se desarrolló para ser aplicada como regla general, cabe entonces responder si acaso, pese a no haber sido la intención original de la jurisprudencia, pueda llegar a ser armónico y resultar lógico aplicarla de ese modo. Este apartado busca responder a la pregunta: ¿por qué no se debe aplicar la teoría de la invalidación impropia a la invalidación de los demás actos de carácter ambiental diferentes de la RCA y de la resolución de revisa una RCA?

El error se hace evidente cuando se analiza por separado el razonamiento que lleva a este equívoco. Veremos que (i) la letra de los artículos relevantes es contraria a esta interpretación; (ii) la historia de la ley confirma que no quería darse este trato a todos los actos administrativos de carácter ambiental, y (iii) el resultado es injusto y contrario al principio *pro actione*.

5.1. La redacción literal de los artículos explica la verdadera regla general

Como ya se ha dicho, el artículo 53 de la Ley N° 19.880 es claro al establecer el término durante el cual la Administración puede declarar la invalidación de un determinado acto.

En cuanto a lo señalado por el artículo 17 N° 8, sin embargo, ha existido mayor discusión. Lo anterior, debido a que el inciso final de este –y podría

decirse que hay consenso en la doctrina al respecto— fue redactado confusamente, dando lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales que han ido evolucionando con el tiempo.

Sin embargo, el texto expreso del mencionado artículo y numeral señala una primera orientación que da cuenta del error que resultaría de aplicar este inciso como regla general. En efecto, el inciso primero de la disposición establece:

“Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

[...]

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución”.

El primer requisito necesario para estar ante el supuesto del numeral en cuestión es que el acto impugnado sea una resolución que resuelve un procedimiento administrativo de invalidación. Pero, ¿a qué se refiere el artículo cuando alude a un “procedimiento administrativo de invalidación”? Al respecto es necesario notar que el único procedimiento administrativo de invalidación que existe en el estatuto general del procedimiento administrativo se encuentra regulado en el artículo 53 de la Ley N° 19.880. No hay otros, además de los recursos o vías de impugnación que tienen su regulación propia.

Sostener que la única manera de llegar a interponer una reclamación del 17 N° 8 es a través de lo que la jurisprudencia ha denominado “invalidación impropia” o “invalidación recurso”, que sería la acción que procede directamente treinta días a continuación de la dictación de un acto administrativo equivale a señalar que la reclamación del 17 N° 8 debe estar precedida de un procedimiento de invalidación distinto del contemplado en el artículo 53, pero ausente en la ley.

No existe ninguna otra base normativa para iniciar un procedimiento administrativo de invalidación, incluso en el caso de la “invalidación impropia”. En efecto, la única forma que ha establecido la ley para que la Administración invalide un acto que ha dictado es a través de la atribución del artículo 53 de la Ley N° 19.880, que puede ser aplicada de oficio o a solicitud de un interesado y debe estar precedida de un procedimiento

reglado. Si no, la única otra posibilidad que la ley le entrega a la Administración de dejar sin efecto un acto dictado por ella misma sería la revocación del artículo 61 de la misma ley, que estricta y excepcionalísima. Fuera de estos dos casos, si la Administración dejara sin efecto un acto administrativo que ha dictado, estaría infringiendo de modo gravísimo el principio de legalidad de derecho público que rige su actuación, por lo que no es posible hablar de un mecanismo especial de invalidación introducido tácitamente por la Ley N° 20.600. En general, la Administración no tiene permitido hacer uso de atribuciones tácitas, sino solo de aquellas que la ley expresamente le asigna.

Como hemos revisado, el último inciso del número 8) del artículo 17 plantea una restricción para la aplicación de la facultad invalidatoria de la Administración, consignando que en determinados casos no se podrá ejercer esta potestad si ya se hubieran resuelto los recursos administrativos o transcurrido los plazos legales para interponerlos sin que estos se hayan deducido.

Como se explicó con anterioridad, el inciso citado se refiere únicamente a los numerales 5) y 6) del artículo 17 de la Ley N° 19.880. En ambos casos, tanto en la reclamación del titular como en la reclamación PAC se regula la interposición de recursos procedentes exclusivamente en contra de una RCA o del acto que resolvió la solicitud de revisión de una RCA en virtud del artículo 25 quinquies. Esta exclusión expresa no es mera casualidad, sino que ha sido definida conscientemente así por el legislador, sin que quepan interpretaciones que permitan ampliar la disposición de este inciso final a la solicitud de invalidación de otro tipo de resoluciones.

A mayor abundamiento, y como ya se ha señalado, la exclusión establecida tiene el único sentido y fin de armonizar dos posibles regímenes de impugnación que, de no existir una regla de compatibilidad, puede llevar a decisiones inoportunas y contradictorias respecto de un mismo acto. Al no estar clara esta regla de compatibilidad en el texto de la norma, es que la jurisprudencia ha llegado a construir la “invalidación impropia” como mecanismo para permitir la aplicación simultánea de ambos regímenes de impugnación, pero lo cierto es que la letra de la ley circunscribe dicha discusión a los casos de los numerales 5) y 6).

De esta forma, la imposición de un plazo para el ejercicio de este derecho cuando se trata de otros actos de carácter ambiental, distintos a la RCA, no encuentra justificación legal, ya que no puede aplicarse esta nor-

ma, expresamente establecida para la solicitud de invalidación de determinados actos, al cualquier otro acto que por su naturaleza sea considerado ambiental. Lo anterior no solo tiene explicación en el texto expreso de la ley, como se acaba de señalar, sino también en la historia de la ley y la interpretación armónica de la misma en concordancia con los principios del derecho ambiental, como pasamos a ver.

5.2. La historia de la ley da cuenta de que su intención es ampliar el acceso a los tribunales ambientales y no de restringirlo

Como se ha dicho, de la historia de la ley también puede desprenderse que no fue la intención del legislador restringir a un plazo de treinta días la solicitud de invalidación en contra de todo otro acto de carácter ambiental diferente de la RCA. Por el contrario, el objeto fue ampliar, en una competencia residual, el conocimiento de los tribunales ambientales a aquellos asuntos que aún no contaban con un mecanismo para que fueran conocidos por estos. El profesor Cordero lo puntualizó en más de una ocasión del siguiente modo:

“Informó que en esta materia la Comisión Técnica acogió dos sugerencias que se habían formulado al Ejecutivo en la etapa anterior, durante las observaciones del proyecto: la primera, incorporar la causal que permite revisar que haya actos administrativos que ejecutan planes o normas, que estaban sin recursos, y, la segunda, *admitir la posibilidad de reclamación general en contra de actos administrativos ambientales* que se consideren ilegales, permitiendo la invalidación. En este caso, informó, el Tribunal Ambiental va a conocer del reclamo *después que se resuelva la solicitud de invalidación en sede administrativa*. De ese modo, concluyó, *se permite recoger una serie de hipótesis que no estaban cubiertas*, hasta ahora, en las atribuciones del tribunal”¹⁸. [Énfasis agregado].

Además, se señaló durante la discusión que, a diferencia del recurso que se contempla en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, en el caso del artículo 17 N° 8 se puede recurrir de la resolución que “resuelve” la solicitud, sea esta invalidando o no el acto sometido a su conocimiento¹⁹.

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600, pp. 265-266.

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600, p. 281. En el momento en el que se llevó adelante esta discusión, el actual numeral 8) del artículo

Puede leerse de la historia de la ley que se reconoció en varias oportunidades que, de acuerdo a la competencia residual otorgada a los tribunales ambientales, estos conocerían de las reclamaciones en contra de las resoluciones que resolvieran una solicitud de invalidación y que esta competencia excedía a las resoluciones de calificación ambiental, de ahí su incorporación. Sin embargo, al momento de discutirse esta nueva competencia, se levantó la alerta sobre que, dado que el artículo 53 de la Ley N° 19.880 concede hasta dos años a la Administración para enmendar sus actos, pueda generarse una situación de falta de certeza dada por la posibilidad de que la propia Administración invalide, con posterioridad, un acto ya sometido al conocimiento de la jurisdicción. Al respecto, se pronunció el profesor Tavolari:

“En cuanto a la invalidación de actos administrativos ambientales, reiteró que se acordó que, resueltos los recursos administrativos o jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para ejercerlos sin que se hayan deducido, no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley 19.880.

En síntesis, *interpuesto un recurso en contra de un acto administrativo, no podrá la misma Administración invalidar –ella misma– ese acto.*

Esta norma parece necesaria, agregó, porque la Ley de Procedimientos Administrativos *concede hasta dos años a la Administración para invalidar sus actos.*

Esta nueva proposición, en cambio, busca dar certeza introduciendo la idea de la cosa juzgada. En consecuencia, interpuesto un recurso administrativo o jurisdiccional en contra de un acto; pierde la Administración la posibilidad de invalidarlo. Así *se da certeza a la actividad administrativa y se consolidan sus actuaciones*²⁰. [Énfasis agregado].

Justamente, los casos de los numerales 5) y 6) del artículo 17, a diferencia de los demás casos, tratan sobre la impugnación de actos de carácter ambiental que específicamente cuentan con un sistema de impugnación propio introducido mediante la Ley N° 20.417 y que considera una tramitación administrativa previa. Esta situación, propia de la interacción entre las competencias establecidas en los numerales 5), 6) y 8) del artículo en cuestión, podría derivar en falta de certeza jurídica cuando, como ya se

17 era entonces el 9), por eso la referencia a aquel número.

²⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600, p. 284.

adelantó, ya conocida la reclamación de un acto determinado por un tribunal, la Administración opte por ejercer la potestad invalidatoria, burlando o modificando el resultado del procedimiento anterior. Esta hipótesis, por tanto, solo ocurrirá en los casos regulados en dichos numerales (5 y 6) y ahí está la razón por la cual expresamente está regulado así.

En cambio, para los demás actos de carácter ambiental en los que no existe ese sistema de impugnación directo, no resulta aplicable lo señalado en relación a la estabilidad del sistema o certeza jurídica, pues la impugnación de estos actos contempla el plazo de dos años dentro del cual la Administración puede ejercer el poder/deber de invalidar una resolución. El artículo 17 N° 8, entonces, viene a agregar que, solicitada la invalidación, el acto que se pronuncie sobre (y no únicamente el que rechace) la misma será conocido por los tribunales especiales creados por esta misma ley y tramitado según este procedimiento. Se planteó del siguiente modo:

“8.- Por último, existe una *competencia de carácter residual, y que se refiere a las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.*

Al respecto hizo presente que el artículo 53 de la ley N°19.880, sobre procedimiento administrativo, establece que la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

Esta norma residual dispone que sobre *lo resuelto por una autoridad administrativa se podrá reclamar ante un tribunal ambiental.* Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión de carácter formal que emita un organismo de la Administración del Estado, con competencia ambiental, que contenga el ejercicio de una potestad pública y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos”²¹. [Énfasis agregado].

También puede verse que, con la inclusión de este numeral, lo que se intentó fue ampliar el acceso a la justicia, ya que existe una “competencia residual” que permite que el sistema de competencias de los tribunales ambientales resulte exitoso para cubrir el espectro faltante de actos que

²¹ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600, p. 578.

no contemplaban revisión especializada²². Además, el propósito del legislador fue entregar a los terceros afectados por el acto administrativo un verdadero recurso²³, no limitar sus posibilidades. En efecto, todo el punto de agregar el numeral 8) al artículo 17 es otorgar un mecanismo para la impugnación de todo otro acto de carácter ambiental distinto de la RCA, sin que por ello sea necesario aplicar la restricción de plazo que la jurisprudencia ha elaborado en los casos en que se solicita mediante el recurso contemplado en este artículo la invalidación de una RCA.

5.3. La interpretación es injusta y contraria al principio *pro actione*

El principio de tutela judicial efectiva obliga a que la interpretación del sistema de recursos de la Ley N° 20.600 se haga a la luz del principio *pro actione*. Este principio se ha entendido como aquel según el cual debe favorecerse el conocimiento jurisdiccional del fondo de los actos administrativos, aun cuando existan dudas sobre la admisibilidad del recurso interpuesto²⁴.

Por otra parte, la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación establecida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República y los principios preventivo y de participación ciudadana que informan el derecho ambiental, obligan al juez a interpretar los preceptos de modo que se maximice el acceso a la justicia ambiental.

En cambio, la interpretación que sostiene aplicar la teoría de la invalidación impropia como la regla general de la invalidación ambiental implica dar mayor alcance a una disposición legal con el objeto de restringir el acceso a una acción (la reclamación del artículo 17 N° 8) mediante la disminución considerable del plazo para su interposición. Lo que se está haciendo, en definitiva, es limitar un plazo que el mismo legislador a establecido tanto a favor de la Administración como de los ciudadanos.

²² Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600, p. 270. Al respecto, ver la intervención del representante del Ejecutivo, señor Irrazábal, en el Segundo Informe de Comisiones Unidas.

²³ También señalado así por el profesor Cordero en Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600, p. 272.

²⁴ JARA y NÚÑEZ (2017) haciendo referencia al concepto de RUIZ (2010).

El derecho a petición consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política y, en específico, en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, permite solicitar a la Administración la invalidación de un acto administrativo que no se ajusta a derecho y, en esa lógica, la única limitación para su aplicación es que sea antes del transcurso de dos años en el que caduca la potestad²⁵.

En la dictación de la mayoría de los actos de carácter ambiental, no existe una instancia en la que se socialicen las características del proyecto, de modo que los eventuales afectados puedan comprender sus partes y características, así como hacer llegar sus observaciones para un mejor diseño. En cambio, los potenciales afectados únicamente conocerán de la existencia del acto administrativo y de la actividad que este autoriza cuando esta ya se encuentra en ejecución.

Ya ha quedado establecido que el procedimiento que da lugar a la dictación de la generalidad de los actos administrativos de carácter ambiental dista en demasía de aquel que está regulado para calificar ambientalmente aquellos proyectos que deben ingresar al SEIA. La diferencia entre estos procedimientos no solo recae en su fin último o en los órganos de la Administración que son convocados, sino que también, en lo que aquí interesa, en los mecanismos de publicidad, las posibilidades de participación de terceros y los mecanismos de impugnación del acto terminal.

Así las cosas, esta interpretación equívoca transforma en ilusorio el principio de revisión judicial de los actos administrativos en materia ambiental. Este resultado no se condice con el poder/deber de la Administración de restablecer el imperio del derecho una vez que constate que a un determinado acto le afecta un vicio de legalidad. La aplicación de la restricción del plazo propia de la invalidación impropia genera, en este contexto, una situación injusta, ya que no existen obligaciones de notificación o de publicación que permitan el conocimiento de la dictación del acto o de su contenido por parte de terceros, a diferencia de la RCA.

La situación descrita vulnera no solo la letra de la ley, sino que además el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, ya que

²⁵ Esta limitación incluso ha sido cuestionada por alguna jurisprudencia que sostiene que la Administración tiene la facultad de aumentar ese plazo si lo estimare necesario. Al respecto, ver “Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2017).

en estos términos podría nunca conocerse por la judicatura especializada un acto que efectivamente vulnera el ordenamiento jurídico, pese a que no existe un precepto legal que justifique esa limitación.

6. CONCLUSIONES

Frente al –hasta ahora– incipiente y esporádico intento de aplicación general de la teoría de la invalidación impropia a otros actos de carácter ambiental, es necesario hacer esta distinción: no resulta correcto aplicar dicha teoría a otros casos diferentes de los señalados por los numerales 5) y 6) del artículo 17 de la Ley N° 20.600.

La aplicación extendida de la teoría de la invalidación impropia es un error, ya que se funda en argumentos que solo resultan útiles para vencer la oscuridad con que fuera redactado el inciso final del artículo 17 N° 8, que tienen que ver con la certeza jurídica y la armonía de los plazos que solo se podrían ver amenazadas en el caso de la solicitud de invalidación de RCAs y de la resolución que resuelve la revisión de una RCA.

El error referido resulta en una situación injusta en que, solo por el hecho de tratarse de un acto de carácter ambiental, se hace prácticamente imposible que los tribunales especializados conozcan de la ilegalidad de un acto, quedando este inmutable, sin que haya sido dispuesto así por la ley.

La regla general de la invalidación administrativa en materia ambiental es la dispuesta en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, pudiendo ejercerse la potestad de invalidar un acto de oficio o a petición de parte hasta luego de dos años desde su dictación. De la resolución que resuelva la solicitud de invalidación, sea que este rechace o acoja dicha solicitud, el interesado podrá deducir recurso de reclamación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el plazo de treinta días desde su notificación. Entender de otra manera esta institución es injusto y artificioso.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS, Alberto y VALDIVIA, José Miguel (2020): “Sobre el reclamo contra la resolución que interviene en un procedimiento de invalidación en materia ambiental”, en FERRADA, Juan Carlos, *et al.* (coord.), *La*

justicia ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental (Santiago: DER Ediciones).

CORDERO, Luis (2011): “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la corte suprema del año 2010”, en *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales). Disponible en: <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/12_Cordero.pdf>.

JARA, Daniela y NÚÑEZ, Álvaro (2017): “El nudo gordiano de lo contencioso-administrativo ambiental: la invalidación administrativa”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año V, N° 8.

MARÍN, Urbano (2000): “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 2.

PAREDES, Christian (2015): “El acto administrativo ambiental como objeto mediato de la acción general de reclamación de la Ley N° 20.600”, en *Revista Justicia Ambiental, ONG FIMA*, N° 7.

RUIZ, Miguel Ángel (2010): “Principio Pro Actione”, en SANTAMARÍA, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: Editorial La Ley).

UGARTE, Eduardo (2020): “Acerca del plazo para solicitar la invalidación de una RCA: una respuesta pendiente”. Disponible en: <<https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/02/21/acerca-del-plazo-para-solicitar-la-invalidacion-de-una-rca-una-respuesta-pendiente.aspx>>.

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 19.300 (04.03.1994) que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.417 (26.01.2010) que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.600 (28.06.2018) que crea los Tribunales Ambientales.
- Ley N° 18.575 (05.12.1986), Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

- Ley N° 19.880 (29.05.2003) que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, Organización de las Naciones Unidas.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Stipicic Escauriaza con Director Ejecutivo SEA” (2020): Corte Suprema, 12 de marzo de 2020 (casación forma y fondo), Rol N° 8737-2018.
- “Quirquitripay Antiman con Fisco” (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 24 de abril de 2020 (recurso de reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600), Rol N° R-25-2019.
- “Marila Rosicler Castillo Pitripán con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2015): Corte Suprema, 22 de abril de 2015 (casación en la forma y en el fondo), Rol N° 23000-2014.
- “Junta de Vecinos Maitencillo con SEA” (2016): Corte Suprema, 16 de agosto de 2016 (casación en la forma y en el fondo), Rol N° 16263-2015.
- “Sucesión Quiñimil Pirul con COEVA VIII” (2017): Corte Suprema, 29 de mayo de 2017 (casación en la forma y en el fondo), Rol N° 47629-2016.
- “Agrícola Ancali Ltda. con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental” (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (casación en el fondo), Rol N° 44326-2017.
- “Stipicic Escauriaza Ana Pilar con Director Ejecutivo SEA” (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 29 de marzo de 2018 (recurso de reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600), Rol N° R-138-2016.
- “Binimelis Delpiano Cecilia María con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2020): Segundo Tribunal Ambiental, 23 de marzo de 2020 (recurso de reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600), Rol N° R-171-2018.
- “Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2017): Corte Suprema, 25 de julio de 2017 (casación en el fondo), Rol N° 31176-2016.

ANEXO

TABLA: FALLOS PRONUNCIADOS CONOCIENDO DE LA RECLAMACIÓN
 DEL ARTÍCULO 17 N° 8 DE LA LEY N° 20.600
 (elaboración propia)

Tribunal	Rol N°	Carátula	Acto cuya invalidación se solicita	¿Aplica la restricción del plazo para solicitar la invalidación?	Criterio aplicado
3° Tribunal Ambiental	R-9-2014 (30 de abril de 2014)	“Girardi De Esteve, Ricardo con Dirección Regional, Servicio Agrícola y Ganadero, Región de Los Lagos”	Otro acto de carácter ambiental: Oficio Ordinario N° 0125 de 23 de enero de 2012 del Servicio Agrícola y Ganadero en el marco de la evaluación ambiental del proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”	No	El acto administrativo cuya invalidación se solicita no es impugnabile, por ser acto trámite. No hubo controversia respecto del plazo de interposición, no obstante la solicitud de invalidación fue realizada más de treinta días después de dictado el acto
2° Tribunal Ambiental	R-34-2014 (2 de julio de 2015)	“Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén contra el Director Nacional del Sernageomin”	Otro acto de carácter ambiental: Oficios Ordinarios N° 1.316 y N° 1.401 de 22 de agosto y 5 de septiembre de 2013 emitidos por el Sernageomin en el marco de la evaluación ambiental del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo”	No	El acto administrativo cuya invalidación se solicita no es impugnabile, por ser acto trámite. No hubo controversia respecto del plazo de interposición, no obstante la solicitud de invalidación fue realizada más de treinta días después de dictado el acto
Corte Suprema	11512-2015 (12 de mayo de 2016)	“Beltrán Buendía, Carlos y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos y Servicio de Evaluación Ambiental Los Lagos”	RCA N° 316/2012	Sí	La acción es extemporánea en tanto se ha interpuesto desde el plazo de dictación de un recurso de reposición, no dentro de los treinta días siguientes a la dictación del acto cuya invalidación se solicita. No se debe permitir que la Administración vuelva a revisar aquello sobre lo que ya hubo un pronunciamiento o se han dejado transcurrir los plazos

Tribunal	Rol N°	Carátula	Acto cuya invalidación se solicita	¿Aplica la restricción del plazo para solicitar la invalidación?	Criterio aplicado
Corte Suprema	16263-2015 (16 de agosto de 2016)	“Junta de Vecinos N° 11 Maitencillo Norte con Servicio de Evaluación Ambiental de la Quinta Región de Valparaíso, “Costa Laguna”	RCA N° 278/2013	Sí	No aplica un criterio. Si bien revoca una sentencia que había acogido una solicitud de invalidación hecha con más de treinta días de dictado el acto, lo hace por contener argumentaciones contradictorias
Corte Suprema	47629-2016 (29 de mayo de 2017)	“Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII”	RCA N° 037/2014	No	Los reclamantes no pueden ser considerados terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental, en tanto participaron activamente del proceso de consulta indígena
Corte Suprema	45807-2016 (6 de julio de 2017)	“Maturana Crino Luis Fernando con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”	RCA N° 053/2012	No	Los terceros ajenos al procedimiento de evaluación pueden solicitar la invalidación dentro de los dos años de dictada la RCA
Corte Suprema	31176-2016 (25 de julio de 2017)	“Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”	Resoluciones que declararon inadmisibles las reclamaciones administrativas en contra de la RCA N° 206/2011	No	Los terceros ajenos al procedimiento de evaluación pueden solicitar la invalidación dentro de los dos años de dictada la RCA
Corte Suprema	258-2017 (15 de enero de 2018)	“Patricio Herman y otros con Ministerio del Medio Ambiente”	Otro acto de carácter ambiental: Decreto Supremo N° 40 de 2012 por su artículo 3° letra h.1)	No	El tiempo transcurrido entre la dictación del acto y la solicitud de invalidación no fue siquiera materia de la discusión
2° Tribunal Ambiental	R-107-2016* (24 de enero de 2018)	“Ilustre Municipalidad de Zapallar y otro con Director Ejecutivo Servicio de Evaluación Ambiental”	RCA N° 1608/2015	No	Resuelve la falta de legitimidad activa del reclamante y no se pronuncia sobre el plazo

Tribunal	Rol N°	Carátula	Acto cuya invalidación se solicita	¿Aplica la restricción del plazo para solicitar la invalidación?	Criterio aplicado
2° Tribunal Ambiental	R-99-2016* (25 de abril de 2018)	“Cortés Paredes, Darío Ernesto, con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta”	RCA N° 359/2013	No	Los terceros al procedimiento de evaluación pueden solicitar la invalidación dentro de los dos años de dictada la RCA
Corte Suprema	44326-2017 (25 de junio de 2018)	Agrícola Ancali Ltda. con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental VIII	RCA N° 71/2016	Sí	Aplica la limitación por la necesidad de armonizar el plazo del 17 N° 8 con el de otras vías de impugnación de una RCA, y “asegurar la estabilidad” de estas resoluciones
Corte Suprema	2653-2018 (22 de octubre de 2018)	Monasterio de las Carmelitas Descalzas del Amor Misericordioso y de la Virgen del Carmen con Comité de Ministros	RCA N° 431/2015	Sí	Quien concurre al procedimiento de evaluación como observante ciudadano, pero no reclama por haber sido rechazado el proyecto por la comisión de evaluación, puede reclamar contra la resolución del Comité de Ministros que aprueba el proyecto por el 17 N° 6 y por el 17 N° 8
2° Tribunal Ambiental	R-173-2018* (31 de enero de 2019)	Comunidad Agrícola La Dormida en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental	RCA N° 1608/2015	No	Los terceros al procedimiento de evaluación pueden solicitar la invalidación dentro de los dos años de dictada la RCA
Corte Suprema	6581-2018 (28 de agosto de 2019)	Jean Kourou y Otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos	RCA N° 033/2017	Sí	Se utilizó el plazo de treinta días de dictada la RCA para interponer la reclamación

Tribunal	Rol N°	Carátula	Acto cuya invalidación se solicita	¿Aplica la restricción del plazo para solicitar la invalidación?	Criterio aplicado
Corte Suprema	8737-2018 (12 de marzo de 2020)	Stipicic Escuarria Ana Pilar con Director Ejecutivo Servicio Evaluación Ambiental	Otro acto de carácter ambiental: Resolución N° 1.384/2015 del Comité de Ministros que resolvió una solicitud de aclaración del titular de un proyecto	Sí	Al tratarse de un reclamo de ilegalidad, el plazo para interponerlo en la vía administrativa es de treinta días
2° Tribunal Ambiental	R-171-2018 (23 de marzo de 2020)	“Binimelis Delpiano con SEA (EFE)”	Otro acto de carácter ambiental: Resolución Exenta N° 1.227/2016 del Director Ejecutivo del SEA mediante la cual se inhibió de conocer de reclamaciones administrativas en contra de la RCA N° 373/2013	No	Lo que se pretende dejar sin efecto es otro acto de carácter ambiental (no una RCA); no concurren los supuestos para que opere el régimen recursivo especial; no existe disposición legal que permita restringir el plazo
3° Tribunal Ambiental	R-25-2019** (24 de abril 2020)	“Elsa Quirquiritipay Antiman y Otros con SEREMI de Salud Región de la Araucanía”	Otro acto de carácter ambiental: Resoluciones Exentas N° A-20028050 y N° A-200705 de 10 de octubre de 2017 y 16 de enero de 2018, del Departamento de Acción Sanitaria de la SEREMI de Salud, que autorizaron el proyecto “Escombrera, sitio de disposición de residuos no peligrosos”	Sí	Al tratarse de un reclamo de ilegalidad, el plazo para interponerlo en la vía administrativa es de treinta días

* Corte Suprema omite pronunciamiento en el fondo del recurso de Casación.

** Sentencia en proceso de impugnación ante la Corte Suprema.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL ROL DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA A PARTIR DEL CASO
“PAPELERAS POR EL RÍO URUGUAY”:
DESAFÍOS DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

THE ROLE OF THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE FROM THE CASE “PAPELERAS POR EL RÍO URUGUAY”:
CHALLENGES OF THE ESCAZU AGREEMENT

Rocío Rodríguez Zamora

Abogada Universidad de Chile
r.rodriguez.derecho@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El actual dilema del siglo XXI –como heredera del siglo pasado– gira en torno a la idea de progreso: lo que en antaño pudo ser beneficioso para la vida humana, hoy se torna una amenaza. Hoy por hoy, el ser humano dialoga conflictivamente con su entorno, oscilando en dos tipos de crisis: por un lado, los efectos del progreso exponencial generan *crisis locales*, donde los efectos negativos del progreso se manifiestan dentro del espacio más próximo a las comunidades, coexistiendo con las *crisis globales*, donde el desarrollo y progreso se generan en un lugar, mientras que las receptoras de las externalidades negativas de tales actividades residen en otro extremo del planeta¹.

El medio ambiente, como bien colectivo, es difícilmente reparable. Su alcance no es solo internacional, sino además intergeneracional². Dado a su magnitud, es que el ecologismo ha trascendido como un mero movimiento de concientización, ampliándose en la búsqueda de cambios tanto en aspectos gubernamentales como legislativos. Las comunidades pobres y las minorías étnicas se han movilizadо contra la discriminación medioambiental –derivadas del flanco negativo del progreso–, pues son estos grupos sociales los más expuestos a la contaminación y peligros para la salud, la

¹ LIPIETZ (2002), pp. 39-49.

² LIPIETZ (2002), p. 65.

degradación de sus espacios y vulnerables ante amenazas intencionadas, producto de su oposición.

Por consiguiente, y específicamente en América Latina, nace por primera vez esta concreción entre derecho ambiental y derechos humanos bajo el Acuerdo de Escazú³, tratado que busca constituir los principios del desarrollo sustentable, acceso a la información ambiental, participación pública en procesos de toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales. El influjo de los derechos humanos se expresa particularmente en la protección y reconocimiento especial hacia “personas en situación de vulnerabilidad” (artículo 2 letra “e”), como en la protección a favor de los defensores ambientales, obligando a los Estados suscriptores a garantizar un contexto seguro dentro el ejercicio del activismo ambiental (artículo 9). Esta disposición es de suma importancia para nuestra región, considerando que de los 312 defensores ambientales asesinados durante 2017 a nivel mundial, 212 eran originarios de América Latina y el Caribe⁴.

El empeño intentado en Escazú de elevar al medio ambiente como parte integrante de los DD. HH. es notable, al intentar constreñir a los Estados ratificantes para garantizar obligaciones de carácter colectivo, por sobre intereses particulares. Este nuevo paso dentro del desarrollo del derecho ambiental internacional buscará establecer límites al voluntarismo estatal, forjándose una nueva visión de las relaciones entre el poder público y la ciudadanía, por lo que sería una gran oportunidad para todos los actores de la sociedad internacional en converger hacia un nuevo trato respecto a la producción de materias primas, con el propósito de no hipotecar la calidad de vida de las nuevas generaciones⁵.

A pesar de dicha innovación, el Acuerdo de Escazú presenta una dificultad sustancial a la hora de considerar a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o Corte) como sede jurisdiccional principal, en caso de que las partes suscriptoras manifiesten una controversia “respecto de la interpretación o de la aplicación” del mentado acuerdo (artículo 19, numerales 1 y 2), y no haya sido posible ser resuelto a partir de negociaciones directas u otro mecanismo de solución de controversias aceptable.

³ Adoptado el 4 de marzo de 2018, con 22 países firmantes y 9 ratificaciones hasta ahora. Deberá ser ratificado por 11 Estados para que el acuerdo entre en vigor.

⁴ ACEVEDO (2018).

⁵ CAÑADO-TRINDADE (2001), pp. 20-24.

Resulta necesario reflexionar si la CIJ es una instancia apropiada para la resolución de controversias íntimamente ligadas a asuntos medioambientales, añadiendo el espectro de los derechos humanos, considerando su escueta y constreñida experiencia en tales conflictos. Pese a que Escazú garantiza los llamados “derechos de acceso”⁶ (información, participación y justicia en carácter ambiental), y no trate directamente regular conflictos medioambientales en un sentido estricto, sí cabe cuestionarse si la Corte Internacional es una instancia que cuenta tanto con las aptitudes, bagaje y condiciones adecuadas dentro de su orgánica para conocer de conflictos internacionales altamente complejos donde el cuidado sobre el medio ambiente y la ciudadanía se torna prioridad.

2. ESCUETA TRADICIÓN MEDIOAMBIENTAL DE LA CIJ

Desde 1945, en que se instaura a la Corte Internacional de Justicia como el principal órgano de las Naciones Unidas (artículo 92 Carta ONU), toma conocimiento de tres casos estrictamente ligados a materias medioambientales⁷: en orden cronológico, se destaca el caso “Gabčíkovo-Nagymaros”⁸, primer fallo en donde se reconoce en dicha sede al principio de desarrollo sustentable como parte del *corpus* del derecho internacional. El segundo corresponde al caso “Papeleras por el Río Uruguay”⁹, primera controversia medioambiental llevada ante la CIJ donde se confrontan dos

⁶ BURDILES (2019), p. 91.

⁷ Se excluyen del presente análisis los casos de la CIJ sobre prueba, uso y amenaza de armas nucleares.

⁸ Fallo de 25 de septiembre de 1997. Hungría demanda en 1992 a Eslovaquia, en relación con una controversia relativa al proyecto de represas sobre el río Danubio. Hungría abandona los trabajos de construcción de dicha represa en 1989 y acude a la Corte Internacional para solicitar la rescisión del Tratado de Budapest (1977) sobre la construcción y explotación del sistema de represa Gabčíkovo-Nagymaros.

⁹ Conflicto internacional entre Argentina y Uruguay, ocasionado por la instalación de dos papeleras de pasta de celulosa, ubicadas en la frontera sur entre ambos países, en la cuenca del río Uruguay, recurso hídrico compartido por ambas naciones. Los habitantes de la fronteriza ciudad argentina de Gualaguaychú mantuvieron una movilización entre 2005 y 2010, que presionó al gobierno argentino a presentar una demanda ante la Corte Internacional de La Haya. Este contencioso aplazó la ejecución y funcionamiento de la planta finlandesa de Botnia.

países latinoamericanos¹⁰. El tercer y último caso enfrenta a Costa Rica contra Nicaragua¹¹, donde el fallo dirime tanto un conflicto de límites territoriales junto con determinadas actividades realizadas en la frontera de ambos países de los cuales derivaron daños medioambientales. Este último pronunciamiento es un hito dentro del desarrollo del derecho ambiental internacional, al ser la primera incursión que efectúa la Corte respecto a la evaluación de daños ambientales.

Es relevante destacar que la discreta experticia del máximo tribunal internacional en conocer conflictos cuyo meollo central es la variante medioambiental, muestra importantes disparidades en cuanto a su criterio de resolución al momento de cotejar los casos ya enunciados.

El primer foco de disparidades detectadas atiende a cómo la CIJ aborda en cada uno de sus pronunciamientos los principios y máximas medioambientales. Analizando el caso “Gabčíkovo-Nagymaros”, no solo hace un reconocimiento expreso a la importancia de establecer al principio de desarrollo sustentable dentro del *corpus* del derecho internacional actual, sino que amplía el contenido del Tratado de Budapest de 1977 que regulaba la construcción y administración de dicha represa binacional, incluyendo las normas medioambientales –hasta la fecha vigentes–, no viendo imposibilidad alguna en los artículos 15 y 19 del mentado acuerdo, sino, además, encomiando a las partes a tener “en cuenta esas nuevas normas y considerarse debidamente esos nuevos principios no sólo cuando los Estados prevean nuevas actividades, sino también cuando continúen realizando actividades iniciadas en otras épocas. A los efectos del caso planteado, eso significa que las partes deben examinar de nuevo los efectos para el medio ambiente del funcionamiento de la central de energía de Gabčíkovo”¹².

¹⁰ Además de la primera vez en que Uruguay acude a La Haya, y primera ocasión en donde un Estado solicitó medidas provisionales a la CIJ para detener un proyecto de inversión extranjera financiado por el Grupo Banco Mundial. BORRÁS (2010), p. 3.

¹¹ Fallo de 2 de febrero de 2018. Costa Rica demanda en dos ocasiones a Nicaragua. El conflicto nace a partir de diferencias limítrofes: el Tratado de 1858 delimita la línea divisoria de ambas naciones en Isla Portillos, desembocadura del río San Juan hacia el Mar Caribe. A partir de la erosión marina, el hito limítrofe –instalado en 1897– se traslada a 500 metros hacia el mar. Sumado a la constante acumulación de sedimento tanto del río San Juan como del río Colorado, los dos Estados caribeños han protagonizado reiterados conflictos diplomáticos. En BBC News (2 de febrero de 2018).

¹² CIJ. “República de Hungría contra República Federal Checa y Eslovaca”, párrs. 124 a 154.

El anterior raciocinio, favorable a incluir principios y normativa ambiental vigente dista mucho del criterio seguido para el asunto “Papeleras por el Río Uruguay”. En la decisión de la CIJ de 20 de abril de 2010, únicamente se circunscribió a delimitar los alcances del Estatuto de 1975, tratado entre Argentina con Uruguay, que regula los usos de navegación del río Uruguay, afluente que delimita ambos países.

Al momento de evaluar si Uruguay incumplió obligaciones sustanciales (ligadas a la calidad de las aguas y niveles de contaminación de la cuenca), la Corte estimó que las partes cuentan con una obligación de adoptar legislaciones internacionales de carácter ambiental, *mas dentro del marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos*¹³, no siendo extensible a obligaciones de normativas ambientales diversas, incluidas por remisión. Ejemplo concreto del razonamiento anterior fue la determinación de la CIJ respecto a la solicitud argentina de confeccionar una Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) de carácter transfronterizo y binacional, que evaluase las características técnicas de las papeleras instaladas en suelo uruguayo. La Haya puntualizó que ninguna de las partes era signataria de la Convención de Espoo, por lo que correspondería a cada Estado determinar en su legislación interna, o en el proceso de autorización contemplado en el Estatuto de 1975, el contenido y alcance específicos de una EIA, descartando incluso la existencia de una obligación legal de consulta a las poblaciones afectadas en los instrumentos invocados por Argentina¹⁴.

El referido fallo contó con la valiosa opinión separada del juez Cançado-Trindade, quien fue especialmente crítico frente al silencio de la Corte sobre las máximas medioambientales como principios generales del derecho. A su juicio, el tribunal desconoció la aplicación del artículo 38 del Estatuto CIJ, pudiendo haber aplicado los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas de *motu proprio*¹⁵. Extrañeza particular fue la ausencia de pronunciamiento acerca de los principios de prevención y precaución, pese a la invocación directa de las partes. A la luz de

¹³ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 196 y 197.

¹⁴ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 205, 210 y 216.

¹⁵ Al respecto, el magistrado estimó aplicable el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, donde entiende como parte del contexto de un tratado a “todas las normas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes”.

lo anterior, es que el magistrado disidente estimó adecuado incorporar normas presentes en otros tratados (multilaterales) ratificados o adheridos por las partes involucradas a efectos de aplicarlos en el Estatuto de 1975¹⁶, en consonancia con el criterio seguido para el caso “Gabčíkovo-Nagymaros”.

Sobre el fallo más reciente, el caso “Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area”, la Corte condena a la demandada Nicaragua a pagar una compensación económica a su vecina Costa Rica, por concepto de daños ambientales, derivados de actividades tanto civiles como militares efectuadas en la zona de Laguna Portillos, situado en el Humedal Noreste del Caribe, y registrado por Costa Rica en el listado Ramsar en 1996¹⁷. De tales actividades efectuadas por Nicaragua, se señalaron como de preocupante gravedad tanto el dragado del río San Juan, a través de la construcción de dos canales o “caños” entre 2010 a 2013, además de la tala de alrededor de 6,19 hectáreas dentro del humedal, protegido por la Convención de Ramsar¹⁸.

Muy similar a lo acontecido para el caso “Papeleras”, el fallo sobre “Costa Rica versus Nicaragua” contó con valiosas opiniones separadas que apuntan a la ausencia de pronunciamiento sobre los principios medioambientales, ampliamente reconocidos por el derecho internacional vigente. Por un lado, en la opinión separada del juez Bhandari, el magistrado alerta que “sería apropiado que la Corte se base más explícitamente en el enfoque precautorio en futuras controversias que planteen cuestiones de derecho ambiental internacional”, al entender que en el presente asunto la Corte “no se basó explícitamente, ni siquiera mencionó, el enfoque precautorio en sus decisiones judiciales sobre cuestiones de derecho ambiental”¹⁹, a pesar de que sí lo hizo hace ya ocho años atrás en la sentencia sobre el caso “Papeleras por el Río Uruguay”. Bajo otro enfoque, pero en la misma línea, la opinión separada del juez Cançado-Trindade recalcó la necesidad de evaluar los daños ambientales con un enfoque “intertemporal”, dado su carácter “irreversible” y a la luz de los Principios 13 y 15 de la Declaración

¹⁶ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 27, 28, 39, 98 y 99. Opinión separada juez Cançado-Trindade.

¹⁷ Disponible en: <<https://www.ramsar.org/es/humedal/costa-rica>>.

¹⁸ CIJ. “Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area”. “Costa Rica v. Nicaragua”, párr. 62.

¹⁹ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párrs. 14 y 15. Opinión separada juez Bhandari.

de Río de 1992²⁰, criticando el razonamiento seguido por el voto mayoritario de considerar únicamente las “consecuencias directas” de los hechos ilícitos que provocaron el daño ambiental sobre territorio costarricense.

Un segundo orden crítico atiende a las diferentes medidas adoptadas en cada uno de los casos: para el asunto “Gabčíkovo-Nagymaros”, la Corte decidió obtener pruebas mediante una visita *in situ*²¹, del 1 al 4 de abril de 1997, analizando en el propio foco de controversia el estado de la represa binacional²², facultad amparada en el artículo 66 del Reglamento CIJ²³. Dicha prerrogativa no fue aplicada para el caso “Papeleras por el río Uruguay”, omisión que fue mencionada y considerada como grave de parte del juez disidente, no agotándose todas las posibilidades de investigación que contempla la normativa de la Corte Internacional²⁴. Respecto al asunto “Costa Rica versus Nicaragua”, si bien no existió una inspección directa del máximo tribunal, sí se contó con la visita *in situ* del secretario de la Convención de Ramsar, que, en conjunto con el Estado costarricense, determinaron los costos de las expensas efectuadas por el país demandante en la zona de Laguna Portillo²⁵.

3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO “PAPELERAS”

Las temáticas ambientales suelen presentar características científicas complejas que exigen conocimientos especializados de parte de sus conocedores. Tal prolijidad, exigida como estándar mínimo para una adecuada

²⁰ Principios que abogan tanto por la necesidad de actualizar las legislaciones estatales respecto a indemnizaciones hacia víctimas de daño ambiental y a la aplicación amplia del principio precautorio, respectivamente. En CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párr. 75. Opinión separada Juez Cançado-Trindade.

²¹ La primera visita realizada por la Corte, hasta entonces, en sus 50 años de existencia.

²² NACIONES UNIDAS (1998), p. 27.

²³ “La Corte podrá en cualquier momento decidir, de oficio o a instancia de parte, ejercer sus funciones con respecto a la obtención de pruebas en los lugares a los que el asunto se refiere, en las condiciones que ella determine después de informarse sobre la opinión de cada parte. Se tomarán las disposiciones que sean necesarias de acuerdo con el Artículo 44 del Estatuto”.

²⁴ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 149 y 151. Opinión separada juez Cançado-Trindade.

²⁵ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párr. 108.

valoración de pruebas altamente complejas y técnicas, estuvo ausente para el caso “Papeleras”. El análisis jurisprudencial efectuado por el máximo tribunal pecó de un exceso de economía procesal, eligiendo la Corte de forma discrecional los aspectos a tratar, mientras que otros quedaron soslayados en el silencio²⁶. En variados pasajes del fallo, el tribunal estimó innecesario:

“[...] examinar detalladamente la validez científica y técnica de los diferentes tipos de modelización, calibración y validación emprendidos por las Partes”, “[...] entablar un debate general sobre los méritos [...] fiabilidad y autoridad de los documentos y estudios preparados por los expertos y consultores [...]”²⁷.

Dicha falta de precisión en la valoración de la prueba fue atestiguada por la opinión disidente y conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma. Los magistrados discreparon de la postura mayoritaria donde se exculpa al Uruguay del incumplimiento de sus obligaciones sustanciales. Ellos alertaron de deficiencias metodológicas en la evaluación de la evidencia científica, y que la CIJ se abstuvo de utilizar facultades que le entregaba su Estatuto²⁸. Afirmaron que la Corte por sí sola no está en condiciones de evaluar adecuadamente pruebas científicas complejas como las presentadas por las partes, por lo que requieren necesariamente la ayuda de expertos, a modo de cotejar y fundamentar adecuadamente todas las pruebas presentadas²⁹.

A propósito de lo anterior, los expertos participantes en el caso “Papeleras” actuaron como *ghost experts*, anglicismo referido a la participación de expertos en el conocimiento de una causa sometida a jurisdicción de la Corte Internacional, bajo los términos dispuestos en el artículo 43 del Estatuto CIJ. Ello significa que actuaron como testigos de cada una de las delegaciones y no como expertos coadyuvantes del proceso. Esta forma de participación no fue satisfactoria en analizar la evidencia científica propuesta por las partes, considerando que el artículo 62 del Reglamento CIJ faculta a la Corte a “invitar, en cualquier momento, a las partes a presentar

²⁶ RUIZ y BOU (2011), p. 30.

²⁷ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 168 y 213.

²⁸ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 1 y 2. Opinión jueces Al-Khasawneh y Simma.

²⁹ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párr. 4. Opinión jueces Al-Khasawneh y Simma.

los medios de prueba o a dar las explicaciones que considere necesarios para aclarar cualquier aspecto de las cuestiones en disputa [...]”, como disponer de un testigo o perito para que declare durante el procedimiento. Dicha facultad permite el examen de las declaraciones efectuadas por los expertos, tanto por los abogados de las partes y por la propia Corte³⁰, prerrogativa jamás incoada por ella, y, en consecuencia, sin someterse a contrainterrogatorios a fin de aclarar las dudas de carácter técnico.

Es así que los *gosht experts* son requeridos por el tribunal para una consulta estrictamente interna, pronunciando dictámenes científicos bajo juramento de confidencialidad, por lo que sus conclusiones no son de carácter público. Si bien el artículo 56 del Estatuto CIJ exige que la sentencia debe motivarse, no es lo mismo para el caso de las deliberaciones, que serán privadas y en secreto (artículo 54 N° 2 del Estatuto CIJ). La misma lógica sigue el artículo 21 del Reglamento CIJ, donde es facultativo para la Corte decidir la publicación de las deliberaciones en materias no judiciales. Los asesores solo podrán participar en las deliberaciones exclusivamente judiciales, siendo que es en la órbita de los hechos en que se requieren con mayor urgencia la participación de expertos. Esta práctica afecta la transparencia, apertura, imparcialidad procesal y la capacidad de las Partes para ayudar de alguna manera a la Corte a una mejor comprensión probatoria y, en último término, consolidar una buena administración de justicia³¹.

Finalmente, en la decisión esgrimida por la Corte, se optó por otorgar respuestas cortas y formalistas acerca del establecimiento de violaciones a las obligaciones sustantivas del Estatuto de 1975, utilizando normas tradicionales sobre la carga de la prueba. En variados párrafos, la Corte declara varias veces que “no ve ninguna necesidad” o “no está en condiciones” de llegar a conclusiones concretas, que “no hay pruebas claras que apoyen”, o que las pruebas “no corroboran las alegaciones” de que Uruguay ha incumplido las obligaciones sustanciales del Estatuto de 1975³². Lo anterior —y a criterio de los disidentes— demuestra la debilidad de la CIJ de adaptarse

³⁰ Reglamento CIJ, artículo 65.

³¹ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párr. 14. Opinión jueces Al-Khasawneh y Simma.

³² CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 225, 239, 257 y 259.

a nuevas técnicas para determinar hechos y prefiriendo aplicar técnicas jurídicas tradicionales a la hora de evaluar pruebas científicas³³.

Como ya se esbozó anteriormente, el silencio de la CIJ en aplicar principios medioambientales influyó fuertemente a la hora de determinar la carga de la prueba entre ambas naciones sudamericanas. Argentina, en su memorial, invocó el principio precautorio (Principio 15 de la Declaración de Río)³⁴ a modo de invertir la carga de la prueba, ya que sería Uruguay el mandatado a demostrar la ausencia de daño significativo en la construcción de las papeleras instaladas a su orilla del río. Uruguay incumpliría con esta previsión, al no contar con EIA's apropiados, que comprueben que el río contaba con las condiciones ecológicas para absorber los potenciales contaminantes derivados de las plantas de producción de celulosa³⁵.

El voto mayoritario estimó que la valoración de la prueba se rige por el principio *onus probandi incumbit actori*, a la luz de las reglas generales y a lo establecido en el propio Estatuto de 1975. Dado que cada parte debía acreditar los hechos que se invocan, Argentina debía probar la existencia de contaminación de las plantas de celulosa yacentes en el lado uruguayo del río Uruguay³⁶. El atribuir exclusivamente la carga de la prueba de los daños eventuales hacia un recurso natural compartido al Estado que impugna un proyecto, correspondería a una “prueba diabólica” que difícilmente podrá establecerse con exactitud científica³⁷, desmedro que se corregiría invirtiendo la carga de la prueba, tal como propone el principio en comento.

Esta última crítica se reiteró nuevamente en el caso “Costa Rica versus Nicaragua”, al puntualizar el juez Cançado-Trindade la excesiva importancia que la Corte Internacional le atribuye al principio *onus probandi*

³³ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 11 y 12. Opinión jueces Al-Khasawneh y Simma

³⁴ Esta máxima medioambiental alude a que la falta de certeza científica absoluta no puede utilizarse como excusa para posponer medidas efectivas y eficientes que prevengan la degradación medioambiental. Su efecto principal es alterar la carga de la prueba dentro de la sustanciación del proceso.

³⁵ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 3.189 a 3.193. Memoria Argentina.

³⁶ CIJ. “República Argentina contra República Oriental del Uruguay”, párrs. 162 y 163.

³⁷ RUIZ y BOU (2011), p. 30.

incumbit actori –enfocada esta vez en los costos y gastos– dentro de la reparación por daño ambiental³⁸.

4. PARTICULARIDADES ESTRUCTURALES DE LA CIJ COMO INSTANCIA JURISDICCIONAL

La implosión de las temáticas ambientales ha modificado el ejercicio tradicional de la actividad judicial. La multidimensionalidad de los conflictos debatidos ha provocado el fenómeno de la especialización de los asuntos sometidos en instancias judiciales y, en consecuencia, una fragmentación en el derecho³⁹. Así las cosas, la tradición clásica seguida por la Corte mermaría el adecuado conocimiento de causas o conflictos de índole medioambiental. Derivado de dicha fragmentación, es que se ha estimado que la amplia competencia *ratione materiae*⁴⁰ de la Corte Internacional juega en su contra, al no estar lo suficientemente especializada en litigios que requieran de conocimientos minuciosos. De dicha apreciación, es importante mencionar que inclusive la propia ONU se ha sumado a la tendencia de crear tribunales diferentes para asuntos específicos⁴¹.

Tradicionalmente, la Corte ha seguido la postura de los hechos consumados a la hora de determinar responsabilidades y daños entre los Estados litigantes. Ello la hace particularmente reticente a la hora de otorgar medidas provisionales⁴² y, por añadidura, hace previsible su rechazo⁴³. En relación a lo anterior, el embajador argentino en 2008, Raúl Estrada Oyuela,

³⁸ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párr. 68. Opinión separada juez Cançado-Trindade.

³⁹ KOSKENNIEMI (2016), p. 4.

⁴⁰ El artículo 36 del Estatuto de la Corte determina que su competencia se extiende a “*todos los litigios que las partes le sometan [...]*”.

⁴¹ Como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, por mencionar algunos.

⁴² Argentina –invocando el principio precautorio– solicitó como medida provisional la suspensión de la construcción de las papeleras considerando que no quedaba excluida la posibilidad de un daño irreparable al medio ambiente. La solicitud fue rechazada 14 votos contra 1, al entender que la amenaza de la contaminación no era inminente. Tampoco otorgó el tribunal suficiente fundamentación en el rechazo de la medida. GONZÁLEZ (2007), pp. 187-190.

⁴³ Entre 1946 y 1994, la CIJ utilizó las medidas provisionales en aproximadamente la mitad de los casos donde fueron solicitadas. BORRÁS (2010), p. 21.

aseveró que para tratar un conflicto de carácter ambiental y transfronterizo, la Corte Internacional no era la instancia adecuada, declarando que “[...] era el único [tribunal] cuando se firmaron el Tratado y Estatuto del Río Uruaguay, pero actualmente hay otros tribunales más indicados. La Haya se maneja sobre daños comprobados, no sobre derecho preventivo ambiental”⁴⁴.

Similar crítica se hizo presente en el asunto “Costa Rica versus Nicaragua”, cuando el juez Cançado-Trindade enfatizó la necesidad de aplicar una perspectiva más amplia a la hora de evaluar daños ambientales, no solo considerando la compensación indemnizatoria como vía exclusiva de satisfacción, sino además considerar otras medidas de restauración ajenas a la vía económica⁴⁵, independiente de las “suceptibilidades de los Estados”⁴⁶. El juez Bhandari fue aún más lejos, estimando que, en consideración a que los daños medioambientales, “afectan negativamente a los seres humanos de una manera de gran alcance y, a menudo, no cuantificable con precisión”, los “costos financieros de sus actividades que causan daños al medio ambiente también debería extenderse a los daños punitivos”⁴⁷.

No obstante la presencia de magistrados progresistas dentro del máximo tribunal internacional, el carácter voluntario de la jurisdicción de la Corte acarrea una serie de riesgos en caso de que los Estados decidan ratificar su competencia. Los planteamientos muy progresivos –especialmente necesarios para la protección de la salud y vida de seres humanos y su entorno– podrían disuadir a eventuales litigantes de conocer asuntos jurídicos en dicha sede, suceso que el máximo tribunal intenta evitar a fin de confirmar su predominio como principal instancia judicial internacional⁴⁸. Expresión del comportamiento anterior ha sido el propio Estado chileno, que pasó de liderar las negociaciones y tratativas iniciales del Acuerdo de Escazú durante el 2012, a no continuar con el proceso de firma y ratificación del mismo. Dentro de las razones esgrimidas por el actual gobierno fue que el acuerdo podía propiciar conflictos con países vecinos como Bolivia, en cuanto a litigios sobre proyectos con impacto ambiental⁴⁹.

⁴⁴ TOLLER (2009), pp. 74-82.

⁴⁵ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párrs. 2 y 70. Opinión separada juez Cançado-Trindade.

⁴⁶ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párr. 19. Opinión separada juez Cançado-Trindade.

⁴⁷ CIJ. “Costa Rica v. Nicaragua”, párrs. 18 y 19. Opinión separada juez Bhandari.

⁴⁸ LÓPEZ (2012), p. 858.

⁴⁹ ABARCA (2019).

Paralelamente, existe el dilema sobre la ejecutoriedad de las sentencias emanadas de tribunales internacionales. La Corte por sí sola carece de fuerza coercitiva para asegurar el cumplimiento de sus sentencias. El artículo 60 del Estatuto CIJ precisa que sus decisiones son definitivas, inapelables y con autoridad de cosa juzgada. A pesar de ser reconocidas como vinculantes a la luz del artículo 94 de la Carta ONU, ellas deberán ser ejecutadas por iniciativa propia de los litigantes. Si alguna de las partes dejase de cumplir sus obligaciones derivadas de la sentencia y a petición de la contraparte, el Consejo de Seguridad podrá hacer recomendaciones o dictar medidas⁵⁰ que procuren la ejecución del fallo. La fuerza coercitiva que el Consejo aplique no puede ser considerada como una medida de carácter judicial, cayendo en un ámbito discrecional o político⁵¹. En síntesis, la Corte está incapacitada para declarar rebeldía de alguno de los Estados comprometidos a obedecer su jurisdicción⁵².

Para finalizar, y en los últimos años, la CIJ ha visto incrementado progresivamente el volumen de litigios judicializados. La ausencia de celeridad en la tramitación y la escasez de medios materiales y personales son los desafíos actuales que debe superar el tribunal, a fin de retomar un nivel óptimo de eficiencia en la resolución de casos⁵³.

5. CONCLUSIONES

A la luz de este sucinto análisis jurisprudencial, se ha discurrido en el exiguo aporte de la Corte Internacional de Justicia en su contribución al desarrollo para casos donde se involucran recursos naturales compartidos y

⁵⁰ Dentro de ellas, el Consejo optará en primer término aquellas de carácter pacífico dentro de las enumeradas en el artículo 41 de la Carta, como el bloqueo económico, interrupción de comunicaciones y rupturas de relaciones diplomáticas. Si a criterio del Consejo fuese necesario, puede llegar a la aplicación de las medidas del artículo 42 de la Carta, medidas que conlleven uso de la fuerza.

⁵¹ TORREBLANCA (2009), p. 183.

⁵² Ejemplo del fenómeno anterior sucedió en la controversia "Colombia versus Nicaragua", donde la Corte fijó en 2012 nuevos límites marítimos entre ambas naciones. El Estado colombiano decidió desvincularse del Pacto de Bogotá, lo cual abre la posibilidad de una "excepción definitiva de competencia", de los cuales podrían ser atraídos muchos Estados hacia una retirada masiva. RODRÍGUEZ (2016), p. 136.

⁵³ DÍEZ DE VELASCO (2007), p. 1012.

contaminación transfronteriza⁵⁴. Sin desconocer el avance que el máximo tribunal alcanzó el 2018 con la evaluación de daños medioambientales, persisten los escrúpulos sobre cómo la Corte aborda la temática analizada. Específicamente, para el asunto “Papeleras por el Río Uruguay”, no reconoció a los anteriores principios como parte del *corpus* del derecho ambiental internacional, frenando el avance y progresión del desarrollo jurisprudencial, sin contar con mayores implicaciones jurídicas⁵⁵, y ya se esbozó el silencio del voto mayoritario al momento de aplicar principios medioambientales para el caso “Costa Rica versus Nicaragua”.

En el caso “Papeleras”, fue patente la tensión entre el desarrollo sostenible con la promoción al desarrollo económico. Si bien, a nivel gubernamental, ambas naciones han acordado la instalación de nuevas papeleras en el borde del río y aumentos de producción para la papelería del conglomerado UPM, el conflicto socioambiental persiste, de suerte que la CIJ solo resuelve asuntos interestatales, no logrando resolver la problemática a nivel ciudadano. Sin ir más lejos, durante el mes de mayo del presente año, el gobierno uruguayo del presidente Lacalle Pou aprobó importantes modificaciones que incluirían ampliaciones y nuevas instalaciones a las plantas de celulosa en cuestionamiento⁵⁶.

La pugna entre el desarrollo sostenible versus la promoción al desarrollo económico es particularmente acuciante en la actualidad, sobre todo a la hora de tratar los recursos hídricos, en especial con la escasa disponibilidad de agua dulce por persona. La Corte insiste en mirar los cursos de agua exclusivamente como un recurso económico, por lo que su ambigüedad a la hora de profundizar en los principios ambientales es preocupante⁵⁷, en especial si se intentara a futuro buscar una protección más activa de los dirigentes ambientalistas y personas en situación de vulnerabilidad, a la luz del Acuerdo de Escazú.

Así las cosas, se torna urgente la necesidad de modernizar los métodos de valoración de la prueba seguidos por la CIJ si se desea considerar a

⁵⁴ Las crisis de carácter local son por necesidad transfronteriza. La proximidad geográfica de la frontera hace sentir los efectos en la sociedad vecina o, simplemente, el lugar de la contaminación es la frontera misma. LIPIETZ (2002), p. 76.

⁵⁵ LÓPEZ (2012), p. 858.

⁵⁶ INFOBAE (2020).

⁵⁷ BORRÁS (2010), p. 40.

dicha instancia como la más adecuada a la hora de tratar conflictos socioambientales, en vista de las repetidas deficiencias procesales y de criterio cometidas durante la sustanciación de los casos aquí evaluados o, en su defecto, los países dirimientes podrían elegir someterse ante un sistema de arbitraje elegido en conjunto por ambos Estados (a través de la Conferencia entre las Partes), en virtud del artículo 19, numeral 2, letra b) del Acuerdo de Escazú.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA, Vasti (2019): “Acuerdo de Escazú: El tratado ambiental que Chile lideró, pero que el gobierno se niega a ratificar”, en *radiolaclave.cl*, 4 de agosto de 2019. Disponible en: <<https://radiolaclave.cl/politica/acuerdo-de-escazu-el-tratado-ambiental-que-chile-lidero-pero-que-el-gobierno-se-niega-a-ratificar/>>.
- ACEVEDO, Paulina (2018): “Acuerdo de Escazú y el camino hacia su entrada en vigor”, en *radio.uchile.cl*, 3 de julio de 2018. Disponible en: <<https://radio.uchile.cl/2018/07/03/acuerdo-de-escazu-y-el-camino-hacia-su-entrada-en-vigor/>>.
- BBC News (2018): “CIJ de La Haya ordena a Nicaragua dismantelar un campamento militar y pagarle a Costa Rica por daños ambientales en sentencia sobre su disputa fronteriza” (2 de febrero de 2018). Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42921565>>.
- BORRÁS, Susana (2010): “El desenlace del conflicto de la celulosa: Argentina vs. Uruguay”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 1, N° 1 Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/261214416_El_desenlace_del_conflicto_de_la_celulosa_Argentina_vs_Uruguay>.
- BURDILES, Gabriela (2019): “El necesario e inevitable vínculo entre derechos humanos, derechos de acceso y acción climática”, en *Justicia Ambiental y Climática* N° 11, Año XI.
- CANÇADO-TRINDADE, Antonio (2001): *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 1ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- CEPAL: “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en

América Latina y el Caribe”. Disponible en: <<https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos>>.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel (2007): *Instituciones de derecho internacional público*, 16ª edición (Madrid: Tecnos Ediciones).

El Mercurio: “Costa Rica y Nicaragua vuelven a La Haya para escuchar tres resoluciones limítrofes en un solo día” (1 de febrero de 2018). Disponible en: <<https://www.emol.com/noticias/Internacional/2018/02/01/893522/Costa-Rica-y-Nicaragua-vuelven-a-La-Haya-para-escuchar-tres-resoluciones-territoriales-en-un-solo-dia.html>>.

GONZÁLEZ, Silvina (2007): “La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre el pedido de Medidas Provisionales en el caso relativo a las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/la-decision-de-la-corte-internacional-de-justicia-sobre-el-pedido-de-medidas-provisionales-en-el-caso-relativo-a-las-plantas-de-celulosa-sobre-el-rio-urugua.pdf>>.

INFOBAE (2020): “Uruguay anuncia modificación del acuerdo con la papelería finlandesa UPM”, en *Newsroom Infobae*, 15 de mayo de 2020. Disponible en: <<https://www.infobae.com/america/agencias/2020/05/15/uruguay-anuncia-modificacion-del-acuerdo-con-la-papeleria-finlandesa-upm/>>.

KOSKENNIEMI, Martti (2016): “La política del derecho internacional - 20 años después”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* N° 1. Disponible en: <<http://www.revistaladi.com.ar/numero1-koskenniemi2/>>.

LIPIETZ, Alain (2002): *¿Qué es la ecología política? La gran transformación del siglo XXI*, 1ª edición (Santiago: LOM Ediciones).

LÓPEZ, Sebastián (2012): “El asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300012>.

NACIONES UNIDAS (1998): “Informe de la Corte Internacional de Justicia 1º agosto de 1997 a 31 de julio de 1998”. Quincuagésimo tercer período de sesiones, en *Suplemento* N° 4 (A/53/4), Nueva York. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1997-1998-es.pdf>>.

- RODRÍGUEZ, José (2016): *Todo sobre Bolivia y la compleja disputa por el mar*, 1ª edición (Santiago: Ediciones El Mercurio).
- RUIZ, José y BOU, Valentín (2011): "El caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 21. Disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/caso-plantas-celulosa-sobre-rio-uruguay-sentencia-corte-internacional-justicia-20-abril-2010>>.
- TOLLER, Verónica (2009): *Daños colaterales: papeleras, contaminación y resistencia en el río Uruguay*, 1ª edición (Buenos Aires: Editorial Marea).
- TORREBLANCA, Godofredo (2009). "La relación entre la Corte Internacional de Justicia y el Consejo de Seguridad de la ONU: dificultades y límites de la revisión judicial", en *Agenda Internacional*, vol. 16, N° 27. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3669>>.

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS
IN DUBIO PRO NATURA E *IN DUBIO PRO AQUA*.
SU INCORPORACIÓN JURISPRUDENCIAL AL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

THE LEGAL PRINCIPLES IN *DUBIO PRO NATURA* AND *IN DUBIO PRO AQUA*.
ITS JURISPRUDENCIAL INCORPORATION INTO THE
ARGENTINE LEGAL SYSTEM

Ananda María Lavayén

Abogada, Universidad Nacional de Córdoba
Voluntaria del Área de Ambiente
Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables
ananda.lavayen@gmail.com

Juan Bautista López

Abogado, Universidad Nacional de Córdoba
Máster en Derecho y Argumentación
Docente de Derecho de los Recursos Naturales y Ambientales
Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba
Coordinador del Área de Ambiente
Fundación Para el Desarrollo de Políticas Sustentables
juanbautistalopez@fundeps.org

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la sentencia dictada el 11 de julio del año 2019, en la causa “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN), reconoció y aplicó por primera vez los principios jurídico ambientales *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* para resolver el caso judicial llevado a sus estrados.

El tribunal, a los fines de resolver una contienda en la que se debatía el cese y recomposición ambiental de un humedal, no solo utilizó reglas y principios contenidos en el sistema normativo ambiental vigente, sino que, además, determinó el contenido y alcance de los novedosos principios ambientales no reconocidos en la legislación ambiental. Asimismo, el órgano juzgador sostuvo que estos deben de ser considerados por los jueces al

momento de resolver toda controversia en las que esté involucrado el bien jurídico ambiente.

En el presente artículo se examinarán los antecedentes del caso, la decisión tomada por la CSJN, para luego determinar el alcance dado a los principios referidos por el órgano. A continuación, se examinará la implicancia de dicho reconocimiento jurisprudencial a la luz de la doctrina del “precedente obligatorio” (*stare decisis*) para el sistema normativo argentino.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

En los autos “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”, el vecino de la provincia de Entre Ríos, Majul Julio Jesús, interpuso acción de amparo ambiental colectivo, a la que posteriormente adhirieron otros vecinos, con el objeto de que cesen las obras y se reparen los perjuicios ambientales producidos por la construcción de un proyecto inmobiliario a la ribera del río Gualeguaychú. La acción fue interpuesta contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa “Altos de Unzué” y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos.

El proyecto inmobiliario “Amarra de Gualeguaychú” consistía en un barrio privado náutico, con unos 335 lotes residenciales, más 110 lotes residenciales con frentes costeros, más complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones. La ubicación de dicho proyecto sería en el municipio de Pueblo General Belgrano, en la ribera del río Gualeguaychú, lindero al parque Unzué, en la margen del río perteneciente al municipio de Pueblo General Belgrano, enfrente a la ciudad de Gualeguaychú. Dicha zona había sido declarada área natural protegida por la Ordenanza Yaguarí Guazú y por la Ordenanza Florística del Parque Unzué (Nºs. 8.914/1989 y 10.476/2000, respectivamente).

En la acción, el demandante pretendió no solo la suspensión de los efectos del acto que aprobó el proyecto, sino que lo declaren de nulidad absoluta en razón de ser contrario a los artículos 41, 43, 75 incisos 17 y 19 de la Constitución Nacional y artículos 56 y 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, y solicitó que se ordenara a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano que no autorice la obra. Además, emplazó a la empresa Altos de Unzué S.A. para que interrumpiera las obras del proyecto

y que reparara, a su costo, lo ya realizado, entendiendo que constituía un mal irreversible para su comunidad. Esto se debe a que la empresa había comenzado trabajos de gran magnitud (desmante y remoción de suelo) en el predio sin la autorización necesaria y mientras transcurría el procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Los demandados, Altos de Unzué S.A., la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y la Provincia de Entre Ríos (Secretaría de Ambiente), se presentaron y contestaron la demanda. También se presentó la Municipalidad de Gualaguaychú en su carácter de citada como tercero. El juez de primera instancia, al dictar sentencia, hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y ordenó el cese de las obras. En este contexto, condenó solidariamente a la firma “Altos de Unzué S.A.”, a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental en el término de noventa días y designó a la Dirección de Medio Ambiente de la ciudad de Gualaguaychú para controlar dicha tarea. Además, declaró la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto 7.547/1999 y, en consecuencia, la nulidad de la Resolución 340/2015 de la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Entre Ríos. Ante dicha resolución, los demandados interpusieron recurso de apelación.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar al recurso interpuesto, revocó la sentencia del juez de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo. Para sentenciar de esta manera, los jueces sostuvieron que al haber la Municipalidad de Gualaguaychú realizado una denuncia administrativa con anterioridad a la acción de amparo, esta resultaba clara e inequívocamente inadmisibles, debiendo continuar el conflicto en sede administrativa. Sus argumentos se basaron en el artículo 3º, incisos a y b de la Ley Provincial 8.369 de Procedimientos Constitucionales, a fin de evitar una doble decisión sobre asuntos idénticos. Contra esta decisión, el actor interpuso recurso extraordinario, el cual fue denegado y dio lugar a un recurso de queja.

3. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La CSJN admitió el recurso de queja, pues entendió que el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos era equiparable a una sentencia definitiva debido a que se encuentra en discusión un perjuicio de tardía o muy dificultosa reparación ulterior como es el ambiente, la salud y el agua

potable. Sostuvieron que la sentencia de aquel tribunal resultaba arbitraria al no tener en cuenta los hechos, el bien jurídico protegido y el marco normativo, afectando de esta manera los derechos dispuestos en los artículos 16, 17, 18, 31, 41 y 43 de la Constitución Nacional, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1975 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en lo que establece la Ley 25.675 General del Ambiente. Sumado a esto, entendieron que ya se habían producido daños irreversibles como consecuencia de la alteración del curso natural del agua, gran movimiento de suelos, desaparición de especies arbóreas y alteraciones al humedal (valle de inundación).

Para resolver, la CSJN tuvo presentes los principios ambientales como así también la vital función e importancia de los humedales en el ecosistema. Entre sus funciones destacaron: la de servir para el “control de crecidas/inundaciones”, ya que almacenan grandes cantidades de agua durante las crecidas y reducen el caudal máximo de los ríos y, por ende, el peligro de inundación aguas abajo. Mencionaron su utilidad para la “protección de tormentas”, “recarga de acuíferos” y “retención de sedimentos y agentes contaminantes”. Por otro lado, los jueces remarcaron la fundamental necesidad de proteger los humedales citando un informe de Naciones Unidas⁵⁸ en donde se estima que hubo una pérdida de entre el 64 y 71 % de la extensión de los humedales existentes desde 1900 hasta la actualidad debido principalmente a la acción humana.

En particular, sostuvieron que los jueces del Tribunal Superior Provincial no tuvieron en cuenta que, según lo establece el artículo 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, la provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y “los sistemas de humedales se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados”.

En efecto, al tratarse de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, remarcaron la aplicación del principio precautorio, sustentabilidad, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad establecidos en la Ley General del Ambiente 25.675 y en

⁵⁸ WWAP (PROGRAMA MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS) (2018), pp. 20-21.

el artículo 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos. Asimismo, de forma novedosa para nuestro país, citaron los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*.

4. ALCANCE Y CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS *IN DUBIO PRO AQUA* E *IN DUBIO PRO NATURA*

Primeramente, es preciso señalar que la Corte remarcó en sus consideraciones el estatus autoritativo de la aplicación de ambos principios para los tribunales, aun cuando ellos no se encuentran expresamente reconocidos en ninguna legislación vigente en la República. En efecto, el alto cuerpo sostuvo que, por tratarse de la protección de una cuenca hídrica, y en especial de un humedal, por un lado, se debía valorar la aplicación del principio precautorio y, por otro, que “los jueces deben” considerar los principios *in dubio pro aqua* e *in dubio pro natura*. Ello habla de un imperativo que ordena a los tribunales valorar las directrices hermenéuticas que emanan de estos principios, vale decir, no se trata de una facultad que el juzgador puede o no utilizar, sino más bien de un deber propio del sistema de fuentes vigente en el derecho argentino⁵⁹.

Pues bien, en cuanto al principio *in dubio pro natura*, este establece (en palabras de la Corte) que:

“En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”⁶⁰.

Tal definición es tomada en idénticos términos en la llamada “Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza –U.I.C.N.– acerca del Estado de Derecho en materia ambiental”,

⁵⁹ Ley N° 26.994 de 2014, artículo 2: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

⁶⁰ “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” (2019), considerando 13.

adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de Río de Janeiro de abril de 2016. Dicha declaración incorpora numerosos principios tendientes a promover y a alcanzar la justicia ambiental⁶¹ en el Estado de derecho, siendo el Principio N° 5 el citado por la Corte.

Al igual que otros principios de larga data (v. gr., *in dubio pro reo*, *in dubio pro consumidor*), este parte de la existencia de una duda en torno a la cuestión fáctica, o en torno a la interpretación de una norma, presupuesto a partir del cual el juzgador deberá adoptar la alternativa que procure mayor protección al bien jurídico ambiente. Por otro lado, establece de un modo innovador el mandato de abstención de realizar acciones cuyos efectos negativos en relación al ambiente resulten notoriamente desproporcionados en relación a sus beneficios. Es decir, planteado un caso judicial vinculado al bien jurídico ambiental, no solo se deberá, ante la duda, propiciar una solución en favor de dicho bien, sino que, además, el tribunal habrá de ponderar los costos y beneficios ambientales potenciales existentes entre las pretensiones en controversia, para luego optar por la prohibición de la acción cuyo efecto negativo es desproporcionadamente mayor a su efecto positivo.

Si bien este es el sentido que la Corte otorgó al principio *in dubio pro natura*, cabe decir que, en cuanto a directrices jurídicas medioambientales, también se reconoce el principio “*pro natura*”. Su formulación, por ejemplo, fue plasmada en un protocolo de actuación para operadores judiciales realizado por el Poder Judicial de la República de Chile, la Organización de Estados Americanos y la Cumbre Judicial Iberoamericana, en los siguientes términos:

“Todo operador de las normas ambientales deberá tener siempre presente el principio *pro naturaleza*, conforme al cual se evitarán los riesgos, se privilegiarán los intereses colectivos generales sobre los particulares, se favorecerá la preservación del medio ambiente y en caso de duda se preferirá la interpretación que en forma más amplia proteja el entorno. No solamente en la duda proteger la naturaleza, sino que como un postulado directo y fundamental”⁶².

⁶¹ Según Espejo y Rebolledo, la justicia ambiental se vincula con “la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de su situación comunitaria y de sus capacidades y, por último, la participación en la adopción de las decisiones que los afectan”. ESPEJO Y REBOLLEDO (2013).

⁶² PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE *et al.* (2018), p. 144.

Este documento reviste importancia, pues constituye una iniciativa que plasma los principios de derecho ambiental y su funcionamiento en la *praxis* judicial y que, si bien carece de fuerza vinculante para la República Argentina, puede ser incorporado al ordenamiento normativo mediante un acto legisferante tanto a nivel nacional como a nivel subnacional (provincial).

Retomando lo definido por la Corte, esta definió, además, el principio *in dubio pro aqua*. En similares términos al principio anterior, sostuvo que:

“En caso de incerteza, las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos”⁶³.

Dicha definición es tomada por el Tribunal de la Declaración de Brasilia de Jueces sobre la Justicia Hídrica (Principio 6), adoptada en el Octavo Foro Mundial del Agua de la UICN, en marzo del año 2018. Así, este principio se trata de una reformulación de aquel enunciado en primer término, específicamente aplicable a aquellos casos en los cuales se encuentre en juego una cuestión de naturaleza hídrica. Mas su funcionamiento no dista mucho de aquel que fuera explicitado en párrafos precedentes en torno al mandato *in dubio pro natura*.

Conclusivamente, la Corte sostuvo que el fallo del Superior Tribunal Provincial no solo fue en contra de reglas expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico⁶⁴, sino que además colisionó con aquello preceptuado por las directrices *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, todo lo cual conspiró contra la efectividad en la defensa del ambiente que persi-

⁶³ “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” (2019), considerando 13.

⁶⁴ Ley N° 25.675 de 2002, artículo 32: “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia de la contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

guió el actor en el caso. Sumado a esto, sostuvo que se vio afectado el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 Constitución Nacional) en razón de que se consideró que la acción de amparo no era la vía, y no se valoró que el objetivo de dicha acción era más amplio que el reclamo de la municipalidad en sede administrativa y que se había producido una alteración negativa del ambiente.

5. INCORPORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

El reconocimiento por parte de la CSJN de estos principios implica su incorporación a la normativa nacional vigente, aunque de un modo indirecto. Ello debido a que, si bien su regulación no se encuentra incorporada en ninguna ley vigente, rige en Argentina el sistema del precedente judicial obligatorio. Dicha doctrina, que tampoco se encuentra reconocida expresamente en normativa alguna, surge de la propia jurisprudencia del máximo tribunal, la que ha establecido una suerte de *stare decisis* vertical⁶⁵, categoría en la cual nos detendremos, pues es la que se encuentra delineada con mayor claridad y resulta útil a los fines propuestos, no obstante la posible existencia de un sistema de *stare decisis* horizontal (obligatoriedad de sus propios fallos para el propio órgano judicial supremo).

Efectuada esta última aclaración, es preciso señalar que en la República Argentina los pronunciamientos dictados por la Corte resultan obligatorios para los tribunales inferiores tanto para aquellos pertenecientes a la órbita federal como provincial de acuerdo al modo de reparto de competencia judicial. Este sistema obliga a los tribunales inferiores a seguir las conclusiones pronunciadas por la Corte Suprema ante casos sustancialmente análogos. Sin embargo, aquellos pueden apartarse de lo decidido por el tribunal cime-ro, siempre y cuando aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la decisión ya adoptada. Ante el incumplimiento de tal carga argumental, la decisión del tribunal inferior devendrá inconstitucional, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el último y supremo intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. Además de tal jerarquía orgánica, este sistema de precedente obligatorio se funda en principios de economía procesal, de seguridad jurídica, entre otros.

⁶⁵ “Freire Díaz, Manuel Santos y otros/ defraudación” (2019), considerando 6.

Pues bien, es a la luz de esta doctrina del precedente judicial que deben de analizarse las implicancias de la resolución analizada tiene para el ordenamiento jurídico argentino. Así, si la doctrina judicial de la Corte determina el modo de interpretar una norma, un conflicto o una controversia, y dicho modo debe de ser seguido por los tribunales inferiores para la resolución de cualquier controversia, sin dudas la incorporación de un principio como criterio hermenéutico para la resolución de controversias deberá de ser utilizado por los tribunales inferiores para el juzgamiento de las causas sobrevinientes, al menos cuando se traten de casos sustancialmente análogos (controversias ambientales) y no existan fundamentos de peso que permitan apartarse de los fundamentos que sustentan la aplicación de los principios mencionados.

Con base en tales premisas estructurales, es preciso sostener que, a partir del fallo aquí analizado, los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* deberán de ser aplicados por los restantes tribunales del Estado argentino. Más aún, el propio pronunciamiento de la Corte determina el “deber” de los jueces (restantes tribunales tanto federales como provinciales) de juzgar las controversias ambientales a la luz de ambos principios.

6. CONCLUSIÓN

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la protección de los humedales resulta un valioso precedente que repercute en la conformación del microsistema normativo ambiental. Tal impacto encuentra sustento en la doctrina del precedente judicial obligatorio que impera en el sistema de decisiones judiciales argentino.

La resolución analizada resulta importante, ya que resalta la importancia que revisten los humedales para el ecosistema y la consecuente necesidad de protegerlos, en concordancia con los mandatos que surgen del convenio de sitios Ramsar⁶⁶. Además, reafirma la necesidad de no soslayar normas trascendentales dentro del microsistema normativo ambiental argentino, tales como aquella que garantiza el acceso irrestricto a la justicia

⁶⁶ Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (02.02.1971). Ramsar, Irán.

en materia medioambiental o la que impone a toda autoridad la aplicación del principio precautorio.

No obstante, la mayor riqueza de la sentencia radica, en primer lugar, en la utilización de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, no reconocidos expresamente en la ley vigente en la República; en segundo lugar, en determinar con precisión el alcance y funcionamiento de ambos principios y aplicarlos en el caso concreto, y, en tercer lugar, en el impacto de lo resuelto en el sistema normativo argentino, debido al sistema de *stare decisis*.

A partir de dicha resolución, y teniendo en cuenta la obligatoriedad del precedente judicial, es posible concluir que ambos principios han sido incorporados al ordenamiento jurídico argentino, al menos en cuanto a las controversias que se resuelvan en los estrados judiciales. Solo restará un acto legislativo que permita su efectiva incorporación a la legislación, de modo tal de que su funcionamiento replique en el accionar del Estado y particulares en su totalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ESPEJO, Dominique y REBOLLEDO, Sebastián (2013): “La justicia ambiental en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Astrolabio* N° 11.

PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE *et al.* (2018): “Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable”. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/images/imagenes/Principios_Jur%C3%ADdicos_Medioambientales_para_un_Developmento_Ecol%C3%B3gicamente_Sustentable.pdf>.

WWAP (PROGRAMA MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS): “Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018. Soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua” (París, UNESCO).

NORMATIVA CITADA

- Constitución de la Provincia de Entre Ríos (03.10.2008).
- Ordenanza N° 8.914/1989 (28.09.1989).

- Ordenanza N° 10.476/2000 (17.03.2000).
- Ley N° 24.430 (15.12.1994), Constitución de la Nación Argentina.
- Ley N° 8.369 (04.10.1990), Procedimientos Constitucionales.
- Ley N° 23.054 (19.03.1984), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica.
- Ley N° 23.313 (06.05.1986), Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Ley N° 26.944 (08.10.2014), Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley N° 25.675 (27.11.2002), Política Ambiental Nacional.
- Ley N° 23.919 (16.04.1991), Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.
- Decreto N° 7.547/1999 (26.11.1999).

JURISPRUDENCIA CITADA

- CSJN. “Freire Díaz, Manuel Santos y otros/ defraudación”. Sentencia de 19 de marzo de 2019. Fallos: 342/278. Expte: FMZ 11088287/2007/11/RH6. Disponible en: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7509721&cache=1597281913748>>.
- CSJN. “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”. Sentencia de 11 de julio de 2019. Fallos: 342:1203. Expte.: CSJ 714/2016/RH1. Disponible en: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7535693&cache=1597282068444>>.

