



JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XIII, Nº 13 / DICIEMBRE 2021

■■■ 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° 13

© ONG FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE FIMA

2022 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@dereediciones.com

www.dereediciones.com

Primera edición, febrero de 2022 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 Droggett, Fernando Dougnac Rodríguez,
Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg, Rodrigo Polanco Lazo,
Ezio Costa Cordella, Gabriela Burdiles Perucci y Verónica Delgado Schneider

Directora general:

Gabriela Burdiles Perucci

Editoras:

Victoria Galleguillos Alvear y Victoria Belemmi Baeza

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 ONG FIMA”

ÍNDICE

Nº 13 AÑO 2021

ABREVIATURAS	III
EDITORIAL.....	1
Acuerdo de Escazú y la nueva Constitución de Chile	1
<i>Verónica Delgado Schneider</i>	
PRÓLOGO	13
<i>Marcos A. Orellana</i>	

ARTÍCULOS

Acuerdo de Escazú y la negativa chilena a firmar: comentarios en torno a la supuesta autoejecutabilidad del tratado	19
<i>Eduardo Konig Rojas - Javier Velasco Velit</i>	
Análisis de las excepciones al derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú y sus diferencias con Chile	47
<i>Alejandra Silva Meneses</i>	
La inserción del Acuerdo de Escazú en el ordenamiento jurídico argentino en materia ambiental. Aportes para pensar una gobernanza urbana participativa.....	91
<i>Nadia Virginia Bressan Bernhardt</i>	
Injusticia, reconocimiento y subjetividad jurídica: las zonas de sacrificio ante los tribunales ambientales	125
<i>Francisca Andrea Standen Armijo - Luciano Rantes González Matamala</i>	
Los glaciares y Pascua Lama: auge y declive del primer proyecto desarrollado bajo el Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina	163
<i>Leslye Herr Martínez</i>	
Seguridad hídrica desde una perspectiva interseccional: elementos para el debate	197
<i>Macarena Salinas Camus - Paula Acuña Salazar - Patricia Retamal Garrido - Anahí Urquiza Gómez</i>	

Tercer Tribunal Ambiental y la legitimación activa de la Municipalidad de Coronel para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 ... <i>Marco Antonio Rojas Pérez</i>	225
--	-----

ESTUDIOS ONG FIMA

El camino de la transición socioecológica en Chile.....	245
Hacia una Constitución ecológica: cambio climático y nueva Constitución	279

ABREVIATURAS

ACNUDH	: Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos
ACNUR	: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ADN	: ácido desoxirribonucleico
AFP	: Administradoras de Fondos de Pensiones
AJA	: Asociación para la Justicia Ambiental
ANID	: Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo
FONDAP	: Fondo de Financiamiento de Centros de Investigación en Áreas Prioritarias
art. / arts.	: artículo / artículos
BID	: Banco Interamericano de Desarrollo
c/	: con
CABA	: Ciudad Autónoma de Buenos Aires
CDA	: Centro de Derecho Ambiental
CECS	: Centro de Estudios Científicos
CEDAW	: Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CEPAL	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPE/ONU	: Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
CESPAP	: Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico
CMNUCC	: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
CNR	: Comisión Nacional de Riego
CNUMAD	: Conferencia de las Naciones Unidas de 1992 sobre Medio Ambiente y el Desarrollo
CO2	: dióxido de carbono
COEVA	: Comisión de Evaluación Ambiental
COFEMA	: Consejo Federal de Medio Ambiente
CONAF	: Corporación Nacional Forestal
coord. / coords.	: coordinador / coordinadores
COP	: Conferencias de las Partes

COVID-19	: acrónimo del inglés <i>coronavirus disease 2019</i> , en español conocida como enfermedad por coronavirus 2019, enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2
(CR)2	: Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia
DS	: Decreto Supremo
DAA	: Derechos de Aprovechamiento de Aguas
DD FF	: derechos fundamentales
DGA	: Dirección General de Aguas
DIA	: Declaración de Impacto Ambiental
ed. / eds.	: editor / editores
EE. UU.	: Estados Unidos
EIA	: Estudio de Impacto Ambiental
EJEA	: Estrategia Jurisdiccional de Educación Ambiental Integral
ENSUA	: Estrategia Nacional para la Sustentabilidad en las Universidades Argentinas
EPI	: Índice de Desempeño Ambiental
ERNCC	: Energía Renovable No Convencional
<i>et al.</i>	: y otros
Excma.	: Excelentísima
FAO	: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FIDA	: Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FLACSO	: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
GEI	: Gases de Efecto Invernadero
GIZ	: Agencia Alemana de Cooperación Internacional
GWA	: Alianza de Género y Agua
GWP	: Global Water Partnership
IANCA	: Indicadores de Aplicación y Cumplimiento de la normativa Ambiental
IDH	: Índice de Desarrollo Humano
Il'tma.	: Ilustrísima
Il'tre.	: Ilustre
INDH	: Instituto Nacional de Derechos Humanos
IPCC	: Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático

IUCN	: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
JTA	: Alianza por la Transición Justa
km	: kilómetro
LGA	: Ley General del Ambiente
LGBTIQ+	: Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, queers y más
LL.M.	: del latín <i>legum magister</i> , máster en Derecho
LOCM	: Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades
MERCOSUR	: Mercado Común del Su
MP	: material particulado
MtCO ₂ eq	: megatoneladas de CO ₂ equivalente
MWt	: megavatio térmico
NDC	: Contribución Nacional Determinada
NEST	: Núcleo de Estudios Sistémicos Transdisciplinarios
NO _x	: óxidos de nitrógeno
OAECA	: Órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental
OC	: Opinión Consultiva
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCMAL	: Observatorio Latinoamericano de Conflictos Mineros
ODS	: Objetivos de Desarrollo Sostenible
OEA	: Organización de los Estados Americanos
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
OMM	: Organización Mundial de Meteorología
OMS	: Organización Mundial de la Salud
ONG	: Organización No Gubernamental
OPES	: Observatorio de Políticas Económicas
OUA	: Organizaciones de Usuarios de Aguas
PAC	: Participación Ciudadana
párr.	: párrafo
PhD	: abreviatura anglosajona de <i>philosophie doctor</i> o “doctor en filosofía”
PIB	: Producto Interno Bruto
PIEA	: Programa Internacional de Educación Ambiental
PLMCC	: Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático

PM2.5	: materia particulada o PM (por sus siglas en inglés) 2.5, partículas muy pequeñas en el aire que tienen un diámetro de 2.5 micrómetros (aproximadamente 1 diez milésimo de pulgada)
PMA	: Programa Mundial de Alimentos
PNB	: Producto Nacional Bruto
PNUD	: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
R.E.	: Resolución Exenta
RSEIA	: Reglamento del Sistema o Evaluación de Impacto Ambiental
S. E.	: Su Excelencia
(s.f.)	: sin fecha (sin año de publicación/edición)
S.I.T.	: Serie Informes Técnicos
SEA	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERCOP	: Servicio Nacional de Contratación Pública Ecuador
SMA	: Superintendencia del Medio Ambiente
SO2	: dióxido de azufre
(s.p.)	: sin dato de página
ss.	: siguientes
TIC	: Tecnologías de Información y Comunicación
trad.	: traductor / traducción
UNEP	: United Nations Environment Programme
UNESCO	: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	: Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia
UNRISD	: United Nations Research Institute for Social Development
UPOV	: Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
US\$: peso (Chile)
USD	: dólar
v. / vs.	: versus
vol.	: volumen

EDITORIAL

ACUERDO DE ESCAZÚ Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE

Verónica Delgado Schneider

Doctora en Derecho Università Tor Vergata (Roma)

Profesora de Derecho Ambiental y Aguas
de la Universidad de Concepción

Investigadora Asociada del CRHIAM e Investigadora
Adjunta del Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia

El llamado Acuerdo de Escazú, primer acuerdo vinculante para América Latina y el Caribe, entró en vigencia el pasado 22 de abril, tras lograr –en tiempo récord– las 12 ratificaciones necesarias. Pasa, así, a integrar la normativa internacional ambiental y de derechos humanos y a permear las normativas internas de todos sus Estados partes. Hasta ahora, Chile no ha adherido al Acuerdo, pese a haberlo propuesto y liderado en sus negociaciones, utilizando para la negativa argumentos débiles e incluso falaces¹. Pero, afortunadamente, ya sabemos que el presidente de la República recientemente electo –para el periodo 2022 a 2026– ha comprometido su adhesión dentro de los primeros días de su gobierno.

Esto significará para Chile, sin duda, una enriquecedora instancia para revisar nuestra normativa y avanzar en aquello en que existan brechas. Y estos cambios deberán hacerse, de manera siempre progresiva y sin retroceder, mediante procesos internos, pero también con colaboración internacional.

Ad portas de una nueva Constitución, es oportuno preguntarnos qué aspectos del Acuerdo de Escazú podrían quedar plasmados en ella. Y siento que en este proceso constituyente, Escazú es una pieza clave del rompecabezas. Para aquellos que hemos armado rompecabezas, hay piezas fáciles de ubicar, pues sus contornos indican claramente que van en los costados

1 Respecto a los cuestionamientos a la decisión de Chile de no suscribir este tratado, se puede revisar: DURÁN, Valentina y NALEGACH, Constance (2020): “¿Por qué Chile debe adherir al Acuerdo de Escazú?”, en *Perspectivas CDA* N° 2. Disponible en línea: <[https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_\(2\)_2020/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(2)_2020/index.html)>.

de lo que se arma, pero hay otras, que siendo más difíciles de ubicar, una vez instaladas en el centro de la figura, permiten avanzar vertiginosamente en que todo calce. Escazú será una de esas piezas claves, pues, si queremos una Constitución ecológica, que transversalmente incluya los pilares de esta nueva realidad caracterizada por una crisis ambiental, climática e hídrica presente desde hace años, la democracia ambiental, corazón de Escazú, asegurará anclar de manera coherente y estructurante muchas otras piezas que luego los tres poderes del Estado deberán implementar, para sumar a la sociedad productiva y a todos nosotros a los nuevos desafíos.

En estas líneas, que tengo el honor de escribir, agradecida y dichosa de ser parte de ONG FIMA, quiero responder la pregunta del párrafo anterior en materia de justicia ambiental. Primero –eso sí–, veamos algunas cuestiones previas importantes.

1. LA DEMOCRACIA AMBIENTAL A PARTIR DE LA CUMBRE DE LA TIERRA DE 1992

Si bien los primeros pasos empezaron casi 30 años antes, fue en 1992, en la quizá más exitosa cumbre mundial sobre la protección del ambiente, donde más de 170 Estados avanzaron en acuerdos vinculantes (en cambio climático, biodiversidad y desertificación) y en *soft law*, para instar a los países menos desarrollados a adoptar nuevas leyes ambientales, abandonando la mirada regulatoria sectorial de entonces sobre recursos naturales (para los sectores pesquero, agrícola, forestal, minero, etc.), para avanzar hacia otra, que reconociera que todos ellos formaban parte de los ecosistemas, y que el aprovechamiento racional debía considerar normas de protección, responsabilidad y de participación. Así, se propuso incluir en la nueva normativa el Principio 10 de Río, mediante el cual se proclamaba que la mejor manera de tomar las decisiones era con la participación informada de los actores de cada territorio y con el derecho a reclamar judicialmente en contra de esas decisiones, incluyendo (en el Principio) la solicitud para la reparación del daño ambiental y la indemnización de los daños personales.

A partir de 1992, muchos países cambiaron sus constituciones y leyes para considerar estas normas y principios ambientales o para mejorar las que ya tenían. Y de hecho, a la fecha, prácticamente en todo el mundo las

constituciones abordan el derecho a un ambiente sano, y muchas de las normas y principios de Río 1992.

Específicamente en relación a la democracia ambiental, en Europa incluso, la Unión Europea avanzó con el Convenio de Aarhus (abierto a la firma de cualquier Estado del mundo) y luego con directivas específicas, para exigir estándares precisos en los llamados derechos de acceso ambientales: a la información, participación y justicia ambiental. Y ello sin perjuicio de referencias explícitas en algunas constituciones recientes de países europeos, en que se ha considerado necesario reforzar estos derechos. Así, por ejemplo, en Francia se consideran normas expresas para que “toda persona” tenga derecho a acceder a “informaciones relativas al medio ambiente de las autoridades públicas” y a participar en la elaboración de las políticas públicas. Se reconoce que toda persona tiene el derecho de vivir en un ambiente equilibrado y respetuoso con la salud y, por lo mismo, también tiene deberes, varios asociados al daño ambiental, y se impone el principio precautorio en la toma de decisiones (arts. 1, 3, 4, 5 y 7). Por su parte, en Portugal, para asegurar el derecho de todos a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado, imponen al Estado una serie de deberes, que debe cumplir “por medio de organismos propios con la vinculación y participación de los ciudadanos” (art. 66). Y se impone, además, que todos tienen el “deber de defenderlo”, incluyendo para ello las respectivas acciones judiciales, etc.

En América Latina y el Caribe, los cambios se dieron mediante reformas constitucionales y dictación de leyes ambientales, aunque hubo intentos de armonización en el MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Así, por ejemplo, a nivel constitucional, algunos de estos derechos de acceso fueron considerados expresamente en Argentina, Paraguay, Colombia, entre otros países, con gran énfasis en el derecho a un ambiente “sano” y en el daño ambiental, especialmente para determinar que las personas que lo causen serán responsables no solo a nivel administrativo, sino, además, penalmente, y tendrán la obligación de repararlo, y, para ello considera una amplia legitimación activa. En la Constitución de Argentina, el recurso de amparo (art. 43 reformado en 1994) considera que la defensa de los derechos de incidencia colectiva corresponden al afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones. En la Constitución paraguaya (arts. 38 y 134, reforma de 1994) existe el derecho a la defensa de los intereses difusos de “toda persona, individual o colectivamente” para reclamar a las autorida-

des públicas medidas para la defensa...”, y en la Constitución colombiana (art. 88 del año 1991) existen las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Sin embargo, con nuevas reformas constitucionales en la región y especialmente con los estándares de Escazú, hay insumos importantes para el proceso constitucional chileno en curso.

Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador, donde se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, su *mak kawsay* (art. 14) y de la naturaleza (arts. 10, 71 y 72), el Estado asume una serie de deberes y estándares en relación a los derechos de acceso. Por ejemplo, a permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio (art. 397) y estableciendo que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. El Estado debe, además, garantizar la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y naciones afectadas en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales, y que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza (art. 395). Por su parte, en la Constitución de Bolivia, donde las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (art. 33), la población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente (art. 343) con atención a los más vulnerables, al señalar que se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos y a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (art. 353), y en materia de acceso a la justicia, cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente (art. 34).

La Constitución chilena, por cierto, tiene normas sobre información, participación y justicia, pero son normas generales que –al menos en ambiental– no han resuelto oportunamente problemas importantes, como saber exactamente la cantidad de antibióticos que se usa en cada industria salmoneera; la antojadiza interpretación contra la participación ciudadana utilizada por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) en el último gobierno, y qué decir de las pocas sentencias judiciales que se cumplen efectivamente en el país, como sucede, por ejemplo, con el caso de la sentencia de la Excm. Corte Suprema para Quintero y Puchuncaví o las de daño ambiental.

2. EL MODERNO ACUERDO DE ESCAZÚ PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Lo más valioso del Acuerdo de Escazú es que el proceso de su formación y negociación se hizo de manera transparente y participativa, en total coherencia y sintonía con lo que se propone. Su ideóloga y principal negociadora en Chile, Constance NALEGACH, afirma:

“El proceso del Acuerdo de Escazú se valora además por sus novedosas modalidades de participación del público que contribuyó a dotar de legitimidad y transparencia el texto adoptado. Fueron escuchados no sólo los negociadores oficiales de los Estados, sino todo aquel ciudadano que quisiera aportar”².

Y el texto resulta ser, entonces, un acuerdo de democracia ambiental más ambicioso de lo que quizá se propuso en su momento, al abordar no solo los estándares más probados y efectivos (tras la experiencia del Convenio Aarhus), sino, además, aquellos que responden a la realidad de nuestros pueblos. América Latina y el Caribe es y será, siempre, diversa al resto del mundo. Maravillosa en sus riquezas naturales y culturales, pero dependiente económicamente de la extracción de la naturaleza y altamente vulnerable al cambio climático. El cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible o el desempeño ambiental se torna muy difícil en muchos de nuestros países y, tras la pandemia, las diferencias se han tornado más abruptas en varias materias sociales y económicas. La flexibilidad en las exigencias ambientales también se ve como un mecanismo adoptado en

2 NALEGACH, Constance y ASTROZA, Paulina (2020): “La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú”, en *Documentos de Trabajo Fundación Carolina* N° 40 (2ª época).

varios países de la región para lograr reactivar la economía, y son cientos de casos en que la violencia contra líderes locales transforma peligrosa la defensa del medio ambiente.

Por ello es importante detenernos en Escazú, pues se hace cargo de nuestras fortalezas y debilidades. En una apretada síntesis, sus aspectos más notables son: que se vuelca a garantizar la efectividad de los derechos de acceso; que es el primer acuerdo vinculante en establecer que cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano como derecho humano³; que es el único tratado en el mundo en contemplar disposiciones específicas en favor de las y los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales y que lo hace centrado en los más vulnerables. Ofrece un piso para que cada país supere sus particulares brechas, considerando su propia realidad, pero siempre avanzando. Es un piso muy importante lograr en la región, pues –de lo contrario– seguiremos siendo elegidos para invertir según la laxitud de nuestras normas, perdiendo nuestras riquezas de manera acelerada e irresponsable, destruyendo territorios y a sus pueblos, y con cada vez más conflictos socioambientales. Esa es realmente la mirada que debemos tener.

Escazú, además, considera principios básicos para los derechos humanos en general y los ambientales en particular, pero sin definirlos (para que la doctrina y la jurisprudencia los vayan adaptando en el tiempo): el principio de igualdad y principio de no discriminación; el de pro persona y de buena fe; de transparencia y de rendición de cuentas; de máxima publicidad, los principios de no regresión y de progresividad; los principios preventivo y precautorio; el de equidad intergeneracional; de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y el de igualdad soberana de los Estados (art. 3). Además, impone que sus normas deberán ser interpretadas de la manera más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso (art. 4.8).

Avances importantes (si se compara con Aarhus) son las amplias definiciones que realiza de “público”, “autoridad competente” e “informa-

3 El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, después de décadas de trabajo de muchos actores en el mundo, alcanza, además, el reconocimiento unánime como derecho humano el pasado 8 de octubre, mediante la Resolución N° 48/13, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, referida al acceso a un medio ambiente como un derecho universal. Disponible en línea: A/HRC/48/L.23/Rev.1 (undocs.org)

ción ambiental”, y los estándares precisos y modernos en cada uno de los derechos de acceso. Así, por ejemplo, en cuanto al acceso a la justicia en asuntos ambientales, en la que me concentraré, hay brechas importantes en las que mejorar o derechamente consagrar. Veamos las principales normas:

El derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales debe ser garantizado de acuerdo con las garantías del debido proceso e incluye instancias judiciales y administrativas, en cuestiones de fondo y procedimiento, relacionados a cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental o con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales o cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

Para garantizar el derecho, cada Parte, considerando sus circunstancias, deberá contar con órganos estatales con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental y además –como ya acentuaba Aarhus– procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos. De hecho, para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y para hacerlo efectivo se atenderán las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, quizá nuestra brecha más evidente en Chile. E incluso, pensando en los pueblos originarios, determina el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.

Para Escazú, la legitimación activa en defensa del medio ambiente deberá ser “amplia” y siempre considerar mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan. Chile no cumple estos estándares: el recurso de protección no es una acción popular y muy limitada es la limitada legitimación en aguas y daño ambiental. Y qué decir de cuántas sentencias además no se cumplen.

También aplicables al daño ambiental se consideran tres excelentes estándares, que cumplimos solo parcialmente: primero, la posibilidad de disponer de medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer los daños; segundo, medidas para facilitar la produc-

ción 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, y mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

3. LA DEMOCRACIA AMBIENTAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL CHILENO

En un proceso inédito en el país, el órgano encargado de redactar la nueva Carta Fundamental, la Convención Constitucional decidió recibir a la ciudadanía en audiencias públicas. Pues bien, si nos referimos específicamente a las primeras audiencias que tuvo la Comisión de Derechos Humanos de la Convención Constitucional (transitoria), ellas evidencian que las temáticas de Escazú fueron ardua y dolorosamente narradas. En el Informe de estas audiencias, en Verdad Histórica, por ejemplo, destacan relatos de permanente crítica institucional y normativa, situaciones particulares de injusticia ambiental en relación al agua y las zonas de sacrificio; así como críticas a la política externa del país por la no suscripción del Acuerdo de Escazú. Hubo relatos específicos de cómo la cultura extractivista viola derechos humanos medioambientales al imponer una relación con el medio natural de explotación sin límites y sin planificación sustentable. Y muchos relevando ataques, amenazas e intimidaciones a los derechos humanos de quienes defienden los bienes comunes. En la síntesis sobre justicia, hubo relatos asociados a la necesidad de participación ciudadana vinculante y directa, a propósito de cualquier actividad, práctica o norma que sea susceptible de afectar la relación entre las comunidades, sus territorios y la naturaleza, desprendiéndose que una causa de los conflictos socioambientales está en que las estructuras jurídicas no reciben las reivindicaciones de las personas y comunidades sobre sus territorios. Y en reparación, se espera un reconocimiento de la degradación causada históricamente y reparación a las personas y a la propia naturaleza. En lo material, hubo solicitudes de restauración ecológica o de indemnización a personas o medidas para mejorar la salud de la población y en lo simbólico, solicitudes de reconocimientos a nivel constitucional, además de archivos

públicos a nivel de memoria histórica y colectiva. Finalmente, en el capítulo de garantías de no repetición y no regresión, se espera una nueva articulación institucional del Estado y la ejecución de diversas iniciativas públicas⁴.

Lo anterior se vio reflejado de inmediato, directamente, al aprobar los temas que deberán discutirse (y ya se están discutiendo) en las Comisiones de la Convención Constitucional. En efecto, y como ya ha sintetizado⁵, en la votación del Reglamento General de la Convención Constitucional hubo cambios sustantivos en materia ambiental, gracias a las indicaciones presentadas.

Dentro de estos cambios, hay varias temáticas de Escazú que –aunque resistidas– deberán ser discutidas en la nueva Constitución. Así, por ejemplo, cuando se discutían los temas mínimos a considerar por la Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico, se identifica claramente una posición que buscó eliminar infructuosamente ciertos temas mínimos de esta Comisión, como la bioética, los derechos de la naturaleza y de la vida no humana, la soberanía alimentaria y la democracia ambiental. Las votaciones fueron tan elocuentes en el sentido contrario, que –de hecho– la indicación para eliminar la democracia ambiental no fue siquiera defendida públicamente por alguno de sus autores. En la fórmula final se incluyen, además, y especialmente argumentando en base a la existencia de las llamadas “zonas de sacrificio”, varios principios importantes del derecho ambiental internacional –que están también reconocidos en Escazú– como la justicia intergeneracional y al principio de no regresión ambiental, y mediante indicaciones se agregan los principios preventivo y precautorio.

Por otra parte, en la Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos

4 Tuve el honor de participar en la redacción del Informe Final Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición, resultado del proyecto de sistematización de audiencias, para la Comisión de Derechos Humanos de la Convención Constitucional, Subcomisión de Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición, en el capítulo de medio ambiente. Diciembre de 2021.

5 DELGADO, Verónica (2021): “Lo ambiental, ecológico y climático en el Reglamento General de la Convención Constitucional: aciertos y dudas”, en *Eco-Reflexiones*, vol. 1, N° 7.

Locales y Organización Fiscal se logró incluir no solo discutir sobre “mecanismos de equidad territorial”, sino también de “justicia ambiental”. La convencional Gloria Alvarado justifica la indicación en la desigual distribución de las cargas ambientales, mencionando a todas las zonas de sacrificio de Chile y que la justicia ambiental colaborará con un ordenamiento territorial más justo, sin discriminar a las personas.

Y en la Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional se considera expresamente la democracia ambiental, derechos de acceso a la participación, información y justicia ambiental. Por otra parte, en el mismo artículo se consideran las “Acciones constitucionales y garantías institucionales a los Derechos Humanos” (y de la naturaleza) y una Defensoría de los Pueblos (y de la naturaleza)⁶. La convencional Camila Zárate fundamentó la indicación explicando que esta defensoría debería ser pública y gratuita, abordando las fases judicial y extrajudicial.

En fin, y actualizando los temas en discusión hoy, quizá el punto que más débil se ve hasta ahora es el de reglas concretas en materia de daño. Sugiero, a la luz de lo que ocurre con nuestro sistema y de los nuevos estándares del Acuerdo de Escazú y de la experiencia comparada, considerar en la nueva Constitución que el daño ambiental no solo generará responsabilidad penal y administrativa para las personas naturales y jurídicas que lo causen, sino además la obligación de reparar y/o compensar al ambiente y personas afectadas, mediante un sistema objetivo (para así facilitar la prueba), con seguro para las actividades más riesgosas, legitimación activa judicial amplia y asistencia jurídica gratuita.

3. REFLEXIONES FINALES

El mayor avance en la región de América Latina y el Caribe es contar con Escazú, el primer acuerdo vinculante en materia ambiental y de dere-

6 De hecho, para la defensa ambiental, durante el 2020 y productos de cabildos y conversatorios, se propuso una defensoría pública para el medio ambiente y una acción popular. FIMA (2020), *Bases para una Constitución ecológica en Chile. V.25/11/20* (Santiago: FIMA), pp. 4 y 6. Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCIO%CC%81N-ECOLO%CC%81GICA-v.-25.11.20-1.pdf>>.

chos humanos. Se nutrió de toda la experiencia del Convenio de Aarhus y, además, de manera participativa, conoció la realidad de los países de la región y estableció un piso, poniendo énfasis en estándares y principios para “nuestros” problemas y vulnerabilidades.

Chile hasta ahora no es parte de Escazú, pero sabemos que el presidente electo, Gabriel Boric, lo considera dentro de sus primeras medidas en materia internacional.

En la Convención Constitucional, las audiencias oídas por la Comisión de Derechos Humanos refleja que las temáticas de Escazú fueron ampliamente abordadas, especialmente en relación a la falta de agua, la contaminación en las llamadas “zonas de sacrificio”, la falta de sanción por los “ecocidios” y la falta de reparación de los daños al ambiente y salud de las personas, exigiendo que se garantice la no repetición de estas violaciones a los derechos ambientales humanos y a los “derechos de la naturaleza”.

Estos relatos encuentran eco directamente si se revisan los temas que deberán discutirse (y ya se están discutiendo) en las Comisiones de la Convención Constitucional según el Reglamento General, pues varias de ellas consideran los derechos de acceso en asuntos ambientales, ya sea por alusiones directas a la democracia ambiental en general o a varios de sus principios (donde destaca el de no regresión) o bien alusiones permanentes a la justicia ambiental, especialmente en materia de daños históricos, la privatización del agua o procedimientos sin participación ciudadana.

Los convencionales cumplieron, así, el mandato autoimpuesto de no olvidar lo que la ciudadanía quiere y necesita, llevando los temas de los relatos al centro de la discusión. Así, no me cabe duda alguna de que se ha ubicado en la mesa una de las piezas clave en la elaboración de la nueva Constitución, y con ello será más fácil avanzar en la implementación de los nuevos estándares de la democracia ambiental. Y si agregamos su próxima adhesión, implica entonces que avanzaremos además con la región.

PRÓLOGO

Marcos A. Orellana

Relator Especial de las Naciones Unidas
sobre Tóxicos y Derechos Humanos

Qué duda cabe que Chile se encuentra en un momento decisivo en su historia republicana, enfrentando el desafío de elaborar una nueva Constitución que profundice la democracia y asegure la no discriminación y la equidad en la sociedad. Las garantías que incluya la nueva Constitución no son una mera abstracción, sino que impactarán la vida, salud y bienestar de toda la población. Son miles y millones las personas cuyos cuerpos y hogares se ven expuestos a la contaminación tóxica. Son innumerables las comunidades que sufren la escasez hídrica, el alza de los mares y otros impactos adversos de la emergencia climática. Son, asimismo, incontables las comunidades bióticas que sienten la pérdida irreparable de biodiversidad.

El camino hacia una nueva Constitución ecológica, que permita hacer del derecho a un medio ambiente sano una realidad para todas las personas, tiene la oportunidad de nutrirse de importantes lecciones del derecho constitucional comparado en materia ambiental. Este ámbito normativo experimenta una verdadera revolución desde 1972, año en que se realiza la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo. Esta Conferencia marca un hito en la apertura de una mayor conciencia planetaria sobre la importancia de la protección ambiental para el goce efectivo de los derechos humanos.

Los trabajos preparatorios de la Conferencia de Estocolmo ya daban lugar a un nuevo entendimiento en la relación entre medio ambiente y desarrollo, idea que luego informa y cristaliza el paradigma del desarrollo sostenible. De forma similar, tras la Conferencia, países en todos los continentes comienzan a reformar sus constituciones nacionales para reconocer el derecho a un medio ambiente sano.

Las categorías de construcción constitucional del derecho a un medio ambiente sano varían de país en país. Algunos países, por ejemplo, establecen un derecho individual y exigible ante las cortes nacionales, mientras que otros lo construyen como una aspiración colectiva no exigible, sino orientadora de política pública. Otros Estados incorporan preceptos

constitucionales sobre los deberes del Estado relacionados con el aprovechamiento de los recursos naturales, en vez de consagrar un derecho individual o colectivo a un medio ambiente sano.

Las terminologías también varían significativamente. Algunos Estados vinculan el derecho a la biodiversidad y los recursos naturales, mientras que otros lo centran en la contaminación. Algunos Estados enfocan el derecho en la salud humana, mientras que otros hablan de los derechos de la naturaleza. Algunos países incluso incluyen en la articulación del derecho referencia a principios ambientales como son el de precaución, no-regresión y progresividad, prevención y la justicia intergeneracional.

En ese contexto, el reconocimiento del derecho a un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de Chile de 1980 fue un paso relativamente novedoso en el derecho constitucional comparado. Y las primeras experiencias chilenas sobre la utilización del recurso de protección en materia ambiental fueron ampliamente difundidas en las revistas académicas especializadas.

Sin embargo, las falencias de la fórmula empleada por la Constitución de 1980 han quedado en evidencia. A pesar del reconocimiento del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, Chile experimenta niveles de contaminantes tóxicos en los suelos, las aguas y el aire que superan con creces los lineamientos internacionales. Pueblos indígenas han pagado con su identidad, sus tierras, aguas y recursos naturales el costo de generación de energía hidroeléctrica o la extracción de minerales. Numerosos habitantes han sido condenados a vivir en zonas de sacrificio ambiental, donde la grave contaminación con sustancias tóxicas, incluyendo azufre, arsénico y plomo, vulneran su salud y su vida. El dolor ocasionado por enfermedades terminales, la generación de discapacidades físicas e intelectuales en los niños y las niñas, la destrucción de ecosistemas y la extinción de especies son claros ejemplos de un país cuya Constitución no asegura el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

Las zonas de sacrificio son una violación flagrante y sistemática de los derechos humanos. Son también una metáfora oscura de la alienación entre la humanidad y la naturaleza, y de la falta de ética en sociedades que toleran la injusticia ambiental en aras de un mal entendido y contabilizado crecimiento o desarrollo económico. A las sociedades eventualmente les llega la cuenta de los pasivos ambientales. Los países tarde o temprano se

enfrentan a los costos de la inacción frente a la contaminación, sea en conflictividad social, pérdida productiva, enfermedades y muertes. En definitiva, la contaminación hace más pobres a los pobres y acentúa las brechas de desigualdad y discriminación ambiental.

La Constitución de 1980 fracasó en materia ambiental en gran medida por tenerle miedo a la democracia; miedo reflejado en la falta de implementación de las dimensiones procedimentales del derecho a un medio ambiente sano. Los derechos de acceso a la información, a la participación y justicia en materia ambiental son esenciales para profundizar la democracia ambiental. La promesa del paradigma del desarrollo sostenible consiste precisamente en superar la imposición vertical de toma de decisiones y, en su lugar, asegurar un proceso de diálogo social que haga lugar al pluralismo, la no discriminación y el respeto al medio ambiente.

Frente a este cuadro, el número 13 de la *Revista Justicia Ambiental* editada por FIMA profundiza sobre temas que son claves para el trabajo de la Convención Constituyente. La discusión sobre el contenido del derecho a un medio ambiente sano puede iluminar la redacción del mismo. El análisis de mecanismos de incorporación de tratados y otros instrumentos internacionales en materias de derechos humanos y medio ambiente permiten la construcción de una Constitución dinámica y evolutiva. Los recursos para la protección y promoción del derecho a un medio ambiente sano son también cruciales para asegurar su respeto. La manera en que el derecho a un medio ambiente sano se relaciona con otros derechos humanos, ambientales y constitucionales, incluyendo los derechos de la naturaleza, también resulta clave.

El número 13 de la *Revista Justicia Ambiental* también incluye análisis del Acuerdo de Escazú sobre los derechos de acceso en materia ambiental. Este acuerdo surge como la respuesta de Latinoamérica y el Caribe a la crisis ambiental y los conflictos socioambientales en la región. El Acuerdo de Escazú incorpora un enfoque de derechos al desarrollo sostenible, poniendo de relieve la posición de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. El Acuerdo también articula al derecho a un medio ambiente sano tanto como objetivo del Acuerdo como obligación de garantía de los Estados partes.

El *corpus* de los derechos humanos ha sido diseñado para integrar nuevos desarrollos y hacer frente a los desafíos contemporáneos. El pasado

8 de octubre de 2021, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció, por primera vez, el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. En un sentido, este derecho actúa como un paraguas bajo el cual alberga el cúmulo de desarrollos normativos que por décadas ha experimentado el derecho internacional gracias al diálogo entre derechos humanos y medio ambiente. Entre estos elementos, por ejemplo, se encuentran los derechos procedimentales de acceso a la información, participación y justicia, así como los derechos de los pueblos indígenas al consentimiento previo e informado sobre planes o proyectos que puedan incidir en sus tierras, territorios y recursos naturales. El derecho a un medio ambiente sano es también una plataforma conceptual que permite seguir construyendo y profundizando contenidos sustantivos para hacer frente a las graves amenazas que presentan la emergencia ambiental, el envenenamiento del planeta con tóxicos y la pérdida de biodiversidad.

En definitiva, el derecho a un medio ambiente sano es una de las piedras angulares para hacer frente al desafío de construir una sociedad justa y armónica, donde ninguna persona o grupo sea sacrificado en su vida, su salud o sus derechos. Este número de la *Revista Justicia Ambiental* nos ofrece ideas para profundizar y pulir el reconocimiento, protección y promoción de derechos ambientales en la construcción de una nueva Constitución que refleje los valores de armonía y respeto al medio ambiente.

ARTÍCULOS

ACUERDO DE ESCAZÚ
Y LA NEGATIVA CHILENA A FIRMAR:
COMENTARIOS EN TORNO A LA SUPUESTA
AUTOEJECUTABILIDAD DEL TRATADO

ESCAZÚ AGREEMENT AND CHILE'S REFUSAL TO SIGN:
COMMENTS ON THE SUPPOSED SELF-EXECUTABILITY OF THE TREATY

Eduardo Konig Rojas

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile
eduardo.konig@derecho.uchile.cl

Javier Velasco Velit

Abogado de la Universidad de Chile
y de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado
javier.velasco@derecho.uchile.cl

RESUMEN: El Acuerdo de Escazú, adoptado en marzo de 2018 y cuya entrada en vigor se produjo en abril de 2021, representa un histórico y valioso tratado para América Latina y el Caribe en materia de derechos humanos ambientales. El proceso de elaboración del texto contó con la iniciativa, apoyo y liderazgo de Chile, todo lo cual se vio opacado por la decisión nacional de postergar y finalmente descartar su suscripción. Dentro de los argumentos esgrimidos por el Ejecutivo, mediante un documento emitido por los ministerios de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente en septiembre de 2020, se encuentra uno referido al carácter autoejecutable del Acuerdo de Escazú. Según lo aducido, la suscripción del acuerdo supone cambios en nuestra legislación interna que, en el fondo, podrían generar incerteza jurídica, por ser autoejecutables las normas del acuerdo. Dicho esto, el presente trabajo busca tratar este planteamiento en particular, a la luz de la doctrina y jurisprudencia correspondiente, a fin de comprobar la veracidad de esta afirmación y sus efectos.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Escazú, autoejecutabilidad, tratados internacionales, derecho internacional.

ABSTRACT: The Escazú Agreement, adopted in March 2018 and whose entry into force occurred in April 2021, represents a historic and valuable treaty for Latin America and the Caribbean on environmental hu-

man rights. The process of drafting the text had the initiative, support and leadership of Chile, all of which was overshadowed by the national decision to postpone and finally discard its subscription. Among the arguments put forward by the Executive, through a document issued by the Ministries of Foreign Affairs and Environment in September 2020, is one referring to the self-executing nature of the Escazú Agreement. According to what has been argued, the subscription of the agreement implies changes in our internal legislation that, in essence, could generate legal uncertainty, since the norms of the agreement are self-executing. That said, this paper seeks to address this particular approach, in the light of the corresponding doctrine and jurisprudence, in order to verify the veracity of this statement and its effects.

KEYWORDS: Escazú Agreement, self-executing, international treaties, international law.

1. INTRODUCCIÓN

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, más conocido como “Acuerdo de Escazú”, goza de una especial relevancia atribuida a varias razones. En primer lugar, porque se erige como el único acuerdo jurídicamente vinculante producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (“Río+20”). En segundo lugar, porque consiste en el primer tratado ambiental de esta región. Así también, porque constituye el primer tratado en el mundo que incluye disposiciones relativas a las defensoras y defensores de los derechos humanos en materia ambiental. A todo lo anterior se suma el fundamental tratamiento que este convenio le brinda a los derechos de acceso ambientales, los cuales hallan su origen como tales en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (“Declaración de Río”). No es de extrañar, por tanto, que este tratado sea considerado histórico.

El proceso de elaboración del Acuerdo de Escazú contó con el auspicio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como secretaría técnica, y el liderazgo de Chile y Costa Rica en tanto copresidentes del Comité de Negociación formado durante dicho proceso. Luego de dos años de fases preparatorias y nueve reuniones del mencionado Comité,

el acuerdo fue finalmente adoptado el día 4 de marzo del año 2018, en el cantón costarricense que le da su nombre. Pocos meses después se abrió un período de firma disponible para los 33 países de la región, entre septiembre de 2018 y septiembre de 2020. Luego se procedió a la ratificación, a fin de consolidar como Estados Parte del acuerdo a los países que ya habían otorgado su firma. Habiendo ya cumplido con el requisito establecido en su artículo 22¹, el Acuerdo entró en vigencia el día 22 de abril del año 2021.

Entre los países que minoritariamente se abstuvieron de la firma, se encuentra Chile. Tal abstención parece inexplicable a la luz del liderazgo adoptado por nuestro país durante todo el proceso de elaboración del texto. Sin embargo, el actual gobierno ha intentado justificar su actuar, aduciendo motivos tocantes a la institucionalidad ambiental en Chile y su relación con el Acuerdo de Escazú, así como al alcance y efecto de los mecanismos de resolución de controversias internacionales contemplados por el Acuerdo, con la “implicancia interna” que eso conlleva. En particular, el Gobierno de Chile señaló que el Acuerdo de Escazú contiene normas que podrían ser consideradas autoejecutables, conforme a su tenor literal. Asimismo, considera inconveniente la suscripción al convenio, en atención a la “ambigüedad y amplitud de sus términos, su eventual autoejecutabilidad y la obligatoriedad de sus normas que prevalecerían por sobre la legislación medioambiental interna [...]”².

Sin ahondar en el resto de los argumentos vertidos a la sazón, nos interesa, en tanto objeto del presente artículo, analizar el planteamiento del Gobierno relativo a la supuesta autoejecutabilidad del Acuerdo de Escazú. Lo anterior, con el fin de estudiar y verificar las alegadas desventajas que la suscripción del convenio importaría en ese sentido. Dicho esto, pasaremos a exponer algunos aspectos del convenio, como lo son su proceso de elaboración y contenido, para luego explicar el contenido y alcance de la autoejecutabilidad y así poder analizar las normas que aparentemente gozan de dicho carácter, a fin de entregar más luces respecto al cuestionamiento que sobre este punto expresó el Gobierno de Chile.

1 Dicho precepto señala que el Acuerdo de Escazú “entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

2 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2020), p. 2.

2. EL ACUERDO DE ESCAZÚ: PROCESO DE ELABORACIÓN, CONTENIDO Y DECISIÓN DE CHILE ANTE LA SUSCRIPCIÓN

2.1. Proceso de elaboración del Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú tiene su origen más inmediato en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, la cual fue celebrada en Río de Janeiro el año 2012, con motivo de conmemoración del 20º aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1992 sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD o “Cumbre de la Tierra”) en la misma ciudad, razón por la cual hoy se conoce aquella cumbre internacional como “Río+20”.

Uno de los documentos resultantes de la CNUMAD consistió en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la cual se formularon 27 principios básicos relativos al medio ambiente natural, la dignidad humana, el desarrollo sostenible y las obligaciones estatales en materia de protección de los derechos ambientales de los seres humanos. Más tarde, en el marco de Río+20, diez países de América Latina y el Caribe, liderados por Chile y Costa Rica, impulsaron la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la anterior declaración. En esta instancia, Chile propuso un proceso de cooperación en la región, con el objetivo de alcanzar la cabal aplicación de los derechos de acceso ambientales³ (acceso a la información, a la participación y a la justicia en materia ambiental), desprendidos en su denominación y contenido del Principio 10.

En esa línea, el objetivo de esta última declaración consistía en reafirmar, a través de un instrumento que garantizara su aplicación, el compromiso con estos derechos. A partir de allí, se emprendió un proceso tendiente a desarrollar la implementación de estos en la región, lo cual terminó derivando en 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, sencillamente, “Acuerdo de Escazú”.

Entre los años 2012 y 2014 se llevaron a cabo cuatro “Reuniones de los Puntos Focales” designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río. Estos encuentros, realizados en distintos países de la región, consti-

3 NALEGACH (2019), p. 43.

tuyeron el primer pilar necesario para avanzar en la implementación de la mencionada declaración.

A fin de encauzar dicho propósito, vio la luz el Comité de Negociación, el cual se reunió en nueve ocasiones entre mayo de 2015 y marzo de 2018 y en distintos países de la región, concluyendo con la adopción del texto definitivo del Acuerdo de Escazú. En el Acta Final de la novena reunión constan directrices y funciones para la Mesa Directiva (conformada, entre otros, por Chile y Costa Rica en calidad de copresidentes), resumidas en el mandato según el cual los países que la integraron deben continuar liderando y conduciendo los trabajos necesarios entre el período de apertura a firma del convenio y la primera reunión de la Conferencia de las Partes⁴.

Por añadidura, se invitó a todos los Estados de América Latina y el Caribe a que firmen y ratifiquen, acepten o aprueben el convenio, o adhieran al mismo, según proceda, y a la brevedad posible, con miras a su pronta entrada en vigor. Este período de suscripción, disponible para los 33 países de la región, se extendió entre los meses de septiembre del año 2018 y septiembre del año 2020⁵.

Cabe advertir que el acompañamiento y liderazgo que brindó el Estado chileno durante el proceso de elaboración e implementación del Acuerdo de Escazú solo se limitó a esa primera dimensión, a pesar del mandato que le fue conferido en su calidad de copresidente de la Mesa Directiva después de la novena reunión del Comité de Negociación. Se trató, por tanto, de un impulso inicial que solo se vio aparejado a la confección del texto y que reculó ante la suscripción (y, por ende, de una subsecuente implementación), mediante la postergación de su firma.

Dado el revuelo que generó su abstención, el Gobierno de nuestro país se vio obligado a explicar tal postura, mediante un documento en el cual presentaron distintos planteamientos con relación a los eventuales inconvenientes que habría de acarrear la firma del convenio. Dichos argumentos se remiten principalmente a su contenido, el cual pasaremos a exhibir someramente a continuación, con el fin de estudiar en particular la parte que

4 CEPAL (2018), *passim*.

5 A la fecha del presente trabajo, son 24 los países de la región que han suscrito el Acuerdo de Escazú, entre los cuales hay 12 que además lo ratificaron.

versa sobre la autoejecutabilidad, lo cual constituye el objeto del presente artículo.

2.2. Contenido del Acuerdo de Escazú

Junto con garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso ambientales en la región, el Acuerdo de Escazú cuenta como objetivo fundamental la “creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”⁶.

Bajo el objetivo de proteger y beneficiar el medio ambiente, los derechos humanos y la equidad entre los habitantes de la región, el Acuerdo de Escazú incorpora ciertos principios de amplio reconocimiento en materia de derecho ambiental, y en virtud de lo cual tampoco pretende definirlos⁷. En esa línea, lo que el convenio viene a hacer es consagrar el reconocimiento internacional que actualmente recae sobre algunos principios ambientales y sobre ciertos derechos humanos preexistentes en esa materia, sin ánimos de proceder a la creación de otros nuevos ni a una modificación de la jurisdicción que al respecto detentan órganos de esta naturaleza, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸.

Por otro lado, el Acuerdo de Escazú, al situarse en una época donde la crisis ambiental y climática constituye un problema mundial insoslayable y de urgente resolución, adquiere un carácter imprescindible. El abundamiento en el reconocimiento y protección de derechos humanos en materia ambiental, tanto adjetivos como sustantivos, junto con el enfoque entregado en el fortalecimiento de capacidades (art. 10) y en la cooperación (art. 11) se traduce en una relevante y útil herramienta con la que podrán contar los Estados Parte del convenio para decidir y generar políticas tendientes a enfrentar aquella crisis⁹.

6 Acuerdo de Escazú, artículo 1.

7 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2020), p. 2.

8 DURÁN y NALEGACH (2020), p. 6.

9 Ídem.

En lo que respecta a su contenido más emblemático, este convenio busca reforzar la tutela de los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales, otorgándoles una regulación más exhaustiva de lo que enuncia el Principio 10 de la Declaración de Río. De esta manera, el Acuerdo de Escazú dota de un contenido específico a cada uno de estos derechos, relativo tanto a aspectos procedimentales como sustantivos y que, a la luz de dicho principio, busca generar un compromiso democrático entre los gobiernos de los Estados Parte y sus respectivos ciudadanos, entendiendo como ese “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales”.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertas disposiciones que con más o menos especificidad se hacen cargo de la implementación del Acuerdo, y que aquí nos interesan por constituir el ámbito en el cual reside el problema de su autoejecutabilidad. Tales disposiciones son, a modo de ejemplo, el artículo 4.3, comprendido dentro de las disposiciones generales del convenio, y que establece que cada Estado Parte adoptará las medidas normativas internas necesarias para garantizar la implementación del acuerdo. Otra disposición de la misma índole se encuentra en el artículo 13, denominado “Implementación nacional”, el cual se refiere al compromiso que recae sobre los Estados Parte de facilitar los medios de implementación para aquellas actividades nacionales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio.

Al notar que ambos preceptos otorgan un marco de libertad de acción para los Estados Parte, destinado a la adopción de medidas o facilitación de medios tendientes a la implementación del acuerdo, no podemos sino pensar que, y como veremos más adelante, se trata de un tenor que en su esencia difiere de lo alegado por el Gobierno de Chile, y que, por tanto, podría tratarse de una normativa no autoejecutable.

2.3. Actitud del Gobierno de Chile ante la suscripción del Acuerdo de Escazú

La postergación y posterior abstención que Chile adoptó respecto a la suscripción del Acuerdo de Escazú, y que se dio a pesar de su rol de artífice y líder en el proceso de elaboración del mismo (encarnado en la copresidencia conjunta con Costa Rica) parece, al menos, llamativa. Este

apelativo cobra vigor a la luz de la legitimidad internacional de la que goza el convenio: cuanto más celebrados han sido los aportes que el acuerdo dispone en materia de derechos humanos y ambientales, tanto más cuestionable se torna la postura que hasta el día de hoy Chile mantiene. Además, las señales que con ella entrega son ambiguas, si nos atenemos al determinante papel que nuestro país desempeñó en los albores del texto y a la confianza internacional que gracias a dicho papel pudo granjearse.

Cuando el Gobierno de Chile aún no definía del todo su posición ante la suscripción del Acuerdo de Escazú, anunciando entonces su inicial decisión de postergarla (dos días antes de la apertura a firma), las reacciones de especialistas no se hicieron esperar. A la sazón, un grupo de 185 juristas y académicos expertos en derecho ambiental e internacional le solicitó inmediatamente al Gobierno, a través de una carta abierta, que suscribiera el convenio. Esta petición se fundamentaba sobre la base de los avances democráticos que la suscripción de un acuerdo como este conlleva. En esa línea, se indicó que la implementación de este convenio no implica “en principio, modificaciones legales y es consistente con el avance de nuestra regulación [...]”.

Más adelante, el día 4 de octubre de 2018, los Ministerios de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente del Estado de Chile emitieron un comunicado de prensa conjunto sobre la “decisión de efectuar un análisis más profundo” del convenio. Dicha postura, a juicio de ambas carteras, obedecía a dos grandes ejes que ya fueron enunciados en la introducción de este trabajo: por un lado, a la institucionalidad ambiental en Chile y a la forma en cómo ella se relaciona con el Acuerdo de Escazú; por el otro, al alcance y efecto de los mecanismos de resolución de controversias internacionales contemplados por el acuerdo, insinuando el problema (“implicancia interna”) que aquello acarrearía. Finalmente, el día 22 de septiembre de 2020 (mes en que se cerró el período de firma del convenio), los mismos ministerios emitieron un documento en que desarrollaban los motivos para que el Gobierno de Chile no suscribiera el Acuerdo de Escazú.

Los respectivos argumentos del Gobierno para justificar su decisión de no firmar el convenio se fueron repartiendo entre distintos puntos. El primero indica que aquel “introduce una serie de principios no definidos que condicionarán nuestra legislación ambiental”. El segundo señala que el acuerdo “implica cambios en nuestra legislación, dada su autoejecutabilidad, generando incertidumbre jurídica”. Sobre el desglose de este pun-

to, objeto central de este trabajo, volveremos enseguida. El tercero indica que el convenio “introduce obligaciones para el Estado ambiguas, amplias e indefinidas, que dificultan su cumplimiento”. El cuarto y último de los puntos señala que el acuerdo “expone a Chile a controversias internacionales por la aplicación directa de sus normas y el carácter ambiguo de las mismas”, lo cual a su vez se vincula con la supuesta naturaleza autoejecutable del convenio, por razones que veremos más adelante.

El segundo de estos planteamientos, el cual alega la incertidumbre jurídica derivada de los cambios introducidos por el Acuerdo de Escazú en virtud de su autoejecutabilidad, se traduce en los siguientes subpuntos¹⁰:

- 1) Inconsistencia de la definición legal de la garantía constitucional del Derecho a vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación (art. 1 del Acuerdo);
- 2) La autoejecutabilidad del Acuerdo y su carácter supra-legal, significarán cambios relevantes en las evaluaciones ambientales de proyectos, generándose por tanto incertidumbres, conflictos y judicializaciones relacionadas con la normativa a aplicar (art. 7.2 del Acuerdo);
- 3) Incerteza respecto de la inclusión de participación ciudadana en procesos de tomas de decisiones ambientales que no se refieran a proyectos o actividades, por efecto de la autoejecutabilidad (art. 7.3 del Acuerdo);
- 4) Legitimación amplia, directa y que incluye las omisiones, en el acceso a la justicia en asuntos ambientales (art. 8 del Acuerdo);
- 5) Facilidades en cuanto a la producción de la prueba del daño ambiental (art. 8.3 e) del Acuerdo), y
- 6) Promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales (art. 8.7).

Sin perjuicio de la enumeración anterior, advertimos que el presente trabajo no pretende ahondar en cada una de estas aristas, sino más bien atenerse al punto de origen del cual estas provienen, es decir, al carácter autoejecutable del Acuerdo de Escazú, esgrimido como argumento por el

10 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2020), pp. 3-8.

Gobierno para restarse de su firma. Bajo ese propósito buscaremos analizar el concepto de autoejecutabilidad, desde sus orígenes hasta la recepción que doctrinal y jurisprudencialmente ha tenido en nuestro país, a fin de dar ciertas luces acerca de la fundamentación que a este respecto ha utilizado el Gobierno de Chile.

3. TRATADOS INTERNACIONALES Y AUTOEJECUTABILIDAD

3.1. Orígenes del concepto de autoejecutabilidad

Antes de dar una respuesta acerca del carácter autoejecutable o no del Acuerdo de Escazú, es menester brindar un concepto de lo que para estos efectos significa la autoejecutabilidad, principiando por el contexto histórico del cual surge.

Se trata de una doctrina de origen estadounidense, nacida a partir del caso “Foster v. Neilson”, del año 1829. Aunque existen opiniones que lo ubican en el año 1796 a raíz del caso “Ware v. Hylton”¹¹, aquella representa la fecha de mayor consenso. En términos generales, lo que se discutía en esa causa decía relación con la fuerza obligatoria de los tratados en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de Norteamérica (en adelante EE. UU.). Su relevancia reside en el precedente que brindó en el campo del derecho internacional, en particular respecto a la materia central de este apartado. A la sazón, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que dentro de cada tratado internacional existiría una categoría de normas que requiere, a fin de ser incorporadas como derecho interno, de un acto legislativo posterior y necesario para su aplicación por parte del órgano judicial respectivo. Así, este tipo de normas se consideraron como “no autoejecutables”, por cuanto no eran directamente ni por sí solas aplicables en el ordenamiento jurídico interno.

Esta discusión surgió en EE. UU. debido a la segunda cláusula del artículo VI de su Constitución Política, la cual establece lo siguiente:

“Article VI. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the

11 LAMBETH (2015), p. 46.

Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding”¹².

El apartado es claro en su mandato: los tratados internacionales son ley. De ello se colige que deben ser, así como toda ley, aplicados. Es decir, la normativa debe ser eficaz, y la eficacia de las normas nos remite ineludiblemente a la actividad jurisdiccional, pues es este poder-deber del Estado el que vela por el cumplimiento de las leyes. Dicho de otra forma, la conclusión forzosa que aquí se desprende es que son los jueces los encargados de asegurar la aplicación de los tratados internacionales, tal como sucede con todas las leyes.

El problema respecto de esta cláusula se da a propósito de lo planteado en el caso “Foster v. Neilson”: existen tratados que, a pesar de lo dispuesto por esta cláusula, requieren de un acto posterior de la legislatura para que constituya una regla para los tribunales. Estos tratados consisten en aquellos que la doctrina llama “no autoejecutables”¹³.

3.2. Concepto de “autoejecutabilidad”

La autoejecutabilidad se refiere, en términos simples, a la forma de aplicación de los tratados internacionales en cada ordenamiento jurídico interno. Más específicamente, a la posibilidad de que esa aplicación sea más o menos directa. Esta cualidad, como veremos más adelante, se encuentra sujeta al cumplimiento de trámites normativos internos que alteran su alcance. Cabe señalar, entretanto, que la naturaleza autoejecutable o no de un tratado internacional radica en sus cláusulas, siendo perfectamente compatible la existencia de normas autoejecutables con otras que no lo son en un mismo tratado.

Sin perjuicio de lo anterior, existen divergencias respecto al criterio según el cual se podría afirmar que esas normas gozan o no de un carácter autoejecutable. En efecto, encontramos posturas en virtud de las cuales la

12 “Artículo VI. Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

13 LAMBETH (2015), pp. 48-49.

autoejecutabilidad puede derivar ya sea de la intención que los Estados Parte le dan al tratado que celebran, o bien del contenido propio de la norma según ciertas características específicas.

Así, la primera postura es atribuible a autores como NOGUEIRA, quien afirma que estamos ante una norma autoejecutable “cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma en su favor”¹⁴. Aquí, el criterio de determinación de la autoejecutabilidad reside en la voluntad de los Estados que celebran un convenio. Por otro lado, la segunda posición se halla en autores como BENADAVA, quien cree que para que las normas de un tratado tengan carácter autoejecutable se requiere “que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos que dichos tribunales conozcan”¹⁵. Aquí, en cambio, el criterio “descansa en el texto del tratado”¹⁶.

3.3. La autoejecutabilidad en Chile

Expuesto de forma sucinta este problema doctrinario, cabe preguntarse qué ocurre en el caso de Chile. La respuesta a que nos enfrentamos pareciera darle un cariz estéril a todo el ejercicio aclaratorio anterior: resulta que no existe en nuestra Constitución Política de la República un símil de la norma estadounidense, razón por la cual, y dada nuestra realidad constitucional, este problema, en teoría, ni siquiera debiese estar planteado en el debate nacional. Esta ha sido una conclusión a la que parte de la doctrina nacional ha arribado¹⁷. Cabe decir que, en general, nuestra Constitución suele complicar el entendimiento de los tratados internacionales, pues “no contempla, como sí lo hacen otras cartas fundamentales, una disposición expresa general relativa a la posición del derecho internacional público en el sistema de fuentes nacionales, ni una disposición expresa particular sobre la posición de los tratados internacionales, en dicho sistema”¹⁸.

14 NOGUEIRA (1997), p. 37.

15 BENADAVA (1992), p. 42.

16 FUENTES y PÉREZ (2018), p. 134.

17 LAMBETH (2015), p. 56; YÁÑEZ (2016), p. 250.

18 ALDUNATE (2010), p. 192.

Ahora bien, independiente de si es atinente o no la discusión, dada la realidad jurídica local, el debate ya está instalado en los tribunales. Así las cosas, nos enfrentamos a una segunda pregunta: ¿cómo se entiende esta doctrina en sede jurisdiccional? o, más específicamente, ¿qué criterios tienen en consideración los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar la autoejecutabilidad (o no) de un tratado internacional?

Existen divergencias respecto al momento en que esta doctrina empieza a hacer eco en los tribunales chilenos, surgiendo referencias incluso, en algunos casos, a sentencias de principios del siglo XX en que se discute la materia¹⁹. Sin embargo, todas esas posiciones sugieren que allí se hace mención a la autoejecutabilidad de una forma solapada, por lo que la doctrina es conteste en cuanto a la primera vez que se hizo referencia a la autoejecutabilidad de forma explícita: la sentencia Rol N° 309, del Tribunal Constitucional, pronunciada con fecha 4 de agosto del año 2000. En el considerando N° 48 a) de su fallo, el Tribunal Constitucional señalaba lo siguiente:

“Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener *dos tipos de cláusulas*, denominadas por la doctrina ‘self executing’ y ‘non self executing’.

Las primeras, son las que tienen 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.

Las segundas, son aquéllas 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 [...]”²⁰ [el énfasis es nuestro].

Con posterioridad, en la sentencia Rol N° 1504-2009, el Tribunal detalla los criterios a aplicar para la determinación de la autoejecutabilidad del tratado:

“DECIMONOVENO.- Que, como puede apreciarse, en la norma antes transcrita **no se otorgan nuevas atribuciones a los órganos jurisdiccionales del**

19 FUENTES Y PÉREZ (2018), p. 134; MONTT (2005), p. 33.

20 Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, sentencia de 4 de agosto de 2000, considerando 48° a).

Estado. Por el hecho de ratificarse la Convención, si así lo determina la Jefa de Estado, y entrar en vigencia en el ámbito internacional, dichos órganos **no van a adquirir automáticamente competencia** para conocer del delito de desaparición forzada de personas a que ella se refiere;

VIGÉSIMO.- Que lo anterior se desprende del tenor de dicho precepto, el cual, al señalar que cada Estado Parte **‘adoptará las medidas’** y **‘tomará [...] las medidas’** para **‘establecer su jurisdicción** en relación con el delito antes mencionado, está indicando que se trata de una **disposición no autoejecutable**. Esto, en atención a que impone a cada Estado Parte la **obligación previa** de hacer uso de su propia potestad pública para aprobar todas aquellas normas que sean necesarias para darle a la Convención efectiva vigencia en su derecho interno”²¹ [el destacado es del tribunal].

De este modo, podemos observar que el Tribunal Constitucional adscribe a la doctrina que enfoca su análisis en el texto del tratado, independiente de las motivaciones particulares de los Estados Parte. Es este, por lo tanto, el elemento que debemos tener en consideración a la hora de analizar la autoejecutabilidad del Acuerdo de Escazú.

El anterior constituye el criterio seguido por el Tribunal Constitucional al abordar esta característica de los tratados internacionales, incluidos los de tipo ambiental. Así, por ejemplo, al momento de determinar la no autoejecutabilidad del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales también conocido como “UPOV 91” y “Ley Monsanto”, se remitió a las sentencias mencionadas precedentemente²². Aún así, debemos precisar que hubo dos votos disidentes en este fallo que estuvieron por considerar que este tratado es autoejecutable:

“[...] las aludidas normas del Convenio UPOV 91 [...] son, a juicio de estos disidentes [...] directamente autoejecutables, por cuanto las disposiciones de la futura legislación interna que las recoja no podrán sino reproducir lo establecido en ellas, toda vez que constituyen enunciados preceptivos que se bastan a sí mismos, no necesitando de ulteriores desarrollos legales internos para resultar vinculantes para gobernantes y gobernados”²³.

21 Tribunal Constitucional, Rol N° 1504-2009, sentencia de 3 de noviembre de 2009, considerandos 19° y 20°.

22 Tribunal Constitucional, Rol N° 1988-2011, sentencia de 24 de junio de 2011, considerandos 13° a 16°.

23 Punto 4 del voto disidente letra B) de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes.

Como se observa, los ministros disidentes no explican cómo llegan a dicha conclusión. No realizan ningún examen lingüístico al tratado ni citan jurisprudencia alguna referente a la autoejecutabilidad, y, por tanto, sostienen dicha afirmación sin justificación alguna. Además, cabe mencionar que los demás votos disidentes de este fallo concuerdan en lo que respecta al análisis de la autoejecutabilidad, considerando que las normas del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales que son objeto del requerimiento de la sentencia en comento no tienen el carácter de autoejecutables²⁴.

Esto es concordante, a nuestro parecer, con las decisiones que han adoptado los tribunales superiores de justicia al momento de decidir sobre la aplicación directa de ciertos tratados internacionales ambientales. El caso más emblemático y analizado profusamente por la doctrina²⁵ es el de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (también denominada Convención de Washington)²⁶ que ha sido interpretado por la Corte Suprema como autoejecutable en numerosas ocasiones, al aplicarlo de forma directa²⁷.

Tiene completo sentido si nos atenemos a la doctrina del Tribunal Constitucional, pues es un tratado que excede las meras recomendaciones a los Estados. DURÁN ha señalado al respecto que es posible hablar de autoejecutabilidad en los casos en que se establezcan prohibiciones como es el caso de la convención en comento²⁸. Bastante claro resulta que una norma que indique “no se hará X cosa” es directamente aplicable a diferencia de otra que señale recomendaciones u objetivos a alcanzar. Con todo, cabe precisar que parte de la doctrina tiene una opinión contraria y considera

24 Voto disidente letra D) de los ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

25 FERNÁNDEZ (2013), *passim*; URRUTIA (2013), pp. 483-488; LILLO (2013), *passim*; FUENTES y PÉREZ (2018), pp. 141-144.

26 Decreto N° 531 del año 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

27 Roles N°s. 19824-1985, 6397-2008, 2262-2011, 10220-2011, 7423-2010, 7424-2010, 7425-2010, 7426-2010, 7427-2010, 7428-2010, 7429-2010, 7430-2010, 7431-2010, 7432-2010, 7433-2010, 7430-2010.

28 Sesión de la Comisión de Medio Ambiente del Senado, con fecha 28 de septiembre de 2020. Disponible en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=TQWECuAEEDA&ab_channel=TVSENADOCHILE>.

que el fallo de la Corte está errado, pues el tratado no debiese ser considerado como autoejecutable²⁹.

En general, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos ha sido reticente a la aplicación directa de tratados internacionales ambientales. Como bien concluye URRUTIA, “la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales no muestra, salvo casos específicos, mayor desarrollo en la implementación de las obligaciones internacionales ambientales asumidas por Chile”³⁰. Si bien existe el caso analizado por el autor en que se aplicó el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres de forma directa³¹, es este el motivo por el cual señala que hay casos específicos en que las cortes han decidido fallar de forma distinta. Efectivamente, en este caso se aplica una norma de dicho tratado que, por su redacción, claramente no debiese ser considerada autoejecutable:

“Artículo III. Las Altas Partes Contratantes se esforzarán [...] en adoptar medidas apropiadas [...]”.

A pesar de lo anterior, se observa que el razonamiento de la Corte ha sido el de considerar como no autoejecutable un tratado internacional ambiental de redacción similar a la anterior, como lo es el Convenio sobre la Diversidad Biológica en el caso “Proyecto Cascada Chile”, analizado por URRUTIA, quien afirma, a partir de la lectura del fallo, que:

“[...] se reconoce que existen algunos tratados que contienen obligaciones que imponen deberes a los Estados Partes que a su vez deberán ser implementadas por actos legislativos o administrativos posteriores, y en donde el rol del juez no puede, en principio –por aplicación de las normas del ordenamiento constitucional chileno–, suplirla”³².

En definitiva, existen excepciones que no escapan de su propia condición, y que, por tanto, no alcanzan a representar una tendencia. Acá, la excepción confirma la regla: los tratados internacionales ambientales que no contienen prohibiciones no son considerados como autoejecutables por los tribunales superiores de justicia. Esto pareciera explicar que al momen-

29 FUENTES y PÉREZ (2018), pp. 140-144; FERNÁNDEZ (2013), *passim*.

30 URRUTIA (2013), p. 505.

31 URRUTIA (2013), p. 482.

32 URRUTIA (2013), p. 480.

to de justificar decisiones en controversias ambientales mediante el uso de instrumentos internacionales, se recurra a otro tipo de tratados. Principalmente en el caso de tratados internacionales de derechos humanos, como lo evidencia el reciente fallo de la Corte Suprema, en causa Rol N° 131140-2020³³⁻³⁴.

Asimismo, la Contraloría General de la República ha hecho eco de lo postulado por el Tribunal Constitucional, haciendo referencia expresa a sus sentencias (particularmente a la sentencia Rol N° 309 ya mencionada) en tanto premisas para pronunciarse sobre la autoejecutabilidad de un tratado de libre comercio³⁵. También se ha pronunciado respecto de tratados internacionales de carácter ambiental suscritos por Chile y su posible autoejecutabilidad. A modo de ejemplo, citamos el siguiente dictamen:

“A su vez, es necesario advertir que la suscripción de la ‘Convención Relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas’ (Convención de Ramsar) y del ‘Convenio Sobre la Diversidad Biológica’ –mencionadas por el ocurrente–, promulgadas respectivamente mediante los decretos N° 771, de 1981, y N° 1.963, de 1994, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores, no compromete al Estado de Chile a someter determinadas áreas a la protección oficial de que se trata, puesto que ambos instrumentos establecen que la salvaguarda de las zonas o áreas o poblaciones a que se refieren, debe provenir de la normativa nacional”³⁶.

Es claro que, en este caso, la Contraloría General de la República se refiere al carácter “no autoejecutable” de los dos tratados internacionales ambientales mencionados. Esta enunciación del dictamen, aunque no lo indique expresamente, sigue los lineamientos establecidos por las sentencias del Tribunal Constitucional ya citadas, pues atienden al texto de los convenios. En efecto, de la sola lectura de tales tratados se desprende que

33 CORTE SUPREMA. Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca (2021): 23 de marzo de 2021 (apelación a fallo de recurso de protección), Rol N°131.140-2020 (2021).

34 Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, Convención sobre Derechos del Niño y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, considerando 11° y 14°.

35 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 61.817, del año 2006.

36 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 13.432, del año 2008.

estos no tienen un carácter autoejecutable, pues sus artículos principian por frases del siguiente tenor: “Cada Parte Contratante designará [...]”³⁷; “Cada Parte contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares: a) elaborará [...]”³⁸. Es decir, el texto no contiene prohibiciones, y más bien encarga la tarea de cumplimiento del tratado a cada Estado Parte; son estos, por tanto, quienes deben “elaborar” o “designar” las metas contempladas, y no el convenio según lo que disponga.

Cabe resaltar que en el dictamen se hace referencia a la Convención sobre la Diversidad Biológica y que el ente fiscalizador arriba a la misma conclusión que los tribunales superiores de justicia que se refieren a este instrumento internacional, lo cual nos puede dar luces para el análisis del Acuerdo de Escazú al tener una redacción similar en cuanto a sus verbos rectores³⁹.

En suma, el criterio de precisión del lenguaje establecido a propósito de la consulta indígena desde el año 2000 está asentado tanto a nivel administrativo como judicial (o al menos a nivel de órganos superiores, como se vio), y es en base a este que debe ser analizado no solo el Acuerdo de Escazú, sino que cualquier tratado internacional y sus eventuales efectos en Chile.

Por último, hay que tener en consideración que el Convenio N° 169 de la OIT, en torno al cual se planteó la discusión doctrinaria, debió ser objeto de regulación posterior mediante un reglamento⁴⁰. A pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, podría afirmarse que este no gozó de un correlato práctico. En efecto, no sería necesaria la dictación de un reglamento que regule el contenido de un tratado internacional autoejecutable, pues un tratado de esta naturaleza, por definición, no requiere de acto legislativo posterior alguno.

37 Artículo 2.1 de la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas. Decreto N° 771, del año 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

38 Artículo 6 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decreto N° 1.963, del año 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

39 Términos como “adoptará”, “facilitará”, entre otros, se reiteran a lo largo del Acuerdo de Escazú, incluidos algunos de los artículos cuya autoejecutabilidad acusa el gobierno. Así también con frases como “de conformidad con la legislación nacional”.

40 Decreto N° 66, del año 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

4. ¿ES AUTOEJECUTABLE EL ACUERDO DE ESCAZÚ? LOS SEIS APARTADOS SOBRE LOS QUE RECAE ESTA DISCUSIÓN

En general, la doctrina nacional⁴¹ e internacional⁴² ha planteado que el Acuerdo de Escazú no es autoejecutable, ya sea directamente como de forma tácita, al decir que el cumplimiento del acuerdo requiere de voluntad política de los gobiernos de los Estados Parte. Esto cobra sentido a la luz de lo que se plantea en general respecto de los tratados internacionales en materia ambiental⁴³.

Si bien el Ejecutivo ha sugerido que el Acuerdo de Escazú es autoejecutable, esto ha sido planteado respecto de seis apartados específicos: artículos 1; 7 N° 2; 7 N° 3; 8 N° 2; 8 N° 3 e), y 8 N° 7. De este modo, nos resulta forzoso concluir que existe un consenso general en que el resto del articulado no es autoejecutable, por lo que nos centraremos en analizar exclusivamente los artículos mencionados sobre los cuales hay discrepancia.

4.1. Artículo 1

Lo que específicamente genera controversia de este artículo es el siguiente apartado:

“[...] protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano [...]”.

Este entraría en conflicto con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política la República que asegura a toda persona el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues la definición del Acuerdo de Escazú sería más amplia.

Si bien esta afirmación es correcta, en cuanto a que una definición es más amplia que otra, el problema es que da por sentado algo que debiese ser demostrado: el artículo 1 es autoejecutable y, por tanto, derogaría tá-

41 DURÁN y NALEGACH (2020), pp. 21-23; NALEGACH (2020), p. 188. Ver las opiniones de las profesoras Valentina Durán y Paulina Astroza. Disponible en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=TQWECuAEEDA&ab_channel=TVSENADOCHILE>.

42 MUÑOZ (2020), p. 229.

43 BORRÀS (2007), p. 222.

citamente el artículo 19 N° 8 de nuestra Carta Fundamental al entablar un derecho más amplio.

Lo más llamativo respecto del tratamiento dado a este apartado es que tratan como premisa una posición minoritaria e innovadora, pues, como vimos, tanto la doctrina nacional como internacional postulan que los tratados internacionales medioambientales y, específicamente, el Acuerdo de Escazú, no serían autoejecutables. Aun así, haremos un esfuerzo en las líneas que siguen para demostrar la veracidad de esta posición mayoritaria, a pesar de que, insistimos, no se ha utilizado argumento alguno para rebatirla.

El problema de comprensión en este caso puede derivar de una lectura parcial del artículo y no entender la frase que genera un problema dentro del precepto en el cual está incorporado. El artículo 1 del Acuerdo de Escazú se refiere al objetivo del tratado. Esto claro está, pues el mismo precepto se titula como “objetivo”, por lo que mal podría considerarse como un apartado que incorpora una nueva definición en los ordenamientos jurídicos nacionales. Es el artículo que permite entender todo el cuerpo del tratado, pues los tratados internacionales deben interpretarse según su objeto y fin, según lo indica el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴. Si hubiera sido el propósito incorporar una nueva definición, habría sido escrito en el artículo 2 del Acuerdo, titulado “definiciones”.

Como vimos en el apartado anterior, la tesis seguida por nuestra jurisprudencia para la determinación de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales es que el lenguaje contenido en ellos debe tener una precisión tal que permita su aplicación inmediata. Así las cosas, una escritura que permitiera llegar a la conclusión a la que llegó el Gobierno de Chile podría ser una que comiencen con frases del tipo “se entenderá por” o “el siguiente derecho consiste en”.

4.2. Artículo 7 N° 2

A diferencia del caso anterior, aquí se intenta hacer un esfuerzo por demostrar la autoejecutabilidad de la norma. Se dice que:

44 Según lo establecido por el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

“Esta autoejecutabilidad de la norma, como hemos señalado, dado su carácter vinculante y supralegal, podrían llevar a que los tribunales de justicia hagan prevalecer el Acuerdo por sobre la legislación doméstica [...]”⁴⁵.

Hay un intento vago y confuso por establecer la autoejecutabilidad de la norma, pero un intento al fin y al cabo.

El problema en este caso estriba en una confusión conceptual. Si bien el Acuerdo de Escazú es vinculante, de ello no se colige que sea autoejecutable. Efectivamente, este tratado no es, a diferencia de la Declaración de Río, una mera declaración de principios. No pertenece a la familia del denominado “soft law”, pues genera derechos y obligaciones para los Estados Parte. Aun así, el cumplimiento de un tratado vinculante puede llevarse a cabo mediante la actividad legislativa.

4.3. Artículo 7 N° 3

“[...] el artículo 7.3 utiliza un verbo rector diferente al artículo señalado en el acápite anterior, sin embargo y dada la indefinición de los principios y la interpretación armónica del Acuerdo, es altamente probable que esta norma [artículo 7.3] del Acuerdo adquiera un carácter autoejecutable”⁴⁶.

El problema con esta posición salta a la vista y parece desconocer la tesis planteada por el Tribunal Constitucional para considerar la autoejecutabilidad ya que, si los principios presentan indefinición, mal podrían ser autoejecutables al no contar con una precisión lingüística adecuada. Además, si bien los tratados deben ser interpretados de forma armónica, la jurisprudencia también ha dicho que un mismo tratado puede presentar tanto normas autoejecutables como otras que no lo son, por lo que, del hecho de que el Acuerdo de Escazú presente –supuestamente– normas autoejecutables, no se puede concluir que otras normas también lo sean aunque presenten una redacción más vaga.

Lo anterior ha sido declarado de forma explícita por la mencionada magistratura, señalando que “[p]ueden existir tratados que sólo contengan

45 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2020), p. 4.

46 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2020), p. 5.

cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras [...]”⁴⁷. Este razonamiento fue reproducido por el mismo Tribunal para ser utilizado al momento de analizar la autoejecutabilidad de normas específicas del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales⁴⁸.

Acá existe derechamente un desconocimiento sobre el tratamiento del tema, situado en el órgano que introdujo esta teoría en nuestra realidad jurídica nacional. Además, la doctrina que analiza esta característica de los tratados internacionales suele hacer mención a esta posibilidad de forma implícita. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ sostiene al analizar las normas de la Convención de Washington que “se puede concluir que se trata de normas en su mayoría, no autoejecutables [...]”⁴⁹. Al hablar de “mayoría” y no del “todo” permite entrever la posibilidad en cuestión.

También hace lo mismo IRIGOIN respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“La naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana, [...] hace indispensable que la mayor parte de sus disposiciones tengan el carácter de autoejecutables. Hay que tener presente que en ciertos y determinados casos la norma convencional requiere de una acción legislativa complementaria de parte del Estado, ya sea por la naturaleza de la norma o porque el propio texto del tratado lo exige. En esta situación se encuentran los artículos N° 13.5 [...]; N° 19 [...], y N° 26 [...] de la Convención. Las demás disposiciones de la Convención Americana son directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos internos”⁵⁰.

En este caso es más explícito, pues no solo habla de mayorías, sino que procede a señalar el articulado específico que no sería autoejecutable, demostrando que este tratado internacional tiene disposiciones en ambos sentidos.

47 Tribunal Constitucional Rol N° 309-00, 7 de julio de 2000, considerando 48 a).

48 Tribunal Constitucional Rol N° 1988-11, 20 de mayo de 2011, considerando 13, y voto disidente letra D) punto N°8 de los ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

49 FERNÁNDEZ (2013), p. 186.

50 IRIGOIN (1996), pp. 299-300.

4.4. Artículo 8 N°s. 2, 3 letra e) y 7

Hemos decidido tratar estos tres apartados de forma conjunta al coincidir en el mismo problema argumentativo.

Señala el documento, al referirse al numeral 2º, lo siguiente:

“Sin perjuicio de que los artículos mencionan ‘en el marco de su legislación nacional’ y ‘de conformidad a la legislación nacional’, tal como están redactados y de conformidad con una interpretación amplia basada en los principios, definiciones y disposiciones generales del Acuerdo, y dado el carácter supra-legal del mismo, se podría dar una discusión sobre su autoejecutabilidad en sede judicial, lo cual podría alterar nuestra legislación [...]”⁵¹.

En este caso hay una contradicción insalvable. Se menciona que el artículo claramente no es autoejecutable, pero que de todas formas puede darse esa discusión en tribunales.

La jurisprudencia, insistimos, ya ha sido bastante clara al tratar el tema. Aquí se está apostando de forma implícita a un posible giro jurisprudencial, pero no se perciben señales de ningún tipo que apunten en esa dirección. Es una apuesta ciega y es una opinión según la cual no se podría firmar ningún tratado internacional ni se podría legislar sobre materia alguna, ya que siempre existiría la posibilidad de una discusión posterior en sede judicial que interprete las disposiciones legales en un sentido contrario al previsto.

Más adelante, al referirse a los numerales 3º letra e) y 7º, tampoco se explican los motivos por los cuales pudieran ser autoejecutables y solo se da por supuesto.

En el caso del N° 3 e), provocaría problemas por cuanto regula la producción de la prueba de una forma distinta a como lo hacen nuestras leyes ambientales, modificando así el sistema probatorio interno. Del mismo modo que el apartado anterior, el lenguaje de este artículo imposibilita considerarlo como autoejecutable, pues señala “cada Parte, *considerando sus circunstancias*, contará con [...]”⁵².

51 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2020), p. 6.

52 Artículo 8 N° 3 del Acuerdo de Escazú [el énfasis es nuestro].

5. CONCLUSIONES

El valor e importancia con que cuenta el Acuerdo de Escazú es innegable. Los múltiples hitos a nivel de derecho internacional y ambiental que encarna, junto con la innovadora y democrática normativa que establece en materia de derechos humanos ambientales, representan algunos de los aspectos que contribuyen a las críticas que ha generado entre nosotros la decisión del Gobierno chileno de no suscribir el convenio. El documento que este emitió a través de los Ministerios de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente, explicando tal decisión, no ha servido del todo para apaciguar las reacciones en su contra. En lo que respecta a este trabajo, nosotros nos ceñimos al planteamiento relativo al supuesto carácter autoejecutable del convenio, aducido como uno de los varios inconvenientes derivados de su eventual suscripción.

Luego de analizar esta figura, tanto desde sus orígenes y conceptualización como desde su tratamiento por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, hemos notado algunas grietas en el mencionado planteamiento del Gobierno. En general, las razones esgrimidas para demostrar la autoejecutabilidad de ciertas disposiciones del Acuerdo de Escazú son bastante vagas, confusas y fuera de toda lógica en algunos casos. Asimismo, percibimos una nula comprensión respecto al tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a la discusión y, en otros casos, notamos derechamente una ausencia de explicaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, queríamos decir que nuestra intención con el presente trabajo no ha sido la de agotar la discusión que se ha llevado acerca de la autoejecutabilidad en Chile, sino más bien la de contribuir a dicho debate, y en particular a lo que se ha dicho sobre esta figura en atención al Acuerdo de Escazú. Así, esperamos que esta presentación sirva como insumo para promover las discusiones futuras a este respecto.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALDUNATE, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2.

- BENADAVA, Santiago (1992): “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en LEÓN, Avelino (coord.), *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- BORRÀS, Susana (2007): “Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente”. Disponible en línea: <<https://www.tdx.cat/handle/10803/8765>>.
- CEPAL (2018): Acta Final del Informe de la Novena Reunión del Comité de Negociación 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.
- DURÁN, Valentina y NALEGACH, Constance (2020): “¿Por qué Chile debe adherir al Acuerdo de Escazú? Análisis jurídico de los argumentos esgrimidos por el Gobierno de Chile para la no suscripción 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”. Disponible en línea: <<http://www.derecho.uchile.cl/centro-de-derecho-ambiental/publicaciones/perspectivasca.html>>.
- FERNÁNDEZ, Natalia (2013): “Actividades mineras en parques nacionales”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 4. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/30257>>.
- FUENTES, Ximena y PÉREZ, Diego (2018): “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, N° 2.
- IRIGOIN, Jeannette (1996): “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, tomo I: *Aplicación del derecho internacional en Chile: doctrina*, vol. 23, N° 2/3. Disponible en línea: <<https://www.jstor.org/stable/41609391>>.
- LAMBETH, George (2015): “Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales”, en *Revista de Derecho* (Escuela de Postgrado, Universidad de Chile) N° 7.
- LILLO, Diego (2013): “Las aguas de las áreas protegidas: comentario a un fallo de la Corte Suprema”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 5. Dis-

ponible en línea: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art_05_12.pdf>.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2020): “Planteamientos del Gobierno de Chile respecto al Acuerdo de Escazú”. Disponible en línea: <<https://www.paiscircular.cl/wp-content/uploads/2020/09/53.-Ministerio-de-Relaciones-Exteriores-Acuerdo-de-Escaz%C3%BA.pdf>>.

MONTT, Santiago (2005): “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 1.

MUÑOZ, Lina (2020): “Enfoques para el abordaje de la conflictividad ambiental en América Latina: la propuesta del Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental”, en RESTREPO, Manuel (ed.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario).

NALEGACH, Constance (2019): “Estado de las negociaciones de los derechos de acceso en América Latina y el Caribe”, en MORAGA, Pilar (ed.), “La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional” (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2020): “Visión de Latinoamérica y el Caribe sobre democracia ambiental”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (Santa Fe: Ediciones UNL).

NOGUEIRA, Humberto (1997): “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, N° 2.

URRUTIA, Osvaldo (2013): “Jurisprudencia nacional, nuevos tribunales ambientales y derecho internacional del medio ambiente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 40.

YÁÑEZ, Manuel (2016): “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”, en *Revista Derecho del Estado* N° 37.

NORMATIVA CITADA

- 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 (2018). Disponible en línea: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf>.
- Constitución Política de Chile (1980). Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/formacioncivica/constitucion.html>>.
- Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas. Decreto N° 771, del año 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decreto N° 1.963, del año 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Disponible en línea: <<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>>.
- Decreto N° 66, del año 2014, del Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1059961>>.
- United States Constitution (Article VI). Disponible en línea: <<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Contraloría General de la República (2006): 26 de diciembre de 2006, Dictamen N° 061817N06.
- Contraloría General de la República (2008): 27 de marzo de 2008, Dictamen N° 013432N08.
- Corte Suprema. Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca (2021): 23 de marzo de 2021 (apelación a fallo de recurso de protección), Rol N° 131140-2020.
- Tribunal Constitucional. Requerimiento presentado por un grupo de diputados respecto de la inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. (2000): 4 de agosto de 2000 (requerimiento de constitucionalidad), Rol N° 309-2000.

- Tribunal Constitucional. Requerimiento de constitucionalidad de 31 diputados en contra de las actuaciones de la mesa de la Cámara de Diputados, durante la tramitación del mensaje de la presidenta de la República, que contiene el Proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericano sobre Desaparición Forzada de Personas. (2009): 3 de noviembre de 2009 (requerimiento de constitucionalidad), Rol N° 1504-2009.
- Tribunal Constitucional. Requerimiento presentado por 17 senadores respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91). Boletín N° 6426-10. (2011): 24 de junio de 2011 (requerimiento de constitucionalidad), Rol N° 1988-2011.

ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y SUS DIFERENCIAS CON CHILE

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN THE ESCAZU AGREEMENT AND THEIR DIFFERENCES WITH CHILE

Alejandra Silva Meneses

Abogada. Máster (LL.M.) en Derecho Internacional,
Inversiones, Comercio y Arbitraje por la
Universität Heidelberg, Alemania - Universidad de Chile
Diplomada en Derecho Ambiental por la Universidad de Chile
Profesora de Derecho Internacional en el Instituto de
Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua
alejandrasilvameneses@gmail.com

RESUMEN: El derecho de acceso a la información es la base de la democracia, y a su vez, la manera de asegurar el ejercicio efectivo de otros derechos, como los derechos de acceso y los derechos humanos. Por esa razón, es relevante determinar cautelosamente los estándares que deben ser cumplidos para restringir este derecho. La transparencia no puede ser absoluta, por cuanto se pondrían en peligro otros bienes jurídicos que deben protegerse. Sin embargo, la reserva tampoco puede ser abusiva, porque se perdería la efectividad de ciertas herramientas que mantienen la democracia.

Entonces, para prevenir potenciales amenazas al derecho de acceso a la información, el Acuerdo de Escazú incorporó estándares mínimos para que los Estados mantengan en sus legislaciones delimitaciones justificadas a este derecho de acceso. Estos estándares mínimos son una base y no un techo, en que el derecho de acceso a la información es la regla general, y el secreto la excepción.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Escazú, acceso a la información ambiental, transparencia pasiva, excepciones.

ABSTRACT: The right of access to information is both the underpinning of democracy and the manner to ensure the effective exercise of other rights, such as access rights and human rights. For that reason, it is relevant to

carefully determine the standards that must be met to restrict this right. Transparency cannot be absolute since it would imperil other legal rights that must be safeguarded. Nevertheless, withholding information cannot be abused either because certain mechanisms that keep democracy in place would lose effectiveness.

Therefore, to prevent potential risks to the right of access to information, the Escazu Agreement included minimum standards for States to keep justified restrictions to this access right in their domestic legal orders. These minimum standards are the ground and not a ceiling, in which the right of access to information is the rule, and secrecy is the exception.

KEYWORDS: Escazu Agreement, access to environmental information, passive transparency, exceptions.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Importancia del derecho de acceso a la información ambiental

La democracia está basada en la posibilidad de estar informados, porque solo de esta manera como ciudadanos podemos evaluar el desempeño de quienes nos gobiernan. En este sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas señaló:

“En razón del papel social y político que desempeña la información en la sociedad contemporánea, el derecho de toda persona a recibir informaciones e ideas debe gozar de especial protección. Este derecho no es simplemente la otra cara del derecho a difundir información sino que es, por derecho propio, una libertad. El derecho a buscar o a tener acceso a la información es uno de los elementos fundamentales de la libertad de palabra y de expresión. La libertad no producirá ningún efecto si el pueblo no tiene acceso a la información. Este acceso es fundamental para una vida democrática. En consecuencia, se debe luchar decididamente contra la tendencia a ocultar la información del público en general”¹.

El reconocimiento del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas destaca la relevancia del derecho de acceso a la información en diferentes niveles: como cimiento de la democracia, como derecho en sí

1 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1994), párr. 35.

mismo y como un derecho procedimental para el ejercicio efectivo de otros derechos². En relación al último, el Acuerdo de Escazú³ enfatiza la importancia del derecho de acceso a la información como una vía para asegurar el ejercicio de otros derechos, entre los cuales se encuentran los de acceso –que incluyen el mencionado derecho de acceso a la información, la participación pública y la justicia ambiental–. Este instrumento señala en su artículo 4(4):

“Con el propósito de contribuir a la aplicación efectiva del presente Acuerdo, cada Parte proporcionará al público información para facilitar la adquisición de conocimiento respecto de los derechos de acceso”.

La relevancia de esta obligación recae en que el derecho de acceso a la información, los demás derechos de acceso y los derechos humanos funcionan como una cascada habilitante para asegurar su ejercicio útil. En primer término, el acceso a la información es la base de los otros derechos de acceso, por cuanto permite su ejercicio efectivo. En palabras del profesor BERMÚDEZ en un contexto de referencia al Principio 10 de la Declaración de Río⁴, que a pesar de ser *soft law*, es considerado un primer antecedente internacional influyente en esta materia, señalando que su finalidad recae en “que los ciudadanos puedan acceder a la información ambiental, para luego y de manera informada, ejerzan su derecho de participación, sea por la vía de intervenir en el procedimiento administrativo destinado a la toma de decisiones ambientales, sea por la vía del ejercicio de acciones destinadas a la revisión judicial de las mismas [...] los tres pilares [derecho de acceso a la información, derecho a participar en la toma de decisiones ambientales y el derecho al acceso a la justicia ambiental] operan conjunta-

2 McDONAGH (2013), pp. 26 y 29.

3 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 (2018).

4 Declaración de Río de 1992, 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”.

mente, y por tanto, la existencia de cualquiera de ellos incide en la eficacia del conjunto”⁵. Dicho de otra manera, un ciudadano que ejerce su derecho a participar en las tomas de decisiones en materias ambientales o que decide acceder a la justicia ambiental, pero no cuenta con la información relevante y pertinente para ello, ejercerá defectuosamente sus derechos de acceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros con Chile” consideró esta función procedimental del derecho de acceso a la información en la promoción de la participación pública y destacó que la reserva de información comprende una violación al derecho de la libertad de expresión protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica). Particularmente, señaló que la información pública habilita una participación adecuada por cuanto:

“El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”⁶.

En segundo término, los derechos de acceso sirven como mecanismos para el ejercicio efectivo de derechos humanos –como el derecho a la vida, a la salud, entre otros–, que serán protegidos infructuosamente por ejercer de manera deficiente el derecho de participación pública o de acceso a la justicia, al no tener la información ambiental necesaria para ello.

Es por lo anterior, que el mejorar la disponibilidad de información relativa al estado del medio ambiente y aquellas actividades que puedan implicar impactos adversos o representar amenazas al medio ambiente es un objetivo bien establecido en la protección ambiental. El fortalecer el acceso a la información ambiental favorece una toma de decisiones racional, disminuye las asimetrías en la información, proporciona transparencia en la evaluación de externalidades negativas que puedan producir ciertos proyectos o actividades, y contribuye a un mejor manejo de los bienes comunes. Además, ayuda a evitar conflictos socioambientales costosos y percepciones de injusticia social que debilita la credibilidad política. Debido

5 BERMÚDEZ (2010), pp. 575-577. *Vid.* MORAGA (2012), p. 296.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 86.

a su importancia, resulta lógico que el derecho de acceso a la información haya sido el que mayor profundidad otorgó el Acuerdo de Escazú⁷ dentro de los derechos de acceso.

Sin embargo, resulta común encontrar en los ordenamientos jurídicos internos ciertas excepciones que limitan el acceso a la información con el fin de resguardar otros derechos, tanto a nivel individual –como lo sería el derecho a la privacidad–, como a nivel de sociedad –por ejemplo, la seguridad nacional o el estado de derecho–. En este sentido, la preocupación sobre un interés fundamental no siempre implicará la necesidad de divulgar la información, ya que existen algunas circunstancias en las cuales estos intereses estarán protegidos de mejor manera a través de la reserva de información, y, como consecuencia de ello, el derecho de acceso a la información nunca será absoluto. No obstante, la misión de establecer los límites para restringir la transparencia no es sustancialmente distinta a la de disminuir aquellos límites para ampliarla: en ambos casos será necesario recurrir a los intereses fundamentales⁸ para determinar las barreras razonables a este derecho.

En este sentido, el Acuerdo de Escazú originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), y que se encuentra basado en el mencionado artículo 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992⁹, es un instrumento internacional dedicado especialmente a establecer estándares mínimos sobre el derecho de acceso a la información, siendo un referente importante para determinar el alcance de la protección necesaria a este derecho de acceso. Si bien el Acuerdo de Escazú¹⁰ sigue una filosofía de diafanidad, también contempla la existencia de otros derechos igualmente importantes o intereses contrapuestos que deben ser resguardados. Entonces, el acuerdo incorpora la posibilidad de que información requerida sea denegada debido a que se encuentra protegida conforme a un régimen de excepciones, sin embargo, incluye ciertos aspectos que los Estados deben tener en consideración a la hora es estable-

7 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 (2018).

8 ROBERTS (2011), p. 265.

9 KNOX y TORRES (2020), p. 121.

10 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 (2018).

cer estas causales de secreto con el fin de evitar amenazas injustificadas al acceso a la información.

Así las cosas, el objeto del presente trabajo es poner de manifiesto la importancia que tiene el acceso a la información ambiental como condición necesaria para alcanzar el ejercicio efectivo de otros derechos, y dada su relevancia, resaltar algunas de las diferencias que se encuentran en el ordenamiento jurídico chileno en comparación con los estándares mínimos que impone el Acuerdo de Escazú¹¹, que si bien se trata de un instrumento internacional vinculante que lamentablemente no ha sido firmado por nuestro país, representa un referente pionero en la región sobre la materia objeto del presente trabajo. Asimismo, se realiza un análisis de las principales disposiciones incorporadas en dicho Acuerdo y su paralelo en nuestro país, con especial atención a la Constitución Política de la República, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (Ley de Transparencia) de 2008, particularmente las causales del régimen de excepciones, y las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. El trabajo concluye con una reflexión sobre las diferencias identificadas y los problemas que el mal uso de las causales de excepción puede acarrear al derecho de acceso a la información ambiental.

1.2. Principios del derecho de acceso a la información: transparencia, responsabilidad y máxima publicidad

El derecho de acceso a la información se rige por los principios de transparencia, responsabilidad y máxima publicidad (o máxima divulgación como algunos autores le llaman) que sirven de guías para dotarlo de su contenido, además de servir como herramientas interpretativas que impiden restricciones injustificadas a este derecho. En relación con el principio de transparencia, no hay un consenso sobre cómo debería ser definido, por cuanto la transparencia es un término que se utiliza comúnmente en áreas muy diversas¹², lo que impide una noción general de ella. Ahora bien, para efectos de este trabajo, consideraré la definición de transparencia entregada por la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para

11 Ídem.

12 FLORINI (2007), p. 5.

Asia y el Pacífico (CESPAP), por cuanto es una de las pocas definiciones enfocada casi exclusivamente en la información, la cual señala que transparencia significa que la información está libremente disponible y directamente accesible para aquellos que serán afectados por tales decisiones y su aplicación. También significa que información suficiente sea proporcionada y que tiene que serlo en formas fácilmente entendibles y virtuales¹³.

En este sentido, el ordenamiento jurídico chileno ha incorporado el principio de transparencia en el artículo 5º de la Ley de Transparencia¹⁴ en los siguientes términos:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

La relevancia de este principio recae en que contribuye a superar lo que se ha conceptualizado como “problemas de agencia”, que se relacionan con las circunstancias de gobernanza, en que los ciudadanos delegan responsabilidad al gobierno y autoridades competentes para decidir por ellos. Con todo, los problemas surgen porque los ciudadanos no pueden supervisar completamente las acciones adoptadas por los segundos, que por diversos motivos pueden ser contrarias a los intereses de la ciudadanía, y que, en virtud de ello, pudieran tener fuertes motivos para mantener al público en la ignorancia¹⁵. Entonces, para evitar los abusos de gobernanza el principio de responsabilidad cobra relevancia, que más adelante será abordado.

Por otro lado, es pertinente señalar, que el principio de transparencia abarca dos dimensiones: activa y pasiva. La primera se enfoca en la idea de que la comunicación fluya sin ser requerida y que la autoridad com-

13 COMISIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASIA Y EL PACÍFICO (2007), p. 3.

14 Ley N° 20.285 de 2008.

15 FLORINI (2007), pp. 6-7.

petente informe al público proactivamente, por medio de la generación y difusión de información. La segunda se enfoca en proporcionar la información cuando sea requerida, que es la que envuelve el derecho de acceso a la información¹⁶, y respecto de la cual el presente trabajo se centrará. Dicho principio, y su doble dimensión, fue expresamente incorporado en los artículos 3, 5 y 6 del Acuerdo de Escazú¹⁷.

Por su parte, el derecho de acceso a la información tiene sustento en variadas fuentes normativas dentro del ordenamiento jurídico chileno. En primer término, si bien este derecho no cuenta con una consagración constitucional expresa, se trata de una garantía constitucional implícitamente reconocida en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En este sentido, la Corte Suprema se ha referido a ella señalando que:

“[...] la Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N° 12), el que se encuentra reconocido en ella –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas”¹⁸.

Asimismo, el acceso a la información se trata de “un derecho fundamental incorporado al ordenamiento jurídico, a través del bloque constitucional de derechos”¹⁹. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por el DS N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, señala en el artículo 19 N° 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 índole,

16 LEME (2020), pp. 189-190.

17 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 (2018).

18 Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A”, considerando 7.

19 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 21. *Vid.* Corte Suprema, Rol N° 24564-2018, 31 diciembre 2018, “Consejo para la Transparencia con Timmermann”; Corte Suprema, Rol N° 24561-2018, 31 diciembre 2018, “Servicio de Impuestos Internos con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Similarmente, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica²⁰, aprobado por el DS N° 873 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, reconoce este derecho de acceso como parte integrante del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que:

“[...] dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”²¹.

Entonces, por aplicación del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política y el reenvío que se produce del ordenamiento interno al mencionado instrumento internacional, se debe entender incorporado el derecho de acceso a la información a nuestro ordenamiento jurídico doméstico.

Siguiendo las bases constitucionales de este derecho de acceso, por medio de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el artículo 8° de la Constitución Política señala expresamente que:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Luego, atendiendo a sus fuentes de rango legal, el principio de transparencia y publicidad fueron incorporados en la Ley sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado²², como partes integrantes del principio de probidad administrativa que debe regir los actos de los órganos del Estado, que señala en su artículo 11 bis:

20 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1978).

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 77.

22 Ley N° 19.653 de 1999.

“Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes”.

Sin perjuicio de encontrarse tratados a propósito de la Ley de Probidad Administrativa, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Acceso a la Información Pública o Ley de Transparencia²³ que el derecho de acceso de acceso a la información fue abordado con mayor detalle. Esta ley, en su artículo 10 inciso segundo, se refiere al principio de transparencia en los siguientes términos:

“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. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Adicionalmente, respecto del principio de responsabilidad, que sigue la teoría democrática liberal, impone una obligación a las autoridades competentes de dar cuenta y explicar sus actos al público²⁴. Este principio, como fue mencionado con anterioridad, deriva del principio de transparencia en

23 Ley N° 20.285 de 2008.

24 LEME (2020), pp. 895-899.

cuanto está cimentado, como regla general, en la concepción de que las instituciones deben dar cuenta y desempeñarse rectamente, siendo visibles y transparentes al público²⁵. Esta interconexión fue resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros con Chile”, la cual sostuvo, en este sentido, que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”²⁶.

Finalmente, el principio de transparencia se relaciona con el principio de máxima publicidad en tanto este impone a quien detenta la información la obligación de divulgarla, incluso en situaciones complejas, como lo son los desastres naturales o causados por el hombre. Este principio de máxima publicidad, como base para el acceso a la información, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al destacar que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”²⁷.

Adicionalmente, el principio de máxima publicidad es aplicable cuando existe duda de la pertinencia de divulgación o difusión, toda vez que este principio establece que, en este contexto, la publicidad de la información debe prevalecer. Este alcance del principio ha sido expresamente recogido por el Acuerdo de Escazú²⁸ en el artículo 5 N° 7 e implícitamente en el artículo 5 N° 8, y que también ha sido adoptado por la legislación chilena que lo contempla en la Ley de Transparencia²⁹, señalando en el artículo 11 letra

25 FENSTER (2010), p. 619.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 86.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, caso “Gomes Lund y otros con Brasil” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 199.

28 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 (2018).

29 Ley N° 20.285 de 2008.

d) que “los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales”.

Entonces, como se puede advertir, este principio no es absoluto, toda vez que se encuentra sujeto a un régimen de excepciones. De hecho, este principio proporciona tres corolarios con el fin de limitar las interpretaciones y aplicaciones de estas excepciones de manera que puedan socavar el derecho de acceso a la información y ocasionar abusos por parte de la Administración del Estado. Dichos corolarios fueron enlistados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: (i) el derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción; (ii) la carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado, y (iii) la preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación³⁰.

2. PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD Y SUS ESTÁNDARES

2.1. El derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción

La divulgación de información del funcionamiento del Estado debe ser la regla y el secreto la excepción justificada solo cuando el requisito más estricto del interés público así lo demande. El enfoque del intérprete debe ser atenuar el área del secretismo tanto como sea posible, consistente con el requisito del interés público, teniendo presente siempre que la divulgación también sirve como un aspecto importante del interés público³¹. A mayor abundamiento, en relación con los aspectos ambientales como materias de interés público *per se*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, hizo presente que:

“En relación con actividades que podrían afectar el medio ambiente, esta Corte ha resaltado que constituyen asuntos de evidente interés público el acceso a

30 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), pp. 5-26.

31 Corte Suprema de India, sentencia de 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros” (1981), párr. 66.

la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental”³².

Entonces, entendiendo que la divulgación de información sobre aspectos ambientales por regla general son materias de interés público, es menester determinar los escenarios en que también por el interés público esta información deba ser mantenida en reserva recibiendo un tratamiento de excepción. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos agrupó ciertos requisitos que sirven de guía para el análisis. Dichos requisitos consisten en: (i) tener verdadera excepcionalidad; (ii) consagración legal, y (iii) objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad³³.

La necesidad de tener verdadera excepcionalidad fue recogida por el Acuerdo de Escazú³⁴ en su artículo 5 N° 1, al expresar que el derecho de acceso a la información ambiental debe ser conforme al principio de máxima publicidad como regla general, y luego, en el artículo 5 N° 7, en que se señala que el régimen de excepciones tiene que ser adoptado favoreciendo el acceso a la información. Estas disposiciones nos indican que la publicidad de la información es superior en jerarquía al secreto, que es una excepción.

Por otro lado, en relación con el requisito de consagración legal, el Acuerdo de Escazú³⁵ lo incluyó como requerimiento al establecer en el artículo 5 N° 5 que:

“Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión”.

Asimismo, en el artículo 5 N° 8 expresó, por su parte:

“Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados”.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, “República de Colombia” (Opinión Consultiva OC-23/17), párr. 214.

33 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párrs. 21 y 342.

34 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 (2018).

35 Ídem.

Este requisito es importante por cuanto impide la posibilidad de imponer limitaciones arbitrarias que puedan causar un detrimento al propósito de garantizar el acceso a la información por sobre todo y “para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”³⁶.

Respecto a lo que debe entenderse por “leyes”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le dio una connotación amplia, por cuanto, si bien no se refiere a cualquier norma, en general “son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”³⁷.

Finalmente, en relación con el requisito de tener objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad, el Acuerdo de Escazú³⁸ los agrupó en el artículo 5 N° 8, en el que se establece que cuando se aplique alguna excepción, la autoridad competente debe tener “en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva,” y continuó en el numeral siguiente señalando que:

“Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Es necesario detenerse brevemente en la proporcionalidad, en atención a su complejidad. En primer lugar, es relevante determinar la base del examen de interés público requerido por el Acuerdo. El debate esencial que involucra este examen se centra en una competencia entre “transparencia” y “el derecho a saber”, por un lado, versus “privacidad” y “seguridad nacional”, por el otro³⁹. Como el famoso aforismo señala que el conocimiento es poder, es importante mantener el balance entre el derecho a saber versus

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 89.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, “República Oriental del Uruguay” (Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A N° 6), párr. 35.

38 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 (2018).

39 FLORINI (2007), p. 3.

el derecho a reservar información para establecer qué tan lejos debe llegar la publicidad y cuándo debe reinar el secreto⁴⁰.

Entonces, el Acuerdo de Escazú⁴¹ al requerir en el artículo 5 N° 9 que la valoración de los intereses se realice de acuerdo a un examen que considere estos tres requisitos –tener objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad–, no se puede entender que la autoridad competente conserve el monopolio de determinar cuándo cierta información requerida por el público esté resguardada por causales de excepción y que, por tanto, no pueda ser publicada, toda vez que, de lo contrario, esto “crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”⁴².

Para tener un propósito legítimo que justifique la aplicación de una excepción porque es idóneo, necesario y proporcional, la excepción debe ser invocada en pos del bien común. Este propósito debe ser suficientemente serio que se encuentre a un nivel tan alto como el del interés público del derecho a saber. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Claude Reyes y otros con Chile”, expresó que:

“Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”⁴³.

Luego, en el caso “Herrera con Costa Rica”, señaló además que:

“Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno [...] las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho [de acceso a la información]

40 HOVELL (2014), pp. 105-106.

41 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 (2018).

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 98.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 91.

y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado [...]. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁴⁴.

En este sentido, la Corte invocó una argumentación de la Corte Europea de Derechos Humanos que hizo suya en su Opinión Consultiva OC-5/85 y que señala que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”⁴⁵.

Por lo tanto, en el caso de que la divulgación de información pueda amenazar un interés protegido por alguna excepción, si no se cumplen todos o algunos de los requisitos señalados, la información debe ser divulgada. En consecuencia, tiene que existir una anulación de ese interés general en los casos en que las excepciones procedan en principio, pero no cumplan con los criterios para permitir a las autoridades reservar información, sobre la base de que el interés público de acceder a la información supera el daño a los intereses protegidos por las excepciones.

En este sentido, este equilibrio entre los dos aspectos contrapuestos de intereses debe ser realizado por la autoridad competente incluso cuando se haya presentado una objeción de terceros a la divulgación del documento en que se invoque el argumento de que, al encontrarse cubiertos por una excepción, pertenecerían a una clase de documentos que estarían protegidos independientemente de su contenido, porque no existe inmunidad absoluta para los documentos pertenecientes a dicha clase⁴⁶.

Bajo esta premisa el Acuerdo de Escazú⁴⁷ mencionó expresamente en el artículo 5 N° 7 que el régimen de excepciones debe favorecer el acceso a

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004, “Herrera Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 121.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004 “Herrera Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 122.

46 Corte Suprema de India, sentencia de 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros” (1981), párr. 72.

47 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 (2018).

la información, y el artículo 4 N° 8 señala que para la implementación del Acuerdo se debe adoptar la interpretación más favorable hacia el pleno goce y respeto a los derechos de acceso. Entonces, considerando los derechos en juego, las excepciones deben ser elaboradas, interpretadas y aplicadas de forma restrictiva. Además, la mayoría de las excepciones son acomodables en lugar de ser imperativas, entregando una discreción de divulgación de información incluso encontrándose bajo el amparo de alguna excepción⁴⁸.

En este escenario, es relevante destacar las diferencias con el caso chileno. En Chile, el examen del interés público no ha sido expresamente incluido en el ordenamiento jurídico. Incluso, algunos han sostenido que, de acuerdo con la historia de la Ley de Transparencia⁴⁹, dejar fuera este examen buscó justamente la prohibición de que fuera aplicado⁵⁰. No obstante, este examen ha sido de alguna manera construido por la jurisprudencia. De hecho, el Consejo para la Transparencia ha aplicado un examen de balance, pero que ha llamado de diferente manera, por cuanto ha distinguido entre “test de daños” y “test de interés público”.

Acerca del primero, es en esencia equivalente al examen que fue incluido en el Acuerdo de Escazú⁵¹ y que se ha analizado hasta ahora, toda vez que el “test de daños”, conforme el criterio del Consejo para la Transparencia, es un balance entre el interés de reservar información y el de publicarla, para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información es más grande que el daño que dicha publicidad pudiere causar⁵².

Por otro lado, respecto al “test de interés público”, es similar al anterior en cuanto al balance de intereses, pero se diferencian en tanto este examen se enfoca en derechos puramente individuales⁵³. Esta denominación puede resultar confusa, pero el Consejo para la Transparencia llamó a este test

48 HOVELL (2014), p. 106.

49 Ley N° 20.285 de 2008.

50 COVARRUBIAS (2012), pp. 514-521.

51 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 (2018).

52 Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De la Carrera con Carabineros de Chile”, párr. 8. *Vid.* Consejo para la Transparencia, Rol N° C1759-20, 28 de julio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.

53 CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Rol N° A115-09, 22 de septiembre de 2009, “Pacheco con I. Municipalidad de Providencia”, párr. 9.

así y no “test individual” o similar, porque en su opinión, está asumido que el único interés predominante que justifique el traspaso de la barrera que impide la divulgación de información está protegido por derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado que ambos exámenes son una aplicación del principio de proporcionalidad, el cual analiza, como ha señalado la doctrina, si la medida es eficaz, si no hay otros medios moderados para el logro efectivo del propósito deseado, y si la medida adoptada resulta más beneficiosa para el interés público que los daños ocasionados a otros bienes o valores en conflicto⁵⁴.

Adicionalmente, en el contexto señalado en la primera parte de este trabajo sobre el acceso a la información como un medio para el ejercicio efectivo de otros derechos, como los son los derechos humanos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la limitación a un derecho fundamental es justificable solo cuando este mecanismo sea estrictamente necesario para alcanzar un objetivo constitucional válido, y, por lo tanto, el legislador debe elegir aquellas limitaciones que impliquen una lesión menor a dichos derechos fundamentales⁵⁵.

Por lo tanto, al no existir una base legal para el examen de proporcionalidad en Chile, podría entenderse que no se alinea con la protección mínima que señalan los estándares del Acuerdo de Escazú⁵⁶. Esto es relevante, porque, si bien el Consejo para la Transparencia de alguna forma ha ido construyendo este examen de valoración y ponderación de intereses, su aplicación ha sido desigual en el transcurso del tiempo. En algunos casos, el Consejo no ha aplicado su propio examen de proporcionalidad sin justificar esta ausencia, y, en otros, lo ha invocado y aplicado expresamente, por lo que no ha sido fiel a la formulación del test que el mismo Consejo ha adoptado como estándar⁵⁷, lo que conlleva claramente una incerteza jurídica respecto de la protección adecuada de este derecho.

54 Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De la Carrera con Carabineros de Chile”, párr. 10.

55 Tribunal Constitucional, Rol N° 519-2006-INA, 5 de junio de 2007, “M.R.G. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 3°, 12 y 14 de la Ley N° 17.311, en relación con diversas causas seguidas ante el Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago), párr. 19.

56 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 (2018).

57 COVARRUBIAS (2012), pp. 514-521.

2.2. La carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado

En relación con el segundo corolario que impone que el Estado tiene la carga de la prueba respecto de la justificación a la limitación del derecho de acceso a la información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[c]orresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”⁵⁸. Este requisito, según ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “permite generar seguridad jurídica en el ejercicio del derecho de acceso a la información, pues al estar la información en control del Estado debe evitarse al máximo la actuación discrecional y arbitraria del mismo en el establecimiento de restricciones al derecho”⁵⁹.

El Acuerdo de Escazú⁶⁰ recogió este corolario al establecer expresamente en el artículo 5 N° 8 que “[l]a carga de la prueba recaerá en la autoridad competente”. Es destacable señalar que esta hipótesis incluida por el Acuerdo de limitar el acceso a la información se sigue de la teoría de los riesgos, en que al invocar una excepción debe existir prueba sobre la existencia de un riesgo, que, trasladado desde el derecho penal, debe ser claro, probable y específico⁶¹. O bien, puesto en los términos del Consejo para la Transparencia, el riesgo no debe ser remoto y debe permitir “identificar una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a los bienes jurídicos que la causal de reserva invocada cautela”⁶².

Entonces, para poder balancear los intereses en juego, la autoridad competente tiene la carga de especificar la amenaza a un interés esencial protegido por una excepción. En otras palabras, la autoridad competente debe probar que la divulgación de información supondrá un riesgo claro, probable y específico de daño a un interés protegido. Adicionalmente, el

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 93.

59 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 45.

60 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 (2018).

61 LEME (2020), p. 194.

62 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 10.

Acuerdo de Escazú⁶³ expresó en el artículo 5 N° 5 que la base para la denegación de información debe ser comunicada por escrito e “incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión”. Respecto a esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explicó que “si el Estado deniega el acceso a información, éste debe proveer explicaciones suficientes sobre las normas jurídicas y las razones que sustentan tal decisión, demostrando que la decisión no fue discrecional o arbitraria”⁶⁴.

2.3. La preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación

Respecto a este tercer corolario sobre la primacía del derecho de acceso a la información en casos de conflictos normativos o ausencia de regulación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reprochó la situación chilena al señalar:

“[...] la mayoría de los Estados americanos cuentan con regulación en materia de acceso a la información. La legislación chilena no fue aplicada en este caso porque fue promulgada con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la petición.

El Estado de Chile ha realizado una serie de modificaciones legislativas; sin embargo [, ...] éstas no garantizan de forma efectiva y amplia el acceso a la información pública.

Las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información”⁶⁵.

Para evitar esta discrecionalidad interpretativa, el Acuerdo de Escazú⁶⁶ estableció en los artículos 5 N° 1 y 5 N° 7 que, en casos de colisión o ausencia de legislación, el camino a seguir es el de la divulgación de infor-

63 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 (2018).

64 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 346.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 58(d).

66 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 (2018).

mación, teniendo presente, además, que de acuerdo con el artículo 5 N° 8, las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva y teniendo en consideración el interés público. También, el Acuerdo expresamente mencionó en el artículo 4 N° 8 que, para implementar el Acuerdo, se debe seguir la interpretación más favorable al disfrute y goce de los derechos de acceso.

Por otro lado, como fue revisado con anterioridad, el principio de máxima publicidad es aplicado cuando existe duda de pertinencia de la divulgación de información, por cuanto el principio señala que la publicidad debe prevalecer. Este principio fue recogido por la legislación chilena en el artículo 11(d) de la Ley de Transparencia, en que se señala que los órganos de la Administración del Estado deben proveer de información en los términos más amplios, excluyendo solo la información que se encuentre excluida de divulgación en virtud de una excepción constitucional o legal.

Sin embargo, en el caso chileno, la aplicación del principio de máxima publicidad no es siempre claro, ya que la supremacía del derecho de acceso a la información en los casos de conflictos normativos o falta de regulación no ha sido considerada siempre como tal. En este sentido, conforme el artículo 11(c) de la Ley de Transparencia⁶⁷, que establece el principio de transparencia, se expresa que, si bien la información en manos de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, está limitada por las excepciones incluidas en la misma ley. El problema se presenta cuando nos dirigimos al primer artículo transitorio de la mencionada ley. Respecto a este artículo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo presente que:

“[...] el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia establece que se presumen legítimas todas las reservas implementadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, sin verificar si cumplen con los objetivos legítimos establecidos por la misma Ley [...]”⁶⁸. Es problemático que en el artículo transitorio primero se establezca que se presumen legítimas las reservas establecidas legalmente sobre actos y documentos antes de la promulgación de la Ley 20.050 de 2005, que reformó la Constitución, sin haber hecho un análisis exhaustivo de tales restricciones”⁶⁹.

67 Ley N° 20.285 de 2008.

68 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 81.

69 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 360.

3. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

El Acuerdo de Escazú⁷⁰ incluyó en el artículo 5 N° 6 un catálogo ilustrativo de excepciones para el caso en que un Estado no contenga un régimen propio en su ordenamiento jurídico interno. Dichas excepciones son:

- “a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
- b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; o
- d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos”.

Por otro lado, la legislación chilena sí contempla un catálogo propio, el cual se encuentra contenido en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, que las enlista en los siguientes términos:

- “1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
 - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
- 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

70 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 (2018).

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Como se puede advertir, la legislación chilena incluye más excepciones que las del Acuerdo de Escazú, lo cual, si se considera que este instrumento internacional provee de estándares mínimos de protección al derecho de acceso a la información, siendo el piso y no el techo al señalar en el artículo 4 N° 7 que “[n]ada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales”, se traduce finalmente en que en Chile el derecho de acceso a la información se encuentra más restringido de lo que los estándares mínimos imponen para asegurar una adecuada protección a este derecho.

Adicionalmente, es relevante destacar que durante las negociaciones del régimen de excepciones en el Acuerdo de Escazú⁷¹, se propuso una lista numerosa de cláusulas para limitar la posibilidad de invocar excepciones que no estuvieran contenidas en el Acuerdo, sin embargo, no se consideró para el texto final⁷². En su lugar, el Acuerdo incluyó en el artículo 5 N° 7 que “[e]n los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos”, lo cual podría parecer casi irrelevante en cuanto no se refiere a la naturaleza compulsiva de las obligaciones de los derechos humanos, que, por su carácter deben ser cumplidas. No obstante, esta disposición si tiene relevancia por cuanto implica una limitación a los Estados cuando impongan excepciones que puedan

71 Ídem.

72 MÉDICI (2018), p. 33.

vulnerar lo que ha sido alcanzado por el sistema de derechos humanos⁷³, y que recuerda la interconexión y relación de causalidad entre los derechos humanos y la denegación de información. También deja en claro que el régimen de excepciones no puede ser un conjunto de prohibiciones amplias y severas que impidan la publicidad de la información ambiental.

En atención a esto, el hecho de que las excepciones incluidas en la legislación chilena vayan más allá que las dispuestas por el Acuerdo es problemático, por cuanto las causales de reserva y confidencialidad expresadas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁷⁴ están redactadas en términos muy amplios, contraviniendo los estándares mínimos que el derecho de acceso a la información debería tener y que se han analizado hasta ahora. Entonces, por ejemplo, el numeral 2 de este artículo, que permite la reserva de información cuando “su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”, ha sido frecuentemente utilizado por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura para denegar el acceso a información ambiental⁷⁵, alegando que la entrega de la información requerida afecta los derechos de carácter comercial o económico de empresas. Esta situación deja la puerta abierta para una interpretación amplia que no necesariamente es favorable al derecho de acceso a la información, recordando que en la legislación chilena no existen directivas absolutas sobre cómo deben ponderarse los intereses a la hora de interpretar las excepciones⁷⁶.

73 MÉDICI (2018), pp. 34-35.

74 Ley N° 20.285 de 2008.

75 *Id.* Consejo para la Transparencia, Rol N° C227-10, 7 de diciembre de 2010 “Obando con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1407-15, 6 de octubre de 2015 “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C2771-19, 9 de enero de 2018, “Silva con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C838-20, 9 de junio de 2020, “Teca con Dirección Regional de Aysén del Servicio Nacional de Pesca”.

76 En este sentido, se ha configurado un *test* de daños que consiste en determinar que: a) es una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; c) tiene un valor comercial por ser secreta. Sin embargo, la discrecionalidad interpretativa de este test, en palabras de la Corte Suprema en relación a un recurso de queja

Respecto a la causal de excepción mencionada, uno quizá podría justificarlo diciendo que la información aportada en un procedimiento administrativo es de naturaleza privada, y reviste de tal carácter en todo momento, aun cuando se encuentre en manos de un órgano de la Administración del Estado. Entonces, dicha información no sería susceptible de divulgación por aplicación de la Ley de Transparencia, y que, de producirse su divulgación, podría ocasionar un perjuicio en el desenvolvimiento competitivo de la empresa en su actividad económica, por cuanto constituiría parte del *know-how* sobre el cual cada privado es titular en el desarrollo de su negocio, pudiendo afectar los derechos contemplados en los artículos 19 N° 4, 21, 22, 24 y 25 de la Constitución Política de la República.

Incluso, podría alegarse que no toda la información que los órganos de la Administración del Estado poseen tiene el carácter de pública, en el entendido de que en ciertos casos la información proporcionada por privados a la Administración se efectúa en el marco de actualizaciones de bases de datos por motivos del cumplimiento de la faz activa del derecho de acceso a la información, como, por ejemplo, requerirla con fines estadísticos o de registro. Por lo tanto, de seguirse esta alegación, los documentos no tendrían el carácter de públicos amparados por el mandato constitucional del artículo 8° de la Constitución Política por simplemente estar en poder de la Administración y no tratarse de actos administrativos propiamente tales.

Esta interpretación desfavorable al derecho de acceso a la información ha sido adoptada de forma reiterada por el Tribunal Constitucional en diversos fallos⁷⁷, quien razona en contraposición al marco normativo de ran-

interpuesto en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ha señalado: “[...] incurriendo en los razonamientos para configurarlo en una serie de contradicciones, que determinan que el presente arbitrio deba ser acogido, toda vez que aquellos han actuado con grave falta en el examen realizado”. En Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”, considerando 13.

77 *Vid.* Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300), considerandos 24 y 25; Tribunal Constitucional, Rol N° 3111-2016, 23 de marzo de 2017, “Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros” (Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 120.285, considerando 21;

go legal del artículo 5º inciso segundo y artículo 10 inciso segundo de la Ley de Transparencia –que obligan a entregar “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”, en conjunto con el artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁷⁸, el cual señala que las personas tienen derecho a acceder a información ambiental “que se encuentre en poder de la Administración”–, los cuales proporcionan bases para arribar a la conclusión de que la información pública es toda la que obre en su poder, sin atender al comportamiento o funciones de la Administración del Estado.

El criterio sostenido por el Tribunal Constitucional se ha ajustado de forma excesivamente estricta a la redacción empleada por el legislador constitucional en la redacción del artículo 8º de la Constitución Política, señalando que las normas de rango legal mencionadas serían inaplicables por ampliar lo que, conforme su criterio, el legislador habría a sabiendas elegido excluir de la divulgación⁷⁹, siendo enfático en señalar que es impropio una interpretación administrativa al considerar que la norma constitucional sería clara en no contemplar la información en los mismos términos de la Ley de Transparencia o la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente ni tampoco señalar que se trate de pública la información en poder de la Administración⁸⁰.

Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”, considerando 26.

78 Ley N° 20.285 de 2008.

79 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), considerando 23. *Vid.* Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300), considerando 38.

80 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), considerandos 12-18. Incluso, respecto del artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el Tribunal Constitucional señala que todas las letras, salvo las letras c) y e), por ser actos administrativos, contravendrían también lo que ha interpretado respecto del artículo 8º de la Constitución Política, y que, por tanto, también serían inaplicables y excluidas de lo pretendido por la norma constitucional (considerandos 31 y 32).

Esta interpretación reiterada del Tribunal Constitucional pierde su sentido si se piensa que si el legislador constituyente así lo hubiese pretendido, habría incluido la expresión “sólo” en el artículo 8º de la Constitución Política para zanjar la restricción y obstaculizar la posibilidad de que una norma de rango legal amplíe el alcance de la publicidad. En este sentido, “el artículo 8º de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado”⁸¹. Por otro lado, en palabras del profesor BERMÚDEZ:

“[D]ebe tenerse en cuenta que hoy día, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado tiene el carácter de pública y por tanto, es susceptible de ser requerida por los ciudadanos en ejercicio de su derecho”⁸².

Asimismo, resulta un contrasentido restringir la publicidad de tal forma de excluir el examen de intereses que, como se ha venido sosteniendo, resulta esencial para ponderar correctamente un conflicto normativo de esta naturaleza. Prescindir del examen de intereses de forma tan tajante, obvia la necesidad de acudir a los principios para esclarecer la labor interpretativa. Respecto a esto, es relevante recordar que el Acuerdo de Escazú, que es un instrumento internacional especialmente enfocado en el tratamiento correcto del derecho de acceso a la información y que establece estándares mínimos, hace referencia expresa a los principios de publicidad, responsabilidad y transparencia, los cuales a pesar de no tener una incorporación expresa a nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico nacional, son esenciales por cuanto “en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales... [y que] si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible”⁸³, y que, asimismo, se encuentran en la línea de los principios que, como se

81 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), disidencia, considerando 9.

82 BERMÚDEZ (2010), p. 579.

83 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

señaló anteriormente, inciden directamente en la regulación de la transparencia en el actuar de los órganos de la Administración del Estado.

De todas formas, resulta bastante claro que la información cuando ha sido entregada con la finalidad de que la autoridad administrativa en el marco de algún procedimiento administrativo manifieste formalmente una decisión por medio de un acto o resolución administrativa, dichos documentos se alejan completamente del manto protector de la esfera privada por tratarse de documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial a la decisión administrativa, por aplicación del artículo 5° de la Ley de Transparencia⁸⁴. Incluso, debatible o no, esto cubre, asimismo, el aporte de información que se haya producido en el marco de fiscalizaciones, toda vez que la labor fiscalizadora es naturalmente una actividad administrativa que es pública a la luz de lo expresado por el artículo 8° de la Constitución Política.

En esta línea, por ejemplo, la información contenida en un estudio de impacto ambiental constituye el cimiento del acto administrativo por el cual un proyecto puede ser autorizado o rechazado, por tanto, es parte de las motivaciones de la resolución de calificación ambiental, que por mandato constitucional del artículo 8° es información de naturaleza pública, y que, adicionalmente, se encuentra expresamente incluido en los términos del artículo 5° de la Ley de Transparencia, que señala que los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial a los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, en virtud del principio de transparencia, son públicos.

Otra base legal para señalar lo anterior es que dicha información, en virtud del artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁸⁵, estaría contenida dentro del derecho de acceso a la información, por cuanto este artículo asegura el derecho de acceso a la información ambiental que se encuentre en poder de la Administración, y luego expresa-

respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), disidencia, considerandos 7-8.

84 Ley N° 20.285 de 2008.

85 El artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 de 1994 señala: “Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

mente señala en su letra c) que, dentro de lo que debe entenderse como información ambiental, se incluye aquella que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre los actos administrativos relativos a materias ambientales. Incluso, si quedaran dudas sobre si la información entregada por un privado en el marco del proceso administrativo es o no parte del acto administrativo al cual el derecho de acceso alcanza, de todas formas, el mismo artículo 31 bis deja en claro en su letra g) que este derecho también se extiende a toda otra información que verse sobre el medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la misma ley, dejando la puerta abierta para la inclusión de más información que alcanza este derecho.

En este sentido, el profesor BERMÚDEZ ha señalado:

“En efecto, al relacionar el objeto sobre el que recae el derecho de acceso a la información ambiental con el concepto que, para todos los efectos legales, se

Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones:

- a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.
- b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.
- c) *Los actos administrativos relativos a materias ambientales*, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.
- d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental.
- e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).
- f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).
- g) *Toda aquella otra información que verse sobre el medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la ley*” [énfasis añadido].

ha dado de medio ambiente, se produce un efecto de expansión del objeto del derecho a todo aquello que se entienda comprendido dentro del medio ambiente, incluyendo, incluso al medio ambiente cultural y artificial”⁸⁶.

Adicionalmente, es necesario hacer una distinción respecto del acceso a la información relativo a la Ley de Transparencia⁸⁷ y a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁸⁸. En el escenario en que información sea requerida sobre la base de la primera, una vez que una persona natural o jurídica requiera información a un órgano de la Administración del Estado, en el evento en que dicha divulgación de información pudiera afectar a terceros, en virtud del artículo 20 del referido cuerpo legal, se da traslado al tercero, quien puede optar por oponerse a la divulgación de información, y, para ello, la citada norma exige que la oposición sea fundada. Sin embargo, como es posible imaginar, el órgano de la Administración requerido no se encuentra en condiciones de aplicar los principios y examen de intereses que se han desarrollado hasta ahora, y ponderar los argumentos plasmados en la oposición del tercero interesado, los cuales resultan en extremo relevantes para resolver esta pugna de intereses.

Esta situación, por tanto, ha conllevado a que en repetidas oportunidades los órganos de la Administración hayan equivocadamente denegado el acceso a la información sobre fundamentos proporcionados por el tercero que son finalmente injustificados, lo cual se evidencia en los pronunciamientos del Consejo para la Transparencia en virtud de amparos interpuestos a este respecto, o de nuestras cortes, en razón del conocimiento de reclamaciones de ilegalidad o recursos de queja⁸⁹. Entonces, como se pue-

86 BERMÚDEZ (2010), pp. 578-579.

87 Ley N° 20.285 de 2008.

88 Ley N° 19.300 de 1994.

89 *Id.* Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 de diciembre de 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020 “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C2454-17, 31 de octubre de 2017, “Hinostroza con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3136-19, 2 de junio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C6219-19, 21 de junio de 2020, “Oceana INC con Subsecretaría de Pesca”.

de advertir, es realmente solo cuando se interpone una acción de amparo ante el Consejo para la Transparencia por una denegación de información que realmente se tiene las primeras luces sobre si el riesgo alegado por el tercero cumplía o no realmente con las condiciones de ser claro, probable y específico para considerar plausible el riesgo a sus intereses, y ser realmente dignos de una protección jerárquica superior a la de divulgar la información y los daños que dicha reserva pudiera ocasionar a los intereses del requirente en aras del interés público prevalente.

Lo anterior es problemático, pero lo es más aún la situación contemplada por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁹⁰, la cual en su artículo 27 –aplicable en el marco del procedimiento del sistema de evaluación de impacto ambiental–, expresa de forma alineada a la Ley de Transparencia⁹¹ que “cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados”. Sin embargo, la norma continúa señalando que:

“Con todo, el Servicio de Evaluación Ambiental mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimare necesario sustraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad presentado”.

En otras palabras, la información puede ser clasificada como confidencial si el titular de un proyecto así lo solicita, siendo relevante destacar que esta disposición no requiere en ninguna parte una justificación por parte del titular del proyecto para solicitar esta limitación a la publicidad de información.

Respecto a esto, el profesor BERMÚDEZ ha señalado que se debe tener en consideración que el mencionado artículo 8° de la Constitución Política no permite otras cláusulas para establecer que cierta información se encuentre bajo reserva o confidencialidad más que las establecidas por ley de quórum calificado. Por lo tanto, las únicas excepciones que justificarían la reserva o confidencialidad a través de las cuales todo o parte de la información requerida podría ser legalmente denegada, son aquellas incluidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁹².

90 Ley N° 19.300 de 1994.

91 Ley N° 20.285 de 2008.

92 BERMÚDEZ (2010), pp. 588-589. Ley N° 20.285 de 2008.

Así las cosas, las cláusulas invocadas para limitar la publicidad de información serán válidas en tanto sea probado que afectan el derecho de las personas, y, en este caso, al titular del proyecto. Entonces, al no existir una obligación de justificar la solicitud de excluir información del dominio público para catalogarla como reservada o confidencial, la información ambiental pública que se produzca a lo largo del procedimiento de evaluación ambiental podrá ser susceptible de ser mantenida en secreto a voluntad del titular, significando que puede darse el evento que no sea tan solo aquella información técnica o financiera, sino que cualquier información sobre la cual el procedimiento de evaluación de impacto ambiental esté basado y que de acuerdo a sus intereses le afecte su divulgación⁹³.

Esto resulta particularmente confuso, toda vez que se debe recordar que la carga probatoria de probar el perjuicio en la divulgación de la información corresponde al Estado, o sea, al órgano de la Administración, respaldado claramente en la existencia de la solicitud de exclusión de información presentada por el titular, que no cuenta con ninguna base ni luces sobre en qué consiste la afectación alegada.

En esta lógica, se da un mayor riesgo de que información sea excluida por el órgano de la Administración del Estado del conocimiento público sobre bases injustificadas. En este sentido, por ejemplo, el Consejo para la Transparencia, acogiendo por voto de mayoría un amparo deducido en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, fundamentó su decisión bajo esta misma argumentación, ordenando la entrega de la información requerida “por no haberse acreditado en esta sede que la entrega de dicha información afecte los derechos comerciales y económicos de las empresas y atendido que existe un interés público asociado al conocimiento de tales antecedentes al encontrarse vinculada con una materia que puede comprometer la salud pública. [...] Lo anterior, por cuanto respecto de la información pedida no concurre la causal de reserva de afectación a los derechos comerciales y económicos de las empresas que se opusieron a la entrega, considerando además, que existe un interés público asociado al conocimiento de tales antecedentes al encontrarse vinculada con una materia que puede comprometer la salud pública”⁹⁴. Para arribar a dicha conclu-

93 *Vid.* BERMÚDEZ (2014), p. 340.

94 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-2020, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”. Ver, también, Corte Suprema, Rol

sión, el Consejo para la Transparencia consideró que “un mero interés no es suficiente para configurar la reserva de lo solicitado, debiendo justificarse la existencia de un derecho que se vería afectado con su divulgación”⁹⁵.

En consecuencia, retomando lo señalado con anterioridad, para calificar la información ambiental incluida en un estudio de impacto ambiental como confidencial o secreta el Servicio de Evaluación Ambiental debe declararlo expresamente. Sin embargo, existe un problema práctico, porque, como sabemos, “la información que contiene un estudio de impacto ambiental constituye el antecedente en el cual se funda el acto administrativo que autoriza o por el que rechaza el proyecto, es decir, forma parte del fundamento o motivo de la resolución de calificación ambiental”⁹⁶. Por lo que, dicho de otra manera, el expediente del estudio de impacto ambiental es público por mandato constitucional, sin que la información ambiental producida en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tenga un tratamiento distinto a lo revisado respecto de la información pública en general. Entonces, el titular del proyecto no tiene ninguna base legal *a priori* para solicitar la reserva de información, lo que, dicho de otra manera, significa que la información solicitada por el titular del proyecto para tenerse como confidencial o reservada será tenida como tal en tanto no exista alguien que contradiga esta situación ante el Consejo para la Transparencia, conforme lo establece el artículo 24 de la Ley de Transparencia⁹⁷.

Nº 31927-2019, 25 de agosto de 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”, considerando 11.

95 Para ello, aplicó un examen de balance de interés económico y comercial versus el interés público de acceder a la información, y desarrolló los siguientes criterios orientadores: “a) ser secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente la utilizan; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afecte significativamente su desenvolvimiento competitivo), los que también se aplican, para determinar si la información pedida constituye el denominado ‘secreto empresarial’, definido en el artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial”. Consejo para la Transparencia, Rol Nº C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 7. *Vid.* Corte Suprema, Rol Nº 31927-2019, 25 de agosto 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”, considerandos 9-11.

96 BERMÚDEZ (2010), p. 588.

97 Ley Nº 20.285 de 2008.

Lo anterior implica, por consiguiente, que, si nadie desafía esta situación en que información pública hubiere sido apartada del dominio público, la información se mantendrá en secreto o reserva sin necesidad de haberse declarado así por una ley de quórum calificado, como lo mandata el artículo 8° de la Constitución Política. Esto es problemático en el entendido de que la naturaleza de la información objeto de análisis en el presente trabajo es de una categoría especial al tratarse de información ambiental, que, como se señaló con anterioridad, es el contenido del derecho de acceso a la información, el cual es, a su vez, un mecanismo para el ejercicio efectivo de otros derechos, como los derechos fundamentales del derecho a la vida y el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contando por tal, de una vinculación directa con otros derechos.

En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que:

“[...] la referida información debe ser conocida por la solicitante y, en definitiva, hacerse pública, pues se trata de una materia en extremo sensible a toda la opinión pública, por cuanto, como ha quedado expuesto, se encuentra en el tapete de la discusión incluso un problema de salud pública. Frente a la colisión de derechos que podría producirse y tal como lo ha hecho presente la recurrente, habría que aplicar el test de daño, herramienta que permitiría sin duda inclinar el asunto en el sentido de hacer lugar a la publicidad, por las mismas razones que se invocan”⁹⁸.

Por otro lado, como se puede imaginar, se generan otros problemas relacionados con los otros derechos de acceso, como es el de la participación ciudadana. El que cierta información sea excluida implica no solo que exista la barrera común de que la información ambiental sea por naturaleza altamente técnica, científica y compleja, que hace a veces imposible su entendimiento por parte de la población no especializada en la materia, sino que también la ciudadanía no contará con toda la información necesaria para ejercer una participación eficaz en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, y que en el evento en que esta información sea requerida y denegada por lo dicho, si una persona intenta revertir esta si-

98 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11771-2015, 31 de mayo de 2016, “Oceana INC con Consejo para la Transparencia”, considerando 37. Ver, también, Corte Suprema, Rol N° 31927-2019, 25 de agosto de 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”; Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 de diciembre de 2019, y “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”.

tuación ante el Consejo para la Transparencia, el plazo de participación ciudadana ya habrá transcurrido, y, por tanto, esa persona habrá sido privada de su derecho.

4. CONCLUSIONES

En este punto es dable preguntarse: ¿se ve satisfecho actualmente de manera eficaz y eficiente el derecho de acceso a la información ambiental en Chile? Al tratar de responder esta interrogante a lo largo de este trabajo, se advierten algunas limitaciones o consecuencias problemáticas a que se ve enfrentada la ciudadanía al ejercer el derecho de acceso a la información, las cuales de alguna manera generan una desigualdad en las condiciones a las que se enfrentan las personas al momento de informarse para ejercer una participación adecuada en las decisiones en materias ambientales. De ello se sigue que, en un ideal, todos los actores en un escenario determinado deberían encontrarse en posiciones jurídicas equivalentes en el acceso a la información, por cuanto desde esa igualdad de condiciones se pueden lograr resultados justos, que se adecúen a una democracia participativa.

Por lo tanto, la disponibilidad de información ambiental es relevante, toda vez que es esencial para lograr la debida participación y la justicia ambiental. En este sentido, el acceso a la información implica que todas las personas pueden obtener información que se encuentre en manos de la Administración del Estado. El reconocimiento de este derecho dotó de eficacia a los principios de transparencia y publicidad reconocidos constitucionalmente en el artículo 8° de la Constitución Política.

Sin embargo, las excepciones previstas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁹⁹, que justifican la reserva de información por ser considerada como secreta o confidencial y que exceden aquellas contempladas por el artículo 6 N° 6 del Acuerdo de Escazú, están redactadas en términos muy amplios que permiten un gran margen de interpretación y respecto del cual, al no existir una consagración legal de reglas que guíen dicha interpretación y que brinden una homogeneidad en la aplicación del examen de intereses, puede resultar peligroso. Así las cosas, destaca lo mencionado respecto a la aplicación desigual de este examen en el Consejo para la

99 Ley N° 20.285 de 2008.

Transparencia, que, como se señaló, lo aplica solo a veces. Por otro lado, en lo referido a los pronunciamientos de los tribunales nacionales a los que se hicieron alusión a lo largo del trabajo, se evidencia que hay una interpretación diametralmente dispar entre los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, lo que conlleva a una manifiesta incerteza jurídica respecto de este derecho.

Asimismo, es relevante destacar la posibilidad de los titulares de proyectos de solicitar la exclusión de información que cimientan el proceso administrativo de evaluación de impactos ambientales, sobre la base de la excepción amplia del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia¹⁰⁰ relacionado a los derechos comerciales y económicos. Como se revisó, el artículo 8° de la Constitución Política establece que la regla general es que la información en poder de la Administración del Estado es pública y que, solo por aplicación de las causales establecidas por una ley de quórum calificado, el acceso a la información puede ser restringido. Sin embargo, el artículo 27 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, al incluir la posibilidad para los titulares de los proyectos de invocar provisiones como la señalada, implica un riesgo de reserva de información que debería ser pública.

Se entiende que bajo ningún contexto el titular de un proyecto es el intérprete de una norma, por lo que el titular solamente solicita su exclusión. Pero, luego, esta posibilidad, que permite que dicha solicitud sea presentada sin justificar la motivación de ello, implica que la autoridad competente no está en condiciones de determinar si aquella solicitud responde efectivamente a motivaciones legítimas y contar con las herramientas para balancear adecuadamente la admisibilidad de dicha solicitud.

Por lo tanto, el Servicio de Evaluación Ambiental, de acoger dicha solicitud, limitará el derecho de acceso a la información, que, como es conocido, es un derecho de acceso importante para el ejercicio efectivo de otros derechos tanto de acceso como fundamentales. Entonces, adoptar una decisión en una situación en que no se cuenta con evidencia suficiente aportada por el solicitante puede poner en riesgo el acceso a la información sobre bases poco fiables. En este sentido es relevante recordar el reproche de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace quince años atrás a nuestro país en esta materia y que sigue siendo un problema hoy en día:

100 Ídem.

“Las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información”¹⁰¹.

Por otro lado, si bien existe la posibilidad de cuestionar esta denegación de acceso a la información por medio de la interposición de un amparo ante el Consejo para la Transparencia, no siempre es suficiente, toda vez que dicha información será excluida durante el periodo en que esta situación no sea cuestionada por una persona que se sienta perjudicada por ello, bajo la premisa de un conflicto al interés del titular del proyecto en sus derechos económicos e industriales, que realmente no se basa en una argumentación de hechos constatables. En otras palabras, durante el periodo en que esta reserva de información no ha recibido un cuestionamiento ante el Consejo para la Transparencia, la reserva se habrá otorgado por un órgano de la Administración que no se encuentra en condiciones de aplicar la prueba de interés público y ponderar correctamente el interés de retener la información y el interés público de divulgarla, teniendo en cuenta los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Esto conlleva a la conclusión de que, si nadie cuestiona esta medida, la información podrá considerarse confidencial o secreta sin necesidad de invocar una causal de excepción válida que hubiere sido declarada por una ley de quórum calificado, como lo mandata el artículo 8° de la Constitución Política. Este artículo, al señalar que no se permiten otras causales de exclusión fuera de una ley de quórum calificado, implica que los fundamentos invocados para mantener información como secreta o confidencial será válida en tanto se pruebe que afecta el derecho de las personas, y, en este caso, del titular de un proyecto. Por consiguiente, la inexistencia de una obligación de motivación de la solicitud puede dar pie a abusos en que no solo se excluya información industrial o financiera, sino que cualquier otra que el titular prefiera mantener en reserva, porque, como se dijo, el conocimiento es poder.

Finalmente, como se puede apreciar, a pesar de contar con una institucionalidad especialmente dedicada al derecho de acceso a la información y de tener una consagración implícita en nuestra Constitución Política, de todas las situaciones problemáticas abordadas a lo largo de esta presentación, se siguen evidenciando barreras para la ciudadanía de mantenerse

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 58(d).

informada respecto de aspectos relativos sobre el medio ambiente –que, como se mencionó, es considerado un interés público *per se*–, y han creado un campo fértil de discrecionalidad y arbitrariedad en la clasificación de información como secreta, reservada o confidencial, producto, principalmente, de la falta de una consagración legal de un examen de intereses que brinde homogeneidad en la interpretación de las excepciones. Por lo tanto, a Chile todavía le queda camino en lograr alcanzar los estándares mínimos que el Acuerdo de Escazú¹⁰² establece para una correcta protección y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

——— (2010): “El acceso a la información pública y la justicia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° XXXIV N° 18.

COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 18.

COMISIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASIA Y EL PACÍFICO (2007): “What is good governance?”. Disponible en línea: <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”, CIDH/RELE/INF.7/12. Disponible en línea: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20americas%202012%2005%2015.pdf>>.

102 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 (2018).

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1994): “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Resolución E/CN.4/1995/32. Disponible en línea: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1995/32>>.
- FENSTER, Mark (2010): “Seeing the State: transparency as metaphor”. Disponible en línea: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=facultypub>>.
- FLORINI, Ann (2007): “The right to know: transparency for an open world”, 1ª edición (Nueva York: Columbia University Press).
- HOVELL, Devika (2014): “The deliberative deficit: transparency, access to information and UN sanctions”, en FARRALL, Jeremy y RUBENSTEIN, Kim (eds.), *Sanctions, accountability and governance in a globalised world*, 1ª edición (Cambridge: Cambridge University Press).
- KNOX, John y TORRES, Valeria (2020): “El derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, 1ª edición (Argentina: Universidad Nacional del Litoral).
- LEME, Paulo (2020): “El Derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, 1ª edición (Argentina: Universidad Nacional del Litoral).
- MCDONAGH, Maeve (2013): “The right to information in International Human Rights Law”. Disponible en línea: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30698.pdf>>.
- MÉDICI, Gastón (2018): “El Acuerdo de Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IX, N° 1.
- MORAGA, Pilar (2012): “Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX.
- ROBERTS, Alasdair (2011): “Structural pluralism and the right to information”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 51, N° 3.

NORMATIVA CITADA

- 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 (2018) o Acuerdo de Escazú.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) o Pacto de San José de Costa Rica.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).
- Decreto Supremo N° 778 (29 de abril de 1976). Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.
- Decreto Supremo N° 873 (5 de enero de 1991). Aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.
- Ley N° 19.300 (9 de marzo de 1994). Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.653 (3 de diciembre de 1999). Sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Órganos de la Administración del Estado.
- Ley N° 20.050 (26 de agosto de 2005). Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.
- Ley N° 20.285 (20 de agosto de 2008). Sobre Acceso a la Información Pública.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional, Rol N° 519-2006-INA, 5 de junio de 2007, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 3°, 12 y 14 de la Ley N° 17.311, en relación con diversas causas seguidas ante el Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300).
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2982-2016, 27 de diciembre de 2016 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 3111-201623, de marzo de 2017 “Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 5 inciso segundo de la Ley 20.285
- Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5 inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285).
- Corte Suprema, Rol N° 24564-2018, 31 diciembre 2018, “Consejo para la Transparencia con Timmermann”.
- Corte Suprema, Rol N° 24561-2018, 31 diciembre 2018, “Servicio de Impuestos Internos con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.
- Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A”.
- Corte Suprema, Rol N° 31927-2019, 25 agosto 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”.
- Corte Suprema de India, 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De La Carrera con Carabineros de Chile”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° A115-09, 22 de septiembre de 2009, “Pacheco con I. Municipalidad de Providencia”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C227-10, 7 de diciembre de 2010, “Obando con Servicio Nacional de Pesca”.

- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1407-15, 6 de octubre de 2015, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C2454-17, 31 de octubre de 2017, “Hinostroza con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C2771-19, 9 de enero de 2018, “Silva con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, 21 de junio de 2020, Rol N° C6219-19, “Oceana INC con Subsecretaría de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3136-19, 2 de junio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C838-20, 9 de junio de 2020, “Teca con Dirección Regional de Aysén del Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1759-20, 28 de julio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11771-2015, 31 de mayo 2016, “Oceana INC con Consejo para la Transparencia”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, “República Oriental del Uruguay” (Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A N° 6).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004, “Herrera Caso Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (2006) (fondo, reparaciones y costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, caso Gomes Lund y otros vs. Brasil (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, “República de Colombia” (Opinión Consultiva OC-23/17).

LA INSERCIÓN DEL ACUERDO DE
ESCAZÚ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ARGENTINO EN MATERIA AMBIENTAL.
APORTES PARA PENSAR UNA GOBERNANZA
URBANA PARTICIPATIVA

THE INSERTION OF THE AGREEMENT OF ESCAZÚ INTO THE
ARGENTINIAN ENVIRONMENTAL LEGAL SYSTEM. CONTRIBUTIONS TO
THINK OF A PARTICIPATORY URBAN GOVERNANCE

Nadia Virginia Bressan Bernhardt

Abogada por la Universidad nacional del Litoral, Argentina
Profesora titular de Régimen Legal de la
Comunicación Audiovisual en la Universidad de Concepción del Uruguay
Integrante del Observatorio de Derecho a la Ciudad,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)
nadiabressan.b@gmail.com

RESUMEN: Las ciudades son espacios en los cuales transcurre la vida de la mayoría de las personas. Allí se tejen relaciones muy variadas entre lo cultural y lo natural, dando lugar al “ambiente urbano”. Estos espacios se presentan como la democracia en su dimensión territorial, siendo la participación ciudadana un elemento fundamental de la vida democrática. Dicha participación requiere el acceso previo a información. El Acuerdo de Escazú, entre otros instrumentos legales internacionales, ha acogido a estos derechos bajo el nombre de “derechos de acceso”, generando estándares internacionales de participación ciudadana en materia ambiental y contribuyendo a perfilar la legislación argentina, que los recoge en diversas normas.

La forma federal bajo la cual se organiza el país da lugar a realidades diversas en materia de derechos de acceso a escala local. Por ello, este trabajo propone un recorrido por la legislación nacional existente, analizando la inserción y los aportes que realiza el Acuerdo de Escazú a este marco normativo, a la vez que se propone utilizar estos elementos como insumo para sentar las bases de una democracia ambiental a escala urbana que dé cuenta de la importancia de los derechos de acceso en la tutela del ambiente en tanto bien colectivo, llenando los vacíos legislativos que hoy a nivel local existen.

PALABRAS CLAVE: derechos de acceso, democracia ambiental, ambiente urbano, ordenamiento jurídico, gobernanza urbana.

ABSTRACT: Cities are spaces where most people spend their lives and where different types of relationships between culture and nature take place, creating an “urban environment”. The city can be seen as democracy in its territorial dimension, being civic involvement a vital element of democratic life. That involvement requires previous access to information. The Agreement of Escazú, among other international legal instruments, have recognized these rights under the name of “Rights of Access”, creating international standards of civic involvement in environmental affairs and contributing to define the Argentinian legislation which gathers them up on different norms.

The federal form of the country allows diverse realities at local scale in relation with rights of access. Because of that, this work proposes a path through the existent national legislation, analyzing the insertion and contributions made by the Agreement of Escazú to that legal frame, suggesting at the same time to use those elements as inputs to set the bases of an environmental democracy at urban scale, proving the inseparable relationship between Human Rights and Rights of Access in the protection of environment as a collective good.

KEYWORDS: rights of access, environmental democracy, urban environment, legal system, urban governance.

1. INTRODUCCIÓN

Las ciudades son los espacios en los cuales transcurre y se desarrolla la vida de la mayoría de las personas. A nivel mundial, la tasa de urbanización supera el 50 %, pero si miramos lo que sucede en América Latina, nos encontraremos con que dicha cifra trepa al 80 %, y, en el caso argentino, la misma supera el 90 %¹. Estos números hacen evidente la necesidad de mirar con más atención lo que sucede en las ciudades y en la gobernanza de las mismas.

Según BORJA, la ciudad es el lugar donde se concretizan o se vulneran los derechos humanos. Una afirmación tan fuerte tiene su lógica, ya que los

1 CEPAL (2017), (s.p.).

derechos humanos que nos vengan a la mente, como salud, educación, ambiente sano, vida, etc., se garantizan, se disputan, se conquistan, se ganan y se pierden en las ciudades. Por ello, este autor añade que la ciudad es la democracia en su dimensión territorial. La misma es el lugar donde la sociedad se escenifica, muestra su diversidad y sus contradicciones, expresa sus demandas y sus conflictos².

La participación ciudadana constituye un elemento fundamental de la vida democrática. El voto, el derecho a difundir y recibir información, el derecho a expresar la opinión sin ser molestado y el derecho a ejercer la libertad de prensa constituyen diversos canales a través de los cuales aquella se manifiesta. Sin embargo, con el paso del tiempo, ha ido germinando en América Latina la necesidad de utilizar mecanismos de participación que garanticen condiciones a los ciudadanos, para poder desempeñar un papel más activo en el rumbo de las ciudades que habitan, haciendo propias las decisiones sobre el futuro de las mismas. Estos mecanismos han contribuido a aportar mayor diversidad y calidad democrática a las decisiones que nutren a la gobernanza urbana.

Ahora bien, en aquellos procesos de toma de decisiones en donde se encuentren involucradas cuestiones ambientales, el asunto adquiere particular relevancia, puesto que el ambiente constituye un bien colectivo en el cual se desenvuelve la vida misma. Además, en un contexto de crisis ecológica a escala global, resulta especialmente importante que los ciudadanos puedan tomar las riendas de lo que sucede con la naturaleza tanto fuera como dentro de las ciudades. A menudo, cuando pensamos en el derecho humano al ambiente sano, lo visualizamos por fuera de la ciudad, garantizado o vulnerado en espacios naturales, pero lo cierto es que nuestra vida diaria se desarrolla en un ambiente particular, el ambiente urbano.

En junio de 2012, diez países de América Latina y el Caribe realizaban la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20). En ese momento quizá nadie podría imaginar que esa semilla originaría, años más tarde, un tratado internacional jurídicamente vinculante.

2 BORJA (2012), p. 1.

En el trayecto recorrido, y antes de llegar al Acuerdo de Escazú, Argentina fue sancionando regulaciones en el ámbito nacional, donde comenzó a aparecer la participación ciudadana a través de diversos mecanismos. Este Acuerdo viene a insertarse en este esquema normativo, dando un nuevo impulso que permite funcionar de respaldo a los derechos de acceso a escala local, incluso cuando no existan dispositivos normativos en la materia a nivel municipal o cuando los mismos, en caso de existir, sean deficientes. Se pretende sentar las bases para que los ciudadanos desarrollen un rol más activo en la toma de decisiones ambientales y, por qué no, decidiendo el rumbo de la ciudad. Se busca que esta participación sea abierta e inclusiva, con el propósito de que toda persona interesada pueda incidir jurídica y fácticamente en los procesos de toma de decisiones, haciendo posible una plena, real y efectiva participación pública³.

En el presente trabajo se propone un recorrido por conceptos como gobernanza, participación e información a través de diversas legislaciones argentinas de escala nacional. Finalmente se plantea una primera aproximación que nos permita pensar el desarrollo de la democracia ambiental a escala urbana construida sobre la base argumental dada por la normativa nacional, reforzada por el Acuerdo de Escazú.

2. LA CIUDAD COMO INTERFASE ENTRE NATURALEZA Y CULTURA

La ciudad es el espacio donde confluyen de modo preferente el sistema físico natural y el sistema cultural. Así, pues, la planificación medioambiental de la ciudad no solo debe partir de la consideración de las variables del medio físico, sino también de los agentes sociales, de los ciudadanos en interacción con lo natural⁴.

La palabra cultura proviene del latín *cultus* que significa cultivado, pensándolo así, las ciudades son cultivadas, moldeadas, están repletas de intervenciones humanas. Pero, sin dudas, las mismas cuentan con biodiversidad, como árboles, plantas, pájaros, reservas urbanas, etc., constituyendo un ambiente urbano que interactúa con otros ambientes que lo rodean. En Argentina esta tesitura comenzó a plantearse –al menos en el campo jurís-

3 HERNÁNDEZ (2020), p. 113.

4 SANDIA (2009), p. 22.

prudencial— a partir de un interesantísimo fallo⁵ del año 1997, en el que se plasma la discusión entre dos vecinos en torno a unos robles añosos que estaban plantados a menos de tres metros de un muro medianero —incumpliendo lo dispuesto en el artículo 2628 del Código Civil de ese momento, ya derogado— y que provocaban molestias como caída de hojas y corteza. A partir de allí se traba la *litis* en torno a una regla ubicada en la órbita del derecho privado y en el paradigma de los derechos individuales. Sin embargo, el juez interviniente en la causa plantea una idea muy interesante al mencionar que esos árboles constituían parte de la biodiversidad de la ciudad, y que la discusión giraba en torno a un bien colectivo como lo es el medio ambiente sano, tutelado en el artículo 41 de la Constitución Nacional, para entonces recién reformada con el ingreso de este derecho, entre otros. Así las cosas, no hace lugar a la remoción de los árboles solicitada por la actora, sino que impone al demandado la obligación de podar ramas y realizar un tratamiento a los árboles para que los mismos no desprendan corteza, pero los deja donde están, al realizar un juicio de ponderación entre derechos individuales y colectivos e inclinando la balanza en favor de estos últimos⁶.

Según FALCÓN, las ciudades constituyen importantes células dentro del tejido social de cualquier nación, no solo por su complejidad sino también por su diversidad, historia y riqueza cultural⁷. Considerando esta compleja trama de interacción entre lo natural, la biodiversidad, las personas, la ciudad como obra y la propia “alma” de las ciudades, es que empieza a hacerse manifiesta la necesidad de manejar la ciudad —en esencia colectiva, en el todo y en las partes— de forma participativa. Por esto, la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas se transforma en un pilar fundamental de la defensa del ambiente urbano y la identidad cultural. Las personas, los ciudadanos, son los verdaderos “dueños” de la ciudad y por ello deben ser importantes actores en la gobernanza urbana.

En este punto resulta interesante plantear la fundamentación de dicha participación de forma relacionada con lo que en su momento fue el debate por la paridad de mujeres en los cargos electivos en varias provincias de Argentina. En esa coyuntura, se dijo, “las mujeres tenemos que estar

5 “Quintan S.A. con Mujica” (1997).

6 BERNHARDT y BALAUDE (2016), p. 1.

7 FALCÓN (2017), p. 446.

porque somos el 50% de la población”⁸. Hoy, pensando en la ciudad, se puede decir que los ciudadanos deben estar presentes en la toma de decisiones a escala local porque somos la ciudad, ya que no hay ciudad sin ciudadanos, a la vez que no hay ciudadanos sin ciudad, se trata de una relación de implicancia mutua. El debate por lo colectivo debe incluir a la mayor cantidad de actores posibles, enriqueciendo la mirada y la toma de decisiones en todo lo atinente a la vida en la ciudad, pero especialmente en los asuntos ambientales en un contexto de crisis ecológica a escala global.

Entonces, implementar un esquema participativo apunta a diseñar nuevas formas de construcción de lo urbano, abriendo posibilidades que abonan a la discusión de alternativas más democráticas, garantizando una ciudad más sustentable, igualitaria, culturalmente valiosa y, por sobre todas las cosas, participativa y transparente, donde tenga lugar una gobernanza que reconozca la importancia de los propios ciudadanos.

3. PRIMERAS PRECISIONES:

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE GOBERNANZA URBANA?

La gobernanza es un concepto que emerge como recomendación de “buenas prácticas” de gobierno por los organismos de financiamiento internacional para acceso al crédito en el contexto de reestructuración estatal de los 90. LEA IVO caracteriza al surgimiento de la categoría gobernanza en Latinoamérica entre los procesos históricos de redemocratización de los países del continente y los procesos de reformas neoliberales. Las demandas ciudadanas insatisfechas por un Estado bienestarista en crisis genera un marco que incluye la habilitación y legitimación de otros actores en la escena política propiciando nuevas articulaciones con las organizaciones de la sociedad civil o los gobiernos locales, y también con instancias supranacionales como las estructuras gubernamentales de los bloques interestatales, como la Unión Europea o los organismos internacionales como nuevos escenarios de discusión de agendas públicas. Las reglas que se van estableciendo proponen un patrón de interacciones de actores estratégicos en multiplicidad de niveles de negociación y articulación⁹. En los 90, la

8 PAUSA (2020), *passim*.

9 FERNÁNDEZ *et al.* (2017), p. 3.

teoría de la gobernanza adquiere relevancia como categoría que expresa un nuevo modo de gobernar. Cuando un modelo de coordinación no jerárquico-burocrático comienza a imponerse emergen en el ámbito del debate académico dos “directrices” como formas alternativas para la gobernanza social: una basada en los principios del mercado y centrada en la eficiencia de la gestión, y otra que pone atención en los principios de la auto organización horizontal de los distintos actores que construyen la ciudad. Una visión con pretensiones de mayor democratización y la otra de mayor eficiencia. Se imponen como estrategias de gestión legítima de la cosa pública la cooperación, la constitución de redes, los procesos de descentralización territorial de las decisiones, la eficiencia, etc., reconociéndose la tensión entre los principios organizativos mercantilistas y los democratizadores mencionados. Dentro de las concepciones más mercantilistas, es valioso recuperar algunas nociones de HARVEY, quien plantea:

“El poder para organizar el espacio derivaría de todo un conjunto de complejo de agentes sociales, dentro del cual el gobierno local y la administración urbana tan sólo desempeñaría una función facilitadora y de coordinación”¹⁰.

Es en esta relación de fuerzas donde las coaliciones y alianzas entre dichos agentes van a determinar la dirección del proyecto urbano y la manera en la cual se va a organizar el nuevo empresarialismo urbano. Efectivamente, las nuevas formas de gobierno urbano estarían funcionando como una suerte de *partenariado*¹¹ entre las administraciones públicas y algunas empresas, grandes o pequeñas, agentes sociales y culturales, instituciones, etc., dentro de una estrategia tanto de consenso como de movilización.

10 GARCÍA y MOLINA (2010), p. 1.

11 Según Harvey, las características de este *partenariado* serían, por un lado, la firme *alianza entre el sector público y el sector privado* y el carácter empresarial de la misma, por la cual el negocio privado funciona de manera conjunta con el poder local para atraer fuentes de financiación externa, inversiones directas o creación de empleo. Por otra parte, el segundo componente que caracterizaría al empresarialismo urbano es *la mejora de la posición competitiva de cada ciudad* con respecto a la división espacial del consumo, a través de la oferta de una determinada calidad de vida, de la innovación cultural y de la mejora del entorno físico urbano, todo ello mediante estrategias de regeneración urbana centradas en el espacio como lugar de consumo, en el ocio y los eventos. La creación de una identidad y un imaginario propio de la ciudad, así como la apuesta por la gestión de grandes eventos, pasan también por pequeñas operaciones de remodelación del centro urbano, la inclusión de arquitecturas de firma que espectacularicen la escena urbana.

De ello resultaría la importancia del análisis de redes de políticas o *policy networks*, que incluyen desde las organizaciones de la sociedad civil hasta las entidades empresarias, en acuerdos neocorporativos entre agencias públicas y actores privados. Autores como PRATS, destacan que las mencionadas interacciones, la constitución o emergencia de determinados actores como “estratégicos” y los diferentes tipos de articulaciones se dan en un marco político institucional que los posibilita o propicia.

Según FERNÁNDEZ, la gobernanza, entonces, “implica comprender las reglas que van configurando las interacciones entre actores estratégicos en la formulación e implementación de las políticas”, “conocer cuál es la trama de actores y los acuerdos o decisiones logrados” y “quiénes y cómo son las operaciones estratégicas de actores claves”, en este caso, en la configuración del espacio de gestión de lo urbano¹².

Según lo comentado, la ciudad se constituye como un espacio en el que se tejen diversas relaciones no exentas de tensión, planteándose luchas por las definiciones legítimas de los objetos y prácticas en la toma de decisiones públicas. En torno a estas últimas, toma especial importancia la idea de información, como insumo necesario para poder ser parte de las discusiones y de la toma de decisiones en el ámbito de lo urbano.

4. ¿POR QUÉ TIENE QUE HABER PARTICIPACIÓN A ESCALA URBANA?

La ciudad y el barrio son mucho más que una sumatoria de vecinos, sino que se construyen a partir de la diversidad de población que se identifica con un espacio y una historia en común. Las ciudades alojan personas, patrimonio cultural y arquitectónico, a la vez que cuentan con biodiversidad, generando un ambiente particular: el ambiente urbano.

Pensar una gestión de las problemáticas urbano-ambientales, enriquecidas de la mano de la participación de una ciudadanía informada y activa, puesto que ya no es posible admitir que las decisiones relativas a bienes colectivos recaigan en unas pocas manos. Es necesario que estemos todos, simplemente porque las personas, los ciudadanos, somos quienes hacemos la ciudad. Resulta innegable que cualquier intervención en materia ambiental tiene múltiples y complejas implicancias que afectan directa

12 FERNÁNDEZ *et al.* (2017), p. 3.

e indirectamente a la población que vive en ese lugar, por lo tanto, la decisión que genere un impacto externo debe construirse con la mayor legitimidad posible o, en otras palabras, debe ser adoptada democráticamente. Esto último adquiere gran relevancia si pensamos el contexto de crisis ecológica y de cambio climático en el que estamos inmersos. Asimismo, participar responde a la idea de mejorar la eficiencia de la gestión pública en la medida en que es capaz de construir consensos obteniendo resultados que cuenten con la aceptación de un amplio número de personas y, además, mejora el rendimiento institucional por cuanto amplía la capacidad de las instituciones públicas para responder a las necesidades sociales.

A pesar de la importancia de la participación ciudadana, la gran mayoría de los municipios argentinos no cuentan con ninguna clase de disposición en la materia. En este punto reside la fortaleza de notar que la ciudad es un ambiente más. Pensarlo de esta manera nos permite bajar toda la normativa nacional e internacional sobre participación ciudadana e información pública a un nivel local, construyendo una verdadera democracia ambiental desde abajo. Esta construcción resulta especialmente importante, ya que, como se mencionó más arriba, América Latina, en general, y Argentina, en particular, presentan tasas altísimas de urbanización. Por ende, la vida en la ciudad y la participación democrática en la gestión de lo ambiental a nivel urbano resulta de capital importancia.

La ciudadanía tiene que ser parte de la toma de decisiones a nivel local, marcando el ritmo y el futuro de la ciudad a través de un urbanismo participativo, que recoja los deseos, los anhelos y los sueños de quienes le dan razón y sentido a la ciudad en sí misma. Para darle lugar a esa participación, es necesario generar canales de acceso a información clara y precisa.

4.1. Pensando en clave local: el acceso a la información como el ABC de la participación ciudadana

Según DI PAOLA y CASTILLO, pocos años después de la caída del Muro de Berlín, junto con la transición en muchos países en desarrollo hacia regímenes democráticos y el surgimiento de diversos movimientos de organizaciones sociales, se inició el reconocimiento de la democracia ambiental, y la participación pública adquirió un rol protagónico en los procesos

de toma de decisiones¹³. Este paradigma se fue consolidando a través del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, acordada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que incorporó a los llamados “derechos de acceso” (información, participación y justicia), en forma interrelacionada e interdependiente. En dicho principio se establece que:

“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 peligros en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”¹⁴.

El norte marcado por la Convención de Río de 1992 respecto de la participación de las personas y la gestión más bien “colectiva” del ambiente a partir de un necesario acceso a la información por parte de los ciudadanos fue recogido por primera vez en un tratado internacional vinculante para las partes, que se dio en llamar “Convenio de Aarhus”¹⁵, es decir, el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptado en la Conferencia Ministerial Medio ambiente para Europa, celebrada en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998¹⁶. Como indica GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, su objetivo es proteger el derecho y deber de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, al medio ambiente (art. 1) y regula

13 DI PAOLA y CASTILLO (2020), p. 38.

14 Convención de Río de Janeiro de 1992.

15 SALAZAR (2014), p. 3. Apunta que el Convenio de Aarhus fue el primer texto internacional a nivel global que fue negociado con la colaboración de las ONG y que incluso aseguró la presencia de estas en los Encuentros de las Partes.

16 A partir de este momento, el Convenio de Aarhus fue firmado tanto por la Comunidad Europea como por todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como por otros Estados, entre ellos, aparte de diversos Estados europeos, Estados Unidos, Canadá, Australia e Israel. El Convenio entró en vigor el 30 de octubre de 2001.

los tres pilares para su protección: primero, el derecho de las personas al acceso a la información ambiental; el segundo, el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones, y, por último, la garantía de acceso a la justicia, es decir, el derecho a entablar un proceso administrativo o judicial para oponerse a las acciones u omisiones de los particulares y las autoridades públicas que infrinjan las normas de medio ambiente¹⁷.

En el ámbito americano, la importancia capital del derecho a la información ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Reyes”. Allí, valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos, el tribunal fijó tres requisitos de validez que deben reunir las restricciones al derecho de acceso a la información pública. En primer término, “deben estar previamente fijadas por ley”. Se entiende que, por estar involucrado en las restricciones un derecho consagrado en la Convención y en la Constitución, se trata de una ley en sentido estricto, esto es, normas de alcance general dictadas por el Poder Legislativo conforme el procedimiento constitucional previsto. En segundo lugar, la restricción debe obedecer a un objetivo permitido por la Convención en su artículo 13.2. Allí se admite realizar las limitaciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” a “la protección de la seguridad nacional, al orden público a la salud o a la moral pública”, también las que fluyan razonablemente de estas. Por último, el tercer requisito apunta a que la restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. El tribunal resalta que, en caso de existir varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe optarse por aquella que restrinja en menor medida el derecho tutelado. En otras palabras, la restricción debe ser conducente para alcanzar el logro de ese objetivo, pero siempre será admitida de forma excepcional¹⁸.

En el ámbito normativo de nuestra región, se dio un gran paso en materia de reconocimiento de los llamados “derechos de acceso” a través de la firma del llamado “Acuerdo de Escazú”. El mismo se celebró en Costa Rica el 4 de marzo de 2018, entrando en vigor del Acuerdo, se dio en abril de 2021, creándose un estándar regional sólido que debe ser defendido en cada Estado signatario, para darle vida a la democracia ambiental.

17 GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2013), p. 445.

18 FALCÓN (2017), p. 248.

Es importante que la interdependencia de estos derechos de participación, información y acceso a la justicia haya sido recogida por medio de instrumentos internacionales vinculantes como Aarhus y Escazú, pues la participación en la toma de las decisiones públicas en general, y en aquellas que involucren cuestiones ambientales en particular, no podría ser un derecho pleno si los ciudadanos que harán oír su voz en el proceso de toma de decisiones no cuentan con la información¹⁹ adecuada a través de la cual formar su opinión, asimismo tampoco podrán defender sus derechos si no cuentan con vías efectivas de acceso a la justicia. Estos derechos son los que permitirán ir creando el camino para alcanzar una gobernanza más plural de la cosa pública, dejando la puerta abierta para pensar en alternativas de gestión de lo urbano que abandonen el “urbanismo de despacho”. ¿Por qué es necesario pensar lo dicho desde una escala local?, pues porque las ciudades son los espacios más inmediatos de coexistencia de las personas, de interacción con el ambiente circundante y de relación con el propio Estado.

A pesar de la ya mencionada importancia de los derechos de acceso, reconocidos en la legislación argentina por medio de diversas normativas (especialmente relativas a la información ambiental y a la participación), que se vieron fortalecidas e impulsadas por la entrada en vigencia del Acuerdo de Escazú, son muy pocas las ciudades o comunas que cuentan con alguna normativa que permita efectivizar la participación ciudadana a escala local. Este es el gran desafío del Acuerdo de Escazú en el ámbito interno argentino, impulsar los procesos de democracia participativa a escala local, sirviendo de norte para la creación de legislación que permita darle un cuerpo concreto a los derechos de acceso por medio de mecanismos que canalicen y posibiliten la participación activa de la ciudadanía y el control de la res pública.

Dada la relación de mutua implicancia entre derecho a la información y derecho a la participación, se propone revisar las normas relativas a la temática a escala nacional argentina, buscando generar una estructura argumental que sirva de base para la fundamentación de la exigibilidad de

19 En este esquema de argumentación, Basterra entiende que el derecho de acceso a la información pública puede ser abordado desde cinco planos distintos: como derecho humano fundamental, como instrumento para la participación ciudadana, como elemento para garantizar otros derechos, como herramienta para mejorar la gestión pública y como instrumento de control de la res pública. BASTERRA (2006), p. 12.

los derechos de acceso a escala local, llenando los vacíos legislativos que en la materia se observan. Este busca ser un aporte que permita visibilizar la problemática, hilando argumentos que quizá contribuyan al impulso de normativa local específica “desde abajo”.

5. UN RECORRIDO NORMATIVO EN CLAVE NACIONAL POR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN ARGENTINA

Se ha sostenido que la participación ciudadana “es el ADN de la democracia”²⁰, no solo porque legitima el ejercicio del poder, sino porque además se constituye en un importante elemento de control, y, en cuestiones ambientales, deviene en un aspecto inherente a la gobernabilidad para la sustentabilidad²¹. La participación ciudadana contribuye a enriquecer el debate para tomar decisiones y a dotar de un gran respaldo a las mismas, ya que alojaron la discusión entre diversos actores y se construyeron en base a consensos colectivos. Riqueza de la que difícilmente puedan presumir las decisiones adoptadas por un grupo de representantes y detentadores de cargos políticos, que aunque originados de la propia democracia, plantean y ponen en debate una sola voz que puede ser diametralmente opuesta a lo que los ciudadanos realmente desean.

El Estado, entonces, debe asumir un rol activo y posibilitador²², que aporte diseño institucional y medios concretos para que estemos hablando

20 FALCÓN (2017), p. 450.

21 Ver WALSH *et al.* (2000), p. 78.

22 Este rol posibilitador fue apuntado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Yamata con Nicaragua” (2005). A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido sobre el tema al sostener que “[l]a participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”. Asimismo, entendió que “[...] el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple solamente a través del dictado de normativa que les otorgue un reconocimiento más bien formal, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de

de derechos propiamente dichos y no de “aleluyas jurídicas”²³. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que el advenimiento de la democracia contemporánea ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular. Es decir, no solo el derecho a intervenir en la elección de sus representantes, sino a participar en la actividad gubernativa²⁴. Estamos hablando, entonces, de ciudadanos y ciudadanas que puedan realmente ser parte de la discusión, decidiendo por lo colectivo en el día a día, no solo surgiendo como actores políticos de relevancia al momento de confirmar o rechazar lo hecho por sus representantes por medio de votaciones esporádicas en las elecciones.

En el caso argentino, debido a su estructura federal y por el carácter autónomo de las 23 provincias que la componen y lo mismo que en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), la normativa relativa –en este caso– a participación ciudadana puede encontrarse en el nivel nacional –por medio de leyes nacionales en la materia–; a nivel provincial –a través de leyes emanadas de las respectivas legislaturas provinciales con un ámbito de aplicación restringido al territorio provincial–, y a nivel municipal –por medio de ordenanzas–. Todos estos instrumentos jurídicos estarán ordenados jerárquicamente, debiendo las ordenanzas municipales –las inferiores– adaptarse a lo determinado en las leyes provinciales, y, a la vez, estas deberán ajustarse a lo previsto en la normativa nacional. Esa adaptación de las normas y esta especie de corsé jurídico que marca el nivel legislativo nacional en materia ambiental no es tan rígido como a simple vista podría parecer, ya que en realidad el nivel nacional en materia de presupuestos mínimos, por ejemplo, lo que hace es marcar pautas mínimas infranqueables, pero provincias y municipios podrían inclinarse por normas y disposiciones aún más protectorias en la materia²⁵.

debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos”.

23 Expresión utilizada por el doctor Guillermo Moro en MORO (2012), p. 60.

24 “Baeza con Estado Nacional” (1984).

25 Este sistema apareció en Argentina de la mano de la Ley N° 25.675 de Presupuestos Mínimos de Protección en Materia Ambiental de 2002, sistema que se repite en la Ley

Los principios que rigen la participación ciudadana, en particular, estarán integrados no solo por las normas federales y locales, sino también por las pautas marcadas por instrumentos legislativos internacionales a los que el país haya suscrito. A continuación, corresponderá hacer un análisis sobre las normas que constituyen los principios rectores en materia de participación ciudadana y derecho a la información sobre cuestiones ambientales dadas solamente a nivel internacional –con influencia a nivel nacional– y las determinadas por la Constitución Nacional y leyes nacionales en general. De lo mencionado, se destaca, a nivel internacional, el Acuerdo de Escazú, siendo de relevancia a escala nacional la Ley General del Ambiente, la Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global y la Ley Nacional de Educación Ambiental.

5.1. Principios de la Ley General del Ambiente

La Ley N° 25.675, dictada en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional (reformada en 1994), consagra los presupuestos mínimos en materia ambiental y constituye una norma que, como su nombre lo indica, concede una tutela uniforme o común para todo el territorio nacional, teniendo por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. A lo largo de su articulado, dispone lo necesario para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable²⁶. En tal sentido, el artículo 2° de la referida norma establece que uno de sus objetivos será, entre otros, el de “c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión”. En el capítulo especial referido a participación ciudadana, la norma establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente que sean de incidencia general o particular. Asimismo, se impone la necesidad de acudir a procedimientos de “consultas y audiencias públicas” para autorizar actividades que “puedan tener efectos negativos y significativos sobre el ambiente”. Estas instancias de participación también deberán garantizarse

N° 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, del año 2007.

26 Ley N° 25.675 de 2002.

“en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio”²⁷. En este contexto, la Ley N° 25.675 establece:

“El proceso de ordenamiento ambiental teniendo en cuenta los aspectos políticos y físicos, [...] y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”²⁸.

Así las cosas, las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consulta y audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos sobre el ambiente²⁹.

Los dispositivos de participación que nos trae la ley, como audiencias públicas y consultas, marcan que se mira con desconfianza el hecho de que una decisión que afecta a un bien colectivo, como es el ambiente, quede solo en manos de la autoridad, habilitando, por ende, caminos que ofrecen participación a numerosos actores sociales³⁰. Sin embargo, lamentablemente el resultado que estos dispositivos arrojen no resulta vinculante para las autoridades convocantes, pero, en caso de que estas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, deberán fundamentarla y hacerla pública.

5.2. La participación en la Ley de Cambio Climático

La crisis climática y ecológica a escala global que se vive actualmente ha tomado tales dimensiones que ha motivado toda clase de acciones estatales en torno a su mitigación. Una de ellas ha sido la sanción de diversas leyes, por parte de diferentes países, en busca de destinar presupuesto y establecer estándares mínimos de protección ambiental frente al cambio climático. Argentina no ha sido la excepción, y en noviembre de 2019 se sancionó la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Adaptación y Mitigación del Cambio Climático, siendo esta una ley sumamente luchada e impulsada por los sectores ambientalistas de juventudes, lo cual

27 Artículo 21 de la Ley N° 25.675 de 2002.

28 Artículo 10 de la Ley N° 25.675 de 2002.

29 Ley N° 25.675 de 2002.

30 SABSAY y DI PAOLA (2003), p. 29.

marca un hito exitoso para el movimiento “fridays for future”³¹ que le dio peso a los y las jóvenes en cuestiones ambientales a escala global, poniendo el foco en lo que ellos tienen para decir respecto de la crisis climática. En este contexto, son las juventudes quienes, organizadas, vienen a patear el tablero, a exigir soluciones y una toma de decisiones participativa en asuntos ambientales.

Estas demandas sociales han sido recogidas en esta ley, cuyos objetivos son: establecer estrategias y medidas vinculadas al estudio del impacto, la vulnerabilidad y las actividades de adaptación al cambio climático que puedan garantizar el desarrollo humano y los ecosistemas; asistir y promover estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país; reducir la vulnerabilidad humana y de los ecosistemas ante el cambio climático, protegiéndolos de los efectos adversos³².

Dentro de las cuestiones interesantes planteadas a lo largo del articulado de la ley, podemos encontrar la creación del Gabinete Nacional de Cambio Climático³³, presidido por el jefe de Gabinete de ministros que tendrá como objetivo articular entre las distintas áreas de la Administración Pública el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático. Por su parte, el Gabinete creado deberá convocar a un Consejo Asesor Externo de carácter consultivo y permanente integrado por científicos, representantes de organizaciones ambientales, sindicatos, comunidades indígenas, universidades, centros de investigación públicos y privados y representantes de partidos políticos con representación parlamentaria³⁴. Por otro lado, la ley contempla la elaboración de un Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático que se actualizará con una periodicidad no mayor a los cinco años³⁵.

La información tiene un capítulo importante en esta ley, ya que se dispone la creación del Sistema Nacional de Información sobre Cambio Cli-

31 La referente e iniciadora de este movimiento ha sido la activista socioambiental Greta Thunberg, y hoy el reclamo de las juventudes por acción gubernamental frente al cambio climático se ha irradiado por todo el mundo.

32 Ley N° 27.520 de 2019.

33 Ídem.

34 Ídem.

35 Ídem.

mático³⁶ como instrumento para el diagnóstico y desarrollo de planes de respuesta para garantizar la transparencia y el monitoreo de medidas de mitigación, debiendo el Poder Ejecutivo generar un Informe Ambiental Anual, en el marco del Plan de Adaptación y Mitigación del Cambio Climático.

Por último, entre sus puntos salientes, la ley plantea la necesidad de que cada jurisdicción promueva procesos de participación entre todos los involucrados y actores interesados, públicos y privados para fomentar la sensibilización pública y promocionar la búsqueda de soluciones de forma conjunta y la planificación participativa³⁷. Específicamente, el artículo 25 de la Ley N° 27.520 habla de la participación en los siguientes términos:

“Cada jurisdicción debe promover procesos de participación entre todos los involucrados y actores interesados que conduzcan a la definición de las mejores acciones de adaptación y mitigación al Cambio Climático, como ser:

- a) Facilitar y proporcionar de forma continua, asistencia a todos aquellos actores interesados, públicos y privados, para evaluar los impactos del Cambio Climático, facilitando los conocimientos, los elementos, las herramientas y los métodos de evaluación disponibles.
- b) Promocionar la búsqueda de soluciones de forma conjunta y la planificación participativa.
- c) Fomentar la sensibilización pública.
- d) Aumentar las capacidades individuales, comunales y sectoriales.
- e) Constituir un proceso participativo de evaluación de la viabilidad de las opciones y medidas identificadas para integrarlas en la gestión de los distintos sectores y sistemas”.

Este último artículo plantea cuestiones muy interesantes respecto de la participación, ya que habla de la importancia de la “sensibilización”, que de hecho es un pilar necesario para pensar en una ciudadanía informada y que se implica en los asuntos que tienen como objeto a bienes colectivos de capital trascendencia, como es el ambiente.

36 Ídem.

37 Ídem.

5.3. La participación ciudadana en la Ley de Educación Ambiental

La Ley de Educación Ambiental Integral, recientemente sancionada, introduce nuevas regulaciones en materia de participación ciudadana. A efectos de esta ley, se entiende a la educación ambiental como un campo de intervención político-pedagógica que impulsa procesos educativos integrales orientados a la construcción de una racionalidad ambiental, en la cual distintos conocimientos, saberes, valores y prácticas ambientales confluyen y aportan a la formación ciudadana y al ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso³⁸.

En el marco internacional, la necesidad de una educación ambiental fue enunciada por primera vez en 1972, en la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano. En la Conferencia Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), celebrada en 1976, se creó un Programa Internacional de Educación Ambiental (PIEA), y un año más tarde, en la Primera Conferencia Internacional sobre Educación Ambiental de Tbilisi, se evidenció la necesidad de incluir la educación ambiental en la formación de todos los individuos y sociedades. En 1987, la UNESCO y el PNUMA realizaron un encuentro en Moscú: el Congreso Mundial sobre Educación y Formación relativo al Medio Ambiente, para establecer las estrategias de carácter curricular para la implementación de la educación ambiental a nivel internacional³⁹.

Una cuestión muy interesante de esta ley es la de reconocer que la educación ambiental es necesaria en todas las edades y sectores⁴⁰. Habitual-

38 Ley Nº 27.621 de 2021.

39 Fundamentos de la Ley Nº 27.621 de 2021.

40 En el artículo 2º de la Ley Nº 27.621 encontramos una propuesta bastante amplia, a saber: Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral (ENEAI): es el instrumento de planificación estratégica y de la aplicación de una política pública nacional permanente y concertada que alcance a todos los ámbitos formales y no formales de la educación, de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y medios de comunicación. Está dirigida a todas las edades, grupos y sectores sociales, con el fin de territorializar la educación ambiental mediante acciones en el corto, mediano y largo plazo. Estrategia Nacional para la Sustentabilidad en las Universidades Argentinas (ENSUA): es parte de la Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral (ENEAI) y tiene como objetivo promover la gestión en las universidades públicas y

mente, las leyes en materia de educación tienen como población objetivo a quienes están escolarizados, de ahí que esta norma presenta un punto de vista innovador al incluir a quienes han finalizado su período de formación elemental.

Por otra parte, la misma norma se refiere a la educación ambiental como un “proceso educativo permanente con contenidos específicos y transversales”⁴¹, buscando llegar a la formación de una conciencia ambiental. Apunta la ley en el mismo artículo 2º:

“Se trata de un proceso que defiende la sustentabilidad como proyecto social, el desarrollo con justicia social, la distribución de la riqueza, preservación de la naturaleza, igualdad de género, protección de la salud, democracia participativa y respeto por la diversidad cultural. Se busca el equilibrio entre diversas dimensiones como la social, la ecológica, la política y la económica, en el marco de una ética que promueve una nueva forma de habitar nuestra casa común”.

Más puntualmente en materia de participación ciudadana, el artículo 5º menciona los que serán los objetivos de la norma, y la letra b) establece:

“Promover y fortalecer el pensamiento crítico desde un enfoque complejo, aportando a la problematización de la cuestión ambiental como asunto histórico, situado y socialmente construido”.

Asimismo, la letra e) indica:

“Valorar e integrar los saberes populares y la multiplicidad de identidades culturales en la discusión de las problemáticas ambientales locales”.

privadas de todo el territorio nacional, a los fines de que dichas instituciones tengan herramientas para decidir incorporar la dimensión ambiental en todos los ámbitos que hacen a la vida universitaria, desde lo curricular a la gestión edilicia, la extensión y la investigación, con miras a la construcción de una cultura ambiental universitaria. Estrategia Jurisdiccional de Educación Ambiental Integral (EJEA): es la instrumentación y adecuación de la implementación de la Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral (ENEAI) en el ámbito provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante los mecanismos de articulación correspondientes para la institucionalización y materialización de programas, proyectos, acciones y espacios participativos que promuevan la expresión, visión y experiencia de los diferentes actores y sectores (especialmente estatales, académicos, educativos y de la sociedad civil), y que mediante su implementación generen líneas de acción en las políticas ambientales regionales y locales, la promoción de alianzas institucionales, la profundización, consolidación de procesos de gestión en el mediano y largo plazo en el campo de la educación ambiental.

41 Ley N° 27.621 de 2021.

Por último, es importante resaltar que el artículo 24 da cuenta de la importancia de contar con una ciudadanía informada y formada en la materia ambiental, para poder realizar el ejercicio cívico de participación en la discusión democrática en temas atinentes a bienes colectivos como el ambiente, y para que los ciudadanos conozcan y entiendan realmente la discusión y la implicancia de tomar tal o cual curso de acción, incluso en temáticas complejas. En este artículo se hace una alusión específica al Acuerdo de Escazú, como estándar internacional en materia de información y de participación ciudadana⁴².

5.4. Algunas precisiones sobre el derecho de acceso a la información ambiental reconocido en la legislación argentina

El marco regulatorio del derecho de acceso a la información, entendido como condición básica para poder ejercer otros derechos como el de participación, es fortalecido e impulsado por la inserción del llamado Acuerdo de Escazú en el ordenamiento jurídico argentino. Este marco jurídico encuentra como piedra angular a la llamada Ley General del Ambiente (LGA) N° 25.675; la Ley N° 25.831, que consagra el régimen de libre acceso a la información ambiental, y el Decreto Nacional N° 1172/2003, que tiende a regular, en términos generales, al acceso a la información pública. Asimismo, también resulta importante sumar los aportes realizados por la Ley Nacional de Cambio Climático y la Ley Nacional de Educación Ambiental, que también consideran el derecho a la información.

La LGA contempla numerosas disposiciones referidas a la información ambiental. En primer término, el artículo 2° letra i) establece entre los objetivos de la política ambiental nacional “organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma”. Concordantemente, el artículo 16 expresa que:

42 En el artículo 24 de la Ley N° 27 encontramos lo siguiente: “La autoridad de aplicación deberá garantizar en todas las políticas, acuerdos y acciones derivados de la presente ley el respeto de los derechos establecidos en el marco legal creado por la ley 25.831, Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, y 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 (Escazú) aprobado por ley 27.566”.

“Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”.

La idea de esta norma es completar el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional, por cuanto establece, en su parte pertinente, que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”. Este artículo, incorporado en la reforma constitucional de 1994, reconoce de manera explícita el derecho de todos los habitantes de solicitar y recibir información pública ambiental, pero en ese momento no se clarificó cómo se instrumentaría ese derecho, dejando el detalle para una ley específica.

Por otra parte, por medio del artículo 17 de la LGA, se creó un organismo encargado de sistematizar, ordenar y proporcionar la información ambiental al disponer que “la autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)”. Finalmente, determina que “las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él pueden provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”. La norma en cuestión resulta categórica, por cuanto coloca el deber de informar más allá del requerimiento individual de cualquier persona, y la eleva a un nivel institucional, como una obligación más en cabeza del Estado. La importancia de esta obligación no solo reposa sobre la rendición de cuentas que debe hacerse ante el órgano legislativo, sino también que apunta a construir un plan a largo plazo en materia ambiental, fijando metas y objetivos a corto, mediano y largo plazo.

Sobre las disposiciones que la Ley General del Ambiente contiene respecto del acceso a la información, aparecen dos normas que resultan fundamentales para garantizar este derecho, que, como ya se ha dicho, es condición esencial para el correcto ejercicio de la participación en los procesos de toma de decisiones.

Para comenzar, el artículo 2º de la Ley de Acceso a la Información Ambiental define la información ambiental como “toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular: a) el estado del ambiente o algunos de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; b) las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente”.

Siguiendo a FALCÓN, la importancia de producir información ambiental no solo reposa en la necesidad de efectivizar el derecho a la participación de la ciudadanía, sino que también constituye un elemento medular en la confección de indicadores confiables que permitan la ejecución de un plan ambiental sustentable a largo plazo, protegiendo el ambiente y el patrimonio cultural. En tal sentido, los Indicadores de Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental (IANCA)⁴³ constituyen instrumentos para cuantificar y evaluar los resultados logrados por los programas y políticas públicas en materia ambiental.

El artículo 3º de la misma norma conforma un importante pilar en lo que se refiere a la legitimación activa para solicitar información, pues dispone que:

“El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado”.

Es interesante resaltar que lo dispuesto por este artículo guarda relación con lo resuelto por el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus en el caso “Senda de Granada”, a partir de la comunicación presentada el 13 de mayo de 2008 por la Asociación para la Justicia Ambiental (AJA) conjuntamente con la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste, que

43 DI PAOLA (2006), p. 44.

tuvo origen en un “Convenio Urbanístico” entre el Ayuntamiento de Murcia y desarrolladores privados, cuyo objetivo era declarar suelo urbanizable a tierras circundantes al municipio, que estaban destinadas a desarrollos agrícolas por parte de vecinos del lugar y habían adquirido gran valor inmobiliario. La situación motivó el reclamo de los mismos, con infructuoso resultado. El mencionado Comité determinó que existió denegación del acceso a la justicia en el ámbito español, incumplimiento del deber de “cuantía razonable en el cobro de tasas para la entrega de información ambiental y ausencia de garantías de participación”⁴⁴.

Se plantea aquí algo interesantísimo, ya que la posibilidad de acceder a los datos no debe estar sujeta a ningún condicionamiento, simplemente debe venir del interés de informarse. El saber por el saber mismo es tutelado en la norma argentina, marcando que como regla la misma debe ser brindada de forma libre y gratuita. La amplitud en la legitimación activa va en concordancia con la naturaleza del derecho colectivo en cuestión, y con la importancia de la presencia del ojo público con lo que sucede respecto del ambiente.

5.5. Los orígenes del llamado “Acuerdo de Escazú”

Actualmente hay plena convicción –que aparece plasmada en instrumentos normativos nacionales e internacionales ya comentados– de que la mejor forma de tratar las cuestiones ambientales involucra necesariamente el efectivo reconocimiento y aplicación de los derechos de acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia, según lo establece el Principio 10 de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992.

Asimismo, con Río 92 se dio el puntapié inicial para que, tanto a nivel nacional como regional, comenzaran diversos procesos destinados a incor-

44 Las violaciones comunicadas fueron las siguientes: incumplimiento del criterio de “cuantía razonable” en el cobro de tasas por la entrega de información ambiental –artículo 4, párrafo 8 del Convenio–; ausencia de aplicación de las garantías de participación establecidas en el artículo 6 del Convenio en la aprobación de los instrumentos de planeamiento, al comienzo del proceso, “cuando todas las opciones estén abiertas y el público pueda ejercer una influencia real”, e incumplimiento de lo establecido en el artículo 9, sobre el derecho de acceso a la justicia en relación a la denegación de las medidas cautelares solicitadas y a la imposición de costas y de fianzas extraordinarias.

porar los derechos de acceso y al medio ambiente sano en sus respectivas legislaciones. Esta oportunidad se aprovechó en Argentina en la Reforma Constitucional de 1994, a partir de la cual se incluyó el derecho humano al medio ambiente sano en el artículo 41.

A nivel internacional, en la Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible de 1996, con el apoyo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los países miembros adoptaron diversos compromisos con miras a la promoción del desarrollo sostenible a través del fortalecimiento de la concientización social, y la amplia participación pública, la integración, la cooperación hemisférica, la equidad y la justicia social, con especial énfasis en las mujeres, los niños y los grupos en situación de vulnerabilidad⁴⁵.

En el ámbito del Mercosur, a través del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente de 2001, se reafirmó el compromiso con los Principios de la Declaración de Río 92, y se acordó promover en forma efectiva la participación de la sociedad civil en los temas ambientales⁴⁶.

La importancia de los derechos de acceso fue reconocida de forma amplia y extendida en diversos ámbitos internacionales, y la primera región que avanzó en la construcción y firma de un tratado regional vinculante en la materia fue Europa, a través de la Convención de Aarhus, en 1998⁴⁷.

La integración regional y la colaboración internacional entre Estados marcó el inicio de muchos documentos internacionales en torno a los derechos de acceso. Esto a su vez, más tarde o más temprano, motivó la sanción de normas en el ámbito doméstico de cada uno de los Estados involucrados.

Cuando los países de América Latina y el Caribe comenzaron a dialogar y debatir acerca del camino para darle fuerza legal a los derechos de acceso consagrados en el Principio 10 de Río, se abrieron distintas discusiones acerca de la conveniencia de adoptar un acuerdo propio, o bien adherir a la Convención de Aarhus, y se optó por la construcción de un convenio para América Latina y el Caribe. Es en este sentido que la iniciativa regional se presentó como un proceso de fortalecimiento de capacidades, tanto a

45 Declaración de Santa Cruz de la Sierra y Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas, Cumbres de las Américas sobre Desarrollo Sostenible de 1996.

46 Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR de 2001.

47 DI PAOLA y CASTILLO (2020), p. 40.

nivel del Estado como de la sociedad civil, el cual podría responder a las características, identidad y desafíos propios, proporcionando una respuesta latinoamericana a una problemática global que adquiriría en nuestra región tintes específicos.

Según DI PAOLA, la participación ciudadana ha sido, desde el inicio del movimiento ambiental, esencial para el reconocimiento de los derechos, y la sociedad civil, a través de la participación en el proceso de construcción del acuerdo desde el comienzo de su negociación ha sido clave para un avance positivo en la materia⁴⁸, ya que permitió empoderar a las comunidades, participando de manera significativa en las decisiones que afectan a su medio ambiente y calidad de vida, así como a lo atinente a la gobernanza de los recursos naturales⁴⁹.

Estos aportes llevados adelante por la sociedad civil (“el público”, como fue nombrado en el proceso), se fueron dando en paralelo a la negociación del texto final del Acuerdo. Ello demostró ser un elemento clave para elevar la ambición del instrumento, ya que un acuerdo sobre los derechos de acceso no podía ser coherentemente construido, si no había acceso por parte de la sociedad civil en el proceso de elaboración. Esto, sin dudas, marcó un hito en la diplomacia internacional, abriendo paso a la posibilidad de replicar este tipo de mecanismos en el ámbito doméstico de cada Estado participante.

Otra cuestión muy especial que rodeó al Acuerdo de Escazú es que la CEPAL creó el Observatorio sobre el Principio 10, para fomentar la difusión, conocimiento e implementación de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales en la región.

El Acuerdo se celebró en Costa Rica el 4 de marzo de 2018. Quedó abierto a la firma en septiembre del mismo año y los firmantes deberían luego ratificar el Acuerdo en sus instancias nacionales. Argentina fue uno de los países que llevó adelante esto, a partir de la sanción de la Ley N° 27.566, que aprobó el documento en octubre de 2020.

La entrada en vigor del Acuerdo se dio en abril de 2021, siendo este el inicio de un proceso y de una lucha que deberá darse en cada país, ya

48 DI PAOLA y CASTILLO (2020), p. 42.

49 KNOX y TORRES (2020), p. 124.

que es preciso que los gobiernos adecúen sus reglamentaciones para la protección de los derechos ambientales y cumplan con lo establecido no solo en el Acuerdo, sino en lo pautado en el Principio 10 de la Declaración de Río.

5.6. Algunas precisiones acerca del derecho de acceso a la información y a la participación en el Acuerdo

Como ya se ha comentado, el Acuerdo de Escazú consagra un estándar regional en materia de derechos de acceso en cuestiones ambientales. Dentro de estos derechos de acceso encontramos a la información, la participación y a la justicia. Particularmente aquí nos interesa ocuparnos de la relación entre participación e información.

No puede entenderse la información ambiental sin el acceso a la misma, a la vez que tampoco puede pensarse el ejercicio de la participación sin información sobre la temática a abordar. El derecho al acceso a la información está garantizado legalmente en diferentes países, incluso a nivel constitucional, en relación con el ya mencionado Principio 10 de Río 92.

Hay una indisociable relación entre la información y la participación ambiental, y encontramos este vínculo en la enunciación de los Objetivos del Acuerdo de Escazú, a saber:

“Artículo 1

Objetivo

El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.

Para el logro de este objetivo, el Acuerdo contempla la protección del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, en concordancia con el Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible, de las Naciones Unidas, referido a la justicia y las instituciones para la paz.

En este sentido, los Estados se comprometen a avanzar progresivamente en la implementación de derechos de acceso, sin retrocesos, y a rendir cuentas de los avances alcanzados ante las partes.

Los países firmantes del Acuerdo se comprometen, además, a garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental, en su poder o en su custodia, y facilitar en particular el acceso de personas o grupos en situación de vulnerabilidad (art. 5).

También deberán recopilar y poner a disposición del público la información ambiental relevante para sus funciones, de forma sistemática, proactiva y accesible, y actualizar esa información de forma periódica y desagregada a nivel subnacional y local (art. 6)⁵⁰.

La participación es mencionada específicamente en el artículo 7, a través de sus 17 números. Se destacan los tres primeros:

- “1. Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional.
2. Cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud.
3. Cada Parte promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones distintos a los mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente”⁵¹.

El texto del Acuerdo avanza, además, en algo muy interesante, que es que el derecho del público a participar incluirá la oportunidad de presentar

50 Ídem.

51 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 de 2018.

observaciones; que la difusión de las decisiones resultantes de las evaluaciones de impacto ambiental y de otros procesos que involucran la participación pública deberá realizarse a través de medios apropiados, que podrán incluir los medios escritos, electrónicos u orales, y que las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA A ESCALA LOCAL

El Acuerdo de Escazú refleja la voluntad de los gobiernos y la sociedad civil de América Latina y el Caribe de avanzar hacia sociedades más transparentes, participativas y sostenibles. La ratificación e incorporación de este Acuerdo a la legislación nacional argentina viene a poner de resalto la importancia de los derechos de acceso en materia ambiental. Estos derechos de acceso ya eran recogidos por la normativa nacional, pero no es menos cierto que Escazú vino a impulsar lo que ya se tenía y a marcar todo lo que aún queda por hacer. Desde la sanción de la Ley General del Ambiente han pasado casi veinte años, a partir de allí diversas normas ya analizadas han mencionado una y otra vez la necesidad de que las normativas locales contemplen mecanismos de participación ciudadana y de acceso a la información. A pesar de eso, son pocos los municipios que han adecuado su legislación para dar cabida a dispositivos que permitan una gestión participativa de lo urbano. Se han ensayado aquí una serie de argumentos que permiten justificar la participación ciudadana y el derecho a la información en cuestiones ambientales, a fin de intentar sortear el enorme vacío legal en la materia que se da a escala local.

Es necesario contar con una ciudadanía que se informe sobre sus derechos de acceso, que sepa que cuenta con herramientas brindadas por normativa nacional e internacional que avala su posibilidad de implicarse, debatir, actuar y controlar en lo relativo a la gobernanza urbana en materia ambiental. El contexto de crisis ecológica y de cambio climático sin dudas hace que estos derechos de acceso que consagran una “democracia ambiental” se vuelvan aún más importantes. Por su parte, la educación ambiental resulta fundamental para plantear nuevas formas de relación entre

los humanos y la naturaleza, construyendo una nueva ética que permita ponerle un freno a la crisis actual, mitigando sus efectos.

Es hora de que las ciudades, en tanto lugares en los cuales se desarrolla la vida de la mayoría de la población, cuenten con sistemas de gobernanza participativa, de la mano de un urbanismo participativo, que permita a los ciudadanos ser artífices de la ciudad que desean. En este sentido, resulta útil rescatar una frase de CONFUCIO que reza: “Explícame y me olvidaré. Muéstrame y lo recordaré. Hazme partícipe y entenderé”⁵². Ese es el camino a seguir para vivir en ciudades más justas y democráticas. Este texto espera ser un aporte en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BASTERRA, Marcela (2006): *El derecho fundamental de acceso a la información pública* (Buenos Aires: Lexis Nexis).

BERNHARDT, Nadia y BALAUDE, Cintia (2016): “La situación jurídica del árbol en la ciudad. Traducciones éticas que se permean en el ámbito legislativo latinoamericano”. Disponible en línea: <https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-102-03-03-2016/>.

BORJA, Jordi (2012): “Espacio público y derecho a la ciudad”. Disponible en línea: <https://debatstrebalsocial.files.wordpress.com/2013/03/espacio_publico_derecho_ciudad_jordiborja.pdf>.

CEPAL (2017): Estimaciones y proyecciones de población. Disponible en línea: <<https://www.cepal.org/es/temas/proyecciones-demograficas/america-latina-caribe-estimaciones-proyecciones-poblacion>>.

DI PAOLA, María Eugenia (2006): “Normas e indicadores ambientales: de la teoría a la realidad”. Disponible en línea: <<http://www.farn.org.ar/docs/p44.pdf>>.

DI PAOLA, María Eugenia y CASTILLO, María Laura (2020): “De Río 92 a Río+20. América Latina y el Caribe. ¿Que 20 años no es nada?”, en

52 VIENA (2014), p. 1.

- PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (Santa Fe: Ediciones UNL).
- FALCÓN, Juan Pablo (2017): “Ambiente urbano y participación ciudadana”, en SCHEIBLER, Guillermo (coord.), *Cuestiones de derecho urbano* (Buenos Aires: Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).
- FERNÁNDEZ, Silvana (2017): “Gobernanza urbana y construcción de sentidos sobre democracia, política y desarrollo en la ciudad de Córdoba. Recorridos y aprendizajes en el proceso de investigación”. Disponible en línea: <<https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/5911>>.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2013): “Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la sentencia Boxus”. Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5527800>>.
- GARCÍA, Eva y MOLINA, Patricia (2010): “De la gestión urbana al empresarialismo en la ciudad de Madrid”. Disponible en línea: <https://oa.upm.es/38254/1/INVE_MEM_2010_209188.pdf>.
- HERNANDEZ, Sergio: “Los nuevos derechos de acceso en materia ambiental: el caso del Acuerdo de Escazú”, en *Revista Estudios en Derecho a la Información*, vol. 9.
- KNOX, John y TORRES, Valeria (2020): “La importancia del Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (Santa Fe: Ediciones UNL).
- MORO, Guillermo (2012): “No regresividad y luchas por el sentido en el campo jurídico: el caso de los derechos sociales”, en PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (coords.), *La non régression en droit de l'environnement* (Bruselas: Bruylant).
- ORELLANA, Marcos (2020): “Escazú como la expresión del vínculo entre derechos humanos y ambiente”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (Santa Fe: Ediciones UNL).
- PAUSA, Periódico Digital (15 de mayo de 2020): “La lucha por la paridad es una lucha por más democracia”. Disponible en línea: <<https://www.>>

pausa.com.ar/2020/05/la-lucha-por-la-paridad-es-una-lucha-por-mas-democracia/>.

SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia (2003): “La participación pública y la nueva ley general de ambiente”, en *Anales de legislación ambiental*, vol. 14 (Buenos Aires: La Ley).

SALAZAR, Eduardo (2014): “La participación del público en la elaboración del derecho ambiental internacional: el Convenio de Aarhus”. Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=733704>>.

SANDIA, Luis Alfonso (2009): “El ambiente y el desarrollo sustentable en la ciudad latinoamericana”, en *Revista Investigación y Desarrollo*, vol. 17, Nº 2.

VIENA (2014): “Praxisbuch. Partizipation. Gemeinsam die Stadt entwickeln”, en *Stadtentwicklung* Nº 127. Disponible en línea: <<https://www.wien.gv.at/stadtentwicklung/studien/pdf/b008273.pdf>>.

WALSH, Juan Rodrigo *et al.* (2000): *Ambiente, derecho y sustentabilidad* (Buenos Aires: La Ley).

NORMATIVA CITADA

- Acuerdo (4 de marzo de 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.
- Declaración (8 de diciembre de 1996) de Santa Cruz de la Sierra y plan de acción para el desarrollo sostenible de las Américas.
- Declaración (14 de junio de 1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Ley Nº 25.841 (26 de noviembre de 2003). Aprobación de acuerdo marco sobre medio ambiente del Mercosur.
- Ley Nº 25.675 (6 de noviembre de 2002). Política ambiental nacional.
- Ley Nº 27.520 (20 de noviembre de 2019). Presupuestos mínimos de mitigación y adaptación al cambio climático.
- Ley Nº 27.621 (13 de mayo de 2021). Ley para la implementación de la educación ambiental integral en la República Argentina.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Baeza con Estado Nacional” (1984): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de agosto de 1984 (acción declarativa federal de inconstitucionalidad). Fallos: 306:1125.
- “Quintan S.A. con Mujica” (1997): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Buenos Aires, Sala II, 5 de agosto de 1997 (daños y perjuicios).

INJUSTICIA, RECONOCIMIENTO Y SUBJETIVIDAD JURÍDICA: LAS ZONAS DE SACRIFICIO ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES*

INJUSTICE, RECOGNITION AND LEGAL SUBJECTIVITY:
THE SACRIFICE ZONES BEFORE THE ENVIRONMENTAL COURTS

Francisca Andrea Standen Armijo

Estudiante de quinto año de Derecho de la Universidad de Chile
Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile
fran.standen.a@gmail.com

Luciano Rantes González Matamala

Egresado de Derecho de la Universidad de Chile
Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile
luciano.gonzalez.matamala@gmail.com

RESUMEN: En el presente trabajo desarrollaremos una revisión de las denominadas zonas de sacrificio y una propuesta de tratamiento de estas desde un enfoque de justicia ambiental como reconocimiento, su tratamiento jurisprudencial en cinco sentencias de nuestros tribunales ambientales, para finalmente analizar, desde el enfoque de justicia como reconocimiento, el correlato dogmático de los criterios propuestos por nuestros tribunales ambientales.

PALABRAS CLAVE: Zonas de sacrificio, justicia ambiental, justicia como reconocimiento, subjetividad jurídica, tribunales ambientales, procedimiento administrativo, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, procedimiento sancionatorio, tutela cautelar.

ABSTRACT: In this paper we will present a review of the so-called sacrifice zones and a treatment proposal from an environmental justice as recognition approach, their jurisprudential treatment in five judgments of our Environmental Courts, and finally a review from the perspective of justice as recognition, the dogmatic correlate of the criteria proposed by our Environmental Courts.

* Agradecemos especialmente a las investigadoras del Centro de Derecho Ambiental Ximena Insunza Corvalán y Ana Lya Uriarte Rodríguez por sus invaluable comentarios en el proceso de redacción de este artículo.

KEYWORDS: Sacrifice zones, environmental justice, justice as recognition, legal subjectivity, Environmental Courts, administrative procedure, Environmental Impact Assessment System, sanctioning procedure, precautionary guardianship.

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de las denominadas zonas de sacrificio ha sido abordado tanto por la doctrina y la jurisprudencia en materia ambiental. Resalta especialmente el caso de Quintero, Puchuncaví y Ventanas, caso en que la sentencia de la Corte Suprema ha sido ampliamente estudiada por la academia. Sin embargo, desde el año 2015, los tribunales ambientales también han conocido conflictos ocurridos en zonas de sacrificio, específicamente conflictos en los territorios de Coronel, Til Til, El Boro, Concón, Quintero y Ventanas, siendo estas sentencias el objeto de estudio del presente trabajo, en el que se analizará cuáles han sido las respuestas que los tribunales ambientales han presentado al conocer estos casos, centrados especialmente en los elementos de justicia ambiental que han incluido los tribunales en sus sentencias.

Para abordar adecuadamente el objeto de este trabajo hemos presentado el problema en base a tres grandes títulos. En el primer apartado titulado “De las zonas de sacrificio a la justicia ambiental como reconocimiento”, delimitamos las bases conceptuales de las que cimentaremos el resto del trabajo, además de adoptar una posición valorativa respecto del problema, haciendo referencia a la justicia ambiental como reconocimiento. Para ello, además, revisaremos el caso emblemático sentenciado por la Corte Suprema respecto a Quintero, Puchuncaví y Ventanas, siendo este un punto de inflexión en el abordaje jurídico respecto de las zonas de sacrificio y la doctrina respecto a la tutela judicial subjetiva y objetiva.

El segundo apartado, titulado “Análisis de sentencias de los Tribunales Ambientales”, revisaremos los considerandos relativos a zonas de sacrificio en cinco sentencias de los tres tribunales ambientales, para finalmente, en el tercer apartado, titulado “Desarrollo de los criterios mencionados por los tribunales ambientales para introducir elementos de justicia ambiental al abordar las zonas de sacrificio”, analizar los criterios utilizados por los tribunales ambientales en las cinco sentencias presentadas. Para ello se propondrán formas de justificación teórica respecto de los razonamientos

de los tribunales que, en nuestra opinión, maximizan la tutela judicial subjetiva. En específico, se analizarán cómo las diferentes sentencias analizadas han referido a temáticas relativas a medidas cautelares, causales de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y a la finalidad del procedimiento administrativo.

2. DE LAS ZONAS DE SACRIFICIO A LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO RECONOCIMIENTO

2.1. ¿Qué son las zonas de sacrificio?

El concepto zonas de sacrificio es relativamente nuevo. Surge en la década de los 80, en Estados Unidos, donde la expresión *national sacrifice areas* es usada para definir zonas con altos niveles de contaminación radiactiva. En nuestro país, tal denominación comienza a utilizarse hacia finales del siglo pasado, coincidentemente con el surgimiento de una regulación ambiental estructurada sobre la base de una ley marco de medio ambiente, como es la Ley N° 19.300. Sin embargo, la realidad que refleja el concepto zonas de sacrificio es anterior, y en Chile¹, ya varias décadas antes, la instalación de fundiciones y termoeléctricas en Ventanas hacen de este lugar un territorio sometido a altos y riesgosos niveles de contaminación, que se mantienen hasta el día de hoy. En consecuencia, la historia de las zonas de sacrificio comienza a configurarse aún antes de que dicha expresión fuera recogida en nuestro país y objeto de apropiación para nombrar y describir territorios que soportan cargas ambientales excesivas con miras al beneficio de otros territorios y que implican riesgos e impactos nocivos de diversa índole. Las zonas de sacrificio han proliferado y podemos identificarlas en los territorios de Coronel, Til Til, Tocopilla, Mejillones, Quintero, Puchuncaví, entre otros².

Desde las ciencias jurídicas y sociales se ha abordado la existencia de estas zonas de sacrificio especialmente tras lo ocurrido y sentenciado en el caso de Quintero y Puchuncaví. Es por esto que analizaremos, desde diversas perspectivas, la existencia y reconocimiento de las zonas de sacrificio, para, posteriormente, revisar cómo han actuado los tribunales ambientales al conocer causas asociadas a estos territorios.

1 FOLCHI (2020), p. 29.

2 FOLCHI (2020), pp. 26-27.

A) *Caracterización de las zonas de sacrificio*

La relación entre las denominadas zonas de sacrificio con las injusticias ambientales sustantivas viene siendo discutido en nuestra doctrina al menos desde el año 2016. Desarrolla una serie de interpretaciones que, como veremos en la parte final de este artículo, han llegado a ser recogidas jurisprudencialmente para hacer frente a estas injusticias ambientales. Es por ello que, para establecer la base conceptual de este trabajo, partiremos rescatando diferentes ideas presentadas por la doctrina nacional al caracterizar a las zonas de sacrificio³.

Una primera característica presentada por la doctrina es que las zonas de sacrificio dan cuenta de un trato inequitativo respecto de las comunidades que las habitan⁴, como señala Paloma INFANTE, o que estas dan cuenta de una situación de injusticia ambiental, como señala Alejandra DONOSO⁵, quien, además, nos presenta una segunda característica esencial: la existencia de territorios de sacrificio tiene un directo correlato con el incumplimiento, por parte del Estado, de sus deberes constitucionales⁶. Es interesante el planteamiento, ya que, y sin perjuicio de quienes son los agentes responsables directos de los impactos negativos que las cargas ambientales generan en cada territorio en específico, es el Estado el responsable último en la cadena, mirado tanto desde un punto de vista preventivo como correctivo.

Una tercera característica, presentada por Edesio CARRASCO y Consuelo TORESANO, al caracterizar la situación de Quintero y Puchuncaví, es la dificultad de señalar mecanismos de solución dentro de la vía jurídica⁷. Además, coinciden con DONOSO al problematizar la responsabilidad que cabe al Estado al permitir la creación de una zona industrial, aun cuando se limita a señalar que esta situación injusta debe corregirse⁸.

3 Destacamos que su enumeración no pretende priorizar una característica por sobre otra, sino que tiene por objeto la mejor identificación de las ideas de los autores.

4 INFANTE (2016), pp. 143-163.

5 DONOSO (2020), pp. 210-211.

6 DONOSO (2020), p. 211.

7 CARRASCO y TORESANO (2019), p. 4.

8 No obstante lo anterior, como veremos en lo sucesivo, Carrasco y Torresano considerarán que la forma de resolver el conflicto no es la adecuada.

Mauricio FOLCHI, desde las ciencias sociales, y Valentina DURÁN, desde las ciencias jurídicas, presentan una cuarta característica de las zonas de sacrificio, siendo esta la dificultad en su definición. En primer lugar, Mauricio FOLCHI señala que:

“No es un concepto técnico ni una categoría jurídica, por lo tanto, no existen parámetros para calificar ‘objetivamente’ a un lugar como una ‘zona de sacrificio’. Esta es una categoría social y política en construcción, que sirve para denunciar –e intentar revertir– una situación éticamente inadmisibles: la existencia de lugares cuyos habitantes parecen haber sido condenados a vivir en un ambiente severamente contaminado, lo cual implica, directa o indirectamente, una vulneración de sus derechos más básicos. A esto puede añadirse que el ‘sacrificio’ es una construcción histórica; es una condición resultante de una sucesión de decisiones en las que el Estado chileno tuvo un papel preponderante”⁹.

Por su parte, Valentina DURÁN plantea que no se puede reconocer en el ordenamiento jurídico una situación que atente contra el derecho, una situación donde no prime la justicia. Es por esto que las zonas de sacrificio nos hablan de territorios de injusticia ambiental, y el llamado desde las ciencias jurídicas y sociales es a remediar su existencia, mas sin reconocer su existencia¹⁰. Sin embargo, nosotros presentaremos en este trabajo una idea diferente respecto al entendimiento de justicia ambiental como reconocimiento, en la medida que el derecho debe hacerse cargo de la injusticia ambiental que representan las zonas de sacrificio, disponiendo medidas para su superación, idea que será revisada a profundidad en el segundo apartado.

Mauricio FOLCHI explica además el origen de las zonas de sacrificio, siendo esta una quinta característica de estas, al referir que surgen de la instalación de actividades que generan cargas ambientales, en territorios determinados, en razón de un –aparente– interés general y superior¹¹.

Hugo ROMEO nos presenta una sexta característica de las zonas de sacrificio, que es la normalización de la desviación que implica el permitir, institucionalmente, la generación de zonas de sacrificio y, por lo tanto, preconiza la necesidad de un cambio de las instituciones para remediar la

9 FOLCHI (2020), p. 30.

10 DURÁN (2020), p. 78.

11 DURÁN (2020), p. 33.

situación e impedir decisiones que permitan que las cargas ambientales deban ser soportadas por algunos¹².

B) Desarrollo doctrinario de las zonas de sacrificio, la tutela judicial subjetiva y objetiva, a través del caso de Quintero-Puchuncaví

El caso Quintero-Puchuncaví viene a significar un punto de inflexión jurídico, en la medida que la Corte Suprema reconoce, en los hechos que le correspondió conocer, una injusticia ambiental sustantiva haciéndose cargo de ella –o intentándolo–. Alejandra DONOSO, en su texto, explica detalladamente el caso de Quintero-Puchuncaví, y parte explicando cómo la Corte considera que los hechos de la causa son una fuente de vulneración de garantías fundamentales y que, específicamente, la contaminación producida conforma tanto una afectación inminente a la salud –la susceptibilidad de afectación– como por su concreta conculcación, por lo cual el recurso de protección es el medio idóneo para reclamar de tal situación. Explica que la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó las acciones en tanto sostuvo que no se pudo determinar la responsabilidad de los autores de la lesión a garantías constitucionales. No obstante, la Corte Suprema va un paso más allá reconociendo no solo la afectación del derecho a la salud, sino también una vulneración compleja que abarca los derechos de integridad física y psíquica, salud y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y salva la falta de certidumbre sobre la responsabilidad refiriéndose directamente a aquellos en que última instancia deben responder¹³.

Estos responsables son el Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio del Interior y Ministerio de Salud, por incumplir sus deberes legales y constitucionales que permitieron la vulneración de derechos por la falta de políticas públicas acordes. Es por esto, explica, que la Corte Suprema ordena a la Administración del Estado actuar aplicando el principio de coordinación.

Sobre esto, destacamos que Alejandra DONOSO se hace cargo de las características que previamente presentamos sobre las zonas de sacrificio, y hace un gran aporte al ir más allá del análisis de la sentencia, rescatando

12 ROMEO (2020), p. 49.

13 DONOSO (2020), p. 211.

la idea de injusticia ambiental, vulneración de derechos y principios, entre ellos el principio de servicialidad del Estado¹⁴. Su texto marca un precedente respecto a lo que ocurre actualmente con las zonas de sacrificio y lo atrasado que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico para remediar estas situaciones, además de rescatar el aspecto valorativo de la sentencia como un punto de partida para comenzar la búsqueda de un remedio efectivo.

“La sentencia de la Corte Suprema resuelve el conflicto de manera estructural, resolviendo una situación indiscutible de vulneración de derechos, sin necesidad de establecer vínculos causales específicos de responsabilidad, constatando una serie de omisiones ilegales por parte del Estado, tanto en su deber de prevenir una situación como la ocurrida, así como el de responder adecuadamente ante la crisis, las que se dan en un contexto de conocimiento del riesgo al que se ha expuesto permanentemente a la población”¹⁵.

Esta postura de Alejandra DONOSO la enmarcamos en la posición de la tutela judicial subjetiva, entendida como la protección de derechos fundamentales predicados de personas determinadas¹⁶, en tanto Edesio CARRASCO y Consuelo TORESANO toman una vía contraria de análisis. Parten citando al profesor Luis Cordero, y destacan, como primera idea al entrar en el análisis de la sentencia, que esta tiene una motivación simbólica respecto de cómo deben resolverse estos casos, y pedagógica respecto de cómo y en qué casos los derechos de la comunidad pueden ser tutelados mediante el recurso de protección¹⁷. Según CARRASCO y TORESANO, la sentencia de la Corte Suprema representa un problema, ya que no protege derechos fundamentales individualmente determinables, y, en cambio, presenta definiciones sobre política pública, no logrando su objeto principal de restablecer el imperio del derecho, esto entendido como una posición de tutela judicial objetiva, lo que excede al interés directo del recurrente:

“En otras palabras, por medio del fallo se establece la responsabilidad que ciertos órganos de la Administración del Estado tendrían en materia de protección

14 DONOSO (2020), pp. 210, 218-221 y 228-229.

15 DONOSO (2020), p. 211.

16 Aunque entendemos que estos derechos “subjetivos” pueden buscar la tutela de bienes jurídicos colectivos; de esta forma la protección *iusfundamental* de la persona desborda la protección individual, pudiendo abarcar afectaciones que se sufren como parte de una colectividad.

17 CARRASCO y TORESANO (2019), p. 9.

ambiental, pero no se adopta ninguna medida cautelar o urgente en relación con las garantías que se indica que se vulneran, con lo cual, se altera la naturaleza de la acción de protección, tal como, al menos, la norma constitucional y la jurisprudencia la han entendido¹⁸.

Son críticos respecto a la decisión de la Corte Suprema ya que, según señala, esta no tiene la competencia legal para impartir órdenes directas a los órganos de la Administración, ni para criticar las políticas públicas existentes en la perspectiva de abogar por un cambio de las mismas conforme a su particular comprensión. De igual modo, estiman que, en esa lógica, estas órdenes no serían vinculantes ni podría solicitarse su cumplimiento forzado¹⁹.

Bajo esta lógica, señalan Edesio CARRASCO y Consuelo TORESANO, que de continuar fallando los tribunales de esta forma, se generaría un título infinito para demandar al Estado en materias ambientales²⁰, colisionando con las competencias propias de otros organismos del Estado.

2.2. De la justicia ambiental como reconocimiento

En nuestra doctrina la justicia ambiental aparece ligada fundamentalmente a concepciones de justicia distributiva como repartición de determinadas cargas o beneficios ambientales²¹, participativa como distribución del poder²² y como reconocimiento²³.

Abordaremos el problema en particular desde la noción de justicia como reconocimiento aportada, entre otras y otros autores, por la autora Paloma INFANTE, en la medida que pone el foco no en la distribución de pasivos ambientales sino que en una efectiva igualdad ante la ley de cara al principio preventivo²⁴, teniendo entre sus elementos constitutivos, junto con aspectos distributivos y participativos, “el reconocimiento de los

18 CARRASCO y TORESANO (2019), p. 12.

19 CARRASCO y TORESANO (2019), p. 16.

20 CARRASCO y TORESANO (2019), p. 18.

21 HERVÉ (2010), p. 10.

22 COSTA (2017), p. 97.

23 HERVÉ (2010), p. 21.

24 INFANTE (2016), p. 144.

sistemas de vida de las comunidades, el conocimiento local y cultural que tengan sobre el entorno y las diferencias entre éstas”²⁵ y “la capacidad de las comunidades e individuos de vivir y relacionarse en comunidad”²⁶.

En nuestra doctrina, Dominique HERVÉ también ha desarrollado esta conceptualización, y, respecto de la parte basal del concepto, ha dicho explícitamente que la falta de reconocimiento constituye una causa de injusticia.

Así, la autora identifica como una forma de expresión de la injusticia ambiental en su fase de reconocimiento a la minusvaloración social y a la desvalorización individual, pudiendo encontrarse el reconocimiento demandado, o bien en la valoración social y psicológica de los individuos²⁷, o bien con un trato institucional conforme a un estatus social libre de connotaciones negativas socialmente atribuidas a comunidades, grupos vulnerables o incluso la propia naturaleza²⁸.

También ha aportado la autora una aproximación que nos es útil respecto de la noción de justicia como capacidades, así, “[p]or lo tanto, la justicia no es sobre ‘cuánto’ se tiene, sino que sobre ‘sí’ se tiene aquello que es necesario para llevar una vida conforme a las propias elecciones”²⁹, y respecto del elemento colectivo de la justicia ambiental de forma tal que la doctrina ha ampliado el elemento de capacidades, incluyendo en esta la realización, y las reivindicaciones de esta, de grupos y comunidades³⁰.

Pese a la increíble claridad aportada por HERVÉ e INFANTE, al caracterizar a la injusticia ambiental como (falta de) reconocimiento para así ahondar en la negación de la subjetividad jurídica³¹ que importan las zonas de sacrificio, presentaremos una conceptualización propia a efectos de caracterizar esta falta de reconocimiento como predicada de la personalidad en un sentido jurídico.

25 INFANTE (2016), p. 146.

26 Ídem.

27 HERVÉ (2010), p. 21.

28 Ídem.

29 HERVÉ (2010), p. 22.

30 Ídem.

31 Es decir, el estatus de “sujeto de derecho” o la personalidad desde una noción más sustantiva.

Así, la injusticia ambiental se configura como la minusvaloración de la subjetividad de una persona o grupo a nivel social o institucional³²⁻³³, de forma tal que, siguiendo parcialmente a Alex HONNETH, las injusticias sociales a menudo ocultan una “falta de respeto”³⁴, expresión que se traduce, en términos jurídicos –por autores como Braulio SANDOVAL–, como una negación de la personalidad como subjetividad jurídica³⁵. Esta negación incluye tanto las dimensiones distributivo-ambientales como las participativo-ambientales, un núcleo común, como es la falta de respeto a la que alude HONNETH.

De esta forma, a nivel conceptual, tenemos una mixtura con la conceptualización de FRASER en lo relativo a que nos encontramos ante un respeto como trato institucional³⁶ tendiente más bien a una paridad participativa³⁷. En definitiva, encontramos al centro de la injusticia la falta de reconocimiento del estatus de persona. Así, en lo que nos importa, la injusticia-social-ambiental viene dada desde una negación de la subjetividad jurídica, y es en esa clave que es una falta de respeto a la dignidad que designa el concepto de persona, como veremos a continuación. Ahora, en tanto la personalidad jurídica, el análisis será sobre la maximización del ejercicio pleno de la personalidad por sobre una noción más bien subjetivista, como la de HONNETH³⁸, presentando una conceptualización que le da primacía a la cuestión del reconocimiento, pero no en tanto individuo, sino que como persona-sujeto de derecho.

32 HERVÉ (2010), *passim*.

33 INFANTE (2016), p. 144.

34 HONNETH (2006), p. 125.

35 SANDOVAL (2020), p. 22.

36 FRASER (2006), pp. 50-51.

37 Para la autora, los problemas tanto distributivos como de reconocimiento se solucionan desde lo que denomina *paridad participativa*, concepto que expresa la posición relativa de los sujetos en relación con la sociedad en los procesos de toma de decisiones, de forma tal que (i) todas las personas (adultas) puedan participar de igual forma de la vida social y (ii) que los patrones institucionalizados del valor –en tanto estatus weberiano– expresen el mismo respeto (o valoración) respecto de todos los participantes de la sociedad. Así, una decisión pública solo será justa cuando remueva los elementos estructurantes de las desigualdades sociales o bien cuando no los empeore. Véase FRASER (2006), pp. 40-47.

38 Véanse HONNETH (2006), p. 138, y FRASER (2006), pp. 35-37.

Respecto a la cuestión de la justicia distributiva, tomaremos, *mutatis mutandis*³⁹, lo dicho por HONNETH: en definitiva los problemas distributivos tienen como correlato una minusvaloración respecto de los sujetos a quienes se les asigna o distribuye menos⁴⁰. Esta tesis es igualmente desprendible de la lectura que Pablo AGUAYO hace de John Rawls, al señalar que en definitiva “Rawls fue claro cuando afirmó que las bases sociales para el logro del autorrespeto en una sociedad justa no consiste sólo en nuestros ingresos y riqueza, sino más bien en la justificación pública de los criterios para realizar la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social”⁴¹, de forma tal que las bases sociales del autorrespeto se relacionan con la confianza de que la posición de dichos medios permite ser un miembro cooperante de la sociedad⁴². En definitiva, la distribución, en lo que nos importa, está profundamente relacionada con el reconocimiento de las personas como sujetos de la sociedad o, lo que es lo mismo, una mala distribución puede (siguiendo a AGUAYO) minar el autorrespeto y la subjetividad misma.

En cuanto a la cuestión de la justicia participativa, y siguiendo ahora a Ezio COSTA, presentaremos una interpretación simplificada, sin perjuicio del valor analítico que aporta el enfoque diferenciado de la cuestión participativa, que permite reconducir la cuestión de la justicia participativa al reconocimiento. Así, la participación ciudadana ambiental se relaciona con la idea de democracia en general y con la democracia deliberativa en particular⁴³.

Primero, respecto a la democracia deliberativa, nos centraremos en que esta permite una pluralidad de discursos válidos (basado en el conocimiento del territorio, por ejemplo)⁴⁴ que debería tender a ser orientada a la concreción de objetivos colaborativos.

Segundo, sobre lo propiamente ambiental, el autor reconoce como una de sus funciones la gestión de riesgos, cuestión que sería una manifestación del ideario democrático⁴⁵:

39 Es decir, adaptando su teoría al concepto de sujeto de derecho.

40 HONNETH (2006), pp. 125-126.

41 AGUAYO (2017), p. 60.

42 AGUAYO (2017), p. 61.

43 COSTA (2020), pp. 262-263.

44 COSTA (2020), p. 78.

45 COSTA (2020), p. 173.

“[F]ijar los niveles de riesgo aceptables es una de las maneras en que las comunidades políticas establecen su modo de vida y la forma en que quieren desarrollarse económica y socialmente”⁴⁶.

Tercero, en la relación entre democracia y comunicación, el autor señala que el comunicar tiene una pretensión de validez y de entendimiento intersubjetivo⁴⁷.

De todo lo anterior parece razonable colegir que la justicia participativa tiene como prerrequisito el reconocimiento de las personas como sujetos en la esfera pública, cuyo discurso tiene una validez (valor) asignado por una determinada igualdad para, en materia ambiental, por ejemplo, determinar su modo de vida. Por lo anterior, una falta de justicia participativa constituye también una falta de respeto como minusvaloración de la persona como sujeto en la esfera pública.

Abordando ahora la cuestión de la subjetividad jurídica, hemos adoptado una perspectiva sustantiva de la personalidad identificable con un entendimiento más bien moderno –aunque, según STAGL, de origen cristiano–, la persona como subjetividad jurídica representa una abstracción que permite reconocer la igualdad entre todos los humanos y humanas⁴⁸ designando a un ser humano –en cuanto humano– libre de cadenas⁴⁹. La subjetividad jurídica aparece entonces relacionada directamente con una noción de dignidad⁵⁰. En el derecho público, a propósito del principio de servicialidad del Estado, se ha entendido, por autoras como CAMACHO, que las personas deben recibir un trato acorde con su subjetividad como particulares (sujetos), en lugar de administrados (objetos)⁵¹.

Como ya hemos revisado, Alejandra DONOSO, en el texto que hemos referido al principio de este trabajo, ha señalado que las falencias regulatorias han causado una serie de vulneraciones en los derechos subjetivos –vulnerando el principio de servicialidad– de las personas habitantes de la zona de sacrificio de Concón, Quintero y Puchuncaví, que han afectado su

46 Ídem.

47 COSTA (2020), p. 62.

48 STAGL (2015), p. 374.

49 STAGL (2015), p. 384.

50 SQUELLA (1993), p. 199.

51 CAMACHO (2011), pp. 286-287.

dignidad⁵² y que en definitiva demuestran que determinadas estructuras jurídicas no han sido capaces de brindar protección a las y los habitantes de la zona⁵³, soportando por parte del Estado un trato poco respetuoso de su condición de personas en la medida que, concretamente, sus derechos se han visto resguardados de forma inequitativa respecto del resto de los habitantes del territorio nacional, siendo contradictorio dicho trato con la noción de subjetividad jurídica como igualdad, o, lo que es lo mismo, el Estado garantizó menos de lo que exigía un trato conforme a la subjetividad jurídica de las y los habitantes, lo cual constituye una falta de respeto respecto a la dignidad humana.

De todo lo anteriormente expuesto, proponemos que es consistente con nuestra doctrina afirmar que la justicia como reconocimiento de la subjetividad jurídica es uno de los resortes conceptuales del Estado democrático de derecho; lo contrario sería aceptar un trato que no reconozca la subjetividad jurídica como dignidad, lo que es equivalente a una negación existencial de grupos humanos respecto de su estatus de personas o una minusvaloración de estos respecto del resto de la población⁵⁴, o, lo que es lo mismo, una deshumanización total o parcial⁵⁵ que redundaría en un trato institucional de determinadas humanas y humanos como meros objetos de derecho⁵⁶ o al menos como no titulares de los mismos derechos que el resto de la población, situación que, siguiendo a DONOSO, es la que se daría *de facto* en las zonas de sacrificio ambiental⁵⁷.

Nuestra tesis es que los tribunales, al conocer de los problemas relacionados con las denominadas zonas de sacrificio ambiental, se han enfrentado a –siguiendo a DONOSO– determinadas estructuras deshumanizantes, haciéndose o no cargo de sendas faltas de respeto a la dignidad humana y que, en su control, se develan determinadas tensiones en el ordenamiento jurídico vigente.

A continuación presentaremos un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ambientales relativa a las zonas de sacrificio ambiental. En el

52 DONOSO (2020), p. 218.

53 DONOSO (2020), p. 229.

54 BERGER (2016), pp. 39-43.

55 SCHLOSBER (2011), pp. 28-29.

56 CAMACHO (2011), pp. 286-287.

57 DONOSO (2020), p. 218.

análisis de las sentencias contrastaremos el modo en que los tribunales ambientales dan (o niegan) reconocimiento con la aplicación del derecho vigente respecto de la subjetividad jurídica de los habitantes de las zonas de sacrificio. En este sentido, nuestro trabajo toma posición por aquellas interpretaciones jurídicas que sean tendientes a la maximización del reconocimiento de las personas como sujetos de derecho, considerando valorativamente no deseables las interpretaciones en otro sentido.

Respecto a la función que en nuestro modelo institucional juega el Poder Legislativo, no ahondaremos el problema en este trabajo por dos razones: la primera es que nos encontramos en un trabajo orientado al análisis de jurisprudencia. La segunda es que asumimos que estamos frente al ordenamiento jurídico vigente (es decir, ya creado por el Legislativo), por lo que nuestra propuesta está en el orden de cosas de interpretación jurídica –por muy teleológica que sea– y no en el de creación normativa, sin perjuicio que del análisis se puedan vislumbrar problemáticas abordables desde un cambio normativo por parte del Legislativo.

3. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

En el marco de estudio de las zonas de sacrificio ambiental, uno de los casos más representativos es el de Quintero-Puchuncaví, y la sentencia de los tribunales superiores de justicia a su respecto y que ha sido analizada tanto en el ámbito jurídico como en el de las ciencias sociales.

Sin embargo, a partir del año 2015, los tribunales ambientales también han conocido casos relativos a zonas de sacrificio y en sus sentencias han sostenido diferentes criterios y vías de solución que ameritan ser revisadas y analizadas para tener un conocimiento más profundo del estado del arte en materia de justicia ambiental en nuestro país. A continuación, presentamos un análisis de cinco sentencias de los tribunales ambientales que abordan temas de justicia ambiental y zonas de sacrificio.

3.1. Sentencia D-11-2015, caratulada “Hector Rúben Sanhueza M. y otro con Colbún S.A.”

La primera sentencia a analizar es la D-11-2015, del Tercer Tribunal Ambiental, conociendo de una demanda por daño ambiental respecto a la

Central Termoeléctrica Santa María en Coronel. Como dato histórico, la comuna de Coronel ha estado históricamente ligada a la actividad carbonífera desde la minería hasta la instalación de termoeléctricas. En particular se alega que la Central Termoeléctrica Santa María, en conjunto con otras actividades, habría producido un daño ambiental en Lota, Talcahuano y Coronel, por la presencia de material particulado en el aire y el suelo, afectando la salud de la población; además de producir un menoscabo en la flora y fauna marina, cuestión que incidirá en la actividad económica de los demandantes.

La sentencia da por supuesto que se está hablando de una zona de sacrificio reconocida por la autoridad y explica también el origen de este concepto:

“Que la comuna de Coronel ha sido reconocida por la Autoridad como una zona de sacrificio. El concepto de zonas de sacrificio comienza a utilizarse en el país desde 2012. Proveniente de Estados Unidos, en sus orígenes se utilizó para designar zonas donde confluían prácticas ambientales agresivas, afectando fundamentalmente a poblaciones de bajos ingresos y pertenecientes a minorías étnicas, que no tenían la oportunidad de cuestionar en la esfera pública los efectos de la distribución desigual de la polución y de la protección ambiental (fs. 2592). [...] Colbún en ningún momento objetó que el área fuese designada como una zona de sacrificio, y aludió en su contestación a ‘la naturaleza industrial histórica de la bahía de Coronel’ y ‘la existencia de multiplicidad de fuentes en ella’ (fs. 258)” (considerando 57)⁵⁸.

La sentencia rechaza la acción, y la declaración de zona de sacrificio no tiene ninguna incidencia en el fondo: si bien se reconoce un daño ambiental, señala que no se logra acreditar la causalidad.

Desde una primera lectura parece paradójico que el tribunal constate tanto la existencia de una zona de sacrificio ambiental en la comuna de Coronel como de un daño ambiental, y lo que resulta problemático, a nuestro parecer, siguiendo el razonamiento de la sentencia, es lo siguiente: aunque podamos estar de acuerdo, desde un punto de vista procesal, con que la acción por daño ambiental, dada la carga de la prueba, no parece ser la vía idónea para que las comunidades obtengan una tutela a causa de en-

58 “Sanhuesa con Colbún” (2019): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2019 (demanda por daño ambiental), Rol D-11-2015. Disponible en línea: <<https://causas.3ta.cl/causes/14/expedient/6061/books/61/?attachmentId=10826>>.

contrarse en una determinada zona de sacrificio, desde una perspectiva de justicia sustantiva la sentencia reconoce la existencia de una determinada injusticia ambiental en la configuración de una zona de sacrificio de la cual el tribunal no parece hacerse cargo en su razonamiento.

Lo anterior redundante, sobre todo en el caso de no existir acciones procesales para la obtención de tutela, en un reconocimiento jurisprudencial de una falta de respeto como minusvaloración de las personas habitantes en la comunidad que no haría nada más que declarar la injusticia a la que la comunidad se ve sujeta sin cambiar su realidad material, cuestión que, más que hacerse cargo de la injusticia ambiental, pareciera venir a consolidarla.

3.2. Sentencia R-164-2017, caratulada “Moreno Rozas Hugo Enrique y otro en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”

La segunda sentencia es la R-164-2017, del Segundo Tribunal Ambiental, conocida en el ámbito de una reclamación del proceso de participación ciudadana respecto del proyecto Centro Integral de Gestión de Residuos Industriales. En el caso, los reclamantes alegaron y el tribunal se pronunció –en lo que nos importa– respecto a: (i) la vulneración de derechos fundamentales, en particular, del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; (ii) la existencia de una discriminación y desigualdad ante la ley consagrada en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, y (iii) la vulneración de los principios preventivo y conclusivo.

El voto de mayoría señala que de la lectura del artículo 8.2.2.4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y siguiendo un criterio de deferencia técnica, de la aplicación del plan regulador corresponde el emplazamiento de actividades peligrosas en tales comunas, y así es señalado en la resolución reclamada. Además, el Gobierno Regional Metropolitano de Santiago se pronunció conforme a la compatibilidad territorial de la localización del proyecto. Tras esto, el tribunal se declara incompetente de conocer respecto infracciones a instrumentos de gestión ambiental, solo siendo competente de conocer la debida consideración de las observaciones ciudadanas a la Resolución de Calificación Ambiental,

las cuales se encontrarían debidamente consideradas (considerandos 117 a 121)⁵⁹.

Se cuenta, además, con la prevención del ministro Ruiz, quien constata, por un lado, la relevancia de la justicia ambiental en la planificación territorial en la experiencia comparada. Refiere que el tribunal ambiental no ha desarrollado directamente el concepto de justicia ambiental y que no existen instrumentos de gestión ambiental que aborden directamente esta dimensión. Con todo, en este caso concreto la integración de esta dimensión podría ser mediante la Evaluación Ambiental Estratégica, cuestión que no es responsabilidad del titular. Concluye, entonces, que la situación relatada es suficiente para justificar la adopción de una medida cautelar innovativa para ordenar al Gobierno Regional Metropolitano a realizar estudios y ponderar la pertinencia de llevar a cabo una actualización del instrumento de planificación territorial siguiendo la Evaluación Ambiental Estratégica⁶⁰.

Destacamos de este caso la prevención del ministro Ruiz. Primero, por presentar una directa relación entre la alegación de ser Til Til una zona de sacrificio con la existencia de una injusticia ambiental, y a pesar de que no sea responsabilidad directa de la reclamada, se hace cargo del fondo de la alegación sin declararse incompetente, buscando activamente una solución para lo que él considera una situación de alto riesgo, solicitando una medida cautelar innovativa para solucionar el conflicto, dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico, al ordenar realizar estudios precisos que tengan por objeto evaluar la modificación del instrumento regulador, y así evitar en adelante la acumulación de cargas ambientales en el sector.

3.3. Sentencia R-18-2019, caratulada “Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente”

La tercera sentencia R-18-2019, del Tercer Tribunal Ambiental, retoma el caso de la Central Termoeléctrica Santa María en Coronel, esta vez conociendo de la reclamación de un procedimiento sancionatorio. El 3 de

59 “Moreno con Director Ejecutivo del SEA” (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 1 de agosto de 2019 (reclamación), Rol R-164-2017. Disponible en línea: <<http://2ta.lexsoft.cl/2ta/download/401902?inlineifpossible=true>>.

60 Ídem.

septiembre de 2015, más de mil vecinos y vecinas de la comuna de Coronel denuncian ante la Superintendencia del Medio Ambiente un funcionamiento irregular de la Central Termoeléctrica Santa María, cuyo titular es Colbún S.A. En el mismo mes de septiembre se realizaron otras tres denuncias.

En lo que nos importa, la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la R.E. N° 000489, de 25 de mayo de 2017, decidió archivar las denuncias, tras lo cual los denunciante reclamaron ante el Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia Rol N° 53-2017, la cual fue casada por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 3470-2018, que resolvió la improcedencia del archivo ordenando que se reanudare el procedimiento a efectos de analizar la efectividad de las denuncias. Por medio de la R.E. N° 1, de 27 de febrero de 2018, la Superintendencia inició un procedimiento sancionatorio, y, con fecha 4 de septiembre de 2017, esta decide volver a archivar las denuncias, ante lo cual la comunidad nuevamente acude al tribunal ambiental.

En este caso también se hace referencia al contexto de zona de sacrificio, y en lo particular explica, en su considerando 41, que el proyecto se emplaza en una zona saturada establecida por la autoridad ambiental y además reconocida por el Instituto Nacional de Derechos Humanos como una zona de sacrificio⁶¹.

En tanto el archivo de las denuncias se pronuncia –luego de citar la sentencia D-11-2015–, señalando lo siguiente, por lo cual –entre otros elementos– decide acoger la reclamación:

“Que el Tribunal considera que los hechos denunciados son constitutivos de infracción, no pudiendo ejercerse respecto de ellos el principio de oportunidad, sin incurrir en arbitrariedad. En efecto, como ya se indicó, de acuerdo a los propios criterios de la SMA, si estos hechos se clasificaran como infracciones leves, su autor sería un sujeto calificado; y la infracción se habría cometido en un área declarada ‘zona saturada’ y denominada como ‘zona de sacrificio’ Considerando estos tres aspectos anteriores, el archivo de las denuncias no promueve ni vela por el respeto irrestricto a la institucionalidad ambiental ni por el interés público” (considerando 43)⁶².

61 “Velásquez con Superintendencia del Medio Ambiente” (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de marzo de 2020 (reclamación), Rol R-18-2019. Disponible en línea: <<https://causas.3ta.cl/causes/499/expedient/9741/books/202/?attachmentId=17643>>.

62 Ídem.

El análisis del tribunal y la mención a la sentencia D-11-2015 podría ser tomado como una forma de hacerse cargo de la declaración judicial de la comuna de Coronel como una zona de sacrificio en la sentencia antes referida. Sobre la importancia de la categoría de zona de sacrificio para el fallo, parece claro que para el tribunal, en el marco del derecho administrativo sancionador ambiental existe un vínculo entre el interés público, la institucionalidad ambiental y el trato de las zonas de sacrificio, de forma tal que la legalidad de la resolución de archivo, controlada en el contencioso administrativo, se ve afectada entre otros elementos por no haber considerado la situación de la localidad como una zona de sacrificio.

A nivel más valorativo, no deja de llamar la atención la poca consideración que parece –desde la lectura del expediente judicial– tener la Superintendencia del Medio Ambiente respecto de los intereses de la comunidad, en la medida que ordena el archivo dos veces, cuestión que –considerando que tiene una sentencia en contra– aparece como una clara vulneración al acceso a la justicia ambiental.

3.4. Sentencia R-30-2019, caratulada “Miguel Painenahuel Garcés y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”

La cuarta sentencia analizada es la R-30-2019, del Primer Tribunal Ambiental. Esta se da en el marco de una reclamación contra la Resolución de Calificación Ambiental que aprueba el Proyecto Relleno Sanitario Santa Inés por no observar debidamente las observaciones ciudadanas. La causa transcurre en el sector de El Boro, en la comuna de Alto Hospicio de la región de Tarapacá, el cual, a lo largo de su historia, se ha visto afectado por diferentes conflictos socioambientales debido a diversos impactos ambientales que se concentran en el sector, entre los cuales mencionamos el vertedero El Boro, una planta de tratamiento de aguas servidas y el proyecto del que trata esta sentencia.

El voto de mayoría señala que existe una desconexión entre lo pedido por los reclamantes y la causa de pedir, no encontrando una relación concreta, real y directa entre la alegación presentada respecto de la validación por parte del tribunal de la percepción de El Boro como una zona de sacrificio, con la disminución del avalúo de las propiedades de la zona (lo pedido) y el emplazamiento del proyecto en una falla geológica activa (causa a pedir). En virtud de esto, el tribunal rechaza la reclamación al no tenerse

por acreditado el interés legítimo de la reclamante y no entra a revisar el fondo de la alegación.

El voto de minoría del ministro Marcelo Hernández, en tanto, indica que las materias de índole urbanístico debían ser evaluados, de forma tal que “[l]o que correspondía hacer por parte del titular y ser exigido en el Servicio de Evaluación Ambiental, es precisamente el análisis de afectación sobre vida y costumbres de dicha población, dentro del apartado que justifica la inexistencia de efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300” (considerando 78)⁶³, y por ello “existe un error de apreciación del Servicio de Evaluación Ambiental al indicar que los reclamantes no cumplirían con el interés exigido” (considerando 80)⁶⁴.

Rescatamos del caso analizado este voto de minoría que recoge un análisis completo de cada fase de la evaluación ambiental y del interés legítimo que se va generando etapa tras etapa, y sobre la importancia que representa para el Servicio de Evaluación Ambiental y para los titulares una correcta evaluación de las características y circunstancias del artículo 11 cuando se pueden ver afectadas vidas y costumbres de comunidades, más aún cuando a sí mismas se perciben como zonas de sacrificio. Existe una exigencia directa de parte del ministro dirigida tanto al titular como al Servicio de Evaluación Ambiental, de analizar en la evaluación de proyectos la posible afectación sobre la vida y costumbres de las poblaciones, y para el tribunal de entrar a revisar el fondo del asunto al menos someramente, en especial porque se trata de una zona de sacrificio ambiental.

3.5. Sentencia R-210-219, caratulada “Alonso Raggio, Katta Beatriz y otros en contra del Ministerio del Medio Ambiente”

Por último, la quinta sentencia es la R-210-2019, del Segundo Tribunal Ambiental. El conflicto socioambiental de la “zona de sacrificio ambiental” asociada al Complejo Industrial Ventanas, que se extendería entre las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví, es uno de los conflictos so-

63 “Paininahuel con Servicio de Evaluación Ambiental” (2020): Primer Tribunal Ambiental, 19 de agosto de 2020 (reclamación), Rol R-210-2019. Disponible en línea: <<https://causas.ita.cl/causes/106/expedient/3243/books/47/?attachmentId=5579>>.

64 Ídem.

cioambientales de más larga data de los que tenemos registro. La sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5888-2019 parece haber marcado un antes y un después respecto de la relación entre conflictos socioambientales, la justicia ambiental y el ordenamiento jurídico, tal como hemos visto. En el caso concreto se reclamaba de ilegalidad contra el Plan de Prevención y/o Descontaminación Atmosférica por no considerar diversos principios y estándares de derechos humanos. En el caso se presentó una orden de no innovar –basada en riesgos sinérgicos entre el coronavirus y la contaminación– que fue rechazada. Si bien en este caso se rechaza la reclamación, si se dictan medidas cautelares innovativas.

En su voto de mayoría, el tribunal señala, respecto de las medidas cautelares, que el tribunal tiene una potestad cautelar amplia, contando con un abanico de medidas a fin de impedir los efectos negativos y para resguardar los intereses jurídicamente tutelados, encontrándose facultado para decretar medidas cautelares innovativas (considerando 133)⁶⁵.

Además, se pronuncia respecto de las zonas de sacrificio, al señalar que:

“[...] esta causa se ha constatado que: i) en la zona de Concón, Quintero y Puchuncaví se han presentado históricamente problemas de justicia ambiental, como lo estableció la Corte Suprema en la sentencia dictada en causa Rol N° 5.888-2019, [...] ii) el igual disfrute del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación exige la utilización de los instrumentos existentes para prevenir y resolver conflictos socioambientales y, en particular, de justicia ambiental. [...]; y, iii) la existencia de un riesgo ambiental subyacente a las emisiones, efluentes o residuos provenientes del cordón industrial existente en las comunas [...] Todo lo anterior exige decretar las medidas cautelares que, a juicio del Tribunal, corresponda” (considerando 136)⁶⁶.

El ministro Delpiano Lira señala, en su prevención, que el principio de progresividad puede ser utilizado para la interpretación de los planes de prevención y descontaminación (considerando 11 de la prevención)⁶⁷, caracterizando al principio de progresividad, en función de su desarrollo científico, que implica que el Estado, en el ejercicio de sus potestades,

65 “Alonso Raggio con Ministerio del Medio Ambiente” (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de octubre de 2020 (reclamación), Rol R-210-2019. Disponible en línea: <<http://2ta.lexsoft.cl/2ta/download/405741?inlineifpossible=true>>.

66 Ídem.

67 Ídem.

debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger los derechos de las personas, entre los cuales encontramos el derecho al medio ambiente libre de contaminación, así como también la vida, entre otras, teniendo en cuenta las particularidades que presenta la zona (considerando 12 de la prevención)⁶⁸.

En tanto, el ministro Sabando, en su prevención señala, que no se habría probado en el juicio la existencia de una injusticia ambiental distributiva sustantiva (considerando 5 del voto de minoría)⁶⁹; los tribunales, al sugerir medidas al Ejecutivo o al legislador, establecen metas sin garantías de efectividad, cuestión que podría afectar a la regulación misma (considerando 6 del voto de minoría)⁷⁰; las medidas cautelares solo se relacionarían con el resultado del juicio y no con otros bienes jurídicos tutelados (considerando 7 del voto de minoría)⁷¹; las vulneraciones alegadas serían materia de una discusión por daño ambiental, no siendo la acción en comento la vía idónea (considerando 8 del voto de minoría)⁷²; la sentencia se referiría a actos administrativos o regulatorios no sujetos a la revisión del tribunal en la acción en comento, y por último se estaría tratando de controlar instrumentos de gestión ambiental en su faceta discrecional, es decir, en lo que no están sujetos al control del tribunal (considerando 9 del voto de minoría)⁷³.

El voto de mayoría parece estar orientado a concretizar la justicia ambiental, mediante una medida cautelar innovativa, de forma tal que la mantención de la injusticia ambiental sustantiva produce efectos contrarios a los bienes jurídicos tutelados por el derecho ambiental, en particular se contravendría el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en concordancia con el principio de igualdad, además de una desigual exposición a pasivos (riesgos) ambientales.

La constatación de una determinada injusticia ambiental parece ser una justificación para que el tribunal ordene al Ejecutivo considerar esta situación, en tanto susceptibilidad de afectación de bienes jurídicos colectivos,

68 Ídem.

69 Ídem.

70 Ídem.

71 Ídem.

72 Ídem.

73 Ídem.

en asuntos que, en principio, parecieran estar exentos de control. De esta forma, las medidas cautelares, en su misión de tomar precauciones ante la justicia ambiental, se configurarían también de forma oblicua como un método de control, en lo que nos importa, de la adecuación de la forma de ejercicio de potestades públicas respecto de criterios sustantivos de justicia.

Los votos de minoría discurren sobre la esfera competencial del tribunal para ordenar medidas cautelares innovativas. Así, el ministro Delpiano parece entender que el tribunal se encuentra mandatado por el derecho internacional de los derechos humanos a considerar estas variables en función del principio de no regresión, y el ministro Sabando, en cambio, es de la idea de que el tribunal estaría excediendo sus competencias afectando el principio de separación de funciones.

4. DESARROLLO DE LOS CRITERIOS MENCIONADOS POR LOS TRIBUNALES AMBIENTALES PARA INTRODUCIR ELEMENTOS DE JUSTICIA AMBIENTAL AL ABORDAR LAS ZONAS DE SACRIFICIO

Del análisis de las cinco sentencias podemos desprender el uso de diversas instituciones ambientales por parte de los tribunales ambientales al enfrentar casos referentes a zonas de sacrificio, y de su uso podemos revisar el correlato dogmático con la propuesta de justicia como reconocimiento. Es por esto que nos referiremos especialmente al establecimiento de medidas cautelares, al control sobre el procedimiento administrativo y a la causal de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. No nos referiremos al daño ambiental, porque en la jurisprudencia analizada no se entrega criterio alguno.

4.1. Las sentencias R-164-2017 y R-210-2019 y las medidas cautelares

Sobre las cautelares en nuestra disciplina, podemos identificar que ya representaban un asunto de interés en los albores de la creación de los tribunales ambientales⁷⁴. La mayoría de la doctrina se ha referido a ellas a propósito de la acción por daño ambiental y existe un consenso relativo en los siguientes aspectos:

74 MOLINA (2011), p. 24.

Primero, buscan brindar protección a bienes jurídicos tutelados por el derecho ambiental, por lo que en su razonamiento el sentenciador debe considerar el principio preventivo en la gestión de riesgos⁷⁵⁻⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁷⁸. Esto surge porque, siguiendo a autores como VALENCIA, existe una especial valoración del medio ambiente; por un lado, por la preocupación internacional sobre este; por otro, en atención a su naturaleza colectiva, así como también por la dificultad de su reparación, y, en definitiva, dada la identificación de su tutela con el interés general⁷⁹⁻⁸⁰.

Segundo, el tribunal puede decretar las medidas de oficio o a petición de parte, estando habilitado para dictar medidas innominadas teniendo un amplio margen para determinar su contenido, en resguardo del bien jurídico tutelado por la medida cautelar⁸¹⁻⁸².

Hemos identificado, además, las siguientes controversias doctrinales. Respecto del objeto de la medida cautelar, una parte de la doctrina considera que este debe estar directamente relacionado con el objeto de la controversia (a saber, la existencia de daño ambiental o la legalidad de un acto administrativo de carácter ambiental)⁸³. Por lo anterior, existiría un riesgo de prejuzgar mediante la dictación de la medida el fondo del asunto, existiendo un riesgo de afectación del principio de imparcialidad. VALENZUELA ha entendido que, por lo contrario, el objeto de la controversia es distinto al de la cautelar, debido a que el objeto de la cautelar es amplio y se identifica con el artículo 19 N° 8 de la Constitución⁸⁴. Así señala AGUIRREZABAL:

“Relevante es tener presente que el juez verificará la concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, y con ello determinará si existe un riesgo

75 AGUIRREZABAL (2016), p. 30.

76 BARROS *et al.* (2016), pp. 29-30.

77 Respecto al estado previo a los tribunales ambientales, véase MOLINA (2011), p. 24.

78 HUNTER (2011), pp. 34-38.

79 VALENCIA (2020), pp. 17-18.

80 En un sentido semejante –y pese a que después disintiremos con el autor, resulta interesante observar cómo aparecen los DD FF como un aspecto relevante a considerar en la tutela cautelar–, véase HUNTER (2021), pp. 114-128.

81 BARROS *et al.* (2016), pp. 27 y 28.

82 VALENZUELA (2019), p. 46.

83 AGUIRREZABAL (2016), p. 27.

84 AGUIRREZABAL (2016), p. 40.

de daño ambiental que requiera del ejercicio de la tutela cautelar; más no verificará la existencia un daño ambiental, pues ello será materia del juicio sobre responsabilidad que se tramitará y llevará a cabo de forma lata⁸⁵.

Nos encontramos con las siguientes posturas intermedias: BARROS *et al.* reconocen que, si bien existe el riesgo de pérdida de imparcialidad, consideran que la adopción de ese riesgo es justificable de cara a la importancia del bien jurídico tutelado⁸⁶. Para HUNTER, por su parte, el riesgo de pérdida de la imparcialidad existe materialmente pero es subsanable mediante una distinción analítica basada en el distinto estándar de convicción al que debe llegar el sentenciador respecto de la medida cautelar y el fondo del asunto⁸⁷, subsistiendo, sin embargo, la relación de necesidad entre la tutela cautelar innovativa y el resultado de la pretensión⁸⁸, de forma que para el autor una cautelar como la decretada por el Segundo Tribunal Ambiental no es posible, al no guardar relación con el fondo del asunto, a saber, la anulación del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica⁸⁹.

Podemos decir que tanto la prevención del ministro Ruiz en la sentencia Rol N° R-164-2017 y las cautelares dictadas en la sentencia Rol N° R-210-2019 hacen suya la doctrina de VALENZUELA. De forma tal que existe una clara distinción entre el objeto de la controversia (en ambos casos relativo a la legalidad, de una Resolución de Calificación Ambiental y un Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica, respectivamente) y el objeto de la cautelar (salvaguardar a personas de una determinada injusticia ambiental).

El razonamiento anterior es justificable desde el enfoque aportado tanto VALENCIA como por VALENZUELA, de cara a la noción de justicia ambiental como reconocimiento de la personalidad que hemos propuesto al principio del trabajo. De forma tal que esta tutela especial y distinta del objeto del juicio encuentra su fundamentación teórica en el resguardo del medio ambiente en relación con el interés general y la subjetividad de quienes ven vulnerado su medio ambiente, así, y siguiendo a ROJAS, en el derecho del medio ambiente se gestionan las reivindicaciones de justicia junto con una

85 AGUIRREZABAL (2016), p. 100.

86 BARROS *et al.* (2016), pp. 33-35.

87 HUNTER (2021), pp. 105-106.

88 HUNTER (2021), pp. 72-73.

89 HUNTER (2021), pp. 242-243.

determinada reactividad al riesgo para lograr la concreción de determinados fines sociales⁹⁰.

Reformulando, la tutela cautelar viene a representar una forma de entregar protección a las personas de perturbaciones como habitantes de un medio ambiente –y en la salvaguarda del medio ambiente como objeto de protección– que resultan intolerables para el ordenamiento jurídico en tanto vulneratorias de la subjetividad jurídica de las y los habitantes de una zona de sacrificio.

Dicho lo anterior, desde esta particular forma de entender la tutela cautelar se vuelve interesante revisar la sentencia D-11-2015, en la cual se reconoce la existencia de un daño ambiental y de una zona de sacrificio, así se vuelve poco comprensible que el Tercer Tribunal Ambiental no haya dictado una cautelar permitiendo que subsista una situación de injusticia ambiental.

Por último, y respecto a la medida cautelar específica revisada en la prevención del ministro Ruiz en la sentencia Rol R-164-2017, en la que ordena la aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica debido al problema en la concentración de múltiples impactos ambientales en la zona de Til Til, señalamos que ha sido planteado por la doctrina, especialmente por Eduardo ASTORGA, la falta de idoneidad del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para revisar problemas de ordenación territorial y de coherencia territorial de los proyectos⁹¹, problema que no dejamos de mencionar, aun cuando, debido a su amplitud, no tocaremos en el presente trabajo.

4.2. La sentencia R-30-2019 y las causales de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Continuando con la revisión de los criterios utilizados por las sentencias analizadas, pasamos a la sentencia R-30-2019, la que indaga respecto al procedimiento administrativo que se da bajo el alero del Servicio de Evaluación Ambiental, en específico al análisis que debe existir en las causales de ingreso como Estudio de Impacto Ambiental señalados en la Ley N° 19.300.

90 ROJAS (2020), pp. 282-283.

91 ASTORGA (2017), (s.p.).

Al respecto, es importante recordar que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante las Declaración de Impacto Ambiental y EIA, actúa bajo el principio preventivo, y bajo este principio, señala Ezio COSTA, que busca prever los impactos que un proyecto puede tener sobre el medio ambiente, sin perder nunca de vista la obligación constitucional del Estado de tutelar la preservación del medio ambiente⁹². Tenemos, entonces, un deber de preservación del medio ambiente que inspira el procedimiento ambiental y que conformaría una de las consideraciones de interés público de este procedimiento administrativo en específico.

El artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 presenta la clave para el análisis de este apartado: este obliga a ingresar mediante estudio de impacto ambiental a aquellos proyectos que provoquen el “reasantamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”⁹³, causal en donde las zonas de sacrificio deberían verse incluidas.

En específico, la disidencia analizada señala que, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Servicio de Evaluación Ambiental debía exigir, y el titular debía demostrar, que el proyecto no generaba los efectos de la letra c), referido a la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, lo que se entiende como los efectos adversos sobre la calidad de vida, considerando su duración y magnitud según el artículo 7° del reglamento⁹⁴. El ministro opina que, tras la calificación favorable del proyecto, se estaría afectando: condiciones de vida, salud, seguridad y razones socioeconómicas de los reclamantes, lo cual no fue abordado en la evaluación ambiental al ser considerado solo como “materias de índole urbanístico”.

Es de extrema relevancia el énfasis que se da por el ministro en su voto de minoría al análisis de esta causal de ingreso en específico, ya que, en conjunto a la letra d) del mismo artículo 11 y como bien señala Paloma INFANTE, “la revisión de proyectos con resoluciones de calificación ambiental aprobadas indica que estas causales se encuentran muy poco reconocidas como impactos y en los pocos casos en los que se reconocen,

92 COSTA (2013), p. 211.

93 Ley N° 19.300 (9 de marzo de 1994), Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

94 ASTORGA (2017), (s.p.).

las medidas de mitigación, compensación y reparación son deficientes”⁹⁵. Podemos plantear que existe, entonces, una invisibilización de impactos ocurridos en las zonas de sacrificio en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Es dable recordar que Paloma INFANTE hace varios años planteó el uso de esta tipología de ingreso respecto de las zonas de sacrificio⁹⁶.

Existe, en casos similares revisados por los tribunales superiores de justicia y problematizados por la doctrina, un problema respecto del no ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando estos generan impactos ambientales, y a modo ejemplar podemos recordar el caso del proyecto inmobiliario Papudo o el Hotel Punta Piqueros, donde la Corte Suprema obliga a los proyectos a ingresar, o presentar una consulta de pertinencia, al Sistema. Sin embargo, ahora vamos un paso más allá, en donde, aun cuando los proyectos sí están ingresando al Sistema, no se están evaluando adecuadamente los impactos del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300⁹⁷.

El voto de minoría pone esto de manifiesto, lo que va acorde con el principio preventivo que inspira la evaluación ambiental, y nos lleva a plantearnos cómo es que este procedimiento administrativo debe responder a la realidad existente en las zonas de sacrificio, análisis que, en busca de no ser repetitivos, presentamos en el siguiente punto a profundidad.

4.3. La sentencia R-18-2019 y la finalidad del procedimiento administrativo

Esta sentencia, a nuestro parecer y como adelantamos en su análisis, parece buscar remediar, o a lo menos dar cuenta, de una falencia existente en el procedimiento administrativo ambiental, relativo a la ponderación

95 INFANTE (2016), p. 149.

96 Ídem.

97 Si se quiere revisar este criterio en profundidad –el cual no es el objeto de este trabajo– puede revisarse la sección del libro del profesor Carrasco Quiroga en la cual analiza diversas sentencias en las que se ordena –vía acción de protección– ingresar a proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por estar estos en la tipología del artículo 11 de la Ley N° 19.300 sin estar en el artículo 10 de la misma ley. Véase CARRASCO (2020), pp. 125-140.

del interés general y la protección de los bienes jurídicos que se verían vulnerados por la existencia de zonas de sacrificio. Es por esto que el control del juez sobre el procedimiento administrativo tomó las características que abordaremos a continuación.

La primera idea que queremos destacar del procedimiento administrativo es que este tiene consideraciones de interés público. En palabras de Flavio QUEZADA, “constituye un mecanismo formal de garantía (el mejor descubierto hasta ahora), de corrección (mérito, juridicidad) de decisiones públicas a fin de materializar el mandato constitucional del bien común, en donde se posiciona a las personas como colaboradoras de su actuación”⁹⁸.

Siguiendo a Martin LOO, el procedimiento administrativo sería un constructo orientado a la construcción de un interés público, debiendo ponderar distinta información e intereses para justificar dicha decisión. En ese sentido, lo que se busca no es blindar la posición jurídica de particulares (los titulares, en nuestro caso), sino que materialmente correctas y jurídicamente equilibradas⁹⁹. Es decir, el procedimiento administrativo tiene como finalidad sustantiva la ponderación de bienes jurídicos protegidos, en miras al interés público y el bien común.

Christian ROJAS, en el mismo sentido, caracteriza al derecho ambiental como un derecho de la luz verde, orientado a la efectiva satisfacción de los intereses generales y colectivos encomendados al ordenamiento jurídico ambiental¹⁰⁰, debiendo tenderse a superar –en su opinión– un modelo de derecho público como control del poder en el derecho ambiental¹⁰¹.

El autor reconoce que la justicia material cumple un rol en la configuración de una actuación responsiva¹⁰², esto es, orientada a operativizar las decisiones relativas a los riesgos tolerados por la sociedad¹⁰³. En este sentido, la actuación administrativa y los procedimientos administrativos, –sean de calificación o sanción– deben integrar en su toma de decisiones

98 QUEZADA (2014), p. 303.

99 LOO (2017), p. 171.

100 ROJAS (2020), pp. 282-284.

101 ROJAS (2020), pp. 289-292.

102 ROJAS (2020), pp. 287-288.

103 ROJAS (2020), pp. 294-299.

los elementos de justicia material y de distribución de riesgos. Resulta evidente, entonces, que la mantención de las zonas de sacrificio contraviene el enfoque propuesto por el autor.

En tanto, en el procedimiento administrativo sancionador, señala Cristian ROMÁN que la potestad sancionatoria persigue el resguardo de un interés público de forma expedita¹⁰⁴, logrando el cumplimiento de parte del particular de sus deberes administrativos, los cuales son tendientes a impedir situaciones de riesgo¹⁰⁵. Así, el procedimiento administrativo sancionador persigue la misma finalidad que el procedimiento administrativo general. A saber, la defensa del interés público, el que en materia ambiental se manifiesta como la no creación de un determinado riesgo. Esta finalidad, es de particular importancia al tratar las zonas de sacrificio, donde el riesgo al que se encuentra expuesto el medio ambiente y quienes lo habitan no se encuentra en discusión.

Concluye el tribunal, en el caso de Coronel, que el tratamiento de las zonas de sacrificio llevado a cabo por la Superintendencia del Medio Ambiente genera un efecto contrario a la finalidad del procedimiento administrativo que intenta ser corregido, en este caso, en la sentencia R-18-2019.

La decisión de archivar, en una zona reconocida por el tribunal en 2015 como una zona de sacrificio, es al menos discutible en vista al interés público y la protección de bienes jurídicos colectivos, y así es señalado por el mismo tribunal al señalar que, especialmente en una zona de sacrificio, “el archivo de las denuncias no promueve ni vela por el respeto irrestricto a la institucionalidad ambiental ni por el interés público” (considerando 43)¹⁰⁶. Entonces, cabe preguntarnos: ¿qué es lo que sí hubiese velado por el respeto del interés público y la institucionalidad ambiental? Esto se responde con la ponderación de ambos intereses (el particular y el social) antes de tomar la decisión de archivar la resolución, y, de haberse considerado aquellos intereses, la decisión de archivar hubiese devenido en ilegal.

Respecto al archivo, el profesor HUNTER se ha referido a la jurisprudencia de los tribunales ambientales señalando que esta clasifica al archivo como una medida de *ultima ratio*, dependiente de criterios de oportunidad,

104 ROMÁN (2008), p. 118.

105 ROMÁN (2008), pp. 118-119.

106 “Velásquez con Superintendencia del Medio Ambiente” (2020).

revisando el mérito y la conveniencia de la medida más allá de las razones jurídicas¹⁰⁷.

En el marco de lo estudiado, parece evidente que el tribunal ambiental intenta ejercer un llamado de atención a una falencia de la Superintendencia del Medio Ambiente sobre el incumplimiento de la finalidad sustantiva del procedimiento administrativo en materia ambiental, siendo, entonces, de interés público la consideración de la existencia de zonas de sacrificio en el procedimiento. En esta sentencia, el tribunal va más allá del control de la decisión de no iniciar un procedimiento administrativo: al anular la resolución marca un precedente de lo que debe y no debe hacerse en la ponderación de intereses sociales sobre las zonas de sacrificio en el procedimiento administrativo sancionador, en donde la no consideración de estos bienes jurídicos colectivos parece no ser ya, de ningún modo, una vía a seguir.

En un análisis extensivo y fuera de lo planteado expresamente por el tribunal, consideramos que el procedimiento administrativo ambiental exige repensar la relación jurídico-administrativa, y, en esta línea, como hemos señalado precedentemente, Christian ROJAS ha señalado que en un modelo tradicional existe una separación entre el Estado, los poderes públicos y el individuo, quien se defiende del Estado con sus derechos subjetivos, pero que este modelo no explica nuevas relaciones que se producen en materias ambientales¹⁰⁸, ante lo cual propone lo siguiente:

“Por lo tanto, la transición del derecho autónomo al derecho responsivo implica una apertura de las instituciones judiciales a su medio ambiente, entendido este como una fuente de auto-corrección. En este el modelo de reglas se debilita, la equidad ya no es ciega a las desigualdades sociales y la desobediencia no es siempre considerada una ofensa al orden jurídico”¹⁰⁹.

La realidad de la gestión ambiental y de los territorios llamados “de sacrificio”, a nuestro parecer, necesita de un procedimiento administrativo con una intervención estatal que vaya más allá de la lógica según la cual lo que se busca es brindar protección al interés de un particular por sobre la sociedad, en el entendido que de lo contrario, el marco de garantías “de control” se vuelve un auténtico título para afectar derechos fundamentales.

107 HUNTER (2020), pp. 109-1010.

108 ROJAS (2020), p. 287.

109 ROJAS (2020), p. 291.

Mientras esto no sea aceptado en derecho, deberemos conformarnos con celebrar sentencias que pongan estos planteamientos en la mesa, aunque lastimosamente, como está ocurriendo con la sentencia N° 5888-2019, Quintero-Puchuncaví, dichos esfuerzos de “búsqueda” de justicia ambiental solo queden en el papel.

5. CONCLUSIONES

Hemos partido este trabajo hablando de la necesidad de un enfoque que considere la justicia ambiental como reconocimiento de la subjetividad jurídica, en ese sentido coincidimos con el diagnóstico de autores como ROJAS y DONOSO, en la medida que se vuelve necesario repensar las relaciones jurídicas que surgen en el seno de este derecho administrativo especial.

En particular, quisimos llamar la atención respecto a que, en conflictos socioambientales complejos como los presentes en las zonas de sacrificio, es la subjetividad jurídica misma la que está en juego, cuestión que no debe ser ignorada por un Estado democrático de derecho.

Esperamos haber demostrado que una interpretación distinta a la propuesta pugna con formas de teorizar la justicia como reconocimiento de sujetos de derecho, con los *incipientes* criterios jurisprudenciales respecto de las zonas de sacrificio y con el derecho vigente.

En base al presente trabajo nos es posible concluir que:

- 1) Existe en la doctrina una caracterización de lo que son las zonas de sacrificio, mas no hay acuerdo en su conceptualización. La sentencia relativa al conflicto de Quintero-Puchuncaví N° 5888-2019 ha relevado la importancia de abordar esta problemática en el derecho. No obstante, ha levantado al menos dos posturas contrapuestas respecto a la competencia de los tribunales mediante la acción de protección para resolver conflictos tan complejos.
- 2) Para abordar el problema de las zonas de sacrificio proponemos la concepción de la justicia ambiental como reconocimiento, en la medida que problematiza la relación entre el poder y la subjetividad jurídica.
- 3) Además de la sentencia de la Corte Suprema respecto al caso de Quintero-Puchuncaví, existen cinco sentencias de los tribunales

ambientales en las que se han pronunciado respecto a las zonas de sacrificio. De su análisis evidenciamos al menos tres vías de acción diferentes tomadas por los tribunales para hacerse cargo de las injusticias subyacentes a estas zonas.

- 4) Sobre las medidas cautelares en la sentencia analizada –y en la minoría analizada– parece existir una tendencia hacia la tesis de VALENZUELA relativa a la independencia entre el objeto protegido en el caso *sub lite* y los objetos susceptibles de tutela cautelar.
- 5) Sobre la causal de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el voto de minoría evidencia un problema de falta de consideración de las circunstancias del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300, dejando fuera de la evaluación ambiental la consideración de zona de sacrificio, lo cual debía ser exigido por el Servicio de Evaluación Ambiental.
- 6) Sobre la finalidad del procedimiento administrativo, se plantea que esta es la ponderación de bienes jurídicos protegidos en base a consideraciones de justicia material y de distribución de riesgos, en miras al interés público y el bien común, lo cual no se logra con la decisión de archivar de la Superintendencia del Medio Ambiente en el caso analizado.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUAYO, Pablo (2017): “El rol del autorrespeto en la teoría de la justicia de John Rawls”, en *HYBRIS Revista de Filosofía*, vol. VIII, N° 2.
- AGUIRREZABAL, Maite (2016): “Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental”, en *Revista de Derecho* N° 1, vol. 23.
- ASTORGA, Eduardo (2017): *Derecho ambiental chileno parte general*, 5ª edición (Santiago: LegalPublishing).
- BARROS, Constanza *et al.* (2016): “Las medidas cautelares innominadas. El poder del juez en el medioambiente”, en *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo. Semilleros de Derecho Procesal* N° 2.

- BERGER, Mauricio (2016): “Afectados ambientales. Hacia una conceptualización en el contexto de luchas por el reconocimiento”, en *Revista Debates en Sociología*, vol. I, N° 42.
- CAMACHO, Gladys (2011): “Los particulares como sujetos del procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. I, N° 67.
- CARRASCO, Edesio (2020): *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales* (Santiago: DER Ediciones).
- CARRASCO, Edesio y TORESANO, Consuelo (2019): “El caso Quintero-Puchuncaví y la eficacia de la acción de protección como mecanismo institucional de solución de conflictos socioambientales”, en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, vol. I, N° 4.
- COSTA, Ezio (2013): “La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 5.
- (2017): “La justicia ambiental en la evaluación de desempeño ambiental: Chile 2016 de la OCDE”, en *Revista de Derecho Ambiental*, vol. XII, N° 7.
- (2020): *Participación ciudadana conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, 1ª edición (Santiago: DER Ediciones).
- DONOSO, Alejandra (2020): “‘Zonas de sacrificio’ y justicia ambiental. Comentario a la sentencia de la corte suprema rol 5.888-2019”, en *Anuario de Derecho Público* 2019 (Universidad Diego Portales).
- DURÁN, Valentina (2020): “Decisiones sobre el territorio: Una incubación de desastres”, en PROGRAMA DE REDUCCIÓN DE RIESGOS Y DESASTRES, UNIDAD DE REDES TRANSDISCIPLINARIAS, VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, UNIVERSIDAD DE CHILE (coord.), *Position Paper “Los territorios que habita(re)mos: ¿Qué futuro existe para las zonas de sacrificio?”* (Santiago: Universidad de Chile).
- FOLCHI, Mauricio (2020): “Zonas de sacrificio: Distinto origen, mismo destino”, en PROGRAMA DE REDUCCIÓN DE RIESGOS Y DESASTRES, UNIDAD DE REDES TRANSDISCIPLINARIAS, VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, UNIVERSIDAD DE CHILE (coord.), *Position Paper*

- “Los territorios que habita(re)mos: ¿Qué futuro existe para las zonas de sacrificio?” (Santiago: Universidad de Chile).
- FRASER, Nancy (2006): “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (trad. Pablo Manzano), (Madrid: Ediciones Morata).
- HERVÉ, Dominique (2010): “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXII, N° 1.
- HONNETH, Alex (2006): “Redistribución o reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”, en *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (trad. Pablo Manzano), (Madrid: Ediciones Morata).
- HUNTER, Iván (2020): “Legalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- (2021): “Tutela cautelar en el contencioso ambiental” (Santiago: DER Ediciones).
- INFANTE, Paloma (2016): “(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables”, en *Revista de Derecho Ambiental*, vol. I, N° 6.
- LOO, Martín (2017): “El significado del procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho del Estado* N° 38.
- MOLINA, Felipe (2011): *Aplicación de medidas cautelares atípicas o inominadas en procesos ambientales*. Universidad Austral de Chile.
- QUEZADA, Flavio (2014): “El procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880”, en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo Primera Edición* (Santiago: Thomson Reuters).
- ROJAS, Christian (2020): “Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional”, en *Revista de Derecho del Estado* N° 45.

- ROMÁN, Cristián (2008): “Derecho Administrativo sancionador ¿Ser o no ser? he ahí el dilema”, en *Derecho administrativo: 120 años de cátedra*, 1ª edición (Santiago: Editorial Jurídica).
- ROMEO, Hugo (2020): “Decisiones sobre el territorio: Una incubación de desastres”, en PROGRAMA DE REDUCCIÓN DE RIESGOS Y DESASTRES, UNIDAD DE REDES TRANSDISCIPLINARIAS, VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, UNIVERSIDAD DE CHILE (coord.), *Position Paper “Los territorios que habita(re)mos: ¿Qué futuro existe para las zonas de sacrificio?”* (Santiago: Universidad de Chile).
- SANDOVAL, Braulio (2020): “Narrativas de (in)justicia ambiental e inmunidad subjetiva en poblaciones aledañas a ENAP Bío-Bío, Chile”. Disponible en línea: <<http://repositorio.udec.cl/handle/11594/599>>.
- SCHLOSBERG, David (2011): “Justicia ambiental y climática: de la equidad al funcionamiento comunitario”, en *Revista Ecología Política*, vol. I, N° 41.
- SQUELLA, Agustín (1993): “Derechos humanos y Derecho positivo”, en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, vol. I, N° 1.
- STAGL, Jakob Fortunat (2015): “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. I, N° 45.
- VALENCIA, Germán (2020): “La tutela cautelar ambiental en España y Chile: Un apunte comparado”, en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* N° 6.
- VALENZUELA, Elena (2019): *La tutela cautelar ante los tribunales ambientales*. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por Universidad de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Sanhuesa con Colbún” (2019): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2019 (demanda por daño ambiental), Rol D-11-2015.
- “Moreno con Director Ejecutivo del SEA” (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 1 de agosto de 2019 (reclamación), Rol R-164-2017.

- “Velásquez con Superintendencia del Medio Ambiente” (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de marzo de 2020 (reclamación), Rol R-18-2019.
- “Painenahuel con Servicio de Evaluación Ambiental” (2020): Primer Tribunal Ambiental, 19 de agosto de 2020 (reclamación), Rol R-210-2019.
- “Alonso Raggio con Ministerio del Medio Ambiente” (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de octubre de 2020 (reclamación), Rol R-210-2019.

LOS GLACIARES Y PASCUA LAMA:
AUGE Y DECLIVE DEL PRIMER PROYECTO
DESARROLLADO BAJO EL TRATADO DE
INTEGRACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN MINERA
ENTRE CHILE Y ARGENTINA

GLACIERS AND PASCUA LAMA: RISE AND DECLINE OF THE FIRST
PROJECT DEVELOPED UNDER THE MINING INTEGRATION AND
COMPLEMENTATION TREATY BETWEEN CHILE AND ARGENTINA

Leslye Herr Martínez

Abogada de la Universidad de Chile
LL.M. de la Universidad de Würzburg
leslye.herr@gmail.com

RESUMEN: El Tratado de Integración y Complementación Minera suscrito por Chile y Argentina en 1997 es un instrumento único en su tipo. El primer proyecto desarrollado bajo el amparo de este Tratado fue el proyecto Pascua Lama de la empresa canadiense Barrick Gold, el cual ganó gran notoriedad pública, transformándose en uno de los proyectos mineros más controvertidos por los impactos irreversibles ocasionados durante su fase de exploración a los glaciares presentes en el área de influencia del proyecto, de gran importancia para el abastecimiento de agua para las actividades agrícolas y para consumo de las comunidades aledañas al proyecto, así como para la conservación del ecosistema andino. En esta contribución se da cuenta de la importancia de los glaciares para Chile, se exponen los principales hitos del proyecto Pascua Lama, se revisan los alcances y reales implicancias del Tratado de Integración y Complementación Minera, para concluir con la urgencia de que Chile fortalezca su ordenamiento jurídico ambiental, partiendo por la dictación de una ley que proteja a sus glaciares y su reconocimiento como bien nacional de uso público en la nueva Constitución.

PALABRAS CLAVE: Glaciares, Pascua Lama, Tratado de Integración y Complementación Minera, proyecto minero, Chile.

ABSTRACT: The Mining Integration and Complementation Treaty signed by Chile and Argentina in 1997 is a unique instrument of its kind. The first project developed under this Treaty was the Pascua Lama project of the Canadian company Barrick Gold, which gained great public notoriety,

becoming one of the most controversial mining projects, due to the irreversible impacts caused during its exploration phase to the glaciers present in the area of influence of the project, which are of great importance for the supply of water for agricultural activities and for the consumption by the communities surrounding the project, as well as for the conservation of the Andean ecosystem. This contribution describes the importance of glaciers for Chile, outlines the main milestones of the Pascua Lama project, reviews the scope and real implications of the Mining Integration and Complementation Treaty, and concludes with the urgent need for Chile to strengthen its environmental legal system, starting with the enactment of a law to protect its glaciers and its recognition as a national asset for public use in the new Constitution.

KEYWORDS: Glaciers, Pascua Lama, Mining Integration and Complementation Treaty, mining project, Chile.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo consiste en exponer el caso de Pascua Lama, primer proyecto minero binacional desarrollado bajo el marco del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina, con el fin de visibilizar la desprotección en la que se encuentran los glaciares chilenos ante un instrumento internacional que abre las fronteras a inversionistas extranjeros para la explotación de recursos minerales ubicados en sectores cordilleranos.

En esta contribución se da cuenta, por una parte, de la relevancia que tienen los glaciares para Chile, puesto que, excluyendo a Groenlandia y a la Antártica, es el país con la mayor superficie glaciar del mundo y, por otro lado, de la actividad minera como uno de los principales factores que amenazan la existencia de estos cuerpos de hielo en el ecosistema andino. Esta situación se torna aún más preocupante si se considera la expansión de la frontera como consecuencia del desarrollo de proyectos mineros binacionales hacia ecosistemas sensibles donde se encuentran ubicados los glaciares. Al mismo tiempo, los conflictos socioambientales ocasionados por la minería transfronteriza imponen nuevos desafíos orientados a fortalecer la gobernanza ambiental sobre los recursos naturales compartidos.

Para una mejor comprensión de las implicancias negativas ocasionadas por la minería a gran escala en los glaciares, así como su viabilidad

operativa, se revisa la historia del proyecto Pascua Lama, su origen, su transformación desde un proyecto nacional a uno binacional, los impactos irreversibles causados en los glaciares Toro I, Toro II, Esperanza y Estrecho-B, las dos evaluaciones ambientales a las que se sometió el proyecto tanto en Chile como en Argentina, y los hechos que desencadenaron su final.

Por último, se realiza un examen detallado del Tratado de Integración y Complementación Minera respecto a su ámbito de aplicación, administración y terminación. Junto con lo anterior, se tratan de esclarecer los reales objetivos perseguidos por este Tratado, para finalmente terminar con un análisis de los efectos de este instrumento internacional desde una perspectiva ambiental y, en particular, respecto de los glaciares.

2. CHILE: EL PAÍS CON LA MAYOR SUPERFICIE GLACIAR DEL HEMISFERIO SUR

La Tierra está compuesta en un 97 % de agua salada y en un 3 % de agua dulce, siendo los glaciares las más grandes e importantes reservas de agua dulce de nuestro planeta. De este 3 % de agua dulce, un 77,06 % se encuentra congelada en los glaciares y casquetes polares, mientras que el 22,90 % de ella se halla en aguas subterráneas, y el 0,04 % restante, en aguas superficiales¹.

El origen de la mayoría de los glaciares existentes se remonta a la última glaciación que afectó a la Tierra hace aproximadamente 14.000 años, lo que significa que para su formación se requirió de miles de años. Dado que las condiciones climáticas que les dieron origen no se han vuelto a repetir, hoy los glaciares son concebidos como *recursos naturales no renovables*².

A fines de los años 80 se estimó que en Sudamérica existe una superficie cubierta por glaciares de aproximadamente 26.000 km², de los cuales un área de alrededor de 21.000 km² se encuentra en la cordillera de los Andes³, la que se extiende desde las cumbres altiplánicas hasta la región

1 BÓRQUEZ *et al.* (2006), p. 21.

2 FERRANDO (2014), p. 4.

3 HORVATH (2011), p. 159.

austral, donde se encuentra la mayor concentración de hielo, esto es, en los Campos de Hielo Norte y Sur. Dicho cordón montañoso ocupa más del 63,8 % del territorio chileno, teniendo en cuenta que Chile continental posee una longitud de más de 4.270 km y una anchura que en promedio no supera los 177 km. Los glaciares presentes en la cordillera de los Andes se encuentran distribuidos en forma desigual a lo largo del territorio nacional: la zona norte del país posee el 1 % de la superficie glaciar; la zona central, el 4 %; la zona sur, el 7 %, y la zona austral, el 88 %, principalmente, debido a la presencia de los Campos de Hielo Norte y Sur, que representan el 66 % de la superficie glaciar de la zona sur y el 58 % a nivel nacional⁴. Los glaciares andinos se ubican principalmente en las zonas fronterizas entre Chile y Argentina.

De acuerdo al inventario público de glaciares elaborado por la Unidad de Glaciología y Nieves de la Dirección General de Aguas (actualizado al año 2014), Chile posee un total estimado de 24.114 glaciares, lo que equivale a una superficie de 23.641 km², siendo el país con la mayor superficie de hielo de Sudamérica, con aproximadamente el 80,5 % de la cobertura total⁵. Además, excluyendo a la Antártica, posee la mayor superficie glaciar del hemisferio sur, con un 62 %, mientras que, a nivel mundial, representa el 3,8 % de la cobertura de hielo, excluyendo la Antártica y Groenlandia⁶. Dado lo anterior, Chile es un país que depende en gran parte de sus glaciares para la provisión de agua dulce, puesto que estos cuerpos de hielo proveen de recursos hídricos al 70 % de la población, siendo un recurso natural esencial para su supervivencia y para el desarrollo de las actividades económicas, así como para la preservación y conservación de la biodiversidad y de los ecosistemas andinos⁷.

De este modo, los glaciares, en tanto recursos naturales frágiles con interacciones internas, son completamente imprescindibles para la mantención del equilibrio de los sistemas ecológicos cumpliendo un rol fundamental en la preservación de los valores ambientales y escénicos, así como en los servicios ambientales que prestan para la conservación de la biodiversidad. Por lo tanto, los glaciares deben ser considerados como *reservas*

4 SEGOVIA y VIDELA (2017), pp. 4, 13, 14 y 15.

5 SEGOVIA y VIDELA (2017), p. 7.

6 DGA-CECS (2009), p. 9.

7 BÓRQUEZ *et al.* (2006), p. 6.

*estratégicas de agua dulce*⁸, toda vez que sin su presencia es imposible la existencia de vida en cualquiera de sus manifestaciones.

Asimismo, es necesario que los glaciares situados en la cordillera de los Andes sean considerados desde una dimensión geopolítica al tratarse de recursos naturales compartidos entre Estados. En efecto, “[I]os problemas ligados al medio ambiente y a la gestión de recursos naturales se remiten a causas que emanan no solo de condiciones internas de los países, ya que en estos están involucrados flujos o intercambios materiales e ideacionales que atraviesan los límites geográficos de los Estados”⁹.

3. GOBERNANZA AMBIENTAL TRANSFRONTERIZA

Los conflictos socioambientales relacionados a las actividades extractivas como la minería transfronteriza imponen nuevos desafíos orientados a fortalecer la gobernanza ambiental sobre los recursos naturales compartidos, tales como los glaciares andinos.

El término de *gobernanza moderna* fue acuñado por la socióloga alemana Renate MAYNTZ para referirse a un nuevo estilo de gobierno centrado en la cooperación entre autoridades estatales y actores no gubernamentales en la regulación de políticas públicas y la solución de problemas considerados colectivos¹⁰. Esta forma de cooperación es utilizada también para la solución de conflictos transnacionales (*global governance*)¹¹, entre ellos, los conflictos medioambientales que surgen como consecuencia de la ejecución de proyectos que trascienden las fronteras nacionales.

El desarrollo de proyectos mineros en zonas fronterizas compartidas por dos o más Estados y los efectos adversos ocasionados en los recursos naturales presentes en dichas áreas, entre ellos los glaciares, ha puesto de manifiesto el alcance internacional de los impactos socioambientales generados por dichas actividades¹². El Observatorio Latinoamericano de Conflictos Mineros (OCMAL) ha identificado cinco conflictos de minería

8 LARRAÍN (2011), p. 26.

9 LIZAMA (2017), p. 2.

10 MAYNTZ (2002), p. 29.

11 MAYNTZ (2006), p. 104.

12 LIZAMA (2017), p. 2.

a gran escala como transfronterizos, siendo uno de ellos el proyecto Pascua Lama¹³. Esta dimensión internacional de los problemas socioambientales hace que la gobernanza transfronteriza de los recursos naturales cobre especial relevancia para su regulación y resolución.

WARNER y MARSDEN definen la *gobernanza ambiental transfronteriza* como “un amplio espectro de procesos regulatorios tanto formales como informales, que busca evaluar, mitigar y compensar los impactos transfronterizos de las actividades humanas sobre el medio ambiente”¹⁴. En estos procesos participan tanto entes gubernamentales como actores de la sociedad civil. Además, la gobernanza ambiental transfronteriza debe ser concebida de manera integral, pudiendo adoptar un enfoque nacional, regional e internacional (multinivel)¹⁵. Según BURHENNE-GUILMIN y SCANLON, puede expresarse, entre otros medios, a través de marcos jurídicos, instituciones, estrategias y planes de acción¹⁶, siendo *elementos cruciales* “los sistemas de evaluación de impacto ambiental, el monitoreo de impactos ambientales y la imposición judicial de responsabilidad por daño ambiental”¹⁷.

De esta forma, para lograr la gestión integral de los recursos naturales desde su consideración como un bien de interés público se requiere de un alto nivel de cooperación interinstitucional entre los entes públicos de los Estados en cuyos territorios se emplazará un determinado proyecto, siendo importante la articulación coordinada en la elaboración de políticas, planes o programas de acción e instrumentos jurídicos. Asimismo, resulta trascendental la promoción de una participación efectiva de la sociedad civil de modo que las decisiones que se adopten gocen de legitimidad.

4. LA ACTIVIDAD MINERA, UNO DE LOS PRINCIPALES FACTORES QUE PONEN EN PELIGRO LA EXISTENCIA DE LOS GLACIARES

Actualmente los glaciares presentan claros indicios de pérdida de masa de hielo debido a distintos factores que amenazan su existencia, entre ellos,

13 Para mayor información acerca de los conflictos mineros en América Latina ingresar a <<https://www.ocmal.org/>>.

14 WARNER y MARSDEN (2012), p. 3.

15 LIZAMA (2017), p. 8.

16 BURHENNE-GUILMIN y SCANLON (2004), p. 2.

17 LIZAMA (2017), pp. 7 y 8.

el cambio climático¹⁸, así como diversas actividades humanas que intervienen directamente las regiones montañosas, generando impactos irreversibles en los glaciares, siendo la actividad minera una de las más invasivas, puesto que tanto en la etapa de exploración como de explotación de un yacimiento se generan impactos negativos directos e indirectos sobre los glaciares¹⁹.

De acuerdo al artículo 14 inciso 1º del Código de Minería, “[t]oda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales”. En esa misma línea, los artículos 15 y 20 del citado cuerpo legal facultan a toda persona a catar y cavar libremente en terrenos abiertos y no cultivados, haciendo uso para tal efecto de equipos, instrumentos o maquinarias. Más aún, durante la vigencia de la concesión y dentro de los límites de ella, el titular tiene el derecho a realizar libremente calicatas y otras labores de exploración (art. 113). Es decir, durante las actividades de exploración minera un titular se encuentra autorizado a realizar actividades que permitan caracterizar, delimitar y estimar la rentabilidad de un proyecto minero, siendo los sondeos y las perforaciones del subsuelo para la extracción de muestras y la construcción de caminos para el paso de vehículos, actividades que producen un impacto no menor en los ecosistemas andinos, puesto que muchas veces se realizan sobre o cercano a los glaciares²⁰.

Por su parte, en la etapa de explotación de un yacimiento minero se llevan a cabo actividades de perforación y tronaduras que originan ondas de tipo sísmico que se expanden afectando áreas que exceden al sitio mismo de la explotación, lo que genera efectos de desestabilización y nubes de material particulado que son transportadas por el viento a diferentes lugares donde se hallan cuencas hídricas y glaciares, produciendo un aumento de la fusión de las masas de hielo. Asimismo, la operación de maquinaria pesada y vehículos de alto tonelaje en las instalaciones mineras y plantas de procesamiento constituyen una fuente de emisión de calor y de contaminación que, junto con la liberación a la atmósfera de una serie de elementos químicos y tóxicos utilizados en la minería,

18 BERGKAMP *et al.* (2003), *passim*; STERN (2006), *passim*; IPCC (2019), *passim*.

19 BERLAND (2016), pp. 13 y 14; LARRAÍN (2011), p. 29.

20 BÓRQUEZ *et al.* (2006), pp. 47 y 48; BERLAND (2016), pp. 14 y ss.

afectan negativamente el balance de masa de los glaciares acelerando su derretimiento²¹.

En Chile, el caso más emblemático lo constituye el impacto sobre los glaciares Esperanza, Toro I y Toro II, ubicados en la cuenca del río Huasco en la III Región de Atacama, ocasionado por el proyecto minero Pascua Lama durante la etapa de exploración²².

5. PASCUA LAMA: HISTORIA DE UNO DE LOS PROYECTOS MINEROS MÁS CONTROVERTIDOS

5.1. Antecedentes generales

Pascua Lama fue un proyecto minero de la empresa transnacional canadiense Barrick Gold Corporation y el primero en ser desarrollado bajo el amparo del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina suscrito en 1997. Por medio de dicho instrumento internacional se creó un marco regulatorio que permite el desarrollo y funcionamiento de actividades mineras en zonas cordilleranas limítrofes, con proyecciones en ambos países. Este proyecto con yacimiento en Chile (Pascua) y en Argentina (Lama), recibió el nombre de Pascua Lama en alusión a su carácter binacional²³.

Los primeros registros de actividades de exploración minera en territorio nacional se remontan al año 1977 y fueron efectuados por la Compañía Minera San José. Esta, en 1987 fue adquirida por la compañía australiana Bond Gold International, cuyos activos pasaron en 1989 a manos de la compañía canadiense LAC Minerals. Durante el transcurso de los años las actividades de exploración siguieron su curso hasta que en el año 1994 los activos de la compañía LAC Minerals fueron adquiridos por la empresa transnacional canadiense Barrick Gold. Hasta ese momento el yacimiento minero se circunscribía únicamente al territorio chileno, su tamaño era pequeño, con menos de 2 millones de onzas de oro²⁴.

21 BÓRQUEZ *et al.* (2006), pp. 48 y 49; BERLAND (2016), pp. 14 y ss.

22 LARRAÍN y POO (2010), pp. 142, 144 y 145.

23 De acuerdo a la información disponible en la página web de la empresa, “Pascua-Lama es el primer proyecto minero binacional del mundo y consiste en desarrollar una mina que comparten Chile y Argentina”. En BARRICK CHILE (s.f.), (s.p.).

24 Ídem.

Una vez que entró en vigencia el Tratado de Integración y Complementación Minera con Argentina el año 2001 –instrumento que fijó el marco jurídico para la exploración y explotación de yacimientos mineros ubicados a lo largo de la cordillera de los Andes por parte de inversionistas extranjeros–, Barrick Gold extendió el yacimiento a territorio argentino, pasando a ser, a fines de 1990, uno de los proyectos de oro más grandes del mundo²⁵. En efecto, las reservas de la mina eran de aproximadamente 17 millones de onzas de oro y de 635 millones de onzas de plata. Barrick Gold esperaba alcanzar durante la primera década una producción anual promedio de alrededor de 750.000 a 775.000 onzas de oro y cerca de 30 millones de onzas de plata²⁶.

El proyecto de Barrick Gold tenía por objeto la extracción de reservas minerales de oro, plata y cobre desde el yacimiento principal a rajo abierto Pascua Lama, ubicado en la cordillera de los Andes, sobre el límite internacional chileno-argentino, a unos 150 kilómetros al sureste de la ciudad de Vallenar, en Chile, y a unos 300 kilómetros al noroeste de la ciudad de San Juan, en Argentina²⁷.

En territorio nacional, el proyecto iba a ser ejecutado por la Compañía Minera Nevada S.A., filial de Barrick Gold, y se iba a asentar en la cabecera de dos subcuencas tributarias del río Huasco: la subcuenca del río Estrecho por el norte y la subcuenca del río El Toro por el sur, en la comuna de Alto del Carmen, Provincia del Huasco, III Región de Atacama. Ahí se iba a desarrollar y explotar la mayor parte del rajo de Pascua Lama (75 %), se iba a construir el campamento Barriales, el depósito de estériles Nevada Norte, un chancador primario, un sistema de manejo de drenajes de agua del depósito de estériles, un taller de mantención de equipos y vehículos de la mina, un polvorín para el almacenamiento de explosivos y caminos internos²⁸.

En territorio trasandino, la filial Barrick Exploraciones Argentina S.A. iba a estar a cargo de la ejecución del proyecto, el cual se iba a emplazar en la cabecera de la subcuenca del arroyo Turbio, tributario del río Las Taguas, en el Departamento de Iglesias, Provincia de San Juan²⁹. Ahí se

25 Ídem.

26 SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA DE CHILE (2004), p. 29.

27 Estudio de Impacto Ambiental Pascua Lama (2000): Resumen Ejecutivo, p. 1.

28 Estudio de Impacto Ambiental Pascua Lama (2000): Resumen Ejecutivo, p. 2.

29 Estudio de Impacto Ambiental Pascua Lama (2000): Resumen Ejecutivo, p. 1.

iba a desarrollar y explotar una parte menor del rajo de la mina (25 %) y se iba a construir el campamento Los Amarillos, una planta de procesos, un botadero de estériles, un tranque de relaves y un camino de acceso³⁰.

5.2. Impacto en los glaciares ubicados en el área de influencia del proyecto

En el área de influencia del proyecto en territorio chileno existe un grupo importante de glaciares que sustentan el sistema hidrológico del valle del Huasco, entre ellos, los glaciares Toro I, Toro II, Esperanza y los glaciares de roca Estrecho-B, Ortigas 1 y Ortigas 2. Esta zona es una de las más áridas del país, con una fuerte escasez de recursos hídricos, que se caracteriza por una pujante actividad agrícola, orientada tanto al consumo interno como a la exportación, gracias al ciclo hidrológico respaldado por los glaciares, tributarios de las diversas cuencas hídricas del río Huasco, que constituyen la principal fuente de abastecimiento de agua dulce para la agricultura y las comunidades pertenecientes a las comunas de Alto del Carmen, San Félix y Freirina, los habitantes de Vallenar y de pueblos colindantes y la comunidad indígena diaguaita-huascoaltina, en cuyo territorio se asentaba la mina³¹.

Al observar fotografías de los glaciares Toro I y Toro II registradas en 1955, sin intervención, comparadas con las fotografías registradas en los años 1981 y 2000, ya intervenidos por las actividades de exploración, se determinó que en 19 años se destruyó en forma irreversible el 62 % del glaciar Toro I y el 71 % del glaciar Toro II. Del mismo modo, imágenes del glaciar Esperanza constatan que desde 1981 dicho cuerpo de hielo disminuyó en un 65 % su cobertura debido al impacto producido por el polvo, por la construcción de caminos, por el transporte de vehículos y por los sondeos efectuados en su superficie. El inicio de las faenas mineras también ocasionó impactos sobre el glaciar de roca Estrecho-B debido a la depositación de polvo generado por la remoción de tierra³². Incluso el proyecto contemplaba la destrucción de este glaciar rocoso como consecuencia de la construcción del botadero de estériles Nevada Norte³³.

30 BARRICK CHILE (s.f.), (s.p.).

31 LARRAÍN y POO (2010), p. 143.

32 LARRAÍN y POO (2010), pp. 142, 144 y 145.

33 BÓRQUEZ (2006), pp. 3 y 4.

5.3. Evaluación ambiental del proyecto y de su modificación

No obstante ser Pascua Lama un proyecto binacional, por disposición del artículo 12 del Tratado de Integración y Complementación Minera, la evaluación de los impactos ambientales se realizó en forma desagregada y no conjunta por ambos países, conforme a sus respectivas legislaciones ambientales, sometiéndose en consecuencia el proyecto Pascua Lama al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en Argentina.

El proyecto Pascua Lama fue ingresado por primera vez al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) el 3 de agosto del año 2000 a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En dicho EIA, Barrick Gold, a través de su filial en Chile, estimó que, para objeto de evitar la inestabilidad de taludes e impactos ambientales, aproximadamente 10 hectáreas de glaciares, sin identificarlos, serían removidos y operados “adecuadamente”. La remoción se efectuaría por medio de equipos mineros (*bulldozer* y/o cargador frontal) y, de ser necesario, se utilizarían tronaduras controladas, de pequeña envergadura. Los trozos de hielo desprendidos serían trasladados a una cota similar o levemente inferior a la de su posición natural u original³⁴. La información sobre los glaciares a intervenir, así como las especificaciones sobre su estructura y dinámica se presentarían con tres meses de antelación al inicio de la fase de construcción³⁵. Dicho proyecto fue calificado favorablemente por la autoridad ambiental mediante Resolución Exenta N° 039, de 25 de abril de 2001.

Posterior a la obtención de la referida Resolución de Calificación Ambiental, Compañía Minera Nevada siguió estudiando la geología y mineralización del área, identificando mayores reservas, razón por la cual decidió replantear y perfeccionar su proyecto minero. Estas modificaciones decían relación, básicamente, con la explotación de un nuevo yacimiento denominado Penélope, ubicado a unos 2,5 km al sureste del yacimiento principal, en territorio argentino, el incremento del ritmo de extracción de mineral de 37.000 a 48.800 toneladas por día y el aumento de la tasa de procesamiento

34 Estudio de Impacto Ambiental Pascua Lama (2000): Adenda 2, Anexo B Plan de Manejo de Glaciares en cuenca alta del río El Toro, p. 1.

35 Resolución Exenta N° 39, de la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Atacama, de 25 de abril de 2001, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Pascua Lama, p. 4.

a partir del cuarto año, de 33.000 a 44.000 toneladas por día. El monto de la inversión se estimó entre 1.400 y 1.500 millones de dólares, el periodo de explotación sería de 17 años, un año menos que el contemplado en el proyecto original³⁶. Con estas modificaciones, el proyecto ingresó nuevamente al SEIA el 6 de diciembre de 2004.

Los glaciares adquirieron gran visibilidad en la sociedad civil después de que el proyecto inicial fuera calificado ambientalmente favorable, autorizando la remoción de los cuerpos de hielo ubicados en el área de extracción y sin haberse analizado adecuadamente los efectos en la regulación hídrica de las cuencas afectadas ni los impactos negativos, ambientales, sociales y económicos, asociados a este hecho. Por esta razón, la evaluación de las modificaciones al proyecto Pascua Lama se dio en un contexto distinto a la evaluación del primer EIA, debiendo enfrentar, esta vez, una fuerte oposición por parte de las comunidades locales y de grupos ambientalistas que empezaron a exigir la dictación de una ley de protección de los glaciares³⁷. Esta oposición también se manifestó en el proceso de participación ciudadana –instancia contemplada en el SEIA cuando un proyecto ingresa a evaluación a través de un EIA– dado que el segundo EIA de Barrick Gold fue objeto de numerosas observaciones por parte de la ciudadanía³⁸.

A diferencia de la primera evaluación ambiental, en esta oportunidad Compañía Minera Nevada identificó los glaciares que iban a ser afectados por el proyecto modificado. En un principio, señaló que las vibraciones generadas por las tronaduras solo iban a afectar a los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza. Sin embargo, debido a la insistencia de la autoridad ambiental sobre este punto, se incluyeron los glaciares Estrecho, Guanaco, Ortigas 1 y Ortigas 2 como puntos de monitoreo³⁹. A pesar de las objeciones formuladas por la Dirección General de Aguas en cuanto a la insuficiencia de la información y estudios presentados respecto de los glaciares, el proyecto fue aprobado por la autoridad ambiental mediante Resolución Exenta

36 Estudio de Impacto Ambiental Modificaciones Proyecto Pascua Lama (2004): Resumen Ejecutivo, pp. 2 y 3.

37 LARRAÍN (2011), p. 23.

38 Resolución Exenta N° 024, de la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Atacama, de 15 de febrero de 2006, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental Modificaciones Proyecto Pascua Lama, pp. 3 y ss.

39 Estudio de Impacto Ambiental Modificaciones Proyecto Pascua Lama (2004): Adenda N° 2, pp. 22, 44 y 45.

Nº 024, de 15 de febrero de 2006, bajo la condición de que el titular no removiera, trasladara, destruyera o interviniera físicamente los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza durante la extracción del mineral y desarrollo de las operaciones (considerando 9.22).

En Argentina, el proyecto también fue sometido en dos oportunidades al proceso de evaluación ambiental en San Juan. El segundo proceso de evaluación culminó el 4 de diciembre de 2006, con la aprobación del proyecto mediante Resolución Nº 121-SEM-06170.

5.4. Fin del proyecto Pascua Lama: clausura total y definitiva y una multa de más de 7 mil millones de pesos

Entre los años 2013 y 2015, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) formuló diversos cargos contra Compañía Minera Nevada, luego de que la propia empresa presentara una autodenuncia ante el ente fiscalizador en enero de 2013, reconociendo una serie de incumplimientos respecto a la Resolución de Calificación Ambiental Nº 024/2006. Esta autodenuncia fue rechazada por la SMA por medio de la Resolución Exenta Nº 105/2013 por incumplir los requisitos del artículo 41 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que exige el suministro de información precisa, verídica y comprobable de los hechos por parte del titular. No obstante, estos antecedentes sirvieron de antecedente para que la SMA resolviera iniciar un proceso sancionatorio y formular 33 cargos en contra de la compañía minera, entre otras razones, por el monitoreo incompleto de glaciares y glaciaretos presentes en el área de influencia del proyecto. Lo anterior llevó al organismo fiscalizador a aplicar diversas sanciones por infracciones calificadas como graves y gravísimas.

El proyecto no solo se controversió por parte de la compañía minera y de las comunidades afectadas en sede administrativa, sino también en sede judicial pasando por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, la Excelentísima Corte Suprema, el Segundo Tribunal Ambiental y, por último, por el Primer Tribunal Ambiental, el cual resolvió, mediante sentencia de 17 de diciembre de 2020, clausurar total y definitivamente el proyecto Pascua Lama y mantener la multa de más de siete mil millones de pesos impuesta por la SMA⁴⁰.

40 “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente” (2020).

La sentencia del Primer Tribunal Ambiental determinó como una de las infracciones de mayor gravedad cometidas por la empresa minera el incumplimiento de su obligación de monitorear los glaciares y glaciaretos. Ello, por cuanto en el proceso judicial se logró acreditar que, entre los meses de diciembre de 2012 y septiembre de 2013, Compañía Minera Nevada incumplió todas las obligaciones relativas a desarrollar planes de monitoreo y estudios para analizar las consecuencias que podía producir el proyecto sobre los glaciares y glaciaretos ubicados en el área de influencia del proyecto Pascua Lama. Además, ya había sido sancionada con antelación por faltas a su deber de monitoreo de los glaciares, lo que fue estimado por los magistrados como una conducta reprochable de parte de Compañía Minera Nevada, evidenciando así su actuar erróneo ante situaciones que no decían relación con condiciones climáticas, sino más bien con decisiones de la propia empresa. Más aún, a juicio del tribunal, Compañía Minera Nevada tampoco habría presentado pruebas suficientes que justificaran la ausencia de datos, ni se habría esmerado en señalar todas las medidas necesarias que habría tomado para intentar acceder a la información requerida para tales efectos, de modo que le permitieran excusarse debidamente del incumplimiento de su obligación.

De esta forma, el Primer Tribunal Ambiental concluyó que es Compañía Minera Nevada “quien propone desarrollar un proyecto minero en semejantes condiciones adversas y es ella quien debe considerar las condiciones geográficas y climáticas del sector, y velar por la seguridad de los trabajadores, al momento de plantear el diseño de un plan de monitoreo, de manera que pueda ser llevado a cabo” (considerando cuadingentésimo octogésimo noveno). Por lo tanto, a juicio de los magistrados, “la SMA ha obrado dentro del ámbito de la legalidad ponderando correctamente los elementos de la proporcionalidad al optar por la sanción de clausura definitiva y no por una clausura parcial o temporal [...], ya que la magnitud del peligro de daño en la salud de las personas hace necesario el cierre del proyecto minero Pascua Lama, al no parecer viables otras alternativas de funcionamiento seguro para el medio ambiente y la salud de la población” (considerando cuadingentésimo cuarto).

De esta manera, y luego de que Barrick Gold comunicara su decisión de no apelar la sentencia condenatoria, se puso fin a siete años de un largo y desgastante proceso en el cual tanto Compañía Minera Nevada como las comunidades afectadas por el proyecto Pascua Lama agotaron todas las

instancias administrativas y judiciales contempladas en el sistema jurídico ambiental chileno. Barrick Gold ya había declarado en febrero del año 2020 que, por razones económicas y de infraestructura, la materialización del proyecto Pascua Lama no sería viable⁴¹.

Por último, cabe hacer presente que, si bien el proyecto Pascua Lama es binacional, las sentencias de los tribunales solo producen efecto relativo, es decir, la referida sentencia solo es obligatoria respecto al caso concreto en que se pronunció, en este caso, a los impactos ambientales causados por Pascua Lama en Chile. Por consiguiente, la clausura total y definitiva ordenada por el Primer Tribunal Ambiental en su sentencia dice relación solo con la parte del proyecto que iba a desarrollarse en territorio chileno.

De acuerdo a lo informado por los medios de comunicación trasandinos, conocida la decisión del Primer Tribunal Ambiental en Chile, el gobierno de San Juan le habría solicitado a Barrick Gold la explotación del proyecto en Argentina, posibilidad que habría sido contemplada por la empresa, pero con un método de extracción más costoso⁴². En caso de desarrollarse el proyecto en Argentina, Barrick Gold deberá presentar una nueva Declaración de Impacto Ambiental, obtener los permisos ambientales correspondientes y cumplir con la legislación ambiental vigente, entre ellas, la Ley N° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Glaciares y Ambiente Periglacial del año 2010, dado que Argentina es el primer país de América Latina en contar con una ley de protección de glaciares.

6. TRATADO DE INTEGRACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN MINERA ENTRE CHILE Y ARGENTINA: UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL DE SINGULARES CARACTERÍSTICAS

¿Cómo fue posible el desarrollo de un negocio minero binacional de tal magnitud, características y consecuencias negativas para el ecosistema andino, como lo fue el proyecto Pascua Lama? Para responder a esta interrogante debemos remitirnos al Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina suscrito en 1997, bajo los gobiernos de Eduardo Frei y Carlos Menem, respectivamente, en el marco de los com-

41 LA TERCERA (13 de febrero de 2020).

42 DIARIO DE CUYO (18 de septiembre de 2020).

promisos pactados en el Tratado de Paz y Amistad de 1984 con el objeto de promover y acrecentar la cooperación económica entre ambas naciones.

Este Tratado bilateral –promulgado por el Decreto N° 2275 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 20 de diciembre del año 2000–, cuyos alcances y reales implicancias se revisará a continuación, entró en vigencia el año 2001, consta de 23 artículos, dos anexos, ambos referidos al ámbito de aplicación del Tratado, y de un Protocolo Complementario, cuyas normas tienen un carácter interpretativo, el cual fue corregido mediante un Acuerdo adoptado en 1999 por ambos Estados.

6.1. Presentación general del Tratado y sus alcances

A) *Objetivos principales*⁴³

El Tratado de Integración y Complementación Minera fue presentado, tanto en Chile como en Argentina, como un instrumento promotor de la amistad y la integración económica y política entre ambas naciones.

Así, en el plano político, el Tratado promueve el trabajo mancomunado entre ambos países para la extracción conjunta de sustancias minerales situados en zonas fronterizas cordilleranas, así como la apertura de las fronteras a inversiones extranjeras, esto es, a personas naturales o personas jurídicas, residentes, domiciliadas o constituidas en territorio chileno o argentino. Dentro del ámbito de su aplicación, el Tratado elimina las prohibiciones y restricciones a chilenos y a argentinos en razón de su calidad de nacional o extranjero, establecidas en el ordenamiento jurídico interno de cada país, para efectos de adquirir derechos reales o mineros (art. 1 inciso 1°). Es más, en su artículo 4, el Tratado consagra el principio del trato nacional al disponer que “ninguna de las Partes someterá a los inversionistas de la otra Parte, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales y sociedades”. Para poder ampararse bajo este Tratado y desarrollar el proyecto Pascua Lama, Barrick Gold constituyó, conforme a las leyes chilenas, la sociedad comercial Compañía Minera Nevada S.A. y, conforme a las leyes argentinas, Barrick Exploraciones Argentina S.A.

En el ámbito económico, el Tratado establece un marco legal destinado a facilitar el desarrollo y ejecución de proyectos mineros en sectores cordi-

43 INFANTE (2001), p. 23.

lleranos, haciendo el negocio minero más atractivo para los inversionistas extranjeros. Lo anterior se traduce en el establecimiento de mecanismos de facilitación fronteriza que permitan el ejercicio de los derechos contemplados en las legislaciones de cada país, tales como las servidumbres y otros derechos en favor de las concesiones mineras, a fin de acceder y poder llevar a cabo aquellas actividades y servicios necesarios para el desarrollo de un proyecto minero (art. 1 inciso 2º, letra a).

B) *Ámbito de aplicación*

Para la determinación del ámbito de aplicación del Tratado se tomaron en consideración rasgos geológicos similares y la ubicación de los potenciales yacimientos en el sector cordillerano, cuya explotación sería de interés para ambas naciones. En total abarca una superficie de 550 mil km², de los cuales un tercio se halla en Chile y dos tercios en Argentina, con exclusión de los campos de hielo y del borde costero⁴⁴.

Al respecto cabe hacer presente que, en una situación sin tratado, en este espacio definido como ámbito de aplicación, por razones de interés nacional, rigen prohibiciones y restricciones para los extranjeros en cuanto a la constitución o adquisición de derechos mineros o reales en zonas fronterizas (Decreto Ley N° 1939 de 1977, en Chile, y Decreto Ley N° 15.385 de 1944, en Argentina). Sin embargo, como consecuencia del Tratado, dichas prohibiciones y restricciones dejan de existir.

Un segundo efecto jurídico del ámbito de aplicación dice relación con el *área de operaciones* que corresponde a la zona compuesta por territorios de ambos países, donde se desarrolla un determinado negocio minero y que es delimitada por medio de un Protocolo Adicional Específico (art. 2 letra L del Tratado). Ello, debido a que en esta área se aplica “un régimen jurídico especial para la circulación de personas, los medios de transporte, maquinarias e insumos, entre otras materias que pueden caer bajo el concepto de facilitación fronteriza o de actividades fronterizas”⁴⁵. En efecto, conforme al artículo 6 del Tratado, dentro del término de facilitación fronteriza se permite “el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin dis-

44 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (29 de agosto de 2000).

45 INFANTE (2001), p. 30.

criminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas”, añadiendo el artículo 3 del Protocolo Complementario que, bajo este concepto, se comprenden los recursos hídricos, tengan estos la calidad de compartidos o no, cuya concesión se deberá realizar conforme a la normativa interna del país en los que estos recursos se encuentren. Adicionalmente, el área de operaciones adquiere relevancia también para la constitución de servidumbres a favor de las concesiones mineras. En el caso del proyecto Pascua Lama, el Protocolo Adicional Específico se promulgó mediante Decreto N° 179 y se publicó el 11 de diciembre de 2004.

Ahora bien, el ámbito de aplicación del Tratado no implica la extra-territorialidad en otras materias, pues, conforme a los artículos 7, 9, 10, 12 y 13, en lo que respecta a temas tributarios, previsionales, laborales, medioambientales y de salud, debe aplicarse, por regla general, la legislación nacional del país que corresponda.

C) *Administración del Tratado*

De acuerdo al artículo 18, la administración y evaluación del Tratado está a cargo de una Comisión Administradora, integrada en Chile por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Minería, y, en Argentina, por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Dicha Comisión se encuentra facultada para convocar a representantes de los organismos públicos competentes cuando lo estime pertinente. Además, conforme al artículo 7 del Protocolo Complementario, la Comisión Administradora puede crear una comisión asesora empresarial, integrada por representantes del sector minero con el objeto de efectuar consultas respecto de materias que se sometan a su estudio y resolución.

La gestión de la Comisión Administradora consiste, por una parte, en acreditar la existencia de un negocio minero, en los casos en que un inversionista solicite la adquisición de derechos reales situados en territorio del otro país, y, por otra parte, en intervenir cuando se soliciten facilitaciones fronterizas, actividades o constitución de servidumbres transfronterizas u otros derechos contemplados en el artículo 1 inciso 1° letra a) del Tratado, proponiendo la adopción de un Protocolo Adicional Específico que los habilite a ejercer los derechos y actividades necesarias para el desarrollo del respectivo proyecto minero. Sin embargo, la Comisión Administradora no

emite pronunciamiento alguno para efectos de levantar las prohibiciones y restricciones a los nacionales del otro país para adquirir o constituir derechos mineros o reales en zonas fronterizas o realizar actividades permitidas en la legislación minera respectiva, toda vez que dicho levantamiento se produce por el simple efecto del Tratado⁴⁶.

Entre las atribuciones de la Comisión de Administración contempladas en el artículo 18 inciso 4º, cabe destacar aquella que dice relación con la implementación de mecanismos pertinentes que aseguren el cumplimiento del Tratado a nivel nacional, regional y provincial (letra a); con el desarrollo de las acciones necesarias para la adopción de los Protocolos Adicionales Específicos y velar “por su debida aplicación” (letra b), y con la participación en la solución de controversias entre las Partes (letra d).

D) Terminación del Tratado

De conformidad al artículo 23 del Tratado, una vez transcurridos 30 años desde su vigencia, tanto Chile como Argentina podrán denunciar este Tratado, la cual surtirá efecto después de 3 años de efectuada. En el caso de las inversiones realizadas con antelación al aviso de terminación, las disposiciones del Tratado permanecerán vigentes hasta el cese de los respectivos negocios mineros.

6.2. Los reales objetivos perseguidos por el Tratado

¿Es realmente este Tratado un instrumento que promueve la amistad, la integración económica y política entre ambos países? De acuerdo al economista chileno Julián ALCAYAGA, autor del libro *El país virtual: El lado oscuro del Tratado Minero Chileno-Argentino*, tres serían los objetivos ocultos detrás del Tratado que los gobiernos de Chile y Argentina decidieron firmar en 1997: la transformación de la cordillera de los Andes en un *país virtual*, permitir la salida de los minerales de origen argentino por puertos chilenos y el levantamiento de las restricciones al acceso de la propiedad en zonas limítrofes por parte de extranjeros.

Al respecto, señala el referido autor que este Tratado binacional buscaba solucionar dos grandes obstáculos que presentaba la minería trasandina,

46 INFANTE (2001), p. 33.

motivo por el cual sus yacimientos, en general, no eran explotados por las corporaciones transnacionales: primero, debido a los elevados costos de transporte dada la gran distancia que separa a los yacimientos mineros de las costas atlánticas, y, segundo, debido a las restricciones establecidas en las legislaciones de ambos países para la constitución o adquisición de derechos mineros o reales sobre bienes raíces situados en zonas limítrofes a los nacionales del otro país⁴⁷.

El primer obstáculo se solucionó a través del artículo 1, inciso 3°, letra a) del Tratado, que permite la constitución de las servidumbres pertinentes para la construcción de tuberías o concentrado-ductos para la salida de los minerales argentinos por puertos chilenos; mientras que el segundo obstáculo se resolvió a través del artículo 1, inciso 2° del Tratado, que elimina las limitaciones a la adquisición de derechos mineros, la propiedad u otros derechos reales sobre bienes raíces situados en zonas fronterizas.

Para dichos efectos, el Tratado crea jurídicamente el área de operaciones a lo largo de la cordillera de los Andes que separa a Chile y a Argentina, zona que ALCAYAGA denomina como *país virtual*, regido por una Comisión Administradora, facultada para establecer su propio reglamento (artículo 18 inciso 2° del Tratado) –pudiendo decidir sobre su funcionamiento, financiamiento, nombramiento y revocación de sus representantes sin mayor control por parte de los parlamentos de ambas naciones–, y funcional a los requerimientos de las empresas transnacionales, propietarias de los yacimientos más importantes del sector cordillerano que fueron adquiridos unos años antes a la elaboración de este Tratado⁴⁸.

En su momento, este Tratado fue criticado y cuestionado por no reportar ningún beneficio económico para Chile, pues al incrementar la producción minera de Argentina iba a aumentar considerablemente la oferta de cobre provocando una disminución significativa en el precio del metal rojo, causando graves perjuicios a la economía chilena. A su vez, este Tratado tampoco beneficia económicamente a Argentina. A juicio de ALCAYAGA, la mayor parte de las inversiones son, en realidad, solo un valor contable en las cuentas nacionales de Chile y/o Argentina, dado que las maquinarias, tecnologías y servicios de ingeniería se importan desde los países desarrollados, donde las empresas transnacionales realizan la in-

47 ALCAYAGA (2009), pp. 13-17.

48 ALCAYAGA (2009), pp. 9 y 10.

versión real. Es así como las empresas transnacionales “pagan la cuantiosa ‘inversión-compra’ con créditos de filiales financieras de sus casas matrices, ubicadas en paraísos fiscales del Caribe, y con intereses superiores a los del mercado. Éstos, sumados a la depreciación de los activos pagados con los préstamos, les permiten cargar los créditos a gastos y durante varios años declarar pérdidas y no cancelar impuestos en Chile ni en Argentina”⁴⁹. Del mismo modo, este Tratado tampoco reporta ningún beneficio para los pequeños y medianos empresarios chilenos y argentinos del rubro de la minería, dado que ellos carecen de sustento económico y jurídico necesario para poder desarrollar un negocio minero en ambos lados de la cordillera de los Andes.

Dadas las especiales características e implicancias de este instrumento internacional, el Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina es único en su tipo. En octubre de 1999, el abogado de la Sociedad Nacional de Minería, Cristián LETELIER, en su exposición ante la Comisión Unida de Relaciones Exteriores, Minería y Energía de la Cámara de Diputados de Chile, declaró:

“[E]l Tratado presenta características de tal peculiaridad que constituye la única obra de derecho internacional público que contiene normas de aplicación enteramente de interés empresarial y privado”⁵⁰.

A pesar de estos reparos y al intenso debate que se produjo especialmente en el Senado, el Tratado fue aprobado en Chile por ambas Cámaras por una amplia mayoría. Sin embargo, el 29 de agosto del año 2000, trece senadores chilenos presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad del Tratado ante el Tribunal Constitucional, fundado, en lo principal, en el hecho de que fue tramitado y aprobado por la Cámara de Diputados como ley simple, en circunstancias que el Tratado contendría materias propias de ley orgánica constitucional que modificarían la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales en lo que incide en el actual artículo 77 de la Constitución Política de la República.

Si bien el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de los trece senadores, su sentencia, de 3 de octubre del año 2000, en los hechos impi-

49 ALCAYAGA (2009), p. 60.

50 CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (16 de noviembre de 1999), p. 26.

dió a los tribunales chilenos otorgar servidumbres mineras a yacimientos argentinos, lo que podría dificultar la aplicación del Tratado en la práctica. Uno de los argumentos expuestos por los requirentes decía relación con que, al efectuarse la constitución de las servidumbres mineras de acuerdo con la legislación interna de cada Parte (artículo 1 inciso 3° letra a) del Tratado), implicaría que la legislación chilena tendría validez extraterritorial y, por lo tanto, los tribunales chilenos serían competentes para recibir las solicitudes de servidumbres para yacimientos emplazados fuera del territorio nacional. De ser así, habría sido necesario modificar el Código Orgánico de Tribunales en relación a la competencia y jurisdicción de los tribunales chilenos, puesto que, de lo contrario, el Tratado adolecería de un vicio de inconstitucionalidad en la forma. Para modificar el Código Orgánico de Tribunales es necesario cumplir con un requisito obligatorio: la consulta ante la excelentísima Corte Suprema. Como en la tramitación del Tratado esta consulta no se efectuó y ello implicaba la declaración de inconstitucionalidad en la forma del Tratado, el Tribunal Constitucional decidió declarar que el Tratado no modifica la jurisdicción de los tribunales chilenos. En caso contrario, la declaración de inconstitucionalidad habría significado que el Tratado tendría que haber vuelto al Congreso, tramitarse como ley orgánica constitucional y someterse a consulta ante la excelentísima Corte Suprema⁵¹.

Pascua Lama fue el primer proyecto minero en acogerse a este Tratado. Sin embargo, luego de su aprobación ambiental transcurrieron alrededor de diez años de inactividad hasta que los gobiernos de Chile y de Argentina retomaron las reuniones bilaterales con el fin de acoger nuevos negocios mineros al Tratado de Integración y Complementación Minera, siendo uno de los más relevantes el proyecto Los Azules, de la empresa canadiense McEwen Mining, actualmente en fase de exploración avanzada. Se trata de un yacimiento de cobre de gran envergadura, también con reservas de oro y plata, a ser desarrollado en la zona fronteriza de la Provincia de San Juan y cuyo monto de inversión serían de unos US\$ 3.900 millones⁵². Otros proyectos mineros activos acogidos al Tratado mediante Protocolos Específicos Adicionales serían el proyecto Fénix, de la empresa canadiense Rio2 Limited; el proyecto Vicuña, de la empresa canadiense NGEx Resources Inc., y el proyecto Filo del Sol, de la empresa canadiense Filo Mining.

51 ALCAYAGA (2009), pp. 99-101.

52 FUNDACIÓN TERRAM (6 de diciembre de 2017).

6.3. Efectos del Tratado desde una perspectiva ambiental y, en particular, respecto de los glaciares

El artículo 12 del Tratado de Integración y Complementación Minera establece expresamente que en materia ambiental ambos países “aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina según corresponda” (inciso 1º). En virtud de lo anterior, la evaluación de los impactos ambientales del proyecto Pascua Lama se realizó en forma desagregada y no en forma conjunta por ambos países. Dicha disposición añade que tanto Chile como Argentina “promoverán el intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales efectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias, comprendidas en el presente Tratado” (inciso 2º), lo que claramente no ocurrió en el caso del proyecto Pascua Lama.

Teniendo en consideración los objetivos que persigue este Tratado y su aplicación práctica en el caso de Pascua Lama, el hecho que en materia ambiental sea aplicable el procedimiento de evaluación ambiental y las legislaciones nacionales del respectivo país es un desacierto: primero, porque la evaluación ambiental de desagregada por países de un proyecto minero binacional impide el empleo de mecanismos orientados a una evaluación integrada de los impactos susceptibles de generar sobre toda una cuenca hidrográfica o sobre un ecosistema de montañas compartido más allá de las divisiones político-administrativas, y, con ello, la estimación real de la magnitud de estos impactos. Segundo, porque los glaciares en Chile carecen de una protección legal directa y eficaz, puesto que, a diferencia de Argentina, aún no cuenta con una ley de protección de glaciares:

- a) En primer lugar, si bien el artículo 595 del Código Civil señala que “[t]odas las aguas son bienes nacionales de uso público”, no existe una norma expresa que se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de los glaciares. Lo anterior reviste especial importancia, dado que los bienes nacionales de uso público no son susceptibles de dominio o posesión por los particulares y su destino al uso público solo puede ser determinado a través de una ley.
- b) En segundo lugar, el Código de Aguas circunscribe su ámbito de regulación únicamente a las aguas en estado líquido, sin hacer nin-

guna mención a los glaciares en sus disposiciones. Además, dadas las especiales características que presentan estos cuerpos de hielo, tampoco les serían aplicables las normas de este cuerpo legal, dado que “no es suficientemente explícito acerca del manto nivoso y los glaciares, por lo que no otorga atribuciones para fiscalizar eventuales intervenciones en ellos o en sus alrededores”⁵³. Incluso si se encontraran bajo el amparo del Código de Aguas, los glaciares tampoco gozarían de una real protección jurídica, debido al enfoque mercantil que posee esta legislación respecto a la gestión del recurso hídrico, conforme a la cual este recurso natural es considerado como un bien de consumo sometido a las reglas del mercado como cualquier otro bien económico⁵⁴.

Por lo tanto, pese a que el Código Civil y el Código de Aguas establecen que las aguas son bienes nacionales de uso público, lo cierto es que actualmente los derechos de aprovechamiento se encuentran protegidos constitucionalmente por el derecho de propiedad: Así lo señala artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de la República:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Esto impide, en definitiva, que el acceso al agua sea garantizado como un derecho humano para todos. Dado lo anterior, es importante abandonar este enfoque mercantil y establecer un nuevo manejo del recurso hídrico junto con el reconocimiento en la nueva Constitución de la calidad de bien nacional de uso público del agua tanto en su estado líquido como en su estado sólido.

- c) En tercer lugar, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo formal y reglado administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental que tiene por objeto determinar si el impacto ambiental de una determinada actividad o proyecto, ingresado por medio de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, se ajusta o no a las normas vigentes. Por lo tanto, al ser

53 DGA-CECS (2009), p. 59.

54 SAAVEDRA (2009), pp. 212 y 213.

el SEIA un instrumento de gestión ambiental creado por el legislador con el fin de ejercer un control preventivo de aquellos proyectos o actividades listados en el artículo 10 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, no garantiza por sí solo la conservación de los glaciares. Por el contrario, su correcta evaluación se hace más difícil por la ausencia de una ley que los regule. Además, y por esta misma razón, no existen organismos con competencia ambiental que detenten atribuciones directas para pronunciarse sobre estos recursos naturales. Por último, en los casos en los que el Reglamento del SEIA hace referencia a los glaciares, se refiere a aquellos que están incluidos en el inventario público elaborado por la Unidad de Glaciología y Nieves de la Dirección General de Aguas. Sin embargo, este inventario deja afuera a los glaciares de menor tamaño, reconocidos como tales por la comunidad científica⁵⁵.

- d) En cuarto lugar, respecto a la presencia de glaciares en áreas protegidas, en principio, gozan de una protección legal indirecta. Sin embargo, los glaciares situados en el norte y centro de Chile no se encuentran protegidos por el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado debido a la baja representatividad de este sistema en estas regiones, al contrario de lo que sucede con los glaciares ubicados en el extremo sur del país. Asimismo, se desconoce información acerca del porcentaje de glaciares que estarían protegidos por este sistema de áreas protegidas. A estos inconvenientes se deben añadir los problemas propios que presentan actualmente las áreas protegidas en Chile, tales como la ausencia de un cuerpo legal que regule en forma coherente y orgánica las diversas categorías de protección, la inexistencia de una estructura jurídico-institucional orgánicamente establecida a cargo de las unidades de manejo, así como los problemas de superposición de competencias y de estatutos de protección de determinadas áreas protegidas⁵⁶.

Adicionalmente, las reglas de orden ambiental establecidas en el citado artículo 12 ponen de manifiesto que el Tratado de Integración y Complementación Minera carece de un enfoque de gobernanza y sustentabilidad transfronteriza del ecosistema andino y de los recursos naturales compar-

55 SAAVEDRA (2009), p. 12.

56 DOMÍNGUEZ *et al.* (2011), pp. 118 y ss.

tidos entre Chile y Argentina. A diferencia de lo que ocurre en materia minera, en que las disposiciones del Tratado establecen mecanismos de facilitación fronteriza para acceder a recursos naturales, insumos e infraestructura que permitan llevar a cabo las actividades y servicios requeridos para la ejecución de un proyecto minero, en materia ambiental carece de una gobernanza transfronteriza. No existe una cooperación ni una coordinación entre los Estados respecto a la evaluación ambiental, mitigación o monitoreo de los impactos susceptibles de generarse sobre los glaciares. Tampoco se han elaborado políticas, planes o programas de acción ni instrumentos jurídicos de carácter binacional destinados a la protección de los glaciares andinos. Es más, tratándose de los recursos hídricos compartidos, el artículo 14 del Tratado Minero dispone que su uso deberá llevarse a cabo de conformidad con las normas del Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas de fecha 26 de junio de 1971, del Tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre Medio Ambiente⁵⁷, suscrito el 2 de agosto de 1991, y su Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos, de la misma fecha. Sin embargo, dichos instrumentos jurídicos no incluyen a los glaciares transfronterizos dentro de su objeto de regulación, careciendo, por tanto, el ecosistema andino intervenido por un proyecto minero binacional de una protección efectiva.

De esta forma, los efectos del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina no son solamente adversos desde un punto de vista económico, según se vio, sino también desde una perspectiva ambiental.

7. CONCLUSIÓN

La gran cantidad de glaciares que se distribuyen a lo largo de la cordillera de los Andes, que recorren el territorio nacional de principio a fin, hace de Chile un país dependiente de estos gigantescos reservorios de agua dulce para abastecer de consumo a su población y a las diversas actividades productivas, así como también para la preservación y conservación de la biodiversidad presente en el país.

Existen diversos factores que amenazan la existencia de los glaciares, siendo la minería la actividad más invasiva, pues tanto en la etapa de ex-

57 Decreto N° 67 (14 de abril de 1993), del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ploración como de explotación de un yacimiento se generan impactos irreversibles sobre estos cuerpos de hielo. Esta situación se torna aún más preocupante si se considera la expansión de la frontera como consecuencia del desarrollo de proyectos mineros binacionales hacia ecosistemas sensibles en la cordillera de los Andes donde se encuentran ubicados los glaciares. Al mismo tiempo, los conflictos socioambientales ocasionados por actividades mineras que traspasan las fronteras nacionales imponen nuevos desafíos orientados a fortalecer la gobernanza ambiental sobre los recursos naturales compartidos. Una gobernanza ambiental transfronteriza de los recursos naturales compartidos implica que estos sean gestionados en forma integral, siendo para ello fundamental la cooperación y la coordinación interinstitucional de las autoridades estatales de los países en los que se va a desarrollar el proyecto minero, tanto en la formulación como en la implementación de políticas y marcos jurídicos para la protección de los ecosistemas intervenidos, la evaluación, mitigación y monitoreo de los impactos. Para dichos efectos, la amplia y efectiva participación de la sociedad civil juega un rol fundamental, pues sin ella las decisiones adoptadas carecen de legitimación democrática.

La suscripción del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina establece un marco legal destinado a facilitar el desarrollo y ejecución de proyectos mineros en sectores cordilleranos, haciendo el negocio minero más atractivo para los grandes inversionistas extranjeros mediante el establecimiento de mecanismos de facilitación fronteriza que permiten el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura para acceder y poder llevar a cabo aquellas actividades y servicios necesarios para el desarrollo de un proyecto minero. En materia ambiental, por el contrario, dicho Tratado prescinde de un enfoque de gobernanza transfronteriza del ecosistema andino y de los glaciares: no existe una cooperación ni una coordinación entre los Estados respecto a la evaluación ambiental, mitigación o monitoreo de los impactos ni tampoco la elaboración de políticas o marcos regulatorios de carácter binacional destinados a la protección de los glaciares andinos. A mayor abundamiento, por disposición del artículo 12 del Tratado la evaluación de los impactos ambientales debe realizarse en forma desagregada y conforme a sus respectivas legislaciones nacionales. Sin embargo, a diferencia de Argentina, a nivel nacional los glaciares no cuentan con una protección legal directa y eficaz, toda vez que aún no se ha promulgado una ley de protección de glaciares. Si bien desde la evaluación ambiental del proyecto Pascua Lama

y su modificación, Chile ha elevado sus estándares ambientales mediante las reformas que se han efectuado a la legislación ambiental, lo cierto es que aún no resulta suficiente para estimar que sus recursos naturales, entre ellos los glaciares, se encuentran debidamente protegidos frente al desarrollo de proyectos mineros de gran escala como los que promueve este Tratado. Más aún si se tiene presente que la mayoría de los yacimientos a explotar se encuentran en el norte de Chile, cuya superficie glaciar es de un 1%, principalmente conformado por glaciares de tipo rocoso, pero que, sin embargo, son indispensables para la subsistencia de las comunidades agrícolas y de los ecosistemas andinos ahí presentes. En este sentido, es necesario dejar atrás la explotación de los recursos naturales ejercida desde un enfoque meramente extractivista y avanzar hacia un desarrollo sustentable, en el cual se satisfagan las necesidades del presente, pero sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades.

La reactivación del Tratado de Integración y Complementación Minera con el acogimiento, ahora último, de nuevos proyectos que serán ejecutados bajo el amparo de este marco jurídico, pese a contar con el precedente de los severos impactos ambientales ocasionados por el proyecto Pascua Lama en el ecosistema andino, refleja una necesidad urgente de que Chile cuente con una ley de protección de los glaciares. Desde que los glaciares adquirieron visibilidad en la sociedad civil con motivo de la aprobación del mencionado proyecto minero, se ha avanzado en el establecimiento de políticas y estrategias nacionales para la protección y la preservación de los glaciares, en la creación de la Unidad de Glaciología y Nieves y en la realización de un inventario público de glaciares. Sin embargo, aún no existe una ley, a pesar de que se han presentado cinco proyectos de ley en el Congreso (2005, 2006, 2008, 2014 y 2018), fundamentalmente debido a la fuerte resistencia del mundo empresarial y a la poca voluntad política de los gobiernos para sacar adelante una ley en esta materia.

Es importante que una futura ley de protección de los glaciares, junto con establecer el carácter de bienes nacionales de uso público de estos cuerpos de hielo, los conciba como reservas estratégicas de agua dulce para el país, como recursos naturales no renovables y vulnerables dentro del ecosistema andino, vinculados con los ecosistemas adyacentes y como partes integrantes de las cuencas hidrográficas. Al mismo tiempo, los glaciares deben considerarse desde una dimensión geopolítica, es decir,

como recursos naturales compartidos entre Estados. Por lo tanto, también es necesario la elaboración de un acuerdo marco de protección a nivel regional de los glaciares que se distribuyen a lo largo de la cordillera de Los Andes.

Por último, con miras a la redacción de la nueva Constitución, esta es una oportunidad para que el recurso hídrico en todos sus estados sea reconocido a nivel constitucional como bien nacional de uso público, a fin de garantizar la conservación de este recurso natural estratégico tanto en su estado líquido como en su estado sólido, frente a escenarios de escasez debido al cambio climático y a la demanda creciente dada por sus múltiples usos, asegurando su acceso a todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALCAYAGA, Julián (2009): *El país virtual. El lado oscuro del Tratado Minero Chileno-Argentino*, 1ª edición (Santiago: Ediciones Tierra Mía Ltda.).

BARRICK CHILE (s.f.): “Chile”. Disponible en línea: <<https://www.barrick.com/Spanish/presencia/chile/default.aspx>>.

BERGKAMP, Ger *et al.* (2003): *Change. Adaptation of water management to climate change* (Gland y Cambridge: UICN).

BERLAND, Alexander (2016): “Glaciares chilenos: Reservas de agua estratégicas amenazadas”, un resumen de recientes resultados del IPCC, PNUMA y otras investigaciones para Programa Chile Sustentable. Disponible en línea: <<http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2016/07/Glaciares-Chilenos-reservas-de-agua-estrategicas-amenazadas-1.pdf>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (29 de agosto de 2000): “Historia del Decreto Supremo N° 2275 Tratado entre Chile y Argentina sobre Integración y Complementación Minera y sus Anexos I y II, su Protocolo Complementario y el Acuerdo que corrige dicho Acuerdo”, Segundo Trámite Constitucional: Senado, 2.5 Discusión en Sala. Disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-laley/vista-expandida/5784/#h2_2_5>.

- BÓRQUEZ, Roxana (2006): “Instalación de Botadero Nevada Norte sobre un Glaciar de Roca”, en *OLCA Publicaciones*. Disponible en línea: <http://olca.cl/oca/chile/region03/pascualama/informe_botadero_sobre_glaciar_de_roca.pdf>.
- BÓRQUEZ, Roxana *et al.* (2006): *Glaciares chilenos. Reservas estratégicas de agua dulce para la sociedad, los ecosistemas y la economía*, 1ª edición (Santiago: LOM Ediciones).
- BURHENNE-GUILMIN, Françoise y SCANLON, John (eds.) (2004): *International environmental governance: an international regime for protected areas* (Gland: IUCN Environmental Policy and Law Paper 49).
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (16 de noviembre de 1999): Primer informe de comisión. Primer Trámite Constitucional/Cámara de Diputados (Boletín N° 2408-10). Disponible en línea: <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=1190&prmBL=2408-10>>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS-CENTRO DE ESTUDIOS CIENTÍFICOS (2009): “Estrategia Nacional de Glaciares. Fundamentos”, Informe S.I.T. N° 205 del Ministerio de Obras Públicas. Disponible en línea: <<https://www.gla-ciologia.cl/estrategianacional.pdf>>.
- DIARIO DE CUYO (18 de septiembre de 2020): “El Gobierno pide que se explote el lado argentino por la caída de Pascua-Lama”. Disponible en línea: <<https://www.diariodecuyo.com.ar/economia/El-Gobierno-pide-que-se-explote-el-lado-argentino-por-la-caida-de-Pascua-Lama-20200917-0115.html>>.
- DOMÍNGUEZ, Rodolfo *et al.* (2011): *La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile* (Santiago: Proyecto GEF-PNUD-MMA. Creación de un Sistema Nacional Integral de Áreas Protegidas para Chile: Estructura financiera y operacional).
- FERRANDO, Francisco (2014): “Análisis y propuesta de definición de glaciar”, en Boletín 9364-2012 de la Cámara de Diputados de Chile, Sesión 11ª Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales sobre el proyecto de ley que establece ley de protección y preservación de glaciares, 7 de julio de 2014. Disponible en línea: <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=18201&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>.

- FUNDACIÓN TERRAM (6 de diciembre de 2017): “Se reactiva tratado minero con Argentina: tres proyectos interesados en nuevos protocolos”. Disponible en línea: <<https://www.terram.cl/2017/12/se-reactiva-tratado-minero-con-argentina-tres-proyectos-interesados-en-nuevos-protocolos/>>.
- HORVATH, Antonio (2011): “Protección de glaciares: Política y desafíos”, en AEDO, María Paz y MONTECINOS, Teresa (eds.), *Glaciares andinos. Recursos hídricos y cambio climático: Desafíos para la justicia climática en el Cono Sur*, 1ª edición (Santiago: Programa Chile Sustentable).
- INFANTE, María Teresa (2001): “Tratado minero entre Chile y Argentina. Una visión global”, en *Estudios Internacionales*, vol. 34, N° 135. Disponible en línea: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123773/Tratado-minero-entre-chile-y-argentina-una-vision-global.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- LARRAÍN, Sara (2011): “Glaciares: Reservas estratégicas de agua dulce para la sociedad y los ecosistemas en Chile”, en AEDO, María Paz y MONTECINOS, Teresa (eds.), *Glaciares andinos. Recursos hídricos y cambio climático: Desafíos para la justicia climática en el Cono Sur*, 1ª edición (Santiago: Programa Chile Sustentable).
- LARRAÍN, Sara y POO, Pamela (2010): “Pascua Lama: Barrick destruye glaciares y usurpa territorios ancestrales”, en LARRAÍN, Sara y POO, Pamela (eds.), *Conflictos por el agua en Chile. Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, 1ª edición (Santiago: Programa Chile Sustentable).
- LA TERCERA (13 de febrero de 2020): “Tras años de análisis, Barrick reconoce que Pascua Lama no es un proyecto viable”. Disponible en línea: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/tras-anos-analisis-barrick-reconoce-pascua-lama-no-proyecto-viable/1008072/>>.
- LIZAMA, Natalia (2017): “La gobernanza ambiental transfronteriza como perspectiva para estudiar la conflictividad socioambiental en torno a la minería en zona de frontera”, en *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad*, vol. 4, N° 11.
- MAYNTZ, Renate (2002): “Los Estados nacionales y la gobernanza global”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* N° 24.

——— (2006): “Governance en el Estado moderno”, en *Revista POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político* N° 11.

OBSERVATORIO LATINOAMERICANO DE CONFLICTOS MINEROS (OCMAL): “Conflictos mineros en América Latina”. Disponible en línea: <<https://www.ocmal.org/>>.

PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC) (2019): “El océano y la criosfera en un clima cambiante. Informe especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC_SPM_es.pdf>.

SAAVEDRA, José Ignacio (2009): “Las aguas como bien nacional de uso público. Bases para un cambio regulatorio que promueva un uso sostenible”, en *Revista Justicia Ambiental*, año I, N° 1. Disponible en línea: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/2018/01/10/numero_uno/>.

SEGOVIA, Alexis y VIDELA, Yohann (2017): “Caracterización glaciológica de Chile”, en *Investigaciones Geográficas* N° 53. Disponible en línea: <<https://investigacionesgeograficas.uchile.cl/index.php/IG/article/view/41739>>.

SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA DE CHILE (2004): “El proyecto aurífero binacional contempla una inversión de US\$ 1.500 millones: En enero del 2006 comienza construcción de Pascua-Lama”, en *Boletín Minero*, año CXIX, N° 1.183. Disponible en línea: <http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/colecciones/BND/00/RE/RE0000545_0209.pdf>.

STERN, Nicholas (2006): *Stern Review on the Economics of Climate Change*. Disponible en línea: <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rm-clima/pdfs/destaques/sternreview_report_complete.pdf>.

WARNER, Robin y MARSDEN, Simon (2012): “Perspectives on transboundary environmental governance”, en WARNER, Robin y MARSDEN, Simon (eds.), *Transboundary environmental Governance. Inland, coastal and marine perspectives* (Londres y Nueva York: Routledge).

EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS CITADOS

- Estudio de Impacto Ambiental Pascua Lama (2000): Servicio de Evaluación Ambiental. Disponible en línea: <<https://seia.sea.gob.cl/expe>>

diente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=3053&idExpediente=3053>.

- Estudio de Impacto Ambiental. Modificaciones Proyecto Pascua Lama (2004): Servicio de Evaluación Ambiental. Disponible en línea: <https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?id_expediente=1048260&idExpediente=1048260>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente” (2020): Primer Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 17 de septiembre de 2020, causa Rol R-5-2018, acumulado R-6-2018. Disponible en línea: <https://www.lta.cl/wp-content/uploads/Sentencia_R-5-2018_acum__R-6-2018.pdf>.

NORMATIVA CITADA

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (30 de mayo de 2000). Ministerio de Justicia. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 (29 de octubre de 1981). Ministerio de Justicia. Código de Aguas.
- Decreto N° 100 (22 de septiembre de 2005). Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- Decreto N° 2275 (7 de febrero de 2001). Ministerio de Relaciones Exteriores. Tratado con Argentina sobre Integración y Complementación Minera y sus Anexos I y II, su Protocolo Complementario y el Acuerdo que corrige dicho Protocolo.
- Decreto N° 67 (14 de abril de 1993). Ministerio de Relaciones Exteriores. Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos, suscrito el 2 de agosto de 1991.
- Decreto Supremo N° 40 (12 de agosto de 2013). Ministerio del Medio Ambiente. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

- Ley N° 18.248 (14 de octubre de 1983). Ministerio de Minería. Código de Minería.
- Ley N° 19.300 (9 de marzo de 1994). Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.417 (26 de enero de 2010). Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

SEGURIDAD HÍDRICA DESDE
UNA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL:
ELEMENTOS PARA EL DEBATE

WATER SECURITY FROM AN INTERSECCIONAL PERSPECTIVE:
ELEMENTS FOR DEBATE

Macarena Salinas Camus

Licenciada en Ciencias de los Recursos Naturales
Renovables por la Universidad de Chile,
Núcleo de Estudios Sistémicos Transdisciplinarios (NEST)
macarena.salinas.c@ug.uchile.cl

Paula Acuña Salazar

Licenciada en Antropología Social y
Estudiante de Magíster en Análisis Sistémico
Aplicado a la Sociedad por la Universidad de Chile,
Núcleo de Estudios Sistémicos Transdisciplinarios (NEST)
paacuna@ug.uchile.cl

Patricia Retamal Garrido

Profesora de Historia y Geografía
Magíster en Género y Cultura y
Estudiante Doctorado Territorio Espacio y
Sociedad por la Universidad de Chile
patricia.retamal@uchile.cl

Anahí Urquiza Gómez

Antropóloga y magíster en Antropología y
Desarrollo por la Universidad de Chile
Doctora en Sociología en Ludwig Maximilian Universität
PhD in Environmet and Society en Rachel Carson Center, Alemania
Académica de la Facultad de Ciencias Sociales
de la Universidad de Chile. Investigadora principal
anahieurquiza@uchile.cl

RESUMEN: Chile presenta condiciones de escasez hídrica y una desigual distribución de este vital elemento debido a condiciones naturales y antárticas. Dentro de estas últimas, se encuentra un modelo de gobernanza desarticulado, que no considera la variabilidad climática ni cuenta con las herramientas para proteger los ecosistemas. Esto trae como consecuencia una creciente sobreexplotación de los cursos de agua, agudi-

zando los conflictos socioambientales, puesto que no logra garantizar el agua para las comunidades.

En este escenario, este artículo tiene como objetivo ampliar el debate sobre seguridad hídrica, considerando las dimensiones de acceso equitativo en calidad y cantidad, sostenibilidad y resiliencia, complementadas con la perspectiva interseccional, la que permitirá observar el cruce entre categorías como clase, género, etnia y otras que se configuran como elementos estructurales determinantes. A partir de este análisis se busca fortalecer los diagnósticos locales, considerando una óptica de género que “no deje a nadie atrás” y proponiendo una discusión teórico-metodológica que amplíe el debate. A su vez se generan propuestas de co-construcción de conocimiento, clave para enfrentar las complejidades del cambio climático sobre la (in)seguridad hídrica, proponiendo la técnica del metálogo, para reconocer estos procesos de forma integral, fomentando un proceso reflexivo y participativo a partir de la promoción de observaciones de segundo orden y visibilizando la relevancia de la pertinencia territorial y la interseccionalidad dentro de estos múltiples diálogos.

PALABRAS CLAVE: Seguridad hídrica, cambio climático, género, interseccionalidad, metálogo.

ABSTRACT: Chile presents conditions of water scarcity and an unequal distribution of this vital element due to natural and anthropic conditions. Among the latter, there is a disjointed governance model that does not consider climate variability and does not have the tools to protect ecosystems. This results in a growing overexploitation of water courses, exacerbating socio-environmental conflicts, since it fails to guarantee water for the communities.

In this scenario, this article aims to broaden the debate on water security, considering the dimensions of equitable access in quality and quantity, sustainability and resilience, complemented with the intersectional perspective, which will allow us to observe the intersection between categories such as class, gender, ethnicity and others that are configured as determining structural elements. Based on this analysis, the aim is to strengthen local diagnoses, considering a gender perspective that “leaves no one behind” and proposing a theoretical-methodological discussion to broaden the debate. At the same time, proposals are generated for the co-construction of knowledge, key to face the complexities of climate change on water (in)security, proposing the metalogue technique to rec-

ognize these processes in an integral manner, encouraging a reflective and participatory process based on the promotion of second-order observations and making visible the relevance of territorial relevance and intersectionality within these multiple dialogues.

KEYWORDS: Water security, climate change, gender, intersectionality, metalogue.

1. INTRODUCCIÓN

El cambio climático y la escasez hídrica profundizan las condiciones de vulnerabilidad en territorios donde ya existen desigualdades económicas y sociales. Hoy día una de las preocupaciones se concentra en los efectos de la megasequía que afecta al país, la que está presente hace más de diez años en parte importante del territorio, abarcando desde el norte chico hasta el centro sur del territorio nacional, lo que genera diversos impactos que son mutuamente dependientes de la sequía en los sistemas socioecológicos, afectando la vegetación, biogeoquímica marina costera, la intensidad de incendios forestales, entre otros¹.

Además de la sequía, la escasez de agua también es atribuible a lo que GALLARDO *et al.*² denominan forzamiento antropogénico, estrechamente vinculado con las industrias extractivas (megaminería, agroindustria e industria forestal) que han tenido diversos impactos, provocando cambios muchas veces irreversibles al contaminar y explotar cuencas y fuentes de agua, erosionar y sedimentar los suelos, entre otras³.

En este sentido, alcanzar las metas de seguridad hídrica se torna un desafío complejo, sobre todo cuando no se cuenta con las herramientas suficientes para su abordaje. Es por esto que URQUIZA y BILLI⁴ entregan un marco analítico desde un enfoque holístico e integrado que permite visibilizar las complejas y múltiples necesidades de los territorios para enfrentar la crisis climática, sanitaria y social.

1 GARREAUD *et al.* (2017), *passim*.

2 GALLARDO *et al.* (2019), *passim*.

3 SÁNCHEZ (2017), *passim*.

4 URQUIZA y BILLI (2020), *passim*.

Sumado a lo anterior, es importante destacar que hay consenso en la comunidad internacional y científica acerca de los impactos diferenciados del cambio climático. La literatura señala que estos afectarán de manera desproporcionada a los grupos más vulnerables de la sociedad, por lo cual no se debe caer en enfoques universalistas, sino que es fundamental realizar los análisis considerando las diferentes configuraciones históricas que producen construcciones simultáneas en distintos órdenes, de clase, género y etnia que enfrenta la sociedad⁵.

Sobre los efectos diferenciados entre hombres y mujeres, producto del carácter feminizado de los roles de cuidado y la reproducción social, la responsabilidad de la gestión del agua en los hogares recae generalmente sobre las mujeres, ya que son ellas quienes se encargan mayormente de las tareas relacionadas con la sobrevivencia de los grupos humanos a través de la realización de labores tales como cocinar, cuidar, limpiar, entre otras. Por lo anterior, ante los escenarios de escasez hídrica, serán afectadas principalmente mujeres y niñas, por las diversas tareas que realizan, tales como la recolección de agua, su recepción mediante camiones aljibe, distribución del agua en los hogares, inclusive calentarla para que pueda ser usada para bañarse y cocinar, entre otras labores⁶.

Esto ha sido reconocido por diversos organismos internacionales como Naciones Unidas, lo que se manifiesta, por ejemplo, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para el año 2030, que establecen la igualdad de género para empoderar a todas las mujeres y niñas como algo prioritario y esencial para reducir las brechas. Además, se han impulsado estrategias que permitan integrar la participación de las mujeres en los procesos de mitigación y adaptación, pues sus conocimientos son fundamentales para enfrentar los impactos que tendrá el cambio climático.

En ese marco, es relevante destacar que en Chile se estima que cerca de un millón de personas no tienen acceso al agua de forma segura⁷, por lo que resulta urgente el fortalecimiento de nuevos enfoques para la gobernanza del agua y la adaptación al cambio climático. Para ello es clave revisar los métodos actuales de asignación del agua y el Código de Aguas de Chile que, por una parte, no concuerdan con la dinámica y la característica

5 VIGOYA (2016), *passim*.

6 ZWARTEVEEN y BENNET (2005), p. 7.

7 FUNDACIÓN AMULÉN (2019), p. 16.

no estacionaria de los procesos hidro-meteorológicos⁸, y, por otra, esta metodología de asignación permitió el fortalecimiento del régimen privado y el libre mercado de los derechos de aprovechamiento de agua, permitiendo que se trancen como cualquier otra mercancía⁹. Lo anterior trajo como consecuencia una creciente sobreexplotación del agua y un aumento de las desigualdades en el acceso al recurso hídrico.

Por lo anterior, este artículo presenta el concepto de seguridad hídrica desde una perspectiva interseccional con el objetivo de fortalecer los debates en esta materia. Para ello se propone una herramienta de co-construcción que incorpore las distintas categorías (edad, clase, género, lugar) e identifique el uso y la gestión de las aguas, la participación de la toma de decisiones, las brechas de acceso, entre otras, y con ello generar propuestas con pertinencia territorial que apunten a la disminución de brechas de género.

2. ELEMENTOS PREVIOS PARA LA DISCUSIÓN SOBRE SEGURIDAD HÍDRICA

Existe numerosa evidencia científica que proyecta un aumento sostenido de los efectos del cambio climático, con variaciones en las temperaturas, precipitaciones, humedad, entre otras¹⁰. Chile no escapa a esta realidad, y, a pesar de contribuir solo en un 0,2 % a las emisiones globales de gases de efecto invernadero¹¹, es altamente vulnerable al cambio climático por sus características climáticas, geográficas y productivas. Según la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el país cumple con siete de nueve criterios de vulnerabilidad: áreas costeras a baja altura, zonas áridas y semiáridas –con cobertura forestal y expuestas al deterioro forestal–, territorio susceptible a desastres naturales, áreas urbanas con problemas de contaminación atmosférica, ecosistemas montañosos y zonas propensas a la sequía y desertificación¹².

En Chile los principales efectos del cambio climático se observan en diversos sectores de la sociedad y elementos de la naturaleza, tales como ac-

8 GALLARDO *et al.* (2019), *passim*.

9 BAUER (2015), p. 25.

10 BILLI *et al.* (2021), p. 13.

11 CEPAL-BID (2010), p. 30.

12 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017), p. 11.

tividades silvoagropecuarias, infraestructura, suelos, el agua, entre otras¹³. Este último elemento es considerado vulnerable debido a la agudización de fenómenos extremos de gran intensidad, frecuencia y duración como la megasequía¹⁴. En ese contexto, desde el año 2010, el territorio comprendido entre las regiones de Coquimbo y La Araucanía ha experimentado un déficit de precipitaciones cercano al 30 %, lo que ocurre, además, en el contexto de la década más cálida de los últimos cien años¹⁵.

Sumado a lo anterior, las proyecciones de cambio climático y la escasez hídrica del país se ven agravadas por una gobernanza de agua orientada fuertemente al mercado, con una institucionalidad que funciona de manera descoordinada y fragmentada¹⁶ debido al Código de Aguas de 1981 que propició una creciente sobreexplotación del agua a través del desarrollo de actividades de tipo extractivas, como son la actividad minera-energética, agroexportadora y forestal¹⁷.

Actualmente en Chile, el 47,2 % de la población rural se abastece de agua por medio de pozos, ríos, vertientes, esteros o camiones aljibes, lo cual afecta el desarrollo de las comunidades en múltiples dimensiones¹⁸. Ante este escenario, Chile enfrenta un importante desafío para resguardar el acceso seguro y equitativo en materia de recursos hídricos. Esto implica a su vez garantizar el derecho humano al agua, lo cual incide en el derecho a la vida, a la salud, al saneamiento, a la alimentación, a un medioambiente saludable, a la educación entre otros¹⁹.

3. SEGURIDAD HÍDRICA, UNA CATEGORÍA ÚTIL PARA LOS DESAFÍOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Existe una multiplicidad de definiciones en la literatura internacional sobre el concepto de “seguridad hídrica”²⁰. Si bien ha predominado un

13 BILLI *et al.* (2021), p. 13.

14 CR2 (2015), *passim*.

15 CR2 (2015), p. 2.

16 BILLI *et al.* (2021), p. 21.

17 BOLDADOS *et al.* (2017), p. 170.

18 FUNDACIÓN AMULÉN (2019), p. 12.

19 ONU (2021), pp. 6-12.

20 GREY y SADOFF (2007); GWP (2000); OCDE (2013); PEÑA (2016), *passim*.

abordaje a gran escala, ya sea a nivel país o de cuenca, existe un cuerpo de investigación creciente que estudia la seguridad hídrica a escala doméstica e individual, dado que este nivel de análisis permite conocer los requerimientos de los grupos más vulnerables²¹. Es importante indagar en dimensiones que generalmente no se consideran, como son el tiempo de recolección o la confiabilidad de la fuente de abastecimiento y otros factores que inciden en la desigualdad sobre la seguridad hídrica tanto a nivel doméstico como individual²².

Considerando lo anterior, este artículo usa como referencia la definición provista por URQUIZA y BILLI²³ en su investigación sobre seguridad hídrica y energética en América Latina y el Caribe, debido a su enfoque territorial con especial atención en los requerimientos humanos a nivel doméstico. De esta manera, entendemos por seguridad hídrica la capacidad que tiene un territorio para garantizar el acceso equitativo, tanto en calidad como cantidad, a servicios hídricos resilientes que permitan a la población lograr un desarrollo sostenible tanto a nivel humano como económico.

En caso contrario, entenderemos que enfrentamos “inseguridad hídrica” en alguno de estos tres escenarios distintos: (i) cuando un territorio presenta una condición de “brecha” o “pobreza” hídrica; (ii) cuando se enfrenta a situaciones de “riesgo” hídrico, y (iii) cuando se enfrentan ambas. El primer caso hace referencia a la insuficiente satisfacción, por parte de los hogares que habitan un territorio, de un conjunto de necesidades hídricas que se estiman pertinentes para dicho territorio. El segundo caso, ocurre cuando el territorio no es capaz de garantizar la sostenibilidad de los servicios que ofrece y su resiliencia frente a posibles amenazas se ve afectada. En ese marco, el siguiente apartado profundiza en la dimensión de equidad como pilar de garantía de seguridad hídrica, por lo que, a través de la comprensión de la inequidad basada en asimetrías de género como primer indicador de desigualdad, abordamos los impactos de las brechas de género y enfatizamos en la perspectiva interseccional como un lente elemental para las reflexiones sobre seguridad hídrica.

21 TIPPIN (2020), *passim*; BISUNG y ELLIOTT (2018), *passim*; MUSHAVI *et al.* (2020), *passim*; STEVENSON *et al.* (2012), *passim*; ZEITOUN *et al.* (2016), *passim*.

22 DICKIN y BISUNG (2019), *passim*.

23 URQUIZA y BILLI (2020), pp. 15-29.

4. BRECHAS DE GÉNERO: BASE DE LAS DESIGUALDADES

Respecto a las brechas de género, el documento ONU Mujeres 2020 “Igualdad de género a 25 años de Beijing, los derechos de las mujeres bajo la lupa” revela que los hombres ocupan el 75 % de los escaños parlamentarios, el 73 % de los puestos directivos y son el 70 % de quienes negocian temas climáticos y asuntos de paz, mientras que las mujeres están subrepresentadas en las esferas de poder y toma de decisiones²⁴.

Si bien América Latina se ubica por sobre el promedio mundial en participación institucional de mujeres en política con un 31,6 % de participación en las Cámaras de Diputados/as, el camino aún es largo y desafiante, sobre todo para afrodescendientes, indígenas, *trans* y disidencias. Después de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres en Beijing en 1995, varios países latinoamericanos impulsaron leyes de cuotas de género, lo que permitió garantizar un porcentaje mínimo para candidaturas de mujeres, pero es importante considerar que estos esfuerzos, si bien tuvieron impactos positivos, no garantizan la plena participación. Por lo que es necesario que los países refuercen acciones afirmativas para generar más dispositivos institucionales que garanticen la participación de mujeres en política y eliminar la violencia política de género, que ocurren al enfrentarse a formas de hacer política que privilegian el armamento, la deforestación y el negacionismo de la ciencia desde un esfuerzo por hacer políticas por la vida, la dignidad y la construcción de sociedades saludables y sostenibles²⁵.

Chile fue el primer país de América Latina en elegir a una presidenta mujer con Michelle Bachelet, y hoy enfrenta por primera vez en su historia un proceso constituyente democrático con la primera constitución del mundo escrita con paridad, presidida además por la PhD Elisa Loncón, mujer, mapuche, docente e investigadora. Lo que configura un escenario particularmente fértil para fortalecer y asegurar la participación de mujeres y sobre todo de mujeres indígenas, afrodescendientes, migrantes y disidentes en la toma de decisiones.

Lo anterior es fundamental, considerando que mujeres y niñas son quienes sufren los mayores costos de la crisis climática²⁶, producto del au-

24 ONU MUJERES (2020), p. 1.

25 COMUNIDAD MUJER (2020), pp. 52-62.

26 ARORA-JONSSON (2011); BABACAN (2020), *passim*.

mento de los desplazamientos, migración forzada, pobreza e inseguridad debido a la mayor exposición a la que se encuentran sometidas, que las hace particularmente vulnerables al abuso y la violencia. Otros impactos tienen relación con la obstaculización que experimentan las mujeres en el acceso a la tierra afectando así otros derechos, lo que se profundiza en el marco de la degradación ambiental, el acaparamiento de tierras y las lógicas extractivas²⁷.

Paralelamente, las mujeres tienen mayores probabilidades de padecer inseguridad alimentaria que los hombres²⁸; a nivel mundial, la carga de trabajo doméstico, reproductivo y de cuidados no remunerados que realizan las mujeres es 2,6 veces mayor que la que asumen los hombres, y las mujeres y niñas son responsables de recolectar el agua en el 80 % de los hogares en el mundo que no tienen acceso a agua potable²⁹. Por lo tanto, el aumento de la escasez de agua o la contaminación de esta afecta mayormente a las mujeres, ya que tendrán que dedicar mayor tiempo para abastecerse de agua y llevarla a sus familias³⁰.

Adicionalmente, TERRY y NEUMAYER y PLUMPER³¹ sugieren que las mujeres son generalmente más vulnerables a las implicaciones del cambio climático en lo que respecta a su salud debido a las desigualdades sociales entre los géneros, donde las mujeres enfrentan impactos diferenciados producto de la violencia de tipo sexual y de género, lo cual puede aumentar el número de muertes o enfermedades en las mujeres. A su vez, el daño a la infraestructura que impida el acceso a servicios sanitarios genera deserción escolar en las niñas más frecuentemente que en los niños³², y, en el caso de mujeres embarazadas, esta situación puede generar mayor riesgo tanto para ellas como para sus bebés³³. Por lo que es evidente que las problemáticas socioambientales tienen un impacto mayor en mujeres y niñas que en los hombres.

27 ONU MUJERES (2020), p. 20.

28 FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF (2020), pp. 8 y 16.

29 ONU MUJERES (2018), pp. 20 y 93.

30 FRÖHLICH *et al.* (2018), pp. 17-30.

31 TERRY (2009), y NEUMAYER y PLÜMPER (2007), *passim*.

32 NISHAT y RAHMAN (2018), *passim*.

33 AKINSEMOLY y OLUKOYA (2020), p. 2.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que las mujeres no son un grupo homogéneo y genérico; por el contrario, conforman la mitad de la población mundial en un universo tan amplio como diverso. Las múltiples diferencias asociadas al lugar donde viven, edad, clase social, origen étnico, religión, orientación sexual y muchas otras dimensiones que se entrecruzan o más bien se interseccionan, pues las relaciones de poder se experimentan y expresan de manera diferenciada en las diversas sociedades y grupos humanos en distintos momentos históricos³⁴.

En este contexto, resulta particularmente relevante tener en cuenta que existen sesgos de género asociados a los programas de protección social y políticas públicas, que se refleja, por ejemplo, en la ausencia de políticas efectivas de apoyo a las infancias –lo que implica una sobrecarga de trabajo para las mujeres–, la tradicional orientación masculina de los programas y servicios de asistencia técnica rural³⁵, sumado a la falta de indicadores específicos y lagunas que existen en relación con los datos y estadísticas de género. Por ejemplo, faltan datos que midan el tiempo que dedican las mujeres a labores agrícolas, la calidad del trabajo que realizan, su responsabilidad en la gestión de unidades productivas, la calidad de tierras que controlan, participación política, autonomía económica, entre otras³⁶. A nivel mundial, estos datos llegan apenas a un 26 % de los necesarios para un seguimiento a indicadores específicos de género³⁷, lo que profundiza las brechas de desigualdad que experimentan las mujeres y niñas en los distintos territorios y que al entrecruzarse con otras dimensiones se exacerban aún más.

Este escenario se ve agravado por la crisis actual de pandemia por COVID-19, pues, según los datos de ONU Mujeres y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se acrecienta la brecha entre los hombres y las mujeres que viven en situación de pobreza. Se prevé que entre los años 2019 y 2021 aumentará en un 9,1 % la tasa de pobreza de las mujeres, revirtiendo así décadas de progreso³⁸.

34 BABACAN (2021); ROWBOTHAM y LINKOGLE (2001), *passim*.

35 FAO (2019), p. 4.

36 NOBRE y HORA (2017), pp. 12 y 31.

37 ONU MUJERES (2018), p. 48.

38 PNUD (2020), (s.p.).

5. INTERSECCIONALIDAD, UNA CATEGORÍA NECESARIA PARA LA SEGURIDAD HÍDRICA

El vínculo entre cambio climático y género ha sido ampliamente discutido por décadas en los debates internacionales. En 2018, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) recomendaba a las partes asegurar que todas las políticas, legislaciones, planes, programas, presupuestos y otras actividades vinculadas con la reducción de riesgos de desastres y cambio climático se basen en principios de derechos humanos y sean sensibles a las dimensiones de género. En 2017 se adoptó el primer Plan de Acción de Género en la Conferencia Anual de las Partes del Acuerdo de París (COP23), lo que demuestra el reconocimiento internacional de los impactos diferenciados que experimentan las mujeres y niñas en relación a la crisis climática³⁹.

Por otra lado, las complejidades que entrecruzan y visibilizan el concepto de género con otras dimensiones han sido recibidas e incorporadas, aunque escasamente de forma explícita, en diversos ámbitos, como, por ejemplo, en políticas públicas internacionales y nacionales, en tratados en materia de derechos humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW de 1979, Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, entre otras), en disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en estrategias regionales de organismos internacionales, como la Estrategia Regional de Género de la FAO para América Latina y el Caribe 2019-2023, y atravesando también los ODS y la Agenda 2030.

Esto responde a los esfuerzos y al amplio desarrollo tanto conceptual como empírico que han elaborado los feminismos académicos y activistas en el debate sobre las dimensiones de la interseccionalidad, desde que la abogada Kimberle Creenshaw acuñara el concepto en 1989, en el marco de la batalla legal para evidenciar la invisibilidad jurídica de las múltiples dimensiones de opresión que experimentaban trabajadoras afrodescendientes de la compañía General Motors.

Es importante destacar que Creenshaw no fue la primera en visibilizar el entrecruzamiento de opresiones y violencias diferenciadas que experi-

39 BABACAN (2021), *passim*.

mentaban las mujeres afrodescendientes, pues Sojourner Truth, en su famoso discurso “Ain’t I a woman?”, en la Convención por los Derechos de las Mujeres en Ohio en 1851, ya revelaba públicamente las violencias y el trato diferenciado que recibía como mujer afrodescendiente. Durante el siglo XX son fundamentales los aportes de la Colectiva del Río Combahee y de intelectuales como Angela Davis, *bell hooks*, Audre Lorde y otras⁴⁰ que marcaron la distancia que tenían los feminismos hegemónicos blancos con sus experiencias, pues estos habían obviado las múltiples violencias que experimentaban las mujeres no blancas.

En este escenario, Mara VIVEROS VIGOYA⁴¹, en *La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación*, plantea que resulta fundamental hacer un breve recorrido por el origen y desarrollo del concepto, ya que de otro modo se puede caer en hacer un uso mercantil o mención obligada de interseccionalidad, despojando al concepto de su contexto, historia e ímpetu político. La autora presenta una genealogía de los enfoques interseccionales, relevando los aportes del *black feminism* así como también de los feminismos latinoamericanos a los que define como enfoques epistémicos decolonizadores. Incorpora algunos debates recientes que permiten reflexionar acerca de sus aplicaciones tanto teóricas como prácticas al evidenciar que la dominación, por una parte, responde a una formación histórica específica y, por otra, que las relaciones sociales imbricadas en las experiencias concretas se pueden vivir de múltiples maneras, por lo que los parámetros universales feministas no son adecuados para describir formas específicas en que se intrincan y experimentan las múltiples opresiones.

Para VIGOYA, la apuesta de la interseccionalidad consiste en “aprehender las relaciones sociales como construcciones simultáneas en distintos órdenes, de clase, de género y raza, y en diferentes configuraciones históricas [...]”⁴². No se refiere a un cruce de posiciones que se mantienen estáticas en el tiempo, sino que, muy por el contrario, la importancia de la interseccionalidad radica en la experiencia y la práctica social entendidas como fuentes de conocimiento y como un lugar de emergencia de nuevos sujetos políticos. En la misma línea, Patricia Hill Collins define la intersec-

40 VIGOYA (2016), pp. 3 y 4.

41 VIGOYA (2016), *passim*.

42 VIGOYA (2016), p. 12.

cionalidad como un aporte para describir un sistema de opresiones interseccionadas que se manifiestan en estructuras diversas como, por ejemplo, la clase, el género, racismo y la sexualidad, que se configuran como una barrera para las mujeres negras y su empoderamiento.

En Abya Yala (América Latina) resulta fundamental el trabajo de Ochy CURIEL, quien sostiene que para el contexto latinoamericano y caribeño existe una especificidad asociada al colonialismo y la dependencia económica que han provocado una situación de pobreza generalizada en el contexto de conformación de los Estados naciones y destaca los impactos del heterosexismo en las mujeres, particularmente en las afrodescendientes e indígenas⁴³.

Particularmente relevantes para el contexto latinoamericano son los aportes desde el antiextractivismo y sus cruces con el neoliberalismo, colonialismo y patriarcado que visibilizan las problemáticas socioambientales que por efectos de esta racionalidad extractiva acentúan los estereotipos de la división sexual del trabajo agravando las desigualdades de género y rompiendo el tejido comunitario⁴⁴ e impactando mayormente a los sectores rurales, pues el extractivismo implica el despojo de tierras afectando la autonomía y autosuficiencia de las economías campesinas⁴⁵.

Por todo lo anteriormente mencionado, se propone que los alcances del concepto de interseccionalidad son fundamentales para los debates en torno al cambio climático y la escasez hídrica. Las vulnerabilidades a las amenazas son diferenciadas en la sociedad y la emergencia climática va a afectar más gravemente a quienes tienen acceso limitado a la tierra, recursos, medios de vida y toma de decisiones. Mientras el 39 % de las mujeres trabajadoras del mundo se desempeña en agricultura, silvicultura y pesca, tan solo el 14 % de ellas posee tierras⁴⁶. Es decir, que son las mujeres, niños y niñas, personas mayores y no neurotípicas, entre otras, las que se verán mayormente afectadas, lo que se profundiza para el caso de mujeres pertenecientes a las primeras naciones indígenas, afrodescendientes, de la diáspora, campesinas y del mundo rural.

43 CURIEL (2007), *passim*.

44 SVAMPA (2020), *passim*.

45 CAVALLERO y GAGO (2019), *passim*.

46 ONU MUJERES (2020), p. 5.

Usar los lentes de la interseccionalidad permite no solo centrar la atención en las discriminaciones, violencias y opresiones, sino también y, por sobre todo, relevar a las mujeres y niñas como actores con agencia, así como también el papel protagónico que tienen al promover la resiliencia de sus comunidades para enfrentar la crisis climática, financiera, alimentaria, hídrica, los procesos de degradación ambiental y otras⁴⁷.

En América Latina, y el Caribe en particular, sus conocimientos son fundamentales para el mantenimiento socioeconómico de sus comunidades y las memorias de sus pueblos, así como también son las principales transmisoras de saberes y conocimientos técnicos como manejos agroecológicos, selección de semillas, reproducción de plantas en extinción, plantas medicinales, entre otras⁴⁸, que contribuyen directamente a la biodiversidad y a la necesidad de proteger los ecosistemas de la sobreexplotación.

6. ACCESO Y GESTIÓN DEL AGUA:

ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LAS BRECHAS DE GÉNERO EN CHILE

Es importante poner especial foco en los análisis a nivel doméstico respecto de las prácticas de acceso y gestión del agua. Las mujeres son quienes se llevan generalmente las mayores cargas de las labores domésticas, reproductivas y de cuidados, lo cual se multiplica ante escenarios de inseguridad hídrica, provocando una serie de consecuencias tanto físicas como emocionales⁴⁹. Por un lado, las actividades de búsqueda de agua o traslado de esta a menudo generan dolencias físicas⁵⁰, por otro lado, a nivel psicológico se pueden observar señales de depresión y ansiedad⁵¹, lo cual ante el escenario actual de pandemia por COVID-19 podría agudizarse⁵².

La Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió un conjunto de pautas para enfrentar la pandemia, donde destaca como primera medida el

47 ONU MUJERES (2018), p. 33; BABACAN (2021), *passim*.

48 NOBRE y HORA (2017), pp. 2 y 31.

49 TRUELOVE (2011), *passim*.

50 BRAVO y FRAGKOU (2019), p. 50.

51 BREWIS *et al.* (2021), p. 1.

52 STOLER *et al.* (2021), pp. 1-2.

lavado periódico de manos, el distanciamiento físico y el mantenimiento de la higiene en el hogar⁵³. Por lo que la inseguridad hídrica presenta una serie de complicaciones para la prevención y el control de COVID-19, exacerbando las vulnerabilidades existentes en el hogar⁵⁴. Esto puede ser aún mayor en mujeres y niñas/os, ya que el distanciamiento social puede llevar a que la recolección de agua no se haga en grupo, aumentando el riesgo de acoso, asalto y accidentes⁵⁵, lo que, a su vez, puede llevar a que las mujeres asuman otro tipo de riesgos para buscar agua, como utilizar fuentes de agua de menor calidad o transitar por terrenos más peligrosos⁵⁶.

En Chile existe escasa documentación relacionada con la seguridad hídrica con perspectiva de género. Sin embargo, según BECKER⁵⁷, en Petorca, una de las comunas más afectadas por la escasez hídrica en el país, las mujeres son quienes reutilizan el agua en el hogar, se encargan de buscar agua en caso de cortes yendo a otras localidades o casas, generan redes de apoyo para mujeres de la tercera edad que no cuentan con las condiciones para reutilizar o acceder al agua, etc. Además, menciona que las mujeres se ven afectadas emocionalmente por sentimientos recurrentes, como sensaciones de rabia, angustia, inseguridad, pena, entre otras.

A pesar del importante papel que cumplen las mujeres en el uso del agua y la gestión del hogar, sus necesidades y usos a menudo no están representados en las políticas o proyectos de gestión de los recursos hídricos, ya que se le confieren la mayoría de los poderes y derechos a los hombres⁵⁸.

En el país, una vez asignados los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), su gestión recae principalmente en los usuarios con propiedad de DAA, quienes en las distintas Organizaciones de Usuarios de Aguas (OUA) distribuyen las aguas y resuelven los conflictos que pudieran presentarse dentro de cada entidad⁵⁹.

53 OMS (2020), (s.p.).

54 STOLER *et al.* (2021), p. 8.

55 COLLINS *et al.* (2018), *passim*.

56 SMILEY y STOLER (2020), *passim*.

57 BECKER (2020), pp. 46-51.

58 ZWARTEVEEN y BENNET (2005); VARUA *et al.* (2018); UDAS y ZWARTEVEEN (2010), *passim*.

59 ROJAS (2003), p. 1.

En las OUA la participación y toma de decisiones han sido espacios tradicionalmente formados por hombres⁶⁰. Según un informe de la Dirección General de Aguas⁶¹, del total de DAA otorgados entre los años 1999-2005, los hombres recibieron un 254 % más que las mujeres, donde estas últimas obtuvieron solo un 28 % del total de derechos otorgados a nivel nacional.

Sumado a lo anterior, también existen otras barreras a la participación. Según un estudio realizado por la Comisión Nacional de Riego⁶², al consultar a las usuarias de riego de la comuna de Salamanca, Región de Coquimbo, sobre por qué no formaban parte de las dirigencias, las principales razones manifestadas fueron: los horarios en que se efectuaban las reuniones; la baja recepción a sus opiniones por parte de los usuarios hombres; la distancia entre la sede de la reunión y sus casas, y la autocensura que las limita a participar. Lo anterior da cuenta que hay mucho por hacer para avanzar en la participación efectiva de las mujeres, su incorporación no solo contribuye a una mayor eficiencia en los programas y proyectos, sino que también en avanzar hacia la igualdad de género, empoderamiento y equidad⁶³.

7. METÁLOGO CON PERSPECTIVA INTERSECCIONAL

De acuerdo con los apartados anteriores, es que se requiere de un marco analítico multinivel para avanzar en una comprensión holística de las brechas de género y su articulación con otras dimensiones en el acceso, uso y gestión del agua, de manera de analizar cómo opera la seguridad hídrica en cada escala, desde una óptica interseccional (género, edad, clase social, etnia, etc.) que sea transversal a cada una de ellas. Lo siguiente se explica en la siguiente imagen:

60 COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO (2018), p. 51.

61 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2006), p. 17.

62 COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO (2009), pp. 32-34.

63 GWA y PNUD (2006), pp. 17-20.

Luego de un proceso sistemático de co-construcción, el “ir y venir” de conocimientos individuales y colectivos, observamos que los espacios de encuentro, consensos y disensos que favorecen la cooperación y el fortalecimiento de liderazgos deben ser acompañados de metodologías de co-construcción, para superar y no reproducir las desigualdades de género.

A continuación, se muestra la estructura del metálogo, con elementos y preguntas que permitan profundizar en la perspectiva interseccional, en búsqueda de incidencia y liderazgo de mujeres en contextos socioambientales complejos.

Metálogo con perspectiva interseccional

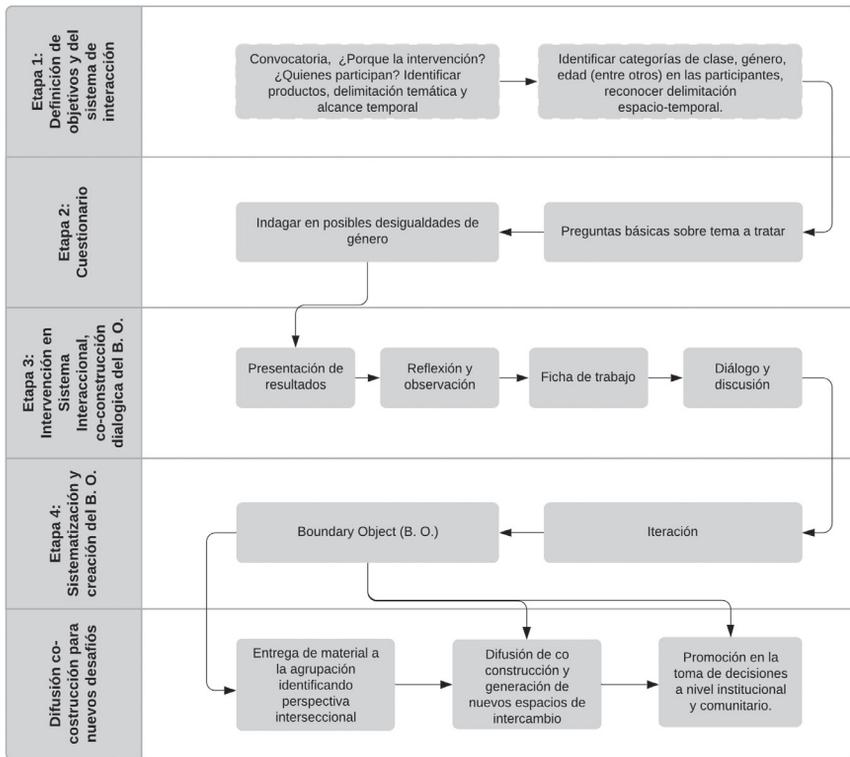


Imagen 2: Elaboración propia en base a URQUIZA *et al.* (2018).

El ejercicio busca desarrollar un diálogo que es iterativo, incorporando en cada fase las percepciones, experiencias y conocimientos de sus participantes, es importante sumar a diversos actores (sociedad civil, organizaciones de mujeres, espacios institucionales, etc.).

Para incorporar la perspectiva interseccional, en la etapa 1 se debe proponer el objetivo junto a preguntas que permitan desarrollar un sistema de interacción a partir de las categorías de género, clase, edad, lugar (entre otras que se crean relevantes). Estas preguntas deben hacer referencia a la problemática y alusión a las categorías y generar una síntesis. En la etapa 2, se presenta la síntesis. Aquí se incorporan todas las voces, identificando puntos comunes, no comunes y disidentes, dando cuenta del diálogo entre las categorías. A continuación, en la etapa 3 se presentan los resultados generales de la discusión y se pregunta por elementos que puedan complementarse. En esta etapa se fortalecen elementos que fueron mencionados de forma secundaria o deban ser retomados. Esto, a partir de dinámicas grupales o preguntas abiertas. En este punto es importante preguntarnos qué categoría es más predominante en estos contextos: ¿es el género y la clase? ¿Es la edad? ¿Es el lugar? Y cómo van dialogando con la escala local. Y cuáles son los aportes a dichas problemáticas.

Finalmente, en la etapa 4 se elabora el trabajo donde se incorporan diagnósticos generales con datos secundarios, y los procesos de co-construcción a partir de los diálogos, las ausencias y las recomendaciones. Se vuelve a iterar el documento y se propone una entrega a las organizaciones, sociedad civil e instituciones.

Este ejercicio permite aportar con elementos teóricos y metodológicos para mejorar los esfuerzos en materia de inseguridad hídrica al incorporar el enfoque interseccional. En este sentido, el metálogo permite profundizar las reflexiones al diversificar las voces y puntos de vista. Esto es un aporte a los sistemas de alerta a nivel integral, relevando las voces y experiencias de mujeres en los territorios, quienes, acompañadas de diagnósticos claros, pueden contribuir con sus conocimientos y saberes para ser parte de las soluciones.

Cada etapa requiere un trabajo sistemático, que fidelice el grupo de trabajo con el que se está desarrollando la co-construcción, quienes deben tener conocimiento de la metodología, el cronograma de trabajo y los resultados.

8. REFLEXIONES FINALES

El modelo de gestión de aguas en Chile, sumado al actual escenario de cambio climático, constituyen un riesgo importante para el futuro del país, lo cual podría incrementar la inseguridad hídrica en diversos territorios. En vista de esto, se vuelve imperante analizar las consecuencias diferenciadas

en la sociedad, donde las mujeres y niñas reciben con frecuencia las mayores externalidades negativas de estos cambios. Si bien es clave incorporar la perspectiva de género, no se debe caer en prácticas reduccionistas, por lo que se debe considerar la óptica interseccional para incluir otras dimensiones, como son la edad, etnia, religión, nivel socioeconómico, entre otras.

El mundo del agua requiere grandes transformaciones para reducir las asimetrías de poder en múltiples niveles y sectores de la sociedad. Se requieren cambios desde lo doméstico, hasta las esferas de toma de decisiones, ya que es necesario realizar cambios profundos en las organizaciones, instituciones y las políticas hídricas en concordancia con estos desafíos complejos, para lo cual la co-construcción de conocimiento junto a las comunidades permite fortalecer los diálogos con la institucionalidad política y así también los liderazgos locales.

La crisis climática es real y los escenarios futuros pueden paralizarnos, pero también es importante asumir este desafío como una oportunidad. Los estereotipos de género han provocado que las mujeres tengan conocimientos y preocupaciones diferentes con lógicas orientadas al cuidado y con mayor preocupación por los territorios y las futuras generaciones, por lo que es fundamental que sean parte de los procesos de toma de decisiones en procesos participativos. Finalmente, planteamos algunas preguntas que nos siguen rondando: ¿el modelo de producción y desarrollo actual permitirá alcanzar la meta de la seguridad hídrica? ¿Las lógicas extractivas son aceptables en el contexto de crisis climática que enfrentamos? ¿Tendremos la capacidad para hacer las transformaciones necesarias y transitar hacia una sociedad más justa y equitativa?

La tarea que tenemos por delante es inmensa y hoy tenemos la oportunidad de iniciar este camino a través de una nueva carta magna ecológica, paritaria y plurinacional que debe aprovechar los saberes y conocimientos de las mujeres de los diversos territorios que nos permitirán construir un futuro desde la sustentabilidad, el cuidado del medio ambiente y el buen vivir.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AKINSEMOLY, Adenike y OLUKOYA, Obafemi (2020): “The vulnerability of women to climate change in coastal regions of Nigeria: A case of the

- Ilaje community in Ondo State”, en *Journal of Cleaner Production*, vol. 246.
- ARORA-JONSSON, Seema (2011): “Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change”, en *Global Environmental Change*, vol. 21, N° 2.
- BABACAN, Hurriyet (2021): “Women and economic dimensions of climate change”, en *Economic Effects of Natural Disasters* (Academic Press).
- BAUER, Carl (2015): *Canto de sirenas: El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, 2ª edición (Santiago: Ediciones El Desconcierto.cl).
- BECKER, Isaura (2020): *Impactos de la escasez hídrica en las prácticas de uso de agua de mujeres rurales de la comuna de Petorca*. Memoria para optar al título de Geógrafa (Santiago: Universidad de Chile).
- BENNETT, Vivienne *et al.* (eds.) (2005): *Opposing currents: the politics of water and gender in Latin America* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press). Disponible en línea: <doi:10.2307/j.ctt9qh61c>.
- BILLI, Marco *et al.* (2021): *Gobernanza climática de los elementos. Hacia una gobernanza climática del agua, el aire, el fuego y la tierra en Chile, integrada, anticipatoria, socio-ecosistémica y fundada en evidencia*. Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2, (ANID/FONDAP/15110009).
- BISUNG, Elijah y ELLIOT, Susan (2018): “Improvement in access to safe water, household water insecurity, and time savings: A cross-sectional retrospective study in Kenya”, en *Social Science & Medicine*, vol. 200 (Ámsterdam, Países Bajos).
- BOLADOS, Paola *et al.* (2017): “La eco-geo-política del agua: una propuesta desde los territorios en las luchas por la recuperación del agua en la provincia de Petorca (Zona central de Chile)”, en *Revista Rupturas*. vol 8, N° 1 (San José, Costa Rica).
- BRAVO, Leslie y FRAGKOU, María Christina (2019): “Escasez hídrica, género, y cultura mapuche. Un análisis desde la ecología política feminista”, en *Polis*, vol. 54.
- BREWIS, Alexandra *et al.* (2021): “Household water insecurity and psychological distress in Eastern Ethiopia: Unfairness and water sharing as

undertheorized factors”, en *SSM - Mental Health*, vol. 1 (Ámsterdam, Países Bajos).

CAVALLERO, Luci y GAGO, VERÓNICA (2019): “Una lectura feminista de la deuda. *Vivas, libres y desendeudadas nos queremos*”. Disponible en línea: <<https://rosalux-ba.org/wp-content/uploads/2019/05/lectura-feminista-deuda-PANTALLAS.pdf>>.

CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA (CR)2 (2010-2015): *La megasequía: Una lección para el futuro*. Disponible en línea: <<https://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2015/11/informe-megasequia-cr21.pdf>>.

COLLINS, Shalean *et al.* (2018): “‘I know how stressful it is to lack water!’ Exploring the lived experiences of household water insecurity among pregnant and postpartum women in western Kenya”, en *Global Public Health. An International Journal for Research, Policy and Practice*, vol. 14, N° 5 (Marylan, Estados Unidos).

COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO (CNR) (2009): Guía: incorporación del enfoque de género en estudios y programas de la Comisión Nacional de Riego. Disponible en línea: <<http://bibliotecadigital.ciren.cl/handle/123456789/9790>>.

——— (CNR) (2018): *Manual avanzado para profesionales de las Organizaciones de Usuarios de Agua*. Disponible en línea: <<http://bibliotecadigital.ciren.cl/bitstream/handle/123456789/26929/CNR-0468.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

COMUNIDAD MUJER (2020): “Electas, Mujeres en política”, en *Comunidad mujer*. Disponible en línea: <<https://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2020/07/ELECTAS-Mujeres-en-la-Pol%C3%ADtica.pdf>>.

CURIEL, Ochy (2007): “Los aportes de las afrodescendientes a la teoría y la práctica feminista”, en *Perfiles del feminismo Iberoamericano*, vol. 3.

DICKIN, Sarah y BISUNG, Elijah (2019): “Concept mapping: Engaging stakeholders to identify factors that contribute to empowerment in the water and sanitation sector in West Africa”, en *SSM - Population Health*, vol. 9 (Ámsterdam, Países Bajos).

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (DGA) (2006): Análisis cualitativo sobre derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por la Dirección General de Aguas desagregados por sexo periodo 1999-2005.

- FAO (2019): *Estrategia Regional de Género de la FAO para América Latina y el Caribe 2019-2023* (Santiago de Chile).
- FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF (2020): *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2020. Transformación de los sistemas alimentarios para que promuevan dietas asequibles y saludables* (Roma: FAO).
- FRÖHLICH, Christiane *et al.* (eds.) (2018): *Water security across the gender divide* (New York, Springer International Publishing).
- FUNDACIÓN AMULÉN: *Pobres de agua. Radiografía del agua rural de Chile: Visualización de un problema oculto*. Centro UC Derecho y Gestión de Aguas y Centro UC Cambio Global. Disponible en línea: <<https://cambioglobal.uc.cl/proyectos/289-pobres-de-agua-radiografia-del-agua-rural-en-chile>>.
- GALLARDO, Laura *et al.* (2019): *El Antropoceno en Chile: evidencias y formas de avanzar*. Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2 (ANID/FONDAP/15110009). Disponible en línea: <<http://ww.cr2.cl/antropoceno>>.
- GARREAUD, René *et al.* (2017): “The 2010-2015 megadrought in central Chile: impacts on regional hydroclimate and vegetation”, en *Hydrology and Earth System Sciences*, vol. 21, N° 12.
- GREY, David y SADOFF, Claudia (2007): “Sink or swim? Water security for growth and development”, en *Water Police*, vol. 9, N° 6 (Londres: IWA Publishing).
- GWA (ALIANZA DE GÉNERO Y AGUA), PAÍSES BAJOS Y PNUD (PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO) (2006): *Guía de Recursos: Transversalización del enfoque de género en la gestión del agua: versión 2.1*. Países Bajos. Disponible en línea: <<https://www1.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/environment-energy/resource-guide—mainstreaming-gender-in-water-management-spanish.html>>.
- GWP (GLOBAL WATER PARTNERSHIP) (2000): *Towards water security: a framework for action* (Stockholm: Sweden).
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2017): *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático*. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf>.
- MUSHAVI, Rumbidzai *et al.* (2020): “‘When you have no water, it means you have no peace’: A mixed-methods, whole-population study of wa-

ter insecurity and depression in rural Uganda”, en *Social Science & Medicine*, vol. 245.

NEUMAYER, Eric y PLÜMPER, Thomas (2007): “The gendered nature of natural disasters: The impact of catastrophic events on the gender gap in life expectancy, 1981-2002”, en *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 97, N° 3.

NISHAT, Khandakar y RAHMAN, Shafiqur (2018): *Disaster, vulnerability, and violence against women: Global Findings and a Research Agenda for Bangladesh*. Disponible en línea: <<https://www.igi-global.com/chapter/disaster-vulnerability-and-violence-against-women/188908>>.

NOBRE, Miriam y HORA, Karla (2017): *Atlas de las mujeres rurales de américa latina y el caribe: Al tiempo de la vida y los hechos* (FAO-Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) (Santiago de Chile). Disponible en línea: <<https://www.fao.org/3/i7916s/i7916s.pdf>>.

NÚÑEZ, Jorge *et al.* (2015): Chile a secas: vulnerabilidad chilena frente a la sequía y déficit hídrico extremo desde la interfaz ciencia-política. Disponible en línea: <<https://www.scribd.com/document/291510966/Chile-a-Secas-Vulnerabilidad-Chilena-Frente-a-La-Sequia-y-Deficit-Hidrico-Extremo-Desde-La-Interfaz-Ciencia-politica>>.

OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS) (2013): “Water Security for Better Lives”, en *OECD Studies on Water* (OECD Publishing).

OMS (2020): Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): orientaciones para el público. Disponible en línea: <<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>.

ONU (2021): Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua - Informe del Relator Especial (A/HRC/46/28). Disponible en línea: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_46_28_1.pdf.

ONU Mujeres (2018): Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Disponible en línea: <<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2018/SDG-report-Gender-equality-in-the-2030-Agenda-for-Sustainable-Development-2018-es.pdf>>.

- (2018): Vulnerabilidad de las mujeres indígenas del norte de Chile frente al Cambio Climático. Disponible en línea: <<https://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2021/01/ONU-Mujeres-Vulnerabilidad-mujeres-indigenas-norte-Chile-CC.pdf>>.
- (2020): Igualdad de género. A 25 años de Beijing: Los derechos de las mujeres bajo la lupa. Disponible en línea: <<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/gender-equality-womens-rights-in-review-es.pdf?la=es&vs=4849>>.
- PEÑA, Humberto (2016): “Desafíos de la seguridad hídrica en América Latina y el Caribe. Serie recursos naturales e Infraestructura N° 178”. Publicación de las Naciones Unidas y la Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ) (Santiago de Chile).
- PNUD (2020): COVID-19 ampliará la brecha de pobreza entre mujeres y hombres, según los nuevos datos de ONU Mujeres y el PNUD. Disponible en línea: <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/news-centre/news/2020/_COVID-19_will_widen_poverty_gap_between_women_and_men_.html>.
- ROJAS, Christian (2003): “La distribución de aguas por las juntas de vigilancia”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 11.
- ROWBOTHAM, Sheila *et al.* (2001): *Women Resist Globalization: Mobilizing for Livelihood and Rights including Introduction*, en Zed Books (Londres, Inglaterra).
- SÁNCHEZ, Armando (2017): “Territorio, extractivismo y (des)ciudadanía en América Latina”, en *El Cotidiano* N° 201.
- SAMANIEGO, José Luis (2010): *Cambio climático: una perspectiva regional* (Santiago de Chile: CEPAL). Disponible en línea: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1405/1/cambio_climatico_perspectiva_regional.pdf>.
- SMILEY, Sarah y STOLER, Justin (2020): “Socio-environmental confounders of safe water interventions”, en *WIREs Water*, vol. 7, N° 3. Disponible en línea: <<https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/wat2.1438>>.
- STEVENSON, Edward *et al.* (2021): “Water insecurity in 3 dimensions: An anthropological perspective on water and women’s psychosocial distress in Ethiopia”, en *Social Science & Medicine*, vol. 75, N° 2.

- STOLER, Justin *et al.* (2021): “Household water insecurity will complicate the ongoing COVID-19 response: Evidence from 29 sites in 23 low- and middle-income countries”, en *International Journal of Hygiene and Environmental Health*, vol. 234.
- SVAMPA, Maristella (2020): “¿Hacia dónde van los movimientos por la justicia climática?”, en *Nueva Sociedad*, vol. 286.
- TERRY, Geraldine (2009): “No climate justice without gender justice: an overview of the issues”, en *Gender & Development*, vol. 17, N° 1.
- TIPPIN, Chilton (2021): “The household water insecurity nexus: Portraits of hardship and resilience in U.S-Mexico border colonias”. Geoforum.
- TRUELOVE, Yaffa (2011): “(Re-)Conceptualizing water inequality in Delhi, India through a feminist political ecology framework”, en *Geoforum*, vol. 42, N° 2 (Ámsterdam, Países Bajos).
- UDAS, Pranitas y ZWARTEVEEN, Margreet (2020): “Can water professionals meet gender goals? A case study of the Department of Irrigation in Nepal”, en *Gender Devel* vol 18, n°1 Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1080/13552071003600075>>.
- URQUIZA, Anahí *et al.* (2018): “Metálogo como herramienta de colaboración transdisciplinaria”, en *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales* N° 62.
- URQUIZA, Anahí y BILLI, Marco (2020): *Seguridad hídrica y energética en América Latina y el Caribe: definición y aproximación territorial para el análisis de brechas y riesgos de la población*. Santiago, Chile. CEPAL. Disponible en línea: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46408/1/S2000631_es.pdf>.
- VARUA, María Estela *et al.* (2018): “Groundwater management and gender inequalities: The case of two watersheds in rural India”, en *Groundwater Sustain*, vol. 6. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1016/j.gsd.2017.11.007>>.
- VIGOYA, Mara Viveros (2016): “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación”, en *Debate feminista*, vol. 52.
- ZEITOUN, Mark, *et al.* (2016): “Reductionist and integrative research approaches to complex water security policy challenges”, en *Global Environmental Change*, vol. 39.

ZWARTEVEEN, Margreet y BENNETT, Vivienne (2005): “The Connection between Gender and Water Management”, en BENNETT, Vivienne *et al.* (eds.), *In Opposing Currents: The Politics of Water and Gender in Latin America* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press).

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL Y
LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA MUNICIPALIDAD
DE CORONEL PARA RECLAMAR EN VIRTUD DEL
ARTÍCULO 17 N° 6 DE LA LEY N° 20.600

THIRD ENVIRONMENTAL COURT AND THE ACTIVE STANDING
OF THE MUNICIPALITY OF CORONEL TO CLAIM UNDER ARTICLE 17
N° 6 OF LAW N° 20.600

Marco Antonio Rojas Pérez

Abogado de la Universidad de Concepción

Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad del Desarrollo

marco.rojasperez@gmail.com

RESUMEN: Importante ha sido el rol que cumplen las municipalidades en Chile para defender intereses medioambientales en sus territorios. Por cierto, resulta fundamental la participación de la ciudadanía en estos temas, no obstante que las municipalidades intervengan activamente en la discusión previa a la instalación de un proyecto dentro de su territorio, defendiendo los intereses de sus ciudadanos, aporta mayores herramientas y recursos al proceso de evaluación. El presente trabajo pretende aportar elementos que ayuden a despejar las dudas existentes respecto al rol que las municipalidades pueden cumplir; particularmente, en el proceso de participación ciudadana y su legitimación para reclamar ante tribunales ambientales.

PALABRAS CLAVE: Participación ciudadana, municipalidad, observante, legitimación activa.

ABSTRACT: The role played by the municipalities in Chile to defend environmental interests in their territories has been important. Of course, citizen participation in these issues is fundamental, however, the active involvement of municipalities in the discussion prior to the installation of a project within their territory, defending the interests of their citizens, provides greater tools and resources to the evaluation process. This paper intends to contribute elements that help to clear up existing doubts regarding the role that municipalities can play, particularly in the citizen participation process and their legitimacy to claim before environmental courts.

KEY WORDS: Citizen participation, municipality, observer, active legitimacy.

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario se enmarca en la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol R-32-2020, por medio del cual se rechazó la reclamación interpuesta por la Ilustre Municipalidad de Coronel en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600. Sin perjuicio de que en el caso analizado no se abrió formalmente un proceso de participación ciudadana (PAC), el Tercer Tribunal Ambiental sostiene que, aun en ese contexto, las municipalidades carecen totalmente de legitimación para reclamar conforme al artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, toda vez que no detentan la calidad de observante PAC.

De esta manera, el presente comentario busca contrastar la postura del Tercer Tribunal Ambiental con lo que ha señalado la Corte Suprema: la facultad que tienen las municipalidades para intervenir en un proceso de evaluación ambiental como observantes PAC, y, en ese sentido, determinar su legitimidad para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

Por último, para reforzar la tesis de interpretación normativa que sostiene la calidad de observante PAC de las municipalidades, se tratará de incorporar a la discusión la necesidad de ponderar otros principios jurídicos en este tema, sobre todo aquellos de carácter ambiental, como son el principio de acceso a la justicia ambiental, preventivo y de justicia ambiental.

2. RESUMEN DEL CASO

El 25 de septiembre de 2020, la Ilustre Municipalidad de Coronel, en adelante “la reclamante”, interpuso reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 contra la Resolución Exenta N° 202099101534 del director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), de 21 de agosto de 2020 (en adelante, la “resolución reclamada”), que acogió recurso de reclamación y modificó la Resolución Exenta N° 6, de 8 de enero de 2020, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío (COEVA Biobío) y calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del Proyecto “Terminal de Productos Pacífico” (en adelante, el “Proyecto”), de la Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. (en adelante, el “titular”).

En términos generales, el proyecto consiste en una instalación para la recepción, almacenamiento y distribución de combustibles, que contempla la construcción y operación de un terminal marítimo o fondeadero para naves mayores y otro para naves menores y, asimismo, de un conjunto de diecisiete tanques de almacenamiento y despacho de combustibles líquidos, correspondientes a gasolinas, petróleo diésel y petróleos combustibles, con una capacidad total agregada de 190.000 m³.

La Ilustre Municipalidad de Coronel señaló que tanto en el proceso de evaluación ambiental como durante la reclamación administrativa presentó los informes requeridos por el SEA y actuó como garante de la participación de la comunidad, tal como indica el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300. En este sentido, alegó que las observaciones presentadas junto a los informes presentados como Órgano de la Administración del Estado con Competencia Ambiental (OAECA) habrían sido descartadas al resolverse el recurso de reclamación interpuesto por el titular del proyecto, pese a que habrían sido debidamente consideradas en el proceso de evaluación a cargo de la COEVA.

Para sostener su postura, la entidad administrativa en comento señala que las municipalidades tendrían un doble rol en el procedimiento de evaluación ambiental: por una parte, como OAECA, en virtud de los artículos 8° y 9° ter de la Ley N° 19.300 y 33 y 34 RSEIA, y, además, actuando como garantes de la participación de la comunidad, según dispone el artículo 31 de la Ley N° 19.300.

Según señaló, en tanto OAECA, las facultades de las municipalidades serían exclusivas y excluyentes para informar sobre la compatibilidad territorial de los proyectos respecto de los instrumentos de planificación territorial sobre los que serían competentes, así como para informar si los proyectos sometidos a evaluación se relacionan con las políticas y planes de desarrollo comunal. Por su parte, la calidad de garante de los municipios, a propósito de la participación de la comunidad en un proceso de evaluación ambiental, se debe vincular con: (i) el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que establece que su finalidad será satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas; (ii) el artículo 4° de la ley referida, que les otorga –en su letra b)– funciones relativas a la salud pública y a la protección del medio ambiente, y (iii) el artículo 5° de la ley señalada, que establece que las munic-

palidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales.

Por último, respecto a la legitimación activa para interponer la reclamación establecida en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, la Municipalidad de Coronel funda su pretensión en lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 del mismo cuerpo legal; así como en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley N° 20.600, que establece que se presumirá el interés actual de las municipalidades en los procedimientos regulados en dicha ley.

Por su parte, el SEA aduce que la Municipalidad de Coronel no tendría legitimación activa para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, ya que solo se trata de un OAECA y que, por tanto, sus pronunciamientos son distintos al de los participantes en un proceso PAC y sus observaciones. Al respecto, señaló que, considerando lo dispuesto en los artículos 9° y 26 de la Ley N° 19.300, y 1°, 2°, 24, 35 y 86 y siguientes del Reglamento del Sistema o Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA) queda claro que las observaciones planteadas por un OAECA tienen una finalidad y tratamiento jurídico diverso al de las observaciones ciudadanas, sin que puedan ser asimiladas unas con otras. Además, señaló que los OAECAS solo pueden pronunciarse dentro de la esfera de sus atribuciones y en la competencia específica establecida en la ley y no respecto de otras materias. En este sentido, agregó que la ley no le otorga facultades a la reclamante para presentar observaciones ciudadanas.

Para la parte reclamada, los municipios que han intervenido como OAECA carecen de legitimación activa para impugnar la resolución de calificación ambiental de conformidad al artículo 29 en relación con el artículo 20 de la Ley N° 19.300. De esta manera, y en virtud del principio de jurisdicción, los órganos públicos solo pueden hacer aquello que está expresamente permitido, sin que exista ninguna norma que legitime activamente a las municipalidades en este sentido.

No obstante lo anterior, señala que la acción interpuesta por la Municipalidad de Coronel sería improcedente, ya que no cumpliría con los siguientes requisitos legales para ejercerla (requisitos de procesabilidad exigidos): (i) que se haya realizado un proceso de participación ciudadana

en la que se hubieren presentado observaciones, y (ii) que se haya presentado la reclamación del artículo 20 en contra de la indebida consideración de dichas observaciones, agotando con ello la vía de reclamación administrativa.

Finalmente, agregó que, al no existir un proceso PAC –debido a que ninguna organización ciudadana ni persona natural solicitó–, tampoco podrían existir observaciones ciudadanas en el marco de la evaluación y, en consecuencia, tampoco podría haberse presentado la reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300 por la indebida consideración de observaciones.

Para rechazar la reclamación interpuesta por la Municipalidad de Coronel, el Tercer Tribunal Ambiental se apoya en dos principales líneas argumentativas. Por un lado, establece que no se habrían cumplido los requisitos de procesabilidad para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, toda vez que no se abrió un PAC, al no haberse solicitado así por personas naturales directamente afectadas u organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, y, por otro, señala que estos órganos de la Administración del Estado no estarían legitimados para formular observaciones ciudadanas en el contexto de un PAC.

El Tercer Tribunal Ambiental sostiene su postura distinguiendo entre observaciones ciudadanas durante la evaluación ambiental y los informes de compatibilidad territorial exigidos a las municipalidades como OECA. Y señala que, mientras los informes de la municipalidad son evacuados a requerimiento del SEA y aportan información sobre la compatibilidad del Proyecto con los instrumentos de planificación territorial vigente y el plan de desarrollo comunal, las observaciones ciudadanas solo nacen de la propia comunidad y consisten en “formular cualquier tipo de opinión, comentario, duda, preocupación o consulta, vinculadas con los impactos o riesgos de un proyecto o actividad, en cualquiera de los componentes ambientales, o de sus partes, obras o etapas”. Además de lo anterior, dispone que, al analizar la Ley N° 19.300, su reglamento y el instructivo del SEA, que imparte “Instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, queda en evidencia que los habilitados por la ley para presentar observaciones ciudadanas solo son las personas naturales u organizaciones ciudadanas, y no los órganos de la Administración del Estado. Por último, establece que el rol de garante de la participación de la comunidad, atribuido a las

municipalidades, en ningún caso las habilita para presentar observaciones ciudadanas, debiendo los órganos de la Administración respetar el principio de legalidad como autorización previa, fundado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política.

Finalmente, dispone que, al no existir norma legal que habilite a las municipalidades a presentar observaciones ciudadanas en un PAC, el Tribunal Ambiental estima que la Municipalidad de Coronel no cuenta con legitimación activa para reclamar por vía del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, razón por la cual no entra a analizar los asuntos de fondo, rechazando la acción presentada.

3. COMENTARIO

El proyecto ingresó al Sistema de Evaluación Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental, sin que se haya solicitado a su respecto la apertura de un Proceso de Participación Ciudadana. No obstante, para el desarrollo de este trabajo, nos parece relevante destacar que, según la interpretación que hace el Tercer Tribunal Ambiental sobre diversas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, concluye que las municipalidades no cuentan con ninguna norma en específico que las habilite para formular observaciones ciudadanas en un PAC; en consecuencia, estos órganos administrativos están impedidos de reclamar por vía del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

Al respecto, es posible señalar que la Excma. Corte Suprema ha manifestado que las municipalidades cuentan con la habilitación legal necesaria para formular observaciones a un proyecto en el marco de un PAC y, en consecuencia, detentan la legitimación activa necesaria para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, cuestiones que se irán desentrañando en los siguientes párrafos.

En causa Rol N° 12802-2018, la Corte Suprema acogió el recurso casación en el fondo interpuesto por la Iltre. Municipalidad de San Felipe en contra del Segundo Tribunal Ambiental, considerando que, en virtud de los artículos 17 N° 6 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600 en relación con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, resulta inconcuso establecer que los municipios ostentan la calidad de interesados en los procedimientos ambientales y, en consecuencia, pueden ejercer las acciones pertinentes en los

casos y formas que señala la ley¹. Luego, para esclarecer los casos en los cuales las entidades edilicias pueden actuar de esta manera, distingue, por un lado, el tipo de resolución que se trata de impugnar, y, por otro, la clase de competencia atribuida a los distintos órganos participantes del SEIA. En este sentido, estableció tres supuestos donde las municipalidades cuentan con legitimación activa para accionar ante los tribunales ambientales. En primer lugar, en aquellos en que la decisión de la autoridad ambiental contiene “disposiciones que interesan a toda la ciudadanía”, puesto que “el perjuicio ambiental se materializa en el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medioambiente”. En segundo lugar, están los casos en que la ley dispone expresamente su participación en el proceso de evaluación ambiental, por ejemplo, como OAECA. Y, por último, los casos en que la entidad edilicia en concreto invoque las facultades residuales contempladas en su ley orgánica, acreditando, a su vez, las exigencias del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 19.880 como parte interesada en el proceso. En este caso, la Corte Suprema estimó que, al hacer uso de sus facultades residuales, la Municipalidad de San Felipe estaba legitimada activamente para accionar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en virtud de la defensa del interés colectivo de sus ciudadanos, a propósito de las observaciones que habría hecho durante la vigencia del PAC junto a los informes emitidos como OAECA por el posible emplazamiento del proyecto en las cercanías del lugar donde se ubica el humedal Parrasía-Encón.

De la misma manera, la Corte Suprema, en causa Rol N° 72108-2020, rechazó el recurso de casación interpuesto por el SEA en contra del Primer Tribunal Ambiental, el que, en su sentencia, reconoció legitimidad activa de las entidades edilicias a propósito del artículo 17 N° 6 de Ley N° 20.600, reconociendo la calidad de observante PAC a las Municipalidades de Caldera y Copiapó. En esta sentencia, la más alta magistratura de nuestro país reitera los supuestos donde las municipalidades contarían con la legitimación necesaria para accionar ante los tribunales ambientales, determinando que las municipalidades en comento se hallaban facultadas para formular observaciones ciudadanas al proyecto, toda vez que habrían

1 Corte Suprema, Rol N° 12802-2018, 30 de mayo de 2019, “Ilustre Municipalidad de San Felipe en contra del Servicio de Evaluación Ambiental”, considerando decimocuarto.

participado en el proceso como OAECA, emitiendo sus pronunciamientos (observaciones al proyecto) dentro del período en que se encontraba abierto el PAC.

Cabe señalar que en la evaluación de ambos proyectos sí estuvieron abiertos procesos de participación ciudadana, cumpliéndose de esta manera los requisitos de procesabilidad exigidos para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600. No obstante, más allá del cumplimiento *sine qua non* de estos requisitos, lo relevante para este comentario es que la Corte Suprema reconoce la habilitación legal necesaria para que las municipalidades detenten la calidad de observantes PAC, a diferencia de lo planteado por el Tercer Tribunal Ambiental en el fallo comentado.

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE PRINCIPIOS

Es dable señalar que tanto la Corte Suprema como el Tercer Tribunal ambiental se pronuncian sobre la facultad de las municipalidades como observantes PAC, haciendo un ejercicio interpretativo de normas, pero con resultados totalmente opuestos. De esta forma, en el considerando noveno de la sentencia comentada, el Tercer Tribunal Ambiental señala que los órganos de la Administración del Estado deben respetar el principio de legalidad como autorización previa, fundado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política. Y agrega que, al no existir una norma legal que habilite a las municipalidades a presentar observaciones ciudadanas, estas se encuentran impedidas de hacerlo. En otras palabras, para este Tribunal, aun cuando en un proceso de evaluación de un proyecto se cumplan las exigencias de procesabilidad para reclamar en virtud del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, las municipalidades solo pueden intervenir como OEACA, informando sobre la compatibilidad territorial de los proyectos que pretenden emplazarse en su territorio, mas no pueden formular observaciones en un PAC por no contar con norma expresa que la faculte para esto.

Al respecto, creemos necesario señalar algunas consideraciones sobre principios e interpretación que creemos útiles para refutar la tesis del Tercer Tribunal Ambiental.

Se ha dicho por parte de la doctrina que el principio de legalidad “pre-supone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al orde-

namiento jurídico. Es decir, [...] que el acto administrativo esté ajustado al ordenamiento en su conjunto y que la ley se ajuste a la Constitución”². Así mismo, la “legalidad constituye uno de los principios capitales de nuestro Derecho público y es, al mismo tiempo, uno de los ejes centrales sobre los cuales se construye el Derecho administrativo. Así lo confirma nuestra Constitución en sus artículos 6 y 7, y es ratificado por el artículo 2 de la Ley N° 18.575”³.

Al respecto, la Corte Suprema⁴ ha señalado que:

“[...] el actuar de los órganos públicos se rige por el principio de legalidad o juridicidad y de reserva legal, en virtud de los cuales la Administración necesita de una habilitación legal previa que lo faculte para actuar, debiendo realizar sólo aquello que fue expresamente autorizado. Estos principios se encuentran consagrados en los arts. 6 inciso 1° y 7 de la Constitución Política de la República y en el art. 2° de la Ley N° 18.575, norma esta última que dispone que los órganos de la Administración someterán su acción a la Constitución y las leyes y no tendrán más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, los principios jurídicos pueden devenir en reglas en la medida de que se consagren de manera explícita en una norma positiva. De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico existe consagración explícita de principios en normas, siendo la propia Constitución Política la fuente más relevante a la hora de identificar los principios generales del derecho administrativo chileno⁵ y, muy en particular, respecto al principio de legalidad o juridicidad administrativa consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

A diferencia de lo planteado por el Tercer Tribunal Ambiental, en el caso ventilado entre el SEA y el Primer Tribunal Ambiental⁶, a pesar de reconocer que no existe una norma específica al respecto, el Primer Tribunal Ambiental aplica el principio de legalidad realizando una interpretación

2 BERMÚDEZ (2012), p. 67.

3 CORDERO (2014), p. 410.

4 Corte Suprema, Rol N° 87738-2016, sentencia de 25 de abril de 2017, “Grupo Herce Chile S.A. con Iltre. Municipalidad de Santiago”.

5 OSORIO y VILCHES (2020), p. 274.

6 Primer Tribunal Ambiental, Rol R-26-2019, sentencia de 27 de mayo de 2020, “Ilustre Municipalidad de Caldera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”.

armoniosa⁷ de la normativa ambiental, administrativa, municipal y sus principios, para razonar a favor de la calidad que detentan las municipalidades como observante PAC, todo lo cual fue refrendado por la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 72108-2020 ya mencionada. La misma interpretación armónica de normas refrenda nuestro máximo tribunal para acoger el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad de San Felipe, en causa Rol N° 12802-2018, dejando sin efecto el fallo del Segundo Tribunal Ambiental y reconociendo la facultad de la esta entidad edilicia como observante PAC.

De esta manera, concordamos con GÓMEZ cuando señala que “una interpretación estricta del principio de legalidad entra en flagrante contradicción con el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, por ello se debe optar por una interpretación armónica, partiendo de la base de que la legalidad no puede tener la misma fortaleza en todas las materias”⁸, y creemos que en los casos señalados la Corte Suprema hace uso de este razonamiento, en cuanto reconoce la habilitación legal previa para que las municipalidades actúen como observantes PAC en un proceso de evaluación ambiental, en razón del conjunto armónico de normas que las regulan.

Por otra parte, respecto a los principios jurídicos, y siguiendo a DWORKIN⁹, podemos señalar que “no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular [...]. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia”. Por su parte, para ALEXI, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplido en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas”¹⁰. De esta manera, los principios funcionan

7 Sobre la normativa interpretada se invocaron, entre otros: los artículos 26 y 29 de la Ley N° 19.300; los artículos 78 del DS N° 40/2012; los artículos 17 N° 6 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600; los artículos 5° y 8° de la Ley N° 18.575.

8 GÓMEZ (2017), p. 497.

9 DWORKIN (1989), pp. 74-77.

10 ALEXI (1993), pp. 86-100.

como orientadores e informadores del ordenamiento jurídico, permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas.

A nuestro entender, para resolver esta dicotomía interpretativa, no solo basta la pura y simple aplicación del principio de legalidad (lo que nos lleva más a la aplicación de reglas), en la mayoría de los casos –sobre todo en materia ambiental– será necesario asumir la existencia inevitable de colisión de diversos principios en un escenario concreto.

Para solucionar estos casos de colisión de principios, ALEXY propone el establecimiento de una regla de ponderación de los mismos, en virtud del cual uno de ellos tiene que necesariamente ceder ante el otro. Pero lo anterior no significa que el principio desplazado sea inválido o que se deba incluir una cláusula de excepción, más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias o en un caso concreto, los principios en conflicto tienen diferente “peso”, debiendo primar el de mayor por sobre el de menor peso. ALEXY formula su ley de la ponderación de principios señalando que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Al respecto, es útil y necesario considerar este ejercicio de ponderación de principios a efectos de robustecer la argumentación de los actores jurídicos.

Sin perjuicio de que en ambos casos la Corte Suprema resuelve dichas controversias aplicando el principio de legalidad para fallar a favor de las pretensiones municipales como observantes PAC, destacamos el intento de incorporar al debate la concurrencia de otros principios, como el principio de inexcusabilidad (argumento de la Municipalidad de San Felipe)¹¹ y el principio de acceso a la justicia ambiental (argumento del Primer Tribunal Ambiental)¹².

En este último caso, hacemos notar el trabajo argumentativo del Primer Tribunal Ambiental¹³ para resolver la controversia sometida a su conocimiento, en cuanto señala que, si bien las municipalidades actúan en el SEIA

11 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-148-2017, sentencia de 26 de abril de 2018, “Municipalidad de San Felipe en contra del Servicio de Evaluación Ambiental”.

12 Primer Tribunal Ambiental, Rol R-26-2019, sentencia de 27 de mayo de 2020, “Ilustre Municipalidad de Caldera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, considerandos 75º y 76º.

13 Ídem.

como OAECA, también pueden intervenir en otra calidad, toda vez que si bien los municipios no tienen una norma específica de participación como personas jurídicas en la PAC, su mandato constitucional en la LOCM y la aplicación general de la LBGMA les recae, y deben, por tanto, enmarcarse en dicho proceso siempre y cuando sean debidamente informadas al respecto. Agrega, además, que el principio preventivo y de justicia ambiental en el derecho ambiental, refuerzan la idea de que no se puede pretender no respetar la propia planificación territorial y de desarrollo, puesto a disposición de sus ciudadanos en virtud del bien común, por sobre un interés particular, ni tampoco se puede pretender ser garante de una afectación ambiental *ex post* por vía de la reparación del medio ambiente sin haber hecho antes todos los esfuerzos preventivos y participativos a fin de evitar el impacto ambiental negativo de un proyecto.

Lo anterior nos lleva a tratar de desentrañar –someramente– las características del principio de acceso a la justicia ambiental, particularmente a la luz del Principio 10 de la Declaración de Río, y, por supuesto, referirnos a otros principios de derecho ambiental que pueden participar en la argumentación a favor de las entidades edilicias como observantes PAC.

La Declaración de Río tuvo su origen a propósito de la Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Brasil el año 1992 y de la cual Chile fue parte activa de la discusión. En esta Declaración, se encuentra el Principio 10 sobre participación, acceso a la información y acceso a la justicia ambiental, y establece que:

“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”.

Siguiendo a MORAGA¹⁴, resulta importante destacar que los tres elementos que componen el Principio 10, deben ser tratados de manera conjunta

14 MORAGA (2012), p. 296.

debido a que cada uno de ellos depende del otro. Por lo tanto, información, participación y acceso a la justicia ambiental, actúan como un gran principio guía en materia ambiental.

Sobre el acceso a la justicia como principio jurídico, BORDALÍ¹⁵ sostiene que este importa la exigencia de abrir la “puerta” de los tribunales a todo tipo de derecho o interés que pueda requerir de tutela estatal. De esta manera, si el ordenamiento jurídico reconoce un derecho subjetivo o un interés legítimo, impedir posteriormente que esos derechos o interés sean tutelados por el poder judicial, supondría la negación del derecho o del interés mismo. No se puede caer en la contradicción de reconocer un derecho o interés y, luego, negarle el acceso al poder judicial a quien lo afirma. Y en cuanto al acceso a la justicia en materia ambiental, MORAGA¹⁶ señala que en razón de que los derechos tutelados son de carácter colectivo o difusos, además del alto componente científico y económico de las causas ambientales –entre otras–, el acceso a la justicia ambiental resulta particularmente complejo, debiendo, de esta manera, hacerse esfuerzos interpretativos que faciliten a todos los interesados acceder a los mecanismo administrativos y judiciales que se dispongan.

De esta manera, resulta a lo menos cuestionable sostener que las municipalidades no detentan la calidad de observantes PAC, fundamentado en una supuesta inexistencia de norma expresa que las habilite. Afirmar lo anterior afecta la posibilidad de estas entidades para acceder a la justicia ambiental por esta vía, ya que, como se ha venido diciendo hasta acá, ha sido incluso nuestra Corte Suprema la que ha declarado que estos órganos administrativos pueden intervenir de distintas formas en el proceso de evaluación ambiental, como observante PAC inclusive. Resulta valioso defender y sostener esta tesis, considerando que las municipalidades cuentan con mayores recursos técnicos y económicos para acceder efectivamente a las distintas instancias administrativas y judiciales que dispone nuestra legislación.

Todavía más, junto a lo anterior, creemos que las exigencias del principio preventivo en materia ambiental refuerzan la necesidad de que las municipalidades intervengan en un PAC como observante. Así, según señala ASTORGA¹⁷, lo que busca mediante el principio preventivo es “evitar o reducir

15 BORDALÍ (2011), pp. 311-337.

16 MORAGA (2012), p. 297.

17 ASTORGA (2017), p. 14.

efectos negativos sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental– o antijurídicos –daño ambiental–”. De esta manera, el principio en comento opera –sobre todo– cuando el daño ambiental es previsible según la evidencia científica con la que se cuenta¹⁸ en momento temporal dado.

Es así que, entender a una DIA o EIA como un instrumento más fiscalizable que preventivo, resulta un contrasentido¹⁹, debiendo poner todos los esfuerzos ex ante y, muy en particular, en el sistema de evaluación ambiental y en el rol que cumplen los distintos actores legitimados para intervenir en estas etapas previas a la ejecución del proyecto, siendo de suma importancia todas las observaciones –incluyendo las de carácter municipal– que se puedan hacer al mismo, sobre todo en la fase de participación que se abra a su respecto.

Finalmente, nos gustaría sumar algunas consideraciones sobre “justicia ambiental” como última razón de este trabajo para sostener la posibilidad que tienen las municipalidades formular observaciones a un proyecto determinando en un PAC.

De ante mano, cabe señalar que “acceso a la justicia ambiental” y “justicia ambiental” propiamente tal son conceptos abordados de manera distinta por la doctrina, y sobre el primero me remitiré a lo dicho en párrafos anteriores. Así, según HERVÉ, por justicia ambiental se entenderá “la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan”²⁰. De esta manera, de los elementos que componen la justicia ambiental destacan: a) la equidad o justicia distributiva de cargas y beneficios ambientales; b) el reconocimiento en clave justicia ambiental que apunta a la valorización de ciertas comunidades o grupos vulnerables y a la valorización de la naturaleza y ecosistemas en sí mismos; c) la participación, entendida como la herramienta esencial de este principio, y que consiste en el mecanismo o procedimientos necesarios para lograr una mejor distribución y mayor reconocimiento; d) capacidades, entendida como aquello que va más allá

18 BERMÚDEZ (2015), p. 47.

19 ASTORGA (2017), p. 15.

20 HERVÉ (2010), p. 17.

del enfoque distributivo y que se deben evaluar si una distribución es justa considerando cómo esta afecta las capacidades, el bienestar y la posibilidad de una persona de desarrollarse en sociedad.

Resulta importante destacar que la idea de justicia ambiental “no solamente se refiere a la desproporción que existe entre el padecimiento o en la tolerancia de los impactos o riesgos ambientales por parte de los grupos más vulnerables de la sociedad, sino que, por el contrario, el concepto se extiende también a la distribución del acceso a beneficios ambientales por parte de los distintos grupos”²¹. Es decir, no tan solo será necesario apoyarse en el contenido de este principio para discutir sobre cargas ambientales en los territorios, también se puede utilizar para participar de los beneficios que tal o cual proyecto pueda atraer. No obstante, citando a BERMÚDEZ, “existe evidencia empírica bastante fundada que demuestra que los riesgos y daños al medio ambiente, así como los usos no deseados del suelo, se encuentran inequitativamente distribuidos por razones de condición social, nacionalidad, e incluso por el origen racial”²², siendo urgente la incorporación de este principio al debate en aquellos contextos donde exista cierta inequidad en la distribución de cargas ambientales.

De esta forma, las cargas ambientales existentes en la comuna Coronel, donde tristemente destacan el funcionamiento de tres termoeléctricas, el parque industrial más grande de la provincia de Concepción, puerto marítimo y pesquero (industrial de arrastre) que bloquea el libre acceso a las playas, entre otras, manifiesta las condiciones ambientales en las que se encuentra este territorio, transformando a esta comuna en un claro ejemplo de (in)justicia ambiental a propósito de esta inequitativa distribución de cargas ambientales. Así, sigo lo planteado por HERVÉ²³, en cuanto señala que los elementos de la justicia ambiental están presentes en el ordenamiento jurídico a través de distintas normas que los incorporan, por ejemplo, en cuanto a la equidad en la distribución de cargas y beneficios ambientales; el reconocimiento de la identidad particular de ciertos grupos y su capacidad para realizarse plenamente en sociedad; la participación de los distintos agentes en instancias de discusión ambiental, y la conservación de la integridad de los ecosistemas.

21 HERVÉ (2015), p. 27.

22 BERMÚDEZ (2015), p. 54.

23 HERVÉ (2015), p. 140.

5. CONCLUSIONES

Considero que el Tercer Tribunal Ambiental yerra al establecer que las municipalidades no detentan la calidad de observante PAC en el proceso de evaluación ambiental, y, en consecuencia, no estarían legitimadas para reclamar por vía del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600. Dicho yerro se produce por aplicar el principio de legalidad en búsqueda de alguna disposición que establezca literalmente dicha facultad.

Concuero con el Primer Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema en los fallos aludidos, en cuanto señalan que las municipalidades sí están legitimadas para formular observaciones dentro de un PAC (requisito *sine qua non* para reclamar conforme al artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600).

Esta legitimidad proviene de la interpretación armónica de la normativa ambiental, administrativa y municipal, y los principios que la orientan, en cuanto disponen que las municipalidades están habilitadas para actuar como garantes del bien común de las personas que habitan en su territorio, así como las acciones que puedan llevar a cabo en defensa del medio ambiente. No obstante, estas observaciones solo podrán realizarse en la medida que se abra un proceso de participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental que corresponda.

Lo anterior es sin perjuicio a la interpretación que se haga de las normas actualmente vigentes (tesis del Tercer Tribunal Ambiental o tesis de la Excma. Corte Suprema); será necesario considerar y ponderar el resto de los principios aplicables en materia ambiental, sobre todo los principios de acceso a la justicia ambiental, preventivo y el de justicia ambiental.

Los posibles efectos negativos que pueda producir la ejecución de un proyecto, traducidos en algún impacto o daño al medio ambiente, invitan a poner el mayor de los esfuerzos en las etapas previas a la aprobación de una RCA. De esta manera, las municipalidades cumplen un rol importante en el proceso de evaluación interviniendo no tan solo como informante acerca de la compatibilidad territorial, además, están legitimadas para formular observaciones en un PAC, ya sea como OAECA o en el ejercicio de sus facultades residuales contenidas en las disposiciones que las regulan. Así, no se les puede impedir el acceso a la justicia ambiental por ausencia de tenor literal, siendo del todo legítimo permitir su participación como

observante de un proyecto, haciendo uso de las herramientas de participación en la forma establecidas en nuestro ordenamiento, permitiéndoles incidir de manera más activa en la distribución de cargas ambientales en su territorio.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- ASTORGA, Eduardo (2017): *Derecho ambiental chileno. Parte general* (Santiago: LegalPublishing).
- BERMÚDEZ, Jorge (2012): *Derecho administrativo general*, 2ª edición (Santiago: LegalPublishing).
- (2015): *Fundamentos del derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BORDALÍ, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2.
- CORDERO, Eduardo (2014): Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 42.
- DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, 2ª edición (Barcelona: Ariel Ediciones).
- GÓMEZ, Rosa (2017): La potestad normativa sancionadora municipal. Análisis de la operatividad de legalidad, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, N° 2.
- HERVÉ, Dominique (2010): “Noción y elementos de justicia ambiental”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, N° 1.
- (2015): *Justicia ambiental y recursos naturales* (Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso PUC).
- MORAGA, Pilar (2012): “Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especia-

lizados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso* N° 39.

OSORIO, Cristóbal y VILCHES, Leonardo (2020): *Derecho administrativo*, tomo I, *Conceptos y principios* (Santiago: DER Ediciones).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Primer Tribunal Ambiental, Rol R-26-2019.
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-148-2017.
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-2-2020.
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-32-2020.
- Corte Suprema, Rol 87738-2016.
- Corte Suprema, Rol 12802-2018.

ESTUDIOS ONG FIMA

EL CAMINO DE LA TRANSICIÓN SOCIOECOLÓGICA EN CHILE*

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2019, como resultado de las masivas manifestaciones ciudadanas que comenzaron en octubre en Chile, se llevó a cabo un acuerdo político para generar una nueva Constitución en reemplazo de la impuesta en 1980. El acuerdo contemplaba la celebración de un plebiscito de aprobación o rechazo a redactar una nueva Constitución. La consulta fue realizada el 25 de octubre de 2020, y en ella triunfó la opción “apruebo” por más de un 78 %. Junto con ello, la ciudadanía votó la creación de un órgano íntegramente electo por la ciudadanía, a cargo de la redacción de la nueva Constitución, la que debe ser refrendada en un plebiscito final de ratificación.

En este contexto, la ONG FIMA se ha planteado el desafío de iniciar un debate sobre cómo configurar una relación diferente entre nuestra sociedad y el medio ambiente en una nueva Constitución y, de manera más amplia, en un nuevo pacto social. Ante la actual crisis climática y ecológica, no basta con garantizar la protección del derecho a un medio ambiente sano, sino que también es necesario crear un conjunto de instituciones que nos ayuden a avanzar hacia una auténtica transformación de nuestra relación con la naturaleza, a través de lo que se ha denominado una Constitución ecológica.

La necesidad de un nuevo pacto social sobrepasa las posibilidades de una Constitución, pues dicho pacto opera en una serie de estructuras que solo son parcialmente coincidentes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, desde ONG FIMA creemos que la reflexión sobre un nuevo pacto social debe incluir un debate sobre las estructuras económicas en las que habitamos e interactuamos y nos hemos propuesto llevar adelante un proyecto de nuevos horizontes económicos y de transición económica y ecológica para Chile.

La economía ha sido definida tradicionalmente como la administración que la sociedad realiza sobre recursos escasos. La producción, la

* Documento elaborado por Raquel Águila Kiwi, Sofía Rivera Riveros, Ezio Costa Cordella y Victoria Belemmi Baeza.

distribución y el consumo de los bienes y servicios que se producen por una comunidad se llevan a cabo dentro de un ecosistema y muchas veces, al alero de este. Sin embargo, por un largo tiempo las discusiones de política económica se empecinaron en el rol central que supuestamente desempeña el crecimiento económico para el desarrollo de las sociedades, obviando la calidad de vida de las personas y el ambiente en el que se desenvuelven.

Para revertir esta tendencia, se elaboró un primer informe que presentó un diagnóstico sobre el modelo de desarrollo económico y las políticas industriales consagradas y desarrolladas a partir de la entrada en vigor de la Constitución chilena de 1980, y las consecuencias socioambientales que esto ha producido. A partir de ello, este segundo informe pretende elaborar un relato desde una visión ecológica, que permita articular propuestas para el desarrollo de un modelo social y económico que se estructure sobre la consideración de factores sociales y ambientales.

Ambos informes se han desarrollado, en parte, de manera paralela a la Convención Constitucional y pretenden ser un insumo para ella. Sin embargo, no está vinculado de manera exclusiva a este proceso ni de manera temporal ni sistemática, pues la reflexión excede el ámbito de las posibilidades de la Convención.

2. DIÁLOGOS ENTRE ECONOMÍA Y ECOLOGÍA

La economía ha sido definida como el estudio de la forma en que la sociedad administra recursos escasos¹, es decir, de la organización que nos damos como comunidad para satisfacer las necesidades de las personas y comunidades, sin la capacidad de producir todos los bienes y servicios que desearíamos. Dicha administración comprende la forma de producir bienes y servicios, distribuir los beneficios producidos durante ese proceso y su consumo².

El desenvolvimiento de la economía ocurre dentro de una sociedad, la que a su vez forma parte de un sistema biológico y físico en el que empresas y hogares utilizan los bienes comunes naturales (como la energía de

1 MANKIW (2009), p. 4.

2 CHANG (2015), p. 37.

combustibles fósiles o el aire que respiramos)³, como medio de existencia, para la producción, el consumo y nuestro bienestar emocional⁴. Pese a ello, “las teorías macroeconómicas de crecimiento y desarrollo que han dado forma a nuestras creencias sobre las posibilidades económicas [...] no reconocen la dependencia de la humanidad de la naturaleza”⁵, y es que quizá, de manera inconsciente, la macroeconomía del crecimiento y el desarrollo ha sido construida sobre la visión de que la sociedad humana es externa a la naturaleza⁶.

El estudio de la economía durante mucho tiempo se centró en el desarrollo entendido como aquel que persigue meramente el crecimiento económico, excluyendo el análisis de variables como las condiciones en las que viven las personas que debían ser beneficiadas con el crecimiento, el ambiente en el que se llevan a cabo los procesos productivos que ello implica, a la vez que lo modifica, y los bienes naturales que se utilizan para su consecución. Y es que raramente apreciamos la importancia de los sistemas regulatorios y de mantención de los ecosistemas, a menos que estén ausentes o empiecen a fallar⁷.

2.1. Breve historia del debate

Una de las discusiones centrales en materia de política económica dice relación con las estrategias de desarrollo y crecimiento económico que se pretenden promover en un país, dentro de una región o incluso a nivel global. A este respecto existen diversas escuelas y posturas sobre cuestiones de toda índole: filosófica, sobre la naturaleza humana; científica respecto a la (in)falibilidad de los métodos aplicados en economía; políticas, en lo concerniente a las formas de organización de la sociedad, entre otras⁸.

3 EQUIPO CORE (2017), (s.p.).

4 DASGUPTA (2021), p. 49.

5 DASGUPTA (2021), p. 38. Traducción propia: “Unfortunately, the macroeconomic growth and development theories that have shaped our beliefs about economic possibilities and our understanding of the progress and regress of nations do not recognise humanity’s dependence on Nature”.

6 DASGUPTA (2021), p. 137.

7 DASGUPTA (2021), p. 68.

8 A partir de estas y otras consideraciones, se han agrupado distintas escuelas económicas como la clásica, neoclásica, marxista, desarrollista, austríaca, schumpeteriana,

Sin perjuicio de ello, en la práctica, la mayoría de las estrategias de desarrollo implementadas en economías diversas han resultado promotoras de una “rápida acumulación de capital físico, financiero y humano, a costa de un agotamiento y una degradación excesivos del capital natural, del cual forman parte nuestros recursos naturales y ecosistemas”⁹. Ante este fenómeno, nació la preocupación de diversos actores por incorporar la variable ambiental a la discusión económica, habiendo resultado en el surgimiento del concepto de “desarrollo sostenible” (o sustentable), que ha sido el más exitoso en legitimar la incorporación de la dimensión ambiental en cualquier discusión sobre desarrollo económico hasta el momento¹⁰, así como también el de “transición justa” o “transición socioecológica”, que ha permitido pensar en cómo llevar a cabo en la práctica una adecuación a este cambio de paradigma en la discusión económica.

La historia detrás de la noción de desarrollo empleada en economía es larga¹¹ y no corresponde abordarla en profundidad en este estudio. Sin embargo, es importante entender que el concepto de desarrollo surge, bajo la concepción que lo conocemos, como un tópico de la posguerra y que comienza a revelarse en la Carta de las Naciones Unidas mediante la declaración implícita de los propósitos del desarrollo económico y social, al señalar que como organización dedicada a la reconstrucción mundial estaba decidida a promover el progreso y mejorar el nivel de vida mediante el avance económico y social de los pueblos¹².

Al analizar esta fórmula, se observa que detrás del concepto de desarrollo existe una herencia filosófica de las corrientes de pensamiento propias

keynesiana, etc. Entre ellas existen distinciones relevantes sobre si la economía está integrada por clases o individuos, la naturaleza de las personas y la relevancia de dicho asunto en la teoría económica, si el ámbito más importante de la economía es la producción o el comercio, entre otros.

9 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) (2011), pp. 1-2.

10 GUDYNAS (2011), p. 69.

11 Existen autores que remontan la historia fidedigna del concepto a autores clásicos como Adam Smith o John Stuart Mill, pasando por una serie de sofisticaciones en la discusión, hasta llegar a complejas discusiones de política económica como las engendradas por la escuela estructuralista en el marco de la implementación de una política de sustitución de importaciones en países de Latinoamérica. MUJICA y RINCÓN (2010), pp. 294-320.

12 SUNKEL y PAZ (1977), pp. 17-18.

de la modernidad y la revolución industrial, vinculada a la idea de progreso indefinido, que suponía que “la solución de los problemas sociales se conseguiría a través de la expansión de la producción, lograda gracias a los efectos del permanente cambio científico y tecnológico”¹³. Es así como, durante este tiempo e incluso hasta nuestros días, la meta económica de los países se volvió la persecución del crecimiento económico, resultando el indicador más utilizado para su medición el Producto Interno Bruto (PIB) o Producto Nacional Bruto (PNB)¹⁴.

Esta filosofía empezó a calar profundo, y como consecuencia se arraigaron ciertos postulados que hacían sentido con dichas definiciones, tales como: (i) la irrelevancia de la intervención del Estado en la economía, intercambiable por la incorporación de la técnica al proceso productivo; (ii) el ocultamiento del núcleo ideológico de la propuesta mediante la canalización de la preocupación económica a través de la ciencia; (iii) el entendimiento del problema central de la organización social como administrativo y no político, y, por último, (iv) la operación y funcionamiento de la economía mundial a través de un mecanismo en el cual la asignación de los recursos y la distribución geográfica de la actividad se realiza según las capacidades –y no las necesidades– de los países¹⁵.

Las críticas al desarrollo económico concebido y medido en esos términos, y los pilares sobre los que se cimentaba, no tardaron en llegar. En 1972, se publicó un estudio de Meadows y colaboradores en el cual se explica la imposibilidad de un crecimiento perpetuo bajo los límites ecológicos del planeta, tanto por la existencia de bienes naturales acotados como por los límites de las capacidades de los ecosistemas para amortiguar y superar los impactos ambientales¹⁶. En este punto, se originó la idea de que las metas ecológicas y las económicas eran irreconciliables, lo que llevó, a su vez, a dicho debate a articularse con otros que rondaban en ese momento sobre el papel del crecimiento poblacional, los efectos del consumo, las li-

13 MUJICA y RINCÓN (2010), p. 298.

14 El PIB puede ser definido como la “medida del valor de mercado de todo lo que produce la economía en un determinado periodo”. EQUIPO CORE (2017), Glosario (s.p.).

15 MUJICA y RINCÓN (2010), p. 279.

16 GUDYNAS (2011), p. 72.

mitaciones de la tecnología y, en general, todo lo que apuntara a cuestionar las bases de la idea occidental del desarrollo¹⁷. Ello coincide con que, en dicha época, “se comenzó a cimentar un discurso desde la izquierda, que establecía que la denominada crisis ecológica constituía una ‘contradicción de segunda naturaleza’ en relación con la primera contradicción, que es la explotación del trabajo”¹⁸.

En paralelo, pero de una forma más localizada, emergió la idea que está detrás de lo que hoy denominamos “transición justa”. En Estados Unidos, un grupo de sindicalistas reconoció que las industrias en las que trabajaban estaban causando problemas ambientales y de salud¹⁹. En ese contexto, promovieron mediante la movilización social, la gestación de políticas públicas que hicieran frente a los desafíos ambientales en conjunto con derechos laborales para los trabajadores afectados.

En materia económica, a partir de ese momento comienzan a esbozarse las primeras críticas respecto al PIB como un indicador apropiado para medir el desarrollo. Se criticó que por su enfoque cuantitativo y materialista es incapaz de medir realmente la calidad de vida de las personas y que, además, subestima la actividad económica y productiva de un país, al no considerar los bienes y servicios que no se transan en el mercado, entre otras cosas²⁰. En materia ambiental, específicamente, se señalaba que los indicadores de crecimiento económico pasaban por alto el efecto que las actividades económicas producen en el medio ambiente, ignorando la reducción del *stock* de bienes naturales que ellas ocasionan, así como los efectos destructivos de los residuos y contaminantes²¹.

Por supuesto, ello suscitó bastante resistencia desde sectores de empresarios, políticos y buena parte de la academia, que rechazaron que existieran dichos límites planetarios al crecimiento, insistiendo en que los *stocks* disponibles eran mayores a los previstos, que el recambio tecnológico permitiría sustituir los recursos que se agotaran, que se lograrían manejar

17 GUDYNAS (2011), p. 73.

18 GALLEGUILLOS y GLATZ (2019), pp. 6-12.

19 UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT (UNRISD) (2018), p. 6.

20 ROCA (1998), p. 1.

21 LEIPERT (1994), p. 152.

tecnológicamente los impactos ambientales, que el crecimiento era indispensable para superar la pobreza, entre otros²².

Con posterioridad a ese momento, en el marco de la discusión sobre la posibilidad de conciliación entre la economía y la ecología, se redactó el Informe Brundtland²³ que acuñó el concepto de “desarrollo sostenible” como aquel que permitiría asegurar que se satisfagan las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Sin embargo, este hito fue entendido por distintos actores como un revés de las críticas que habían empezado a consolidarse sobre la noción de desarrollo. Ello ya que al declarar que la conservación ambiental es necesaria para el crecimiento económico, se veía como una reivindicación, aunque desde otro flanco, de la clásica meta del crecimiento como expresión esencial del desarrollo²⁴. En una línea similar, en 1980, en la Primera Estrategia Mundial de la Conservación, se insistió en esta suerte de conciliación entre las nociones de desarrollo y sustentabilidad, pero ahora de una forma más sofisticada, al declarar que “para que un desarrollo pueda ser sostenido, deberá tener en cuenta, además de los factores económicos, los de índole social y ecológica; deberá tener en cuenta la base de recursos vivos e inanimados, así como las ventajas e inconvenientes a corto y a largo plazo de otros tipos de acción”²⁵.

Finalmente, se ha afirmado que la línea crítica que había venido desarrollándose a partir del Informe Brundtland con altos y bajos, sufrió un espaldarazo en la Cumbre mundial sobre Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro²⁶. Dicho proceso se profundizó a lo largo de la década de los 90.

“Bajo un contexto de primacía intelectual y práctica de las ideas de inspiración neoliberal, que llegó hasta un ‘ambientalismo del libre mercado’. La perspectiva se volcó a incluir a la Naturaleza dentro del mercado (como bienes y servicios transables), se generalizó la valoración económica de los recursos naturales, y la asignación de derechos de propiedad sobre éstos. El Banco Mundial

22 GUDYNAS (2011), pp. 72-73.

23 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1984), *passim*.

24 GUDYNAS (2011), p. 72.

25 IUCN, PNUMA, WWF (1980), p. 15.

26 Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (1992).

y otras instituciones abrazaron esta forma de sustentabilidad, y la cumbre gubernamental global sobre ambiente y desarrollo (Johannesburg 2002) aseguró su legitimación”²⁷.

Este hito coincide con el nacimiento del Índice de Desarrollo Humano (IDH) en 1990, elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que considera la esperanza de vida, la educación e indicadores de ingreso per cápita para determinar el nivel de desarrollo en el que se encuentra cada país²⁸. Sin embargo, se obvian nuevamente en estas formas de medición de “desarrollo” indicadores de sustentabilidad, uso de bienes naturales y de calidad de vida relacionadas al ambiente²⁹.

Unos años más tarde, el concepto de transición justa comenzó a expandirse a sindicatos y federaciones de sindicatos, llegando en 1997 a la conformación de la Alianza por la Transición Justa (JTA por sus siglas en inglés), cuyo propósito era conectar el movimiento sindical con grupos comunitarios de justicia ambiental. El año 2000, la transición justa se transformó en un concepto utilizado globalmente, gracias a las negociaciones climáticas de las Naciones Unidas y las conversaciones en torno al desarrollo sostenible³⁰. Y finalmente, en 2015, 194 países firmaron el Acuerdo de París, reconociendo la responsabilidad de la humanidad en el proceso de cambio climático que amenaza toda la vida en la tierra, mediante el cual se comprometieron a la creación de planes gubernamentales que limiten las emisiones de carbono, permitan la adaptación de las comunidades afectadas, y asuman responsabilidades por los daños y pérdidas que no puedan ser mitigados o cuyas comunidades no se puedan adaptar.

En la actualidad, no existe un consenso sobre el contenido de las nociones de desarrollo sostenible ni transición justa, que, como mencionamos anteriormente, han sido las más exitosas hasta el momento en suscitar diálogos entre la economía y la ecología. Respecto al primero, se ha señalado que hablar de desarrollo sostenible puede referirse a una pluralidad de sentidos, en el que no solo hay “diferentes concepciones del desarrollo en

27 GUDYNAS (2011), p. 77.

28 PNUD (1990). Índice de desarrollo humano.

29 Sin perjuicio de que, en 2020, el informe del PNUD sobre índice del desarrollo humano presentó un nuevo índice ajustado por presiones planetarias, empezando a incorporar dichas variables. Véase PNUD (2020), *passim*.

30 UNRISD (2018), p. 8.

juego, sino también sobre lo que se entiende por sustentabilidad”³¹. De la misma forma, en lo referente a transición justa, existe una reivindicación desde distintas veredas de este concepto, discutiéndose sobre el destinatario de la justicia, es decir, humanos y/o naturaleza, grupos particulares o todas las personas; el tipo de justicia medioambiental que se reclama, ya sea climática, energética, social u otras, y cómo debería ser buscada, a través de justicia distributiva, procedimental, restaurativa y/o de reconocimiento³².

Ante esto, por una parte, autores como GUDYNAS han intentado sistematizar la discusión en términos teóricos, mediante la clasificación de cuatro perspectivas económicas que incorporan en distintos grados la variable de sustentabilidad³³. En primer lugar, distingue una noción de desarrollo que se identifica con la ideología del progreso y las metas del crecimiento económico, lo que supone una artificialización del ambiente y el rechazo a la existencia de límites ecológicos planetarios. En segundo lugar, se refiere a una perspectiva que incorpora una consideración ambiental, pero débil: se aceptan los temas ambientales como una preocupación válida en la discusión económica, existe una visión reformista para la articulación del progreso con la gestión ambiental, identifica límites ambientales, pero de carácter modificable, y en el que predomina un enfoque técnico. En tercer término, identifica una vertiente económica con una sustentabilidad fuerte, que supone mayores críticas al progresismo, y que, si bien economiza la naturaleza, establece la preservación de *stocks* críticos, propia de un enfoque técnico-político. Por último, reconoce una noción de desarrollo vinculada a una sustentabilidad súper fuerte, que contiene una crítica sustantiva a la ideología del progreso, se encamina a la búsqueda de nuevas formas de desarrollo y defiende un concepto de patrimonio natural, con ética de los valores propios de la naturaleza, y un enfoque político³⁴.

En un sentido similar, MORENA *et al.* han identificado una progresión en los discursos sobre la transición justa, distinguiendo entre: (i) el *statu quo*, que reivindica el “enverdecimiento” del capitalismo global a través de cambios voluntarios desde las empresas y las familias apoyadas por incen-

31 GUDYNAS (2004), p. 36.

32 UNRISD (2018), p. 11.

33 GUDYNAS (2004), p. 65.

34 GUDYNAS (2004), pp. 65-66.

tivos económicos desde el Estado; (ii) el discurso de reformas de gestión, que busca mayor equidad y justicia a través del sistema económico existente, incorporando reformas respecto de los estándares en acceso al empleo, seguridad y salud ambiental –por ejemplo, mediante el apoyo de medidas que provean a trabajadores presentes y futuros de carreras de calidad, o asistencia a comunidades que se enfrenten a los desafíos de la transición–; (iii) el discurso de reformas estructurales, que se caracteriza por promover una justicia distributiva y procedimental, mediante reformas a las instituciones, procesos de toma de decisiones inclusivos, y la posesión y administración colectiva de los nuevos sistemas energéticos descarbonizados, y, por último, (iv) un abordaje más transformativo, que implica una revisión de los sistemas políticos y económicos vigentes que son considerados responsables por la crisis social y medioambiental, promoviendo caminos de desarrollo alternativo respetuoso de los límites planetarios e incorporando grupos sociales comúnmente marginalizados, como mujeres, pueblos indígenas, personas LGBTIQ+, entre otros.

Por otro lado, en un acercamiento más pragmático, los economistas han buscado distintas metodologías que permitan incorporar elementos propios de la calidad del ambiente y la protección de la naturaleza a los indicadores existentes o, en su caso, crear nuevos indicadores que los contengan. Sin embargo, las respuestas son variadas y no existe un consenso único sobre cómo abordar este diálogo.

En esta línea, una de las propuestas ha sido el perfeccionamiento del PIB como medidor del desarrollo, promoviendo que la degradación ambiental, entendida como el uso intensivo de bienes naturales, sea medido en las cuentas nacionales convencionales, bajo la premisa de que “agotar nuestro capital natural no es diferente al desgaste de las máquinas o de otro tipo de equipamiento”³⁵ (aun cuando ello tampoco se mide en el PIB, por la dificultad de cálculo que implica). Esta línea argumentativa explica que, de acuerdo con las estimaciones del Banco Mundial, en los países de bajos ingresos el capital natural comprende el 47 % de la riqueza³⁶, por lo que agotar parte de ese capital sin contabilizar la pérdida asociada es una forma de exagerar el crecimiento que experimenta ese país. Conforme a esto, entonces, para poder medir el desarrollo, considerando la citada variable

35 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.5.

36 BANCO MUNDIAL (2018), p. 2.

ambiental, puede realizarse lo que se conoce como “ajuste verde”, que supone el cálculo de cuánto costará al año reemplazar la pérdida de capital natural y luego deducirla de la cifra de PIB anual³⁷.

El problema de lo anterior es que el ecosistema, entendido como un bien de capital natural difiere considerablemente del capital producido en lo relativo a sus dinámicas internas. La depreciación de los bienes naturales muchas veces es irreversible, o al menos los sistemas toman mucho tiempo en recuperarse —no es posible replicar un ecosistema agotado o degradado— y, por el otro, en que los ecosistemas pueden colapsar abruptamente, sin necesariamente dar aviso de ello³⁸.

Un abordaje distinto al problema ha sido proponer un nuevo indicador de desarrollo, especialmente enfocado en la sustentabilidad. Es el caso del “Índice de desempeño ambiental” (EPI, por su nombre en inglés)³⁹ creado por la Universidad de Yale, que proporciona un resumen basado en datos de la sostenibilidad en todo el mundo, utilizando 32 indicadores⁴⁰ de desempeño clasificados en 11 categorías: calidad del aire, saneamiento y agua potable, metales pesados, gestión de residuos, biodiversidad y hábitat, servicios ecosistémicos, pesca, cambio climático, emisiones contaminantes y agricultura, con el fin de clasificar a 180 países en salud ambiental y vitalidad de los ecosistemas.

37 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.5.

38 DASGUPTA (2021), p. 56.

39 ENVIRONMENTAL PERFORMANCE INDEX (s.f.), (s.p.).

40 Dichos indicadores son: exposición a PM2.5, combustibles sólidos domésticos, exposición al ozono, saneamiento inseguro, agua potable insegura, exposición al plomo, desechos sólidos controlados, protección del bioma terrestre (pesos nacionales y globales), áreas marinas protegidas, índice de representatividad de áreas protegidas, índice de hábitat de especies, índice de protección de especies, índice de hábitat de biodiversidad, pérdida de cobertura arbórea, pérdida de pastizales, pérdida de humedales, estado de la población de peces, índice trófico marino, peces capturados con redes de arrastre, tasa de crecimiento de emisiones ajustada de dióxido de carbono, tasa de crecimiento de emisiones ajustada de metano, tasa de crecimiento de emisiones ajustada de gases fluorados, tasa de crecimiento de las emisiones ajustadas de óxido nítrico, tasa de crecimiento de las emisiones ajustadas de carbono negro, tasa de crecimiento de las emisiones de dióxido de carbono de la cubierta terrestre, tasa de crecimiento de la intensidad de los gases de efecto invernadero, emisiones de gases de invernadero per cápita, tasa de crecimiento de las emisiones ajustadas de dióxido de azufre, tasa ajustada de crecimiento de las emisiones de óxidos nítricos, índice de gestión sostenible del nitrógeno y tratamiento de aguas vastas.

2.2. La incorporación de la variable ambiental a la discusión económica

Como se explicó en el apartado anterior, si bien no existe una visión única sobre el tipo de sustentabilidad o la importancia que se le atribuye a la ecología en el debate económico, la toma de conciencia generalizada sobre las repercusiones ambientales de la actividad económica ha puesto de manifiesto la necesidad de incluir en el estudio de la economía dicha problemática⁴¹. Y es que, en los últimos 70 años, el PIB mundial aumentó en términos reales casi 15 %, mientras que nuestra huella ecológica ahora excede con creces la capacidad de la biosfera para suministrar bienes y servicios de manera sostenible⁴². De la fusión de ambos saberes –ecología y economía– ha surgido una nueva desviación de los propósitos de promover su diálogo: una comprensión de la ecología como una preocupación que la economía estándar puede incorporar bajo la reducida comprensión de que se trata de un simple caso de externalidades.

En economía, tradicionalmente se ha entendido que cuando los precios determinados por el mercado inducen a las personas a considerar todos los efectos de sus acciones sobre los demás, los resultados son eficientes⁴³⁻⁴⁴. Por el contrario, cuando los precios no capturan efectos significativos, se produce una externalidad, es decir, un efecto positivo o negativo de una producción, consumo u otra decisión económica sobre otras personas, que no se incorpora como costo de dicha actividad o decisión ni se especifica como un beneficio o responsabilidad en un contrato. En este caso, se entiende que los mercados fallan y que se necesitan instituciones alternativas a los precios para alcanzar la eficiencia⁴⁵.

41 AGUILERA y ALCÁNTARA (1994), p. 6.

42 DASGUPTA (2021), p. 51.

43 En economía, se entiende por “eficiencia de Pareto” cuando nos encontramos ante un supuesto en el que no existe una asignación de bienes o servicios alternativa técnicamente factible en la que al menos una persona estaría mejor y nadie peor. EQUIPO CORE (2017), Glosario (s.p.).

44 El fundamento detrás de esta afirmación ha sido controvertido por sectores más progresistas de la economía, que entienden que “la oferta y la demanda no es una ‘ley natural’ de fijación de precios, es una decisión política de asignación de recursos”. Infografía OPES. Disponible en: <https://www.instagram.com/p/B9zjm4Jph3J/?utm_medium=share_sheet>.

45 EQUIPO CORE (2017), capítulo 12.

Las externalidades asociadas a las actividades productivas sobre el medio ambiente son, en general, de carácter negativo, es decir, quien produce o consume genera un efecto negativo en el proceso que recae sobre otras personas (por ejemplo, mediante la contaminación, generación de residuos o el daño a los ecosistemas)⁴⁶. Ante esto, desde una perspectiva económica, deben implementarse políticas que pueden remediar estas fallas del mercado, induciendo a los actores a internalizar los efectos negativos, mediante políticas ambientales basadas en precio⁴⁷ o en cantidades⁴⁸.

Ejemplos de políticas ambientales basadas en precio son el establecimiento de impuestos pigouvianos⁴⁹, o de obligaciones de pagar una compensación directa a los afectados, con el objetivo de aumentar el costo marginal privado de quien contamina, igualándolo al costo marginal social, para tener un nivel socialmente óptimo de producción (y contaminación)⁵⁰. Por su parte, ejemplo de políticas basadas en cantidades son la regulación de ciertas actividades a través de limitación (cuotas), la prohibición o establecimiento de condiciones especiales para su realización, o la implementación de mecanismos de negociación privada, también conocida como “negociación cosiana”⁵¹⁻⁵¹⁴.

46 Por asociarse los conflictos del medio ambiente a las externalidades negativas, en el presente informe no analizaremos las políticas relativas a externalidades positivas.

47 Política que usa los impuestos o los subsidios para incidir en los precios con el objetivo de internalizar los efectos externos sobre el medio ambiente en las decisiones individuales. EQUIPO CORE (2017), capítulo 12.2.

48 Política que persigue objetivos medioambientales a través de prohibiciones, límites máximos y regulaciones. EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.5.

49 Los impuestos pigouvianos son aquellos que “gravan” las actividades que generan efectos externos negativos para corregir un resultado de mercado ineficiente. Sin perjuicio del nombre que ellos reciben comúnmente, su naturaleza jurídica no se corresponde con la de un impuesto –que operan cuando se realiza un hecho gravado que demuestra la existencia de capacidad contributiva por parte de una persona, es decir, de capacidad económica de un sujeto para contribuir a lo que es de todos–, por cuanto se definen en relación al costo del daño que implica cierta acción económica para el medio ambiente, constituyendo meramente una herramienta regulatoria.

50 EQUIPO CORE (2017), capítulo 12.

51 Este tipo de negociaciones supone que en ciertos casos es preferible alcanzar un acuerdo entre privados a la intervención gubernamental. Coase sostenía que las partes participantes en un intercambio a menudo disponen de más información que el gobierno para alcanzar un resultado eficiente. Dicha postura no ha estado exenta de críticas, por cuanto, en materia ambiental, generaría un impedimento para la acción colectiva, se

Las políticas ambientales basadas en precio, que pretenden ser la solución a la existencia de externalidades, se enfrentan, a su vez, a diversos problemas, como: a) que los costos marginales son difíciles de medir⁵³ cuando se trata de bienes que no tienen atribuido un valor monetario ni fácilmente monetizable –como sucede con la contaminación y los daños a la salud que ello produce–; b) la rapidez de la extinción de las especies –que ha aumentado de 100 a 1.000 desde las últimas decenas de millones de años, y sigue aumentando⁵⁴, y c) la capacidad de aprovisionamiento, mantención y de entrega de servicios culturales de los ecosistemas. En este sentido, se ha sostenido que:

“La reducción del campo de lo económico, por parte de la economía neoclásica al universo de los objetos apropiados y valorados que se consideran producibles, plantea un serio problema a la extensión de este paradigma a aquellos bienes que, frecuentemente, tienen un valor de uso pero no de mercado, como es el caso de los bienes ambientales”⁵⁵.

Por lo demás, es importante considerar que las externalidades asociadas al daño del medio ambiente no se reducen únicamente al deterioro de los ecosistemas y la biodiversidad en sí mismos, sino que también este suele acarrear conflictos socioambientales con las comunidades que se ven afectadas⁵⁶, cuyo costo, bajo el paradigma en análisis, también debiera ser

presentan asimetrías de información entre las partes, y puede ser difícil hacer cumplir la obligación nacida del pacto entre partes. EQUIPO CORE (2017), capítulo 12.2.

52 En el presente informe nos abocaremos a explicar la crítica a las políticas basadas en precio, por cuanto estas han sido la respuesta tradicional desde la economía a los daños al medio ambiente provenientes de las formas productivas. No nos centraremos en las políticas basadas en cantidad, porque dicho enfoque regulatorio puede tener múltiples objetivos y perspectivas para la prevención y compensación del daño y desgaste de la naturaleza, y no se reducen únicamente a entenderlo como un valor que puede ser incorporado en el precio de mercado.

53 EQUIPO CORE (2017), capítulo 12.3.

54 DASGUPTA (2021), p. 36.

55 AGUILERA y ALCÁNTARA (1994), p. 14.

56 En Chile existe un gran número de conflictos socioambientales. El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha realizado un seguimiento de este tipo de conflictos, creando un mapa donde se registran 119 conflictos socioambientales en total, de los cuales 65 se encuentran activos y 30 en estado de latencia. Este mapa muestra, además, que los sectores de energía (37 %) y minería (28 %) son los que poseen un mayor porcentaje de conflictos asociados, y que el lugar de explotación o exploración del

contabilizado dentro del esquema de las externalidades, resultando extremadamente difícil atribuirle un costo monetario a un conflicto social.

Sin perjuicio de la comprensión anteriormente explicada, existe también un problema respecto al referido abordaje conceptual, es decir, a la comprensión de los daños socioambientales como un fenómeno que puede ser adecuadamente explicado a través de la figura de las externalidades negativas. Esto, por cuanto la modificación del medio en el que vivimos, como efecto de la producción y el consumo, no ocurre solo en relación al presente, sino que también afectará a las personas que vivan en un futuro distante. Esto es considerado como un caso extremo de externalidades, en términos de las consecuencias potenciales, pero por sobre todo porque quienes sufrirán esas consecuencias son las generaciones futuras⁵⁷. Y es que justamente cuando intentamos incorporar la variable intergeneracional bajo este marco teórico aparecen de modo claro “los límites de la extensión de mercado a campos de análisis para el que no ha sido diseñado”⁵⁸.

Ello nos lleva a cuestionarnos la existencia de un problema de paradigma más profundo que debiese ser abordado para establecer un diálogo fluido entre ecología y economía. Para poder realizar transacciones de mercado se necesitan reglas claras que establezcan con qué cosas se puede comerciar, quién puede hacerlo y cómo pueden ser comercializadas, por cuanto lo que se debe o no comprar en el mercado no proviene de una lista científica, sino que constituye una decisión política⁵⁹. El hecho de que la naturaleza pueda ser valorada en un mercado, porque técnicamente es posible asignarle un gran valor monetario, no quiere decir que necesariamente deba hacerse, que sea conveniente o que la sociedad esté de acuerdo con ello.

Si como sociedad establecemos que existe un derecho y deber de protección del medio ambiente y la naturaleza, ello se asemejaría a lo que los

proyecto es la principal causa de controversias, seguida por la generación de residuos, emisiones e inmisiones. Asimismo, el mapa refleja que el 32% de los conflictos se encuentra en territorio indígena. Véase INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) (2018), (s.p.).

57 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.8.

58 AGUILERA y ALCÁNTARA (1994), p. 17.

59 CHANG (2015), p. 356.

economistas llaman “un bien de interés social o preferente”, que son aquellos que deben estar disponibles para todos los ciudadanos independiente de su capacidad de pago⁶⁰.

Se ha entendido que las economías de mercado, es decir, aquellas que asignan sus recursos mediante decisiones descentralizadas de numerosas personas y empresas que interactúan en el mercado para conseguir bienes y servicios mediante el precio, requieren de instituciones que hagan valer los derechos de propiedad para que se pueda ejercer control sobre recursos escasos⁶¹. Sin embargo, considerando lo señalado, una economía que incorpore la variable socioambiental debe reconocer que, para la protección y respeto de la naturaleza, la unidad de gestión apropiada es el ecosistema y no el recurso⁶², siendo ello incompatible con la privatización del medio ambiente y con la concepción de derechos de propiedad privados que afectan al medio como independientes de un fin y exentos de su función social.

3. HACIA UNA NUEVA NARRATIVA ECONÓMICA

3.1. La transición socioecológica

En vista de lo analizado en el apartado anterior, es fundamental proponer una nueva narrativa que permita establecer un diálogo fluido entre la economía y la ecología, encauzada en resolver las necesidades materiales y espirituales de las personas y las comunidades y que, a su vez, reconozca el valor intrínseco de la naturaleza. Como sostiene MARTNER:

“El crecimiento no es el desarrollo, pues no considera los crecientes costos ambientales locales y globales, ni la destrucción de las dimensiones cualitativas de la vida humana, ni el efecto colateral de una sociedad desarticulada y abrumada, sometida a la desigualdad, al mal vivir y a la desconfianza. Tampoco el desarrollo es un fin en sí mismo, si no es puesto al servicio de la calidad de vida de la sociedad en su conjunto, del mejoramiento de las condiciones de inserción política, económica y social de todos, incluyendo las mayorías que

60 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.6.

61 MANKIW (2009), p. 12.

62 AGUILERA y ALCÁNTARA (1994), p. 19.

viven de su trabajo y de los grupos sociales precarizados o marginados, así como de la preservación del planeta en condiciones dignas, para las futuras generaciones”⁶³.

Por ello, nuestra propuesta es transitar hacia una transformación social-ecológica, entendida como una alternativa económica sustentable, que promueva el decrecimiento del uso de las energías fósiles, de la depredación de los ecosistemas y del consumo exacerbado; para transitar hacia la producción de bienes útiles y durables enfocados en satisfacer las necesidades de las personas, el establecimiento de condiciones laborales adecuadas y seguras, la implementación de los postulados de la economía circular y la disponibilidad de servicios urbanos y territoriales integradores de las comunidades⁶⁴. Ello supone, por un lado, promover la diversificación de la matriz productiva y, por el otro, repensar los patrones de consumo actualmente imperantes, como se revisará a continuación.

A) Diversificación de la matriz productiva

La matriz productiva de un país es la forma en que la sociedad se organiza para producir bienes y servicios, es decir, para llevar a cabo distintas actividades productivas en términos técnicos, económicos y sociales⁶⁵. La matriz productiva y exportadora chilena tiene un bajo grado de diversificación, siendo una parte importante de nuestro modelo económico las actividades primarias o de extracción de recursos naturales. Como sostiene el Observatorio de Políticas Económicas:

“Se observa que la matriz productiva chilena se encuentra altamente concentrada en productos y socios comerciales, donde la alta dependencia de materias primas conduce a una baja valoración y complejidad de la canasta exportadora. En este sentido, existe un importante espacio de acción –entendiendo el rol de la diversificación y sofisticación sobre el crecimiento– para complejizar la estructura productiva, tanto a nivel de industria como generación de clúster alrededor de la producción de materias primas”⁶⁶.

63 MARTNER (2017), p. 11.

64 Ídem.

65 SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUADOR (SERCOP), pp. 2-5.

66 OBSERVATORIO DE POLÍTICAS ECONÓMICAS (OPES) (2018), p. 2.

En este punto, varios/as economistas en el ámbito nacional comparten la inquietud de que el país tiene el desafío de seguir desarrollando sus infraestructuras productivas, dejando atrás la dependencia de las rentas obtenidas a raíz de actividades primarias⁶⁷. Una buena forma de realizar esta transición en términos prácticos, y en concordancia con los objetivos de la transformación socioecológica, supone la consideración de criterios tecnológicos, políticos y sociales para elegir aquellas actividades productivas que pueden ser modificadas en el corto y mediano plazo.

En relación con el primer criterio, se debe sopesar la existencia de alternativas tecnológicas que permitan reemplazar una determinada actividad contaminante o dañina ambientalmente por otra que no dañe el medio ambiente o lo haga en menor medida. A este respecto, se identifican cuatro tipos de sustitución: la sustitución de una cosa por otra en el consumo, por ejemplo, legumbres en sustitución de la carne; el capital producido en vez de la utilización de mano de obra y recursos naturales; las técnicas de producción novedosas que reemplacen algunas antiguas, por ejemplo, “algunas mejoras tecnológicas podrían hacer que la mitigación de emisiones fuese más eficiente, bajando el costo de oportunidad de mejorar el medioambiente”⁶⁸, y algunos recursos naturales pueden sustituirse entre sí, por ejemplo, el viento y energía solar en lugar de combustibles fósiles⁶⁹.

Desde una perspectiva económica, se ha señalado que, si existen los incentivos adecuados para crear rentas de innovación, ya sea mediante regulación o actividades de fomento, es esperable que se desarrollen avances tecnológicos que puedan ofrecer sustitutos para algunos recursos que, de otro modo, se agotarían, o que deberían mantenerse sin utilizar para limitar el cambio climático de forma segura, lo que se conoce como la hipótesis de Porter⁷⁰.

Siguiendo estos criterios, por ejemplo, la generación de energía es una actividad que podría ser más fácil de reemplazar por un equivalente amigable con el medio ambiente, lo que se conoce como proceso de descarboni-

67 En este sentido, por ejemplo, MARTNER (2017), p. 5.

68 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.7.

69 DASGUPTA (2021), p. 139.

70 EQUIPO CORE (2017), capítulo 20.7.

zación de la matriz energética. Sin duda, este cambio presenta dificultades, pero existen actualmente las tecnologías para reemplazar la generación en energía en base a combustibles fósiles por energías renovables no convencionales (ERNC), por lo que la profundidad de este cambio actualmente depende, principalmente, de la existencia de voluntad política. De hecho, se ha señalado a Chile como un caso paradigmático de un país latinoamericano que cuenta con una estrategia para la transición energética, pero que ha postergado su debate respecto a la transición justa en términos más profundos⁷¹.

Respecto al criterio político, la transición hacia una matriz productiva más sustentable requiere discutir sobre las tendencias económicas mundiales, porque la estrategia de desarrollo que siga Chile debe insertarse en la economía regional o global. En este sentido, se torna relevante pensar en las similitudes que guarda con las economías latinoamericanas, por cuanto los países que componen la región comparten una serie de características políticas, tales como la presencia de hiperpresidencialismos, corrupción, falta de procesos participativos en las decisiones y desarrollo legislativo a puertas cerradas; económicas, por cuanto han sido históricamente utilizados por los países del norte global como territorios de extracción y explotación, es decir, sin dejar riqueza directa en los territorios afectados, sin perjuicio de constituir un medio esencial de subsistencia de una gran cantidad de comunidades, y socioambientales, ya que muchas veces las comunidades que se ven afectadas por cambios significativos en sus modelos de desarrollo no han tenido la posibilidad de participar y visibilizar sus necesidades, dejándolas muchas veces empobrecidas y más vulnerables a los impactos del cambio climático.

Ahora bien, en lo referente a la política nacional, para diversificar la matriz productiva de un país se requiere que el Estado cumpla un rol activo —es decir, no subsidiario— en la administración de las rentas y recursos, moviendo estos desde los sectores que se quiere desincentivar, por ejemplo, actividades primarias o extractivistas, hacia aquellos que se busca potenciar, mediante instrumentos de política pública, impuestos y subsidios. Es importante relevar la orientación que debe tomar la acción pública en este proceso, porque “contrario a lo que es comúnmente creído, el desempeño

71 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), p. 23.

de los países en vías de desarrollo ha sido mejor cuando el Estado ha guiado las políticas de crecimiento que cuando ha dominado la orientación de los recursos”⁷²⁻⁷³.

Por último, en el ámbito social, una cuestión importante a considerar en este proceso de transformación es cómo evitar impactos no deseados, protegiendo los derechos de las personas, ya que, muchas veces, “en el corazón de estas luchas se encuentra el temor de que abordar el monumental desafío climático nos obligará inevitablemente a elegir entre proteger el planeta o proteger a los trabajadores y las economías que sustentan a las personas”⁷⁴.

En este punto, es importante remitirse a los conceptos de transición justa y justicia ambiental e intergeneracional, los cuales, bajo nuestra concepción “enfatisa(n) que el modo en que se haga la transición no debe ser neutro, pues el proceso puede impactar negativamente en las vidas de las personas, generaciones futuras y ecosistemas”⁷⁵. En ese entendido, el proceso de transformación socioecológica debe ser bien gestionado y contribuir a los objetivos de trabajo decente, la inclusión social y erradicación de la pobreza, lo que puede realizarse mediante la anticipación de los impactos que estas transformaciones tendrán en el empleo, el diseño de un marco que otorgue una protección social adecuada ante la pérdida de empleos y los desplazamientos que ello produzca, la creación de nuevos empleos de carácter sustentable, entre otras.

72 CHANG (2011), p. 356. (7. Las políticas de libre mercado casi nunca enriquecen a los países pobres).

73 Una ejemplo interesante de analizar es una eventual reforma al sistema de pensiones en Chile (AFP), respecto al importante rol que podría jugar en esta redistribución de recursos, en tanto actualmente una parte importante de los ahorros de los trabajadores son utilizados, mediante la compra de bonos y acciones, para financiar compañías e industrias que generan un alto impacto ambiental, siendo las más relevantes la electricidad y la celulosa, así como los sectores de hidrocarburos, transporte y minería, que reciben más de mil millones de dólares en inversiones de AFP. De hecho, “actualmente 9 de cada 10 pesos chilenos que invierten las AFP van a empresas que se apropian de recursos naturales o generan alto impacto ambiental debido a cadenas globales de producción de *commodities* (como la industria naviera)”. Véase GÁLVEZ *et al.* (2020), p. 47.

74 UNRISD (2018), p. 3.

75 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), p. 18.

B) *Repensando los patrones de consumo*

Una mirada socioecológica de la economía debe implicar un cambio en los patrones de consumo de la sociedad en general. Ello vincula dos aspectos: la producción y la oferta, por un lado, ya revisados en el apartado anterior, y el consumo y la demanda, por otro⁷⁶, que analizaremos en este apartado.

En un principio, debemos comprender que el concepto de consumo es usado en economía como el uso final de los bienes y servicios por agentes económicos para satisfacer sus necesidades⁷⁷. Sin embargo, el concepto de consumo en aspectos físicos, y, por lo tanto, relacionado al medio natural, denota gasto, destrucción o extinción de aquello que se consume⁷⁸. Esto tiene gran importancia, pues desde un mero punto conceptual ya podemos ver cómo el concepto económico de consumo se enfoca en las necesidades del agente y no en el agotamiento de los bienes o servicios utilizados.

Como se explicó anteriormente, bajo el paradigma económico, el concepto de crecimiento económico no considera dentro de sus variables la mayor o menor generación de las externalidades, ni tampoco la pérdida de bienes comunes naturales (o capital natural). De esta forma, el productor no incluye dentro de sus gastos el deterioro ambiental que genera por medio de externalidades y, por lo tanto, el precio de oferta de sus bienes y servicios no refleja realmente el costo de su producción, pues para esto solo contempla el costo individual y no el costo colectivo que tiene producir ese bien o servicio. Junto con ello, al no considerar el precio de oferta del bien o servicio dicho costo, tampoco las personas individuales al consumirlos se ven compelidas a asumir su responsabilidad —mediante el precio como indicador— al elegir un bien o servicio que genere menos externalidades ambientales. Y es que este tipo de desperfectos institucionales crean una brecha entre los precios de los bienes y servicios que producimos y consumimos, y el valor social de esos mismos bienes y servicios, creando una tensión entre nuestras motivaciones en la vida privada y nuestras aspiraciones como ciudadanos⁷⁹.

76 NACIONES UNIDAS (s.f.), (s.p.).

77 INE (s.f.), (s.p.).

78 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.), (s.p.).

79 DASGUPTA (2021), p. 41.

Así, actualmente, desde el punto de vista del consumo, ni el productor contempla suficientemente en el precio de sus bienes y servicios el costo colectivo de producción, ni las personas pagan por su responsabilidad individual al consumir los bienes y servicios que generan externalidades. Como indica DASGUPTA, “la actual estructura de precios de mercado atenta contra nuestro futuro común; la biosfera es valorada, pero se paga un precio bajo por ella, si es que realmente se paga”⁸⁰.

Este modelo se ha vuelto cada vez más insostenible desde el punto de vista ambiental. Los patrones de consumo en la sociedad latinoamericana han aumentado dichas externalidades, y se ven directamente relacionados con la generación de emisiones de gases de efecto invernadero, generación de desechos, deterioro ambiental, entre otros efectos ambientales indeseables⁸¹.

Parece ser, entonces, que desde el punto de vista socioambiental, se hace completamente impostergable un cambio en el modelo económico que conlleve también un cambio en las formas de consumo.

Una de las vías para llevar a cabo esta transición es poner un foco en la oferta, es decir, producir suficientes bienes y servicios de forma sustentable para cubrir la demanda. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que “se necesita más que solo vender productos ‘verdes’; se requiere conducir las actitudes de los y las consumidoras en pos de la demanda de mejores valores en vez de bienes derivados de explotación intensiva de recursos naturales. Es necesario enfocarse en el comportamiento de las consumidoras y la arquitectura de las decisiones en la elección y uso de productos”⁸².

Para lograr este cambio en los patrones de consumo se recomienda tratar el comportamiento de los y las consumidoras como una materia que

80 DASGUPTA (2021), p. 236. Traducción propia. Cita original: “The current structure of market prices works against our common future; the biosphere is precious but priced cheaply, if it is priced at all”.

81 CEPAL (2014), (s.p.).

82 KRANTZ (2010), p. 8. Traducción propia. Cita original: “This will involve more than just selling ‘green’ products; it will require driving consumer attitudes toward demanding better value rather than more resource-intensive ‘stuff’. There is a need to focus on consumer behavior and ‘choice architecture’ in the choosing and using of products”.

no es puramente personal, generando mecanismos sociales, que envuelvan prácticas del tipo *bottom-up*⁸³, es decir, no con una intervención directa del Estado en las decisiones personales de los y las ciudadanas, sino que generando una reacción entre las personas que genere el contexto adecuado para la implementación posterior de políticas por el Estado. De esa forma, al enfocarse en el comportamiento, se debe distinguir entre el consumidor de paradigma “competitivo”, que es quien busca tener siempre más bienes comparado al resto, y el consumidor de paradigma “conformista”, que es quien busca tener los mismos bienes que el resto⁸⁴. Un modelo económico que busque cambiar los patrones de consumo actuales debería enfocar el comportamiento de la mayoría de los y las consumidoras en un paradigma “conformista moderado” o bien de un conformista de consumo respetuoso con los límites planetarios.

Para ello, sería necesario incluir en el paradigma económico principios ambientales que permitan afrontar el problema social que generan las decisiones personales de cada consumidor. Por una parte, es de fundamental importancia el derecho de acceso a la información como parte esencial del consumo responsable⁸⁵, el que puede enfocarse en campañas de información ambiental en los bienes y servicios ofrecidos, permitiendo al consumidor decidir de manera informada qué producto consumir, basándose no solo en el precio de aquel, sino también en la variable ambiental comprometida. Por la otra, un principio ambiental de relevancia es la justicia intergeneracional. Como ha planteado la plataforma *overshoot day*⁸⁶, necesitaríamos 1,7 tierras para continuar consumiendo los recursos biológicos de la manera en que lo hacemos actualmente a nivel mundial. Por lo demás, “si la población mundial llegase a alcanzar los 9.600 millones en 2050, se necesitaría el equivalente de casi tres planetas para proporcionar los recursos naturales precisos para mantener el estilo de vida actual”⁸⁷. Es decir, la forma de consumo que promueve nuestro actual modelo económico no solo genera externalidades negativas que nos afectan nuestra

83 DASGUPTA (2021), p. 234.

84 DASGUPTA (2021), p. 233.

85 DASGUPTA (2021), pp. 237-238.

86 EARTH OVERSHOOT DAY (s.f.), (s.p.).

87 NACIONES UNIDAS (s.f.), (s.p.).

salud y al medio ambiente en sí mismo, sino que también genera efectos a largo plazo que culminarán limitando las posibilidades de consumo de las generaciones futuras.

Una reformulación de los patrones de consumo nos debiera llevar por el camino de generar un mejor consumo en el periodo actual, sin reducir las posibilidades de consumo del futuro⁸⁸. Pero esto no significa que, por ejemplo, dejemos de consumir solo ciertos productos que estén en peligro de desaparición si continuamos con este ritmo de consumo, por ejemplo, dejar de consumir cierto tipo de alimento por su uso intensivo de agua. Lo que se requiere es conservar la capacidad de las generaciones futuras de producir bienestar, independiente de cómo muten las preferencias de las personas en el tiempo⁸⁹.

Ahora bien, comúnmente, ante propuestas de cambios en los patrones de producción y de consumo para avanzar a un paradigma respetuoso con los límites planetarios, se opone el argumento de que estas formas de consumo elevarían inmensamente los precios, generando un empobrecimiento de la calidad de vida de las personas. Sin embargo, se ha demostrado que generar patrones de consumo más sustentables produce un ahorro global, mediante una producción que hace un uso más eficiente del tiempo y energías implementadas, que otras soluciones de *big technology*⁹⁰. Más aún, aquellos hogares en que se ha optado por un consumo bajo en emisiones de carbono han estimulado la innovación en la producción y promovido una política que avance a la sustentabilidad, generando un círculo virtuoso sin disminuir la calidad de vida de los y las consumidoras⁹¹.

Un cambio en las formas de consumo, respetuosa de los límites planetarios, debe necesariamente conllevar una moderación del consumo, lo cual significará, probablemente, una reducción de los niveles totales de este. De hecho, se ha señalado que “el costo de oportunidad de mejorar el medioambiente es la reducción del consumo”⁹².

88 REPETTO (1985), p. 10, citado en ANAND y SEN (2000), p. 2033.

89 ANAND y SEN (2000), p. 2035.

90 MUNASIGHE (2010), p. 5.

91 Ídem.

92 EQUIPO CORE (2017), (s.p.).

3.2. La oportunidad constitucional

Una nueva narrativa económica que transite hacia una transformación social-ecológica, diversificando la matriz productiva y modificando los patrones de consumo requiere de cambios profundos en nuestra manera de habitar el planeta y relacionarnos con la naturaleza. Implica abandonar la lógica de dominación sobre la naturaleza –tan presente desde la ciencia económica–, incorporando una perspectiva de equilibrio y armonía entre las diferentes formas de vida y avanzando hacia “un proceso de transformación integral, territorialmente situado y plural, que supone la creación de nuevas condiciones sociopolíticas que reestructuren la organización, propiedad y distribución de los sistemas de producción y consumo hoy vigentes”⁹³.

Lo anterior requiere de un esfuerzo por cambiar el *ethos* de la comunidad, que se materialice, entre otras cosas, en un cambio de enfoque en el sistema jurídico imperante, a nivel de políticas públicas y de normas legales y constitucionales.

El proceso constituyente en Chile abre una oportunidad al respecto, al permitir discutir y, eventualmente, consagrar principios, derechos y potestades públicas que allanen el camino hacia una transformación socioecológica. Desde la Constitución es posible abrir caminos para cambiar nuestra relación con la naturaleza, repensando las formas en que se llevan adelante las actividades económicas y productivas.

Especialmente importante resulta, por ejemplo, la posibilidad de que, en una nueva Constitución se contemple el *principio del buen vivir*. Este principio, presente en las formas de vida de los pueblos indígenas, plantea dejar atrás la aproximación de dominación que el ser humano ha tenido con la naturaleza, promoviendo la necesidad de respetarla y vivir en armonía con ella⁹⁴. Desde él se entiende que el ser humano es un elemento más de la naturaleza. De ella “solo se toma de la naturaleza lo necesario, con una vocación clara de perdurar”⁹⁵.

El principio del buen vivir podría constituir un importante punto de partida para una transformación socioecológica, al desafiar las lógicas tra-

93 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), p. 10.

94 HERVÉ (2021), p. 71.

95 QUIROLA (2009), p. 105.

dicionales de producción y consumo. Sobre esto, GUDYNAS y ACOSTA plantean que “buen vivir implica una ruptura sustancial con la apropiación de la naturaleza para alimentar un desarrollo entendido como crecimiento económico y un progreso concebido como evolución lineal”⁹⁶. Por lo mismo, para estos autores el buen vivir, además de ser una reacción a esta forma de entender el desarrollo, sería una manera de mirar al futuro, al plantear un nuevo punto de partida que avance hacia una valoración diferente de la sociedad y la naturaleza⁹⁷.

Ahora bien, en línea con las propuestas agrupadas bajo el enunciado de Constitución Ecológica⁹⁸ y los principios de la transición hacia un nuevo modelo económico sustentable, para que el proceso de transformación socioecológica sea exitoso debiera considerar también:

- 1) Planificación y descentralización, que supone una transformación que fomente la reconversión de empleos y desarrollo de las comunidades, y el establecimiento de instrumentos de ordenamiento y planificación territorial, que sea comprensiva de la importancia de los ecosistemas y contemple sus necesidades frente a la regulación territorial, para evitar la concentración de industrias en ciertos territorios y la consecuente creación de zonas de sacrificio;
- 2) Reparación y restauración, bajo el principio de justicia ambiental e intergeneracional y el deber de protección del medio ambiente, que suponen la distribución equitativa de bienes y cargas ambientales y el reconocimiento de igualdad de derechos para la generación presentes y las futuras, lo que permitiría instaurar el tratamiento, gestión y eliminación de pasivos ambientales, así como la generación de compensaciones económicas a comunidades y trabajadores/as afectados/as por la transición;
- 3) Equidad y justicia social, generando redistribución de la riqueza producto del proceso de transformación y evitando nuevas dinámicas de injusticia ambiental;

96 GUDYNAS y ACOSTA (2011), p. 72.

97 GUDYNAS y ACOSTA (2011), *passim*.

98 Para este informe se utilizan como referencia las propuestas sobre Constitución Ecológica de la ONG FIMA.

- 4) Democratización y descentralización del poder político y económico, con una capacidad efectiva de determinación sobre la gestión del medio ambiente y los bienes naturales pertenecientes a cada territorio, en el entendido de que las comunidades deben formar parte activa de la toma de decisiones respecto a la transición en sus territorios, lo cual debe ser resguardado mediante los derechos de acceso a la información oportuna y completa, a la participación de calidad e incidente y a la justicia ambiental⁹⁹;
- 5) Soberanía y autodeterminación, repensando la propiedad, objetivos y escala de los proyectos con efectos sobre los ecosistemas, con base en la demanda efectiva, la capacidad de carga de los territorios y las decisiones que autónomamente adopten los afectados por ellas, lo que puede lograrse mediante el reconocimiento de que la propiedad contempla en su función social una función ecológica, teniendo esta institución una dimensión individual y una social al servicio del bienestar de las personas y la protección del medio ambiente y finalmente,
- 6) Potencial para una transformación socioecológica, mediante la persecución de soluciones basadas en la naturaleza, que permitan superar la dependencia de las actividades extractivas y primarias, orientando el modelo productivo a actividades de mayor complejidad y valor¹⁰⁰, resguardando los derechos humanos ambientales como el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el derecho humano al agua como garantía del uso prioritario de este bien para consumo humano y para el resguardo de los ecosistemas.

4. CONCLUSIONES

La economía es una ciencia social que estudia la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios que se llevan a cabo dentro de una sociedad y, consiguientemente, un ecosistema. Sin embargo, durante mucho tiempo las discusiones de política económica obviaron el rol central que la consideración de estos elementos supone, fijando como única meta el crecimiento económico.

99 ONG FIMA (2020), p. 5.

100 Véase TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), pp. 34 y ss.

Como en toda ciencia social, a lo largo de la historia han existido diversos marcos teóricos y posturas sobre los desafíos y las formas de abordar el desarrollo económico. Sin perjuicio de ello, en la práctica, la mayoría de las estrategias de desarrollo implementadas en economías diversas han resultado promotoras de una acumulación de capital a costa del agotamiento y degradación excesivos de los bienes naturales y los ecosistemas.

En respuesta a ello, nacieron los conceptos de “desarrollo sostenible” y “transición justa”, que han sido los más exitosos en legitimar la incorporación de la dimensión ambiental en cualquier discusión económica hasta el momento. Sin embargo, en la actualidad, no existe un consenso sobre el contenido de dichas nociones, dejando abierta la disputa sobre lo que se entiende por desarrollo, sustentabilidad y cómo se ponen en práctica los desafíos asociados a este debate.

La tendencia predominante en economía ha englobado los conflictos ambientales en la noción de externalidades negativas, resultando esto insuficiente, además de presentar problemas en sus propios términos –sobre todo cuando se aborda desde políticas basadas en precio–, por ejemplo, respecto a la dificultad de medición de los costos del deterioro ambiental y la conflictividad social asociada, la imposibilidad de aplicar las lógicas de mercado a los derechos de las generaciones futuras, entre otras.

Ello nos lleva a afirmar que existe un problema de paradigma más profundo que debiese ser abordado para establecer un diálogo fluido entre ecología y economía, que dice relación con la decisión política sobre si los bienes ambientales pueden ser transados en el mercado y sobre la (in)adecuación de la noción de propiedad privada propia de las teorías económicas para la protección de la naturaleza.

Nuestra propuesta es transitar hacia una transformación social-ecológica, entendida como una alternativa económica sustentable. Considerando que “las sociedades contemporáneas no solo enfrentan los clásicos problemas de la desigualdad económica y social, sino además riesgos colectivos crecientes en materia ambiental y, en especial, la amenaza acuciante del cambio climático, (se) requiere de drásticos cambios en los hábitos de consumo, producción y generación de energía”¹⁰¹.

101 MARTNER (2017), p. 11.

Para llevar a cabo esta transformación, es necesario avanzar hacia una matriz productiva menos dependiente de las actividades primarias y extractivistas, y más respetuosa de los límites biofísicos del planeta. Para desarrollar este cambio de paradigma, es importante la acción pública para una diversificación acorde a un proceso de transformación socioecológica, que sea capaz de ponderar los criterios técnicos de sustitución o reducción de costo en la prevención de daños ambientales, las variables políticas, sobre la política industrial que se pretenda promover y su inserción en la región y, por último, las consideraciones sociales necesarias para evitar impactos indeseados en los derechos de las personas y su pertinencia territorial.

En lo que concierne a las formas de consumo, durante mucho tiempo, la discusión estuvo centrada en el por qué debemos transformar estos patrones; sin embargo, en este momento debemos avanzar a discutir cómo haremos que este cambio suceda prontamente y a una escala suficiente para, al menos, mitigar los impactos de la crisis climática y ambiental a la que nos enfrentamos.

La forma de lograrlo pareciera estar en la posibilidad de generar un cambio de paradigma en el modelo económico, es decir, en la forma de producción, distribución y consumo de lo producido y, en particular respecto a este último, mediante una disminución global del consumo, promoviendo el paradigma de un consumidor “conformista moderado”, o bien de un conformista de consumo respetuoso con los límites planetarios.

El proceso constituyente abre una puerta para esta discusión, ya que, de la mano del principio del buen vivir, permite discutir sobre nuevas formas de relacionarnos con la naturaleza que desafíen las lógicas de producción y consumo actuales.

Además, en línea con las propuestas agrupadas bajo el enunciado de Constitución Ecológica y los principios de transición justa, es posible pensar en un proceso de transformación socioecológica bajo los principios de planificación, descentralización y establecimiento de un ordenamiento territorial vinculante, que sea comprensiva de la importancia de los ecosistemas y contemple sus necesidades frente a la regulación territorial; reparación y restauración, bajo el principio de justicia ambiental e intergeneracional y el deber de protección del medio ambiente; equidad, generando redistribución de la riqueza y evitando nuevas dinámicas de

injusticia ambiental; democratización y descentralización del poder político y económico, con una capacidad efectiva de determinación sobre la gestión del medio ambiente y los bienes naturales pertenecientes a cada territorio; soberanía y autodeterminación, mediante el reconocimiento de que la propiedad contempla en su función social una función ecológica y con derechos de acceso que permitan su efectiva realización, y potencial para una transformación socioecológica, mediante la persecución de soluciones basadas en la naturaleza, que permitan superar la dependencia de las actividades extractivas y primarias, orientando el modelo productivo a actividades de mayor complejidad y valor, y que resguarden los derechos humanos ambientales.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUILERA, Federico y ALCÁNTARA, Vicent (1994): “Presentación”, en AGUILERA y ALCÁNTARA (eds.), *De la economía ambiental a la ecológica* (Barcelona: Icaria Editorial).
- ANAND, Sudhir y SEN, Amartya (2000): “Human development and economic sustainability”, en *World Development*, vol. 28, N° 12.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1984): “Nuestro futuro común”. Disponible en línea: <http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf>.
- BANCO MUNDIAL (2018): “The changing wealth of nations 2018: building a sustainable future”. Disponible en línea: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29001>>.
- CEPAL (2014): “Patrones de consumo no sostenibles en el contexto de cambio climático”. Disponible en línea: <https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/infografias_cambioclimatico_cop20_2014_logos_part4.pdf>.
- CHANG, Ha-Joon (2011): “23 cosas que no te cuentan sobre el capitalismo” (Debate).
- (2015): “Economía para el 99% de la población” (Debate).

- DASGUPTA, Partha (2021): *The economics of biodiversity: The Dasgupta Review* (London: HM Treasury).
- EARTH OVERSHOOT DAY (s.f.): “How the date of earth overshoot day 2021 was calculated”. Disponible en línea: <<https://www.overshootday.org/2021-calculation/>>.
- ENVIRONMENTAL PERFORMANCE INDEX (s.f.): Disponible en línea: <<https://epi.yale.edu/>>.
- EQUIPO CORE (2017): “La economía”. Disponible en línea: <<https://www.core-econ.org/the-economy/book/es/text/0-3-contents.html>>.
- GALLEGUILLOS, Victoria y GLATZ, Pedro (2019): “La dimensión ambiental del bienestar, un desafío para la izquierda”, en *Revista Trama* N° 4.
- GÁLVEZ, Recaredo *et al.* (2020): *Inversiones de las AFP en empresas extractivas y de alto impacto ambiental* (Santiago: Fundación SOL).
- GUDYNAS, Eduardo (2004): *Ecología, economía y ética*, 5ª edición revisada (Centro Latino Americano de Ecología Social y Desarrollo-Economía, Ecología y Equidad-América Latina).
- (2011): “Desarrollo y sustentabilidad ambiental: diversidad de posturas tensiones persistentes”, en MATARÁN, Alberto y LÓPEZ, Fernando (eds.), *La tierra no es muda: diálogos entre el desarrollo sostenible y el postdesarrollo* (Granada: Universidad de Granada).
- GUDYNAS, Eduardo y ACOSTA, Alberto (2011): “El buen vivir más allá del desarrollo”, en *Revista Qué Hacer* N° 181.
- HERVÉ, Dominique (2021): “Hacia una constitución ecológica: herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección del medio ambiente”. Disponible en línea: <<https://chile.oceana.org/informes/hacia-una-constitucion-ecologica-herramientas-comparadas-para-la-consagracion-constitucional/>>.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) (2018): “Mapa de conflictos socioambientales en Chile”. Disponible en línea: <<https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE) (s.f.): *Proceso económico*. Disponible en línea: <<https://www.ine.cl/ine-ciudadano/definiciones-estadisticas/economia/proceso-economico>>.

- IUCN, PNUMA, WWF (1980): “Primera estrategia mundial de la conservación”. Disponible en línea: <<https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/WCS-004-Es.pdf>>.
- KRANTZ, Randall (2010): “A new vision of sustainable consumption”, en *Journal of Industrial Ecology*, vol. 14, N° 1.
- LEIPERT, Christian (1994): “Los costes sociales del crecimiento económico”, en AGUILERA, Federico y ALCÁNTARA, Vicent (eds.), *De la economía ambiental a la ecológica* (Barcelona: Icaria Editores).
- MANKIW, Gregory (2009): *Principios de economía*, 6ª edición (México, D.F.: Cengage Learning).
- MARTNER, Gonzalo (2017): *Matriz productiva, transformación social-ecológica y el rol de los actores económicos* (Santiago: Fundación Friedrich Ebert y Fundación Progres).
- MUJICA, Norbis y RINCÓN, Sorayda (2010): “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”, en *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 15, N° 50.
- MUNASIGHE, Mohan (2010): “Can sustainable consumers and producers save the planet?”, en *Journal of Industrial Ecology*, vol. 14, N° 1.
- NACIONES UNIDAS (s.f.): Objetivo de Desarrollo Sustentable 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. Disponible en línea: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>>.
- OBSERVATORIO DE POLÍTICAS ECONÓMICAS (OPES) (2018): *Documento de Trabajo N° 2: Caracterización de la estructura productiva y dificultades para un crecimiento de largo plazo en Chile*.
- ONG FIMA (2020): “Bases para una Constitución ecológica”. Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCIO%CC%81N-ECOLO%CC%81GICA-v.-25.11.20-1.pdf>>.
- PNUD (1990): *Índice de desarrollo humano*. Disponible en línea: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf>.
- PNUD (2020): “Human development report 2020: human development and the Anthropocene”. Disponible en línea: <https://www.cl.undp.org/content/dam/chile/hdr2020_ingles.pdf>.

- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) (2011): “Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza”. Disponible en línea: <<https://www.unep.org/es/node/18210>>.
- QUIROLA, Dania (2009): “*Sumak Kawsay*. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza”, en ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (eds.), *El buen vivir una vía para el desarrollo* (Quito: Ediciones Abya-Yala).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.): *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición. Disponible en línea: <<https://dle.rae.es>>.
- ROCA, Jordi (1998): “El debate sobre la elaboración de un indicador macroeconómico corregido ‘ecológicamente’”, en *Ecología Política* N° 16.
- SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUADOR (SERCOP): “Transformación de la matriz productiva, desafío para alcanzar el buen vivir”, en *Revista de la Contratación Pública* N° 7.
- SUNKEL, Osvaldo y PAZ, Pedro (1977): *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, 13ª edición (Caracas: Siglo XXI Editores).
- TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021): “Transición justa en Latinoamérica: de la descarbonización a la transformación”. Disponible en línea: <https://drive.google.com/file/d/1ubqD930_6QEJmmAPsBWqRs5oMTiedJ1q/view>.
- UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT (UNRISD) (2018): “Mapping Just Transition(s) to a Low-Carbon World”. Disponible en línea: <[https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/9B3F4F10301092C7C12583530035C2A5/\\$file/Report---JTRC-2018.pdf](https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/9B3F4F10301092C7C12583530035C2A5/$file/Report---JTRC-2018.pdf)>.

HACIA UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA: CAMBIO CLIMÁTICO Y NUEVA CONSTITUCIÓN*

Octubre 2021

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente en Chile se escribe una nueva Constitución. Se trata de un proceso histórico que permite sentar las bases que nos regirán como comunidad en los próximos años y que, además de ser precedido por el levantamiento ciudadano de diversas demandas por mejoras en temas como pensiones, educación, salud y medio ambiente, se escribe en el contexto de una grave crisis climática y ecológica que pone en riesgo a los ecosistemas y a la humanidad.

La Convención Constitucional —órgano elegido democráticamente para redactar la Constitución— ha reconocido esta crisis el pasado 4 de octubre de 2021, al declararse en “estado de emergencia climática y ecológica”¹, con el fin de promover la consideración del problema global y la vulnerabilidad del país en todo el actuar de la convención.

La antesala de esta declaración fue la publicación de un informe del Panel Intergubernamental de Expertos por el Cambio Climático, en agosto de 2021, en que confirmó las advertencias que por décadas había realizado sobre los impactos que la humanidad está generando sobre el medio ambiente. Si en algún momento fue dudosa la contribución de la actividad humana en desencadenar el calentamiento global y, con ello, el cambio climático, el informe publicado las disipa, alertando sobre la necesidad de disminuir de manera radical los gases de efecto invernadero (GEI) si deseamos evitar que el daño causado sea demasiado profundo e irreversible².

La acción humana ha incidido de manera tal en el aumento de la temperatura global, que se han desencadenado diversos efectos que ponen en

* Documento elaborado por Nicole Mansuy, Constanza Gumucio, Victoria Belemmi, Ezio Costa y Gabriela Burdiles.

1 CONVENCION CONSTITUCIONAL (4 de junio de 2021), (s.p.).

2 IPCC (2021a), (s.p.).

jaque la preservación de los ecosistemas y su regeneración. En el ámbito terrestre, los glaciares retroceden, las precipitaciones disminuyen, aumenta la degradación de los suelos y la desertificación. En el ecosistema marino, aumenta la temperatura superficial y su nivel de acidificación; además de que, por el derretimiento de los polos, asciende el nivel del mar, repercutiendo en los ecosistemas costeros³. Todo ello modifica el hábitat natural de las especies, al punto de que actualmente se verifica una merma de más del 58 % de la biodiversidad planetaria⁴.

Por su parte, la vida humana depende de la naturaleza. Y, dado que el cambio climático produce y/o intensifica su degradación, se presentan graves consecuencias para el pleno ejercicio de ciertos derechos humanos que dependen del ambiente para realizarse, como el derecho humano al agua, a la alimentación, a la salud, entre otros. El problema se profundiza si se considera la existencia de factores de vulnerabilidad, tanto de países en general como en ciertos sectores de la población. Condiciones socioeconómicas, geográficas o étnicas –por solo dar algunos ejemplos– inciden considerablemente en una menor capacidad de adaptación y resiliencia para hacer frente al desafío climático.

Considerando lo anterior y tomando como referencia las propuestas para una Constitución ecológica de la ONG FIMA, el presente informe busca mostrar la relevancia de considerar la crisis climática y ecológica en una nueva constitución, intentando aportar en la discusión que se está llevando a cabo en el seno de la Convención Constitucional. Para ello, el informe se divide en dos partes: en la primera realiza una revisión sobre el cambio climático en el plano internacional y nacional, mientras que, en la segunda, plantea su inclusión en el nuevo texto constitucional, proponiendo un principio de acción climática, un principio de justicia climática y la inclusión del clima seguro como contenido expreso del derecho a un medio ambiente sano.

3 IPCC (2021b), pp. 6-7.

4 PNUD (2017), p. 2.

2. EL CAMBIO CLIMÁTICO A NIVEL GLOBAL Y LOCAL

2.1. El cambio climático: causas y consecuencias en el escenario internacional

A) *El fenómeno del calentamiento global*

Los rayos del sol permiten elevar la temperatura del planeta Tierra. Aquello sucede mediante un proceso natural conocido como “efecto invernadero”, que posibilita que la radiación del Sol al llegar a la Tierra sea en parte absorbida por gases –conocidos como gases de efecto invernadero (GEI)– que retienen el calor y elevan la temperatura del planeta⁵. Este proceso natural es esencial para la vida, ya que permite que las oscilaciones en la temperatura del día y la noche se mantengan estables entre los 14°C y 15°C. Se estima que sin los GEI la temperatura media de la Tierra bordearía los -18°C, siendo imposible sustentar la vida como la conocemos⁶.

Sin embargo, desde la era industrial ha aumentado de manera excesiva la cantidad de gases presentes en la atmósfera. Se ha estimado que entre el año 1990 y 2018 “el forzamiento radiativo de los gases de efecto invernadero de larga duración –como el dióxido de carbono, el metano y el óxido nitroso– tuvo un aumento del 43 %, y el CO₂ representó aproximadamente un 81 % de dicho aumento”⁷.

A su vez, este aumento de los GEI ha acelerado la capacidad de la Tierra de absorber la radiación solar, elevándose la temperatura más allá del punto de equilibrio⁸. Ello se conoce como calentamiento global. El Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés) –uno de los organismos científico-internacionales más importantes en el estudio de los impactos del cambio climático– calcula que desde el periodo preindustrial “la temperatura del aire de la superficie terrestre ha aumentado casi al doble que la temperatura media global”⁹,

5 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2016), p. 24.

6 FUNDACIÓN TERRAM (2019), p. 9.

7 ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (2019), p. 2.

8 HERVÉ (2021), p. 80.

9 IPCC (2020), p. 9.

apreciándose un calentamiento de un rango de aproximadamente 0,8 a 1,3°C sobre los niveles preindustriales, siendo probable que se alcancen los 1,5°C entre los años 2030 y 2052 si el aumento en la temperatura continúa al mismo ritmo que lo ha hecho hasta hoy¹⁰.

B) Consecuencias del calentamiento global: el cambio climático

El calentamiento global ha sido reconocido como la causa de diversos cambios en el clima que tienen consecuencias negativas para el medio ambiente¹¹, desencadenando en algunos casos e intensificando en los otros, una verdadera crisis ecológica y climática.

En primer lugar, el calentamiento global es uno de los principales factores de pérdida de biodiversidad, ya que incide directamente en el funcionamiento de los ecosistemas, alterando de manera significativa el hábitat natural de la flora y fauna¹². En la actualidad se verifica una merma de más del 58 % de la biodiversidad planetaria¹³. Además, el calentamiento global interfiere con el ciclo hidrológico, al afectar los regímenes de precipitaciones, modificar la circulación atmosférica, las temperaturas y corrientes oceánicas y provocar el derretimiento de los glaciares¹⁴. Incide también en el aumento del nivel del mar y en la acidificación de los océanos debido la gran cantidad de CO₂ que absorbe de la atmósfera¹⁵, poniendo en riesgo la supervivencia de diversas especies que ven alterado su hábitat¹⁶ y, finalmente, contribuye al aumento de eventos meteorológicos extremos en todo el mundo, como olas de calor, precipitaciones intensas, ciclones y las prolongadas sequías¹⁷, los que amenazan la continuidad de las funciones del suelo y, con ello, la existencia de los ecosistemas terrestres¹⁸.

10 IPCC (2019a), p. 6.

11 MORAGA (2009), p. 10.

12 VIVANCO (2019), p. 6.

13 PNUD (2017), p. 1.

14 GALILEA (2020), p. 49.

15 IPCC (2021b), pp. 6-7.

16 OCEANA (2016), (s.p.).

17 IPCC (2021c), p. 41.

18 IPCC (2020), p. 9.

Todos estos impactos, además de afectar el medio ambiente, menoscaban a las comunidades humanas. Por ejemplo, el aumento del nivel del mar amenaza las zonas costeras e incluso la existencia de varias islas del Pacífico e Índico y con ello a sus habitantes. Asimismo, el aumento de eventos meteorológicos extremos produce graves impactos económicos en la población afectada¹⁹. La sequía extrema o los ciclones impiden el desarrollo de la agricultura y la posibilidad de acceder a elementos necesarios para la vida como el agua y alimento. En muchos casos, cuando no es posible adaptarse a los impactos, estas situaciones generan o pueden generar el desplazamiento forzado de las comunidades²⁰.

De acuerdo con las estimaciones del IPCC, estos impactos pueden intensificarse cada vez más si no se logra detener el aumento de los GEI y de la temperatura global. En su informe “Calentamiento Global de 1,5°C”, el IPCC sostuvo que los riesgos derivados del cambio climático son mayores en la medida que aumenta el calentamiento global, realizando proyecciones sobre los diferentes escenarios que se prevén con un aumento de 1,5°C o de 2°C en la temperatura superficial de la Tierra. Algunas de las conclusiones fueron que, por ejemplo, el aumento en el nivel del mar, en su temperatura y en el nivel de acidificación, generará mayores riesgos para la biodiversidad, pesca y ecosistemas marinos si se alcanzan los 2°C por sobre los 1,5°C, y que la pérdida y extinción de especies junto con los impactos en los ecosistemas terrestres, costeros y de agua dulce se agudizarán también al menos duplicando las cifras si se alcanza el escenario de los 2°C²¹.

C) *Historia de la reacción ante el cambio climático en el escenario internacional*

La reacción internacional ante los impactos del calentamiento global y sus efectos sobre el clima es reciente. Surgió a fines de los años 60, vinculada a la creciente conciencia sobre la necesidad de proteger el medio ambiente. Como se adelantó, en la actualidad dicha conciencia se extiende también a la comprensión de los impactos negativos del cambio climático sobre las comunidades humanas.

19 BUSO y MESSINA (2020), p. 258.

20 ACNUR (s.f.), (s.p.).

21 IPCC (2020), pp. 9-11.

A nivel internacional, el primer hito relevante sobre la materia data de 1972, año en que se realizó la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas por el Medio Ambiente Humano –o Primera Cumbre de la Tierra–, la que tuvo como fin específico discutir sobre el estado del medio ambiente²². Además de culminar con la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), dio lugar a la publicación de la “Declaración de Estocolmo” y del “Plan de Acción para el Medio Humano”, documentos que, por primera vez, reconocen la sinergia entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos²³, y la necesidad de considerar y estudiar los impactos que las actividades humanas podrían tener sobre el clima²⁴.

Siete años después, la Organización Mundial de Meteorología (OMM) decidió convocar a la Primera Conferencia Mundial del Clima de 1979, en la que se dieron a conocer las primeras pruebas sobre la influencia de las actividades humanas sobre el clima²⁵. En esta conferencia se emitió una declaración que instaba a los Estados a prevenir los peligros del cambio climático²⁶.

En los años 80 se llevó a cabo una serie de reuniones intergubernamentales relacionadas con el clima. Especialmente importante fue la Conferencia de Toronto sobre los cambios atmosféricos, en que se discutió sobre la posibilidad de generar una convención internacional para proteger la atmósfera²⁷. Por su parte, la Asamblea de la ONU en 1987 dictó la Resolución N° 42/184 –en la que se señaló que el PNUMA debía dar relevancia al problema de los cambios climáticos en el mundo– y en 1988 aprobó la Resolución N° 43/53 sobre la Protección del Clima Mundial para las Generaciones Presentes y Futuras en la que, entre otras cosas, reconoció la vinculación entre el cambio climático y la actividad humana; el peligro de recalentamiento de la Tierra de seguir aumentando los GEI, y la necesidad de contar con nuevas investigaciones científicas sobre la magnitud de los

22 JACKSON (s.f.), (s.p.).

23 Declaración sobre el Medio Humano (1972), p. 9.

24 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO HUMANO (1973), Recomendación 70 y ss.

25 CMNUCC (2017), p. 11.

26 Ídem.

27 UNFCCC (2006), p. 20.

impactos del cambio climático. Además, esta resolución apoyó a la OMM y el PNUMA en la creación de un grupo de expertos a cargo de generar evaluaciones científicas sobre el fenómeno²⁸, creándose así el Panel Inter-gubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

En 1990, el IPCC publicó su primer informe en el que advirtió que, de no tomar medidas para frenar los cambios en el clima, la temperatura mundial podría aumentar en “aproximadamente 0,3°C cada 10 años (con una incertidumbre de 0,2 - 0,5°C por decenio)” con un resultado de “aumento probable de la temperatura media mundial de aproximadamente 1°C en el año 2025 (2°C más que en el periodo preindustrial) y de 3°C antes de que finalice el próximo siglo (4°C superior al período preindustrial)”²⁹. Este documento fue la base de las negociaciones sobre cambio climático que se iniciaron ese mismo año y que culminaron con la aprobación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) –primer tratado internacional sobre cambio climático– en el contexto de la Segunda Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, en el año 1992³⁰.

En la CMNUCC se reconoce la contribución del ser humano en la generación del calentamiento global y la necesidad de reducir las emisiones, estableciéndose como objetivo “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”³¹ (art. 2). Además, si bien el centro de las preocupaciones de la CMNUCC fue la mitigación –entendida como la “intervención humana encaminada a reducir las fuentes o potenciar los sumideros de gases de efecto invernadero”³²–, se estableció como compromiso avanzar también en medidas que permitan la adaptación de los países al cambio climático, es decir, en “ajustes en los sistemas ecológicos, sociales o económicos en respuesta a estímulos climáticos reales o previstos y sus efectos o impactos”³³ (art. 4).

28 Resolución N° 43/53 de 1988 de la Asamblea General de Las Naciones Unidas (1988), párr. 5.

29 IPCC (1990), p. 57.

30 UNFCCC (2006), p. 21.

31 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992).

32 IPCC (2019b), p. 196.

33 UNFCCC (s.f.), (s.p.).

En el contexto de la CMNUCC y de sus Conferencias de las Partes (COP) –que se realizan anualmente–, se han acordado otros importantes instrumentos que tienen como fin alcanzar los objetivos de la Convención. Uno de ellos es el Protocolo de Kyoto, el que, siguiendo los lineamientos en materia de mitigación, estableció un compromiso cuantificable de reducción de emisiones, comprometiendo a los países desarrollados a alcanzar una reducción de no menos del 5 % de las emisiones al de 1990, en el periodo comprendido 2008 y 2012³⁴. El Protocolo estuvo vigente hasta el año 2020, debido a una enmienda adoptada por la COP 18 realizada en Doha, Qatar, que extendió su aplicación³⁵.

En el año 2015, en el contexto de la COP 21, se adoptó otro importante instrumento: el Acuerdo de París. Este acuerdo, a diferencia de Kyoto, instó a todos los Estados –tanto desarrollados como no desarrollados– a poner sus mejores esfuerzos en mantener la temperatura mundial por debajo de los 2°C de aumento, teniendo como referencia los niveles preindustriales, esforzándose por mantenerla incluso por debajo de los 1,5°C³⁶.

Por su parte, los esfuerzos de adaptación, que venían posicionándose desde la dictación del Marco de Adaptación de Cancún³⁷ también se plasmaron en el Acuerdo de París, alentando a las partes a mejorar la capacidad de adaptación y el fortalecimiento de la resiliencia en sus territorios, así como a reducir la vulnerabilidad ante el cambio climático, evitando al máximo las pérdidas y daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático.

Finalmente, es preciso destacar que el Acuerdo de París es el primer acuerdo sobre el clima que tiene expresamente en cuenta la importancia de los derechos humanos, reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, se deben respetar, promover y considerar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos³⁸.

34 Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1998).

35 LLANOS (2018), p. 125.

36 Acuerdo de París (2015).

37 Acuerdos de Marrakech (2001).

38 Específicamente menciona los siguientes: el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con

D) Cambio climático, derechos humanos y grupos vulnerables

Como se señaló, los impactos del cambio climático, además de afectar el medio ambiente, menoscaban a las comunidades humanas debido a que, por razones de subsistencia, la humanidad es altamente dependiente del medio ambiente. Por ello, a nivel internacional el cambio climático también ha comenzado a ser abordado en el ámbito de los derechos humanos.

Ello se plantea específicamente en el marco de las discusiones sobre el contenido del derecho a un medio ambiente sano y su interrelación con otros derechos necesarios para sustentar la vida humana³⁹, y también a la hora de abordar el contenido de una transición justa hacia un nuevo modelo económico, en tanto dicho proceso considera esencialmente los derechos de las comunidades que han visto vulnerados sus derechos ante el cambio climático y el actual modelo.

En efecto, en 2009, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos (ACNUDH) presentó un informe en el cual se abordaron las consecuencias del cambio climático a nivel de derechos humanos⁴⁰. El informe enfatizó en el derecho a la vida, a la alimentación adecuada, al agua, a la salud, a una vivienda adecuada, y a la libre determinación, sosteniendo que tales derechos se ven afectados por eventos meteorológicos extremos como inundaciones, tormentas, incendios y sequías, el deshielo de los glaciares, la reducción de la capa de nieve, mayores enfermedades como el paludismo a causa de temperaturas más cálidas, la malnutrición por la disminución de la productividad de los cultivos, y la elevación del nivel del mar que pone en riesgo las zonas costeras y la existencia de Estados insulares⁴¹.

Estas consecuencias del cambio climático a nivel de derechos humanos han sido confirmadas por diversas resoluciones⁴² —en las que se ha

discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional. Acuerdo de París (2015), p. 2.

39 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020a), p. 11.

40 ACNUDH (2009), pp. 4 y 32.

41 ACNUDH (2009), pp. 9 y ss.

42 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (s.f.), (s.p.).

ampliado la gama de derechos hacia el agua y saneamiento⁴³, el derecho al desarrollo⁴⁴, el derecho a la salud mental y no solo física⁴⁵ y el derecho al trabajo⁴⁶— y recogido por los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente⁴⁷, elaborados por el relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John Knox, en la Resolución A/HRC/37/59.

En cada una de estas instancias se ha reconocido la existencia de grupos especialmente vulnerables al cambio climático, alertándose sobre la urgencia de tomar medidas para incrementar su capacidad de adaptación. Por ejemplo, tanto el Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁸ como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos⁴⁹ plantean mayores impactos en aquellos segmentos de la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría o la pertenencia a pueblos indígenas, entre otros.

Progresivamente, los factores se han ido ampliando, considerando, por ejemplo, que los niños y niñas⁵⁰, los desplazados y migrantes⁵¹, las personas de género femenino⁵² y las personas de edad⁵³ son los grupos más vulnerables al cambio climático, viéndose impactados por la inseguridad alimentaria, el aumento del precio de los alimentos, menores actividades de sustento, desplazamientos forzados y las enfermedades o plagas que este fenómeno puede provocar⁵⁴. Al respecto, el IPCC enfatiza:

43 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2009), p. 2.

44 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 3.

45 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015), p. 2.

46 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018b), p. 2.

47 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018a), pp. 7 y ss.

48 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2009), p. 2.

49 ACNUDH (2009), p. 16.

50 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2016), p. 2.

51 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 2.

52 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018b), p. 3.

53 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020b), p. 3

54 COMISIÓN ECONÓMICA PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (2021), p. 16.

“Las diferencias en la vulnerabilidad y la exposición se derivan de factores distintos del clima y de desigualdades multidimensionales producidas a menudo por procesos de desarrollo dispares (nivel de confianza muy alto). Esas diferencias hacen que sean diferentes los riesgos derivados del cambio climático. Las personas que están marginadas en los planos social, económico, cultural, político, institucional u otro son especialmente vulnerables al cambio climático, así como a algunas respuestas de adaptación y mitigación (evidencia media, nivel de acuerdo alto). Esta mayor vulnerabilidad raras veces se debe a una sola causa. Más bien, es el producto de procesos sociales interrelacionados que se traducen en desigualdades en las situaciones socioeconómicas y los ingresos, así como en la exposición”⁵⁵.

Por ejemplo, en el caso de las comunidades indígenas, se pone de relieve el vínculo esencial que estas mantienen con el medio ambiente, en tanto su cosmovisión y cultura se relaciona íntimamente con este, de manera que su salud física, mental y social dependen de dicha relación⁵⁶. Esto ha sido recogido por el relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, David Boyd, que en su informe acerca del clima seguro enfatiza que, debido a la estrecha relación de los pueblos indígenas con la naturaleza, cerca de 400 millones de pueblos indígenas de todo el mundo son especialmente vulnerables al cambio climático⁵⁷.

Por su parte, en el caso de las mujeres, diversos estudios han demostrado que factores como una mayor pobreza y la desigualdad de oportunidades e ingresos inciden fuertemente en una mayor afectación por parte del cambio climático, lo cual implica una menor capacidad de adaptación y, por tanto, mayor vulnerabilidad⁵⁸. Esto, sobre todo considerando que las mujeres son las que a nivel territorial más relación tienen con la tierra, la agricultura y el agua en tanto las labores de cuidado y subsistencia, por razones culturales, históricamente han recaído en ellas⁵⁹.

55 IPCC (2014), p. 6.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua” (2020), pp. 45-46.

57 Resolución N° 74/161 de 2019 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 48.

58 OLMEDO (2018), pp. 85-110, y PROGRAMA NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2008), p. 123.

59 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2008), p. 10.

Por último, se ha señalado que los niños son especialmente vulnerables, ya que tienen menos capacidad física y fisiológica para sobrellevar eventos climáticos extremos como olas de calor o inundaciones, y son más susceptibles a las sustancias tóxicas de contaminantes y enfermedades que los adultos⁶⁰.

El tema es de tal relevancia que, recientemente, el Consejo de Derechos Humanos designó un relator especial para la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático⁶¹, encomendándole estudiar e identificar cómo los efectos adversos del cambio climático afectan los derechos humanos y hacer recomendaciones sobre cómo abordar estos efectos adversos, entre otros.

Finalmente, es importante señalar que, reconociendo los impactos que el cambio climático tiene sobre el medio ambiente y las comunidades humanas, en la discusión internacional ha tomado fuerza la incorporación de la noción de “clima seguro”, como parte del contenido del derecho humano al medio ambiente sano, lo que se abordará con mayor profundidad en el apartado III de este informe.

2.2. El cambio climático en Chile

A) *Impactos del cambio climático en el territorio nacional*

Chile cumple 7 de los 9 criterios de vulnerabilidad ante el cambio climático que establece la CMNUCC⁶² y, siguiendo la tendencia internacional, en los últimos 5 años ha experimentado un aumento significativo en las temperaturas. El año 2016 es el que históricamente registra un mayor promedio de temperatura anual con 14,1 grados Celsius, seguido por el año 2020, donde registró un promedio de 13,6°C, que equivale a 0,84°C más que el promedio de los años 1961 a 1990 y 0,6°C más respecto del promedio 1981 a 2010⁶³.

60 UNICEF (2021), pp. 9 y 11.

61 Resolución N° 48/L.27 de 2021 del Consejo de Derechos Humanos.

62 Los criterios cubiertos por el país son: áreas costeras de baja altura, zonas áridas y semiáridas, zonas de bosques, territorio susceptible a desastres naturales, áreas propensas a sequía y desertificación, zonas urbanas con problemas de contaminación atmosférica y ecosistemas montañosos.

63 DIRECCIÓN METEOROLÓGICA DE CHILE (2021), p. 9.

Lo anterior, al igual que sucede a nivel mundial, intensifica los procesos de degradación ambiental que genera el ser humano. A modo de ilustración, en materia de biodiversidad un 32 % de las especies en Chile⁶⁴ se encuentran “en peligro” y un 22 % “vulnerable”, principalmente debido al cambio en el uso de suelo (para actividades productivas y para asentamientos humanos), a la fragmentación de este, a la explotación de sus recursos, a la introducción de especies exóticas invasoras y a los incendios⁶⁵. La situación se ve agravada por el cambio climático, ya que este interactúa sinérgicamente con estos otros motores de cambio global, potenciando la pérdida de biodiversidad y la degradación de los servicios ecosistémicos provenientes de esta⁶⁶.

Por ejemplo, los frágiles ecosistemas de humedales se ven afectados por la extracción de agua a una velocidad mayor que la que permite su recarga, por el cambio en las precipitaciones y por el retroceso de los glaciares que alimentan los cauces y lagos, causas que tienen directa relación con los cambios que ha experimentado el clima en Chile. Ello incide directamente en la biodiversidad, ya que los humedales son ecosistemas que albergan cerca del 40 % de las especies vegetales y animales⁶⁷, de modo que su degradación termina por mermar la vida de las especies que en ellos habita.

Por su parte, el cambio climático también interfiere con la disponibilidad de agua en el país. Los glaciares presentes en los ecosistemas montañosos son la principal fuente de provisión y reserva de agua, tanto líquida como sólida en Chile. Sin embargo, en la actualidad se registra un 90 % de disminución en los glaciares de Chile⁶⁸, debido a su fragilidad y al aumento de la temperatura.

Se suma a ello los cambios en los patrones de precipitación, la menor acumulación de nieve y las altas temperaturas, que han actuado como factores determinantes en el escenario de “megasequía” que se vive en Chile desde hace alrededor de 12 años y que afecta especialmente la zona norte

64 La clasificación incluye cifras respecto a la existencia de anfibios, reptiles, mamíferos, aves, crustáceos, moluscos, peces, plantas no vasculares y vasculares, algas, hongos e insectos y arácnidos. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020a), pp. 25-26.

65 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020a), p. 27.

66 MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN (2019a), p. 7.

67 CONVENCIÓN DE RAMSAR SOBRE LOS HUMEDALES (2018), p. 63.

68 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2019b), p. 38.

y centro del país⁶⁹. En efecto, se estima que el 72 % del territorio nacional se ve afectado por la sequía⁷⁰, y el año 2021 ha sido el año en que se han dictado más decretos de escasez hídrica por la Dirección General de Aguas: hay 20 decretos que rigen para 172 comunas de las regiones de Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Maule y Los Lagos, impactando a 45 % de la población nacional⁷¹.

Debido a la sequía y desertificación, Chile también ha visto impactada la calidad y productividad de sus suelos. Ello es especialmente relevante para el país, ya que el 54 % del territorio está destinado a uso agrícola, actividad que se ve fuertemente impactada por estos procesos climáticos de degradación⁷². Asimismo, estos eventos climáticos han potenciado que ocurran incendios forestales cada vez con mayor frecuencia y magnitud⁷³, lo que, además de tener consecuencias para los ecosistemas, tiene importantes consecuencias para las personas, ya que, por ejemplo, los incendios acontecidos en el año 2019 (año más caluroso del presente siglo) dejaron un total de 56.663 afectados, 1.290 damnificados, 18 heridos, 3 fallecidos y más de 300 viviendas dañadas⁷⁴.

Además, la megasequía, sumada a la deficiente gestión del agua en Chile, ha sido parte de las causas de que existan localidades donde el abastecimiento de agua para consumo humano se realiza a través de camiones aljibes y donde la falta de esta para la realización de actividades productivas ha obligado a las personas a desplazarse. Un ejemplo de lo recién señalado es lo ocurrido en la comuna de Monte Patria, donde la ONU, el año 2017, declaró por primera vez la existencia de migrantes climáticos en Chile debido a la falta de agua, situación que se ha replicado en otros lugares del país, como en las comunas de Ovalle, Punitaqui, Canela e Illapel⁷⁵.

Finalmente, ciertas variables del cambio climático también se relacionan con las variables atmosféricas, marítimas y morfológicas que deter-

69 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020b), p. 41.

70 CONAF (2016), p. 75.

71 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2021), (s.p.).

72 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2019), p. 17.

73 GALILEA (2020), p. 135.

74 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2019), pp. 153-154.

75 MIGRANTES CLIMÁTICOS (s.f.), (s.p.).

minan los impactos en las costas de Chile. Por ejemplo, el aumento de las temperaturas condiciona los vientos que determinan la marea, el oleaje y las corrientes oceánicas que generan la erosión de las costas, como también provoca el derretimiento de los glaciares y el consecuente aumento en los niveles del mar. Todas estas variables, que en definitiva alteran la configuración de las costas, potencian además las consecuencias negativas que pueden derivar de otro tipo de riesgos como los sismos y tsunamis⁷⁶.

B) El cambio climático en el sistema jurídico nacional

El desarrollo interno del cambio climático en Chile deriva principalmente de los compromisos internacionales del país, adquiridos con la adhesión a la CMNUCC en 1994, al Protocolo de Kyoto en 2005 y, especialmente, al Acuerdo de París en 2017.

Actualmente, el principal instrumento que rige los compromisos internacionales del país en materia de cambio climático es la Contribución Nacional Determinada (NDC por sus siglas en inglés), documento que es obligatorio para los Estados que adhieren al Acuerdo de París y que contiene un listado de compromisos voluntarios y progresivos –que deben ser reflejo de la mayor ambición posible– en materia de mitigación y adaptación al cambio climático⁷⁷. En la actualidad los 191 países que forman parte del Acuerdo de París han presentado su NDC, y 110 han actualizado sus compromisos y ambiciones⁷⁸. Dentro de estos últimos se cuenta a Chile, el que elaboró su NDC en el año 2015 y la actualizó en el año 2020.

En materia de mitigación, los compromisos de la NDC de Chile se centran en la implementación de un plan a largo plazo de neutralidad de GEI a 2050⁷⁹, incluyendo, entre otras: (i) metas para el sector Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, orientadas tanto a evitar las contaminaciones producidas por este sector como de potenciar la capacidad de captura de los ecosistemas terrestres a través del manejo sustentable y

76 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2019), p. 20.

77 UNFCCC (2015), artículos 3 y 4.

78 CLIMÁTICA (2 de agosto de 2021).

79 Chile se compromete a un presupuesto de emisiones de GEI que no superará las 1.100 MtCO₂eq, entre el 2020 y 2030, con un máximo de emisiones (*peak*) de GEI al 2025, y a alcanzar un nivel de emisiones de GEI de 95 MtCO₂eq al 2030.

recuperación de bosques, principalmente nativo⁸⁰, y (ii) metas orientadas a la protección de los ecosistemas marinos y la creación de planes de manejo que consideren las variables del cambio climático.

Por su parte, en materia de adaptación, los compromisos se dirigen a reducir la vulnerabilidad y al fortalecimiento de la resiliencia y capacidad de adaptación del país, específicamente en relación a la seguridad hídrica, considerando para ello soluciones basadas en la naturaleza y la implementación de Estrategias y Planes de Adaptación sectoriales⁸¹. Además, la actualización de las NDC incluyó un “pilar social de transición justa”, en que aborda la preocupación por la generación de nuevos empleos, por la justicia social, por la erradicación de la pobreza y el cambio de la matriz energética del país⁸².

Los compromisos internacionales adquiridos por Chile han dado lugar a la elaboración de planes y políticas a nivel nacional encaminadas a hacer frente al cambio climático. Uno de los primeros instrumentos que surge en Chile para abordar el cambio climático –anterior a la primera NDC presentada por Chile– fue el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-2012, el cual buscó abordar los ejes de adaptación, mitigación y creación y fomento de capacidades en cambio climático⁸³. De este Plan se desprendieron ciertos estudios que abordaban la vulnerabilidad de Chile ante el cambio climático, lo que motivó posteriormente la creación, el 2014, del Plan Nacional de Adaptación y los Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático⁸⁴.

En línea con estos hitos, el año 2019 se anunció la creación de un Plan de Retiro y/o Conversión de Unidades a Carbón con fundamento en que el sector energía del país alcanza el 78 % de las emisiones totales al año 2016, comprometiendo el retiro de un 31 % de la capacidad total de termoeléctricas a carbón al año 2014, el cese de la generación antes de 2040 y la carbono-neutralidad al año 2050⁸⁵. Este plan no ha estado exento

80 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020c), p. 58.

81 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020c), p. 40.

82 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020c), p. 12.

83 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017), *passim*.

84 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2014), p. 34.

85 MINISTERIO DE ENERGÍA (2019), p. 7.

de críticas, principalmente porque no se trata de un instrumento jurídico vinculante y porque incluye un mecanismo llamado “Estado de Reserva Estratégica” que permitía a ciertas unidades recibir pagos por mantenerse en este estado, ante la eventualidad de que se solicite nuevamente su funcionamiento cuando haya episodios críticos en la generación de energía del país⁸⁶.

Pese a la importancia de los acuerdos internacionales y al aporte que significan los planes y políticas sobre cambio climático, este tema ha tenido un escaso desarrollo a nivel de legislación interna.

La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente define cambio climático en su artículo 2⁸⁷, y se refiere nuevamente a él en su artículo 70 letra h), entregando al Ministerio del Medio Ambiente la función de “Proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático”⁸⁸. Sin embargo, no se refiere a él en el contexto de los instrumentos de gestión ambiental, antecedente preocupante si se considera que el derecho ambiental chileno regula la protección del medio ambiente a través de ellos. En la actualidad, se discute, por ejemplo, si el cambio climático debe ser considerado o no para la evaluación ambiental de proyectos⁸⁹⁻⁹⁰.

86 EL MOSTRADOR (9 de junio de 2021).

87 Ley N° 19.300 de 1994, artículo 2 letra a).

88 Ley N° 19.300 de 1994, artículo 70 letra h).

89 RUIZ y MORENO (2019), p. 86.

90 Ejemplo de esta discusión se dio en el caso Mina Invierno. Los reclamantes alegaron que al evaluar el proyecto no se tomó en consideración los impactos relativos al cambio climático, señalando que “la institucionalidad ambiental era responsable de proteger el medio ambiente, en el que se incluye el clima”. Dicha obligación derivaría de los compromisos internacionales adquiridos por Chile relativos al cambio climático. No obstante, el Tribunal Ambiental determinó que actualmente no existe obligación legal ni reglamentaria de evaluar los impactos sobre el cambio climático en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En Tercer Tribunal Ambiental (2019): “Gabriela Simonetti Grez y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, sentencia Rol N° 77-2018, considerandos 77 a 84. Por su parte, en el caso “Río Cuervo” se alegó que al realizarse la determinación fáctica para el establecimiento de compensaciones en materia bosques y humedales no consideró el factor del cambio climático. El Tribunal determinó también en este caso que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no obliga a tener en cuenta el cambio climático para las determinaciones. Tercer Tribunal Ambiental (2019): “Corporación Privada para el Desarrollo de Ay-

Posteriormente a la dictación de la Ley N° 19.300, es posible identificar un esfuerzo en la promulgación de la Ley N° 20.257 de 2008, donde se estableció una cuota mínima de Energía Renovable No Convencional (ERNC) para la generación de energía en Chile (del 10 %), estableciendo dentro de sus objetivos que se generase energía de manera menos invasiva para el medio ambiente y que produjese una menor contaminación atmosférica para mitigar los efectos que el consumo energético mundial está teniendo en el clima del planeta. La cuota establecida inicialmente en la ley se amplió el año 2013 a un 20 %, mostrándose interés por avanzar en un cambio en la matriz energética hacia una con menos emisiones.

Por otro lado, en el año 2014 se dictó la Ley N° 20.780 sobre el “Impuesto Verde”, que introduce una reforma al sistema tributario y grava las emisiones de fuentes fijas y móviles, estableciendo un impuesto anual a beneficio fiscal que grabó a ciertos contaminantes como el MP, NOx, CO2 y SO2⁹¹. El mensaje presidencial del proyecto consideraba expresamente la incorporación del impuesto al CO2 como una manera de enfrentar el daño global por el cambio climático, ligando el impuesto al cuidado del medio ambiente⁹².

No obstante, si bien Chile fue el primer país de Sudamérica en establecer un impuesto al CO2⁹³, ha sido fuertemente criticado en tanto la tasa que grava al CO2 es excesivamente baja –5 USD por tonelada de CO2, mientras lo recomendado es que sea “entre USD 40 y USD 80 por tonelada de CO2 para 2020 y entre USD 50 y USD 100 por tonelada de CO2 para

sén con Comité de Ministros”, sentencia Rol N° 42-2016, considerandos 54 a 56. Un ejemplo en sentido diverso lo encontramos en la causa Rol N° 8573-2019, caratulada “Jara Alarcon Luis con Servicio de Evaluación Ambiental”. En ella la Corte Suprema confirmó la decisión del Segundo Tribunal Ambiental que ordenó que si se contemplaran los escenarios de cambio climático para analizar los tiempos de recuperación del humedal Pampa Lagunillas y del bofedal del mismo nombre, al momento de establecer las medidas y/o condiciones de ejecución del proyecto.

91 La Ley de Impuesto Verde estableció un “impuesto anual a beneficio fiscal que grava las emisiones al aire de material particulado (MP), óxido de nitrógeno (NOx), dióxido de azufre (SO2) y dióxido de carbono (CO2), producidas por establecimientos cuyas fuentes fijas, conformadas por calderas o turbinas, individualmente o en su conjunto sumen una potencia mayor o igual a 50 [MWt]”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 1.

92 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014), pp. 10-11.

93 CHILE21 (2019), p. 1.

2030, siempre que exista un entorno normativo favorable⁹⁴—, al punto que, según la Asociación Chilena de Energías Renovables y Almacenamiento, al 2020 han habido variaciones inferiores al 1 % al año en cuanto a la baja de emisiones contaminantes⁹⁵, demostrando así la ineficacia del impuesto en tanto su objetivo es desincentivar las actividades económicas más contaminantes.

Por último, desde el mes de enero de 2020 se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático (PLMCC). De ser aprobado, sería la primera norma a nivel legal que da cumplimiento expresamente a los lineamientos establecidos por la CMNUCC y el Acuerdo de París.

El PLMCC tiene por objetivo abordar los desafíos que existen en Chile en torno a la falta de institucionalidad en materia de cambio climático, la poca claridad sobre las facultades y obligaciones que poseen los organismos de la Administración y la carencia de instrumentos de gestión del cambio climático vinculantes. De esta manera, busca establecer responsabilidades específicas para la implementación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático y fortalecer y dar continuidad a las políticas, planes y programas en la materia para poder transitar hacia un desarrollo inclusivo y sustentable⁹⁶. El proyecto aún se encuentra en trámite, por lo que la posible fecha de promulgación es incierta. Además, requerirá precisiones a través de otros cuerpos legales para tener completa operatividad⁹⁷.

La falta de desarrollo legislativo en materia de cambio climático se da en un contexto en que, además, la Constitución Política de la República no contempla herramientas específicas que permitan avanzar en la protección del clima. Si bien en su artículo 19 N° 8 se consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber de garantizar la protección de la naturaleza, no ha existido desarrollo jurisprudencial o doctrinario que aborde como parte de su contenido el clima seguro o los cambios del clima. Por otro lado, las normas que han sido dictadas para desarrollar el contenido de este derecho no son claras en considerar el clima como par-

94 COMISIÓN DE ALTO NIVEL SOBRE LOS PRECIOS DEL CARBONO (2017), p. 9.

95 ELECTRICIDAD (30 de julio de 2021).

96 Boletín N° 13.191-12, Proyecto de Ley iniciado en mensaje de S. E. el presidente de la República, que fija Ley Marco de Cambio Climático.

97 MORAGA (31 de enero de 2020).

te de su contenido, dando lugar a interpretaciones diversas, como sucede con la ya citada Ley N° 19.300. A ello se suma que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ha visto constantemente limitado por la relevancia que la Constitución le entrega a otros valores como la propiedad y la libertad económica, los que en muchas ocasiones colisionan con el derecho al medio ambiente incluso cuando se quiere avanzar en materia regulatoria⁹⁸.

Como se puede apreciar, si bien la preocupación por el cambio climático ha tenido espacio en nuestro país a través de los compromisos internacionales y de la dictación de planes y políticas, actualmente no contamos con una batería de normas vinculantes que creen instituciones, establezcan competencias y reconozcan la importancia de proteger los derechos humanos que podrían verse afectados por el cambio climático, tanto para el caso de quienes ya se encuentran actualmente en una situación de vulnerabilidad, como de quienes podrían verse afectados por las nuevas medidas adoptadas para mitigar y adaptar al cambio climático⁹⁹.

3. PROPUESTAS PARA INCLUIR EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA CONSTITUCIÓN

Como se desarrolló previamente, el cambio climático genera impactos en el medio ambiente que amenazan todas las formas de vida y que ya se evidencian en el territorio chileno. En este escenario, la oportunidad de consagrar en las bases de la Constitución —y con ello en el centro de las preocupaciones de la comunidad— la necesidad de proteger el clima se visualiza como una potente y necesaria herramienta jurídica para enfrentar la actual crisis climática y ecológica.

98 Por ejemplo, esta disyuntiva ha tenido lugar en materias como la regulación de la actividad de la pesca, en tanto se han mantenido las autorizaciones de pesca indefinidas a pesar de los esfuerzos por mejorar el acceso a los recursos hidrobiológicos, por considerar que existe un derecho de propiedad sobre ellas. OCEANA (2020), pp. 30 y ss.; el establecimiento de un caudal ecológico mínimo solo para los derechos de aprovechamiento de agua a otorgarse en el futuro, en tanto los ya otorgados están protegidos por el derecho de propiedad. RECABARREN (2016), p. 121, o bien señalándose incluso que los impuestos verdes podrían encontrar una limitación en el libre desarrollo de cualquier actividad económica. MENA (4 de mayo de 2020).

99 LUCAS (2019), p. 104.

Ahora bien, la manera de incorporar el cambio climático en la constitución es una materia en construcción. Las recientes constituciones que lo incluyen lo hacen desde distintas aristas.

Por ejemplo, la Constitución de Ecuador (2008) establece la obligación del Estado de adoptar medidas de mitigación al cambio climático, enfocándose, por un lado, en la disminución de las emisiones GEI, la limitación de la deforestación y de la contaminación atmosférica, y, por el otro, en la adopción de medidas que fomenten la conservación de los bosques y la población más expuesta al riesgo¹⁰⁰. Por su parte, República Dominicana (2015) aborda el tema al referirse al ordenamiento territorial, sosteniendo que la planificación debe realizarse de manera que se asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático¹⁰¹. Finalmente, la Constitución de Túnez (2014) se refiere al cambio climático en su preámbulo –presentándose así como un principio– mostrando que forma parte del escenario en el que se construye su sistema jurídico, para luego establecer que la protección del clima es una obligación estatal¹⁰².

En el presente documento, en línea con el desarrollo internacional del cambio climático y con las propuestas para una Constitución Ecológica de la ONG FIMA, se propone abordar el tema incorporando en la Constitución un principio de acción climática, un principio de justicia climática y la consideración expresa del clima seguro como parte del contenido del derecho a un medio ambiente sano, limpio y equilibrado.

La elección de principios se debe a que, en una Constitución, los principios, además de ser reflejo de los valores fundantes de una comunidad, sirven al propósito de guiar el actuar estatal. Su inclusión permea el sistema jurídico, orientando, por un lado, las decisiones de la Administración, del Poder Judicial y del Congreso, y operando, por el otro, como directriz frente a aquellas situaciones en que no existe norma jurídica o el sentido de ella requiere interpretación¹⁰³. En este sentido, sin importar la existencia o no de obligaciones o habilitaciones expresas, el Estado tendría

100 Constitución Política de Ecuador de 2008, artículo 414.

101 Constitución Política de República Dominicana de 2015, artículo 194.

102 Constitución Política de Túnez (2014), artículo 45.

103 LEGUINA (1987), pp. 10-11.

principios que observar para guiar su actuar al desarrollar sus diversas actividades¹⁰⁴.

Por otro lado, la consideración del clima seguro desde la vereda de los derechos tiene que ver con incorporar obligaciones específicas para el Estado. Este tiene el deber de velar por los derechos fundamentales que se consagren en la Constitución a todo nivel y jerarquía, de modo que su contenido se hace exigible y obligatorio.

3.1. Principio de acción climática

Los desafíos que presenta el cambio climático para la humanidad requieren de reacciones preventivas, constantes, rápidas y adecuadas a las circunstancias que se viven, sin perjuicio de la existencia o no de una norma legal específica que ordene o prohíba actuar ante los eventos climáticos. Por ello, la inclusión de un principio de acción climática que oriente estas reacciones se erige como una pieza útil, necesaria y flexible para enfrentar el cambio climático.

Este principio, dentro de su contenido debiese, al menos, contemplar tres aspectos esenciales: 1) la urgencia de la mitigación; 2) la imposterable necesidad de la adaptación, y 3) la preocupación por una transición justa.

A) La urgencia de la mitigación

En primer lugar, la urgencia de la mitigación dice relación con la necesidad de que los Estados tomen medidas para reducir las emisiones de GEI en pos de frenar el calentamiento global y sus impactos sobre el clima. Sin perjuicio del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas que contempla la CMNUCC¹⁰⁵, y que reconoce que no todos los países son igualmente responsables de la crisis climática, la urgencia de la mitigación alcanza a todos los Estados, incluyendo a Chile. Se trata de trabajar conjuntamente para alcanzar el bienestar global.

104 CISTERNA y COSTA (2021), p. 190.

105 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) (1992), artículo 3.

En este sentido, es relevante señalar que Chile, si bien no es un importante contribuyente de GEI si se compara con las grandes potencias, ha experimentado un aumento progresivo de las emisiones del país a lo largo de los años. Según las cifras contenidas en el Informe del Inventario de Gases de Efecto Invernadero de Chile 1990-2018, desde los años 90, el país ha incrementado sus emisiones en un 128 %¹⁰⁶, y, en la actualidad, pese a los compromisos de mitigación internacionales y a los planes y políticas sobre cambio climático, se posiciona como el país con más emisiones por cápita a nivel latinoamericano¹⁰⁷, siendo urgente aumentar los esfuerzos por reducir las emisiones GEI en el país e impedir que sigan aumentando.

Por otro lado, las actividades económicas que en Chile más emiten GEI son también actividades económicas que generan impactos locales, tanto a los derechos humanos como al medio ambiente¹⁰⁸. En ese sentido, un principio de acción climática con un enfoque en la mitigación contribuiría a los esfuerzos del Estado por desincentivar aquellas actividades económicas que más emisiones generan (como la generación de energía, la agricultura y los procesos industriales y uso de productos)¹⁰⁹ e incentivar aquellas que no las generan. Así, además de mitigar las emisiones GEI, el principio permitiría reducir los impactos en la comunidad y contribuiría a mejorar las condiciones de aquellos territorios con gran concentración de contaminantes atmosféricos (o zonas de sacrificio).

B) La impostergable necesidad de la adaptación

En segundo lugar, enfrentar el desafío del cambio climático requiere necesariamente asumir responsabilidades en relación con la adaptación ante el nuevo panorama ambiental y climático. Esto implica crear estrategias para moderar o evitar los efectos reales o previstos del cambio climático en los sistemas ecológicos, sociales o económicos. Además, supone generar resiliencia ante ellos mediante la modificación de procesos, prácticas o estructuras que permitan a las comunidades enfrentar dichos efectos en el

106 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020d), p. 14.

107 DATOSMACRO.COM (s.f.), (s.p.).

108 COSTA (2021), p. 31.

109 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2020d), p. 16.

presente y prepararse para los que vendrán en el futuro¹¹⁰. Todo ello, como señala el Acuerdo de París, con el fin de “proteger a las personas, los medios de vida y los ecosistemas”¹¹¹.

Como se mencionó anteriormente, por razones geográficas, Chile cumple con 7 de los 9 criterios de vulnerabilidad establecidos por la CM-NUCC¹¹², lo que, según advierte el IPCC, significa que el territorio es más susceptible al daño y menos capaz de adaptarse a los impactos del calentamiento global¹¹³. Ello es preocupante en un escenario ecológico en que, como se ilustró previamente, la biodiversidad terrestre y marina se ha visto mermada, los glaciares se derriten, las precipitaciones disminuyen y la sequía y desertificación aumentan impactando los suelos y los ecosistemas del país.

Por otro lado, la economía del país es primario-exportadora y, como tal, es esencialmente dependiente de los bienes comunes naturales como el agua, el océano, el suelo o los minerales. Al no contar con una matriz productiva diversificada, existe menor capacidad de resiliencia ante desastres climáticos que afecten los recursos de los cuales depende –como la sequía, inundaciones o incendios¹¹⁴–. Esto amenaza e impacta las formas de vida de las comunidades –dependiente, por ejemplo, de la pesca, la ganadería o la agricultura– y los derechos humanos de las personas afectadas, pudiendo generar, incluso, desplazamientos forzados a raíz de dichas condiciones climáticas. Considerando lo anterior, la preocupación por la adaptación reviste especial importancia en el país, ya que solo de la planificación y prevención resultarán medidas que efectivamente permitan que la población reduzca su vulnerabilidad ante el cambio climático y aumente su resiliencia.

110 UNFCCC (s.f.), (s.p.).

111 Acuerdo de París (2015), artículo 7 N° 2.

112 A saber: áreas costeras de baja altura, zonas áridas y semiáridas, zonas de bosques, territorio susceptible a desastres naturales, áreas propensas a sequía y desertificación, zonas urbanas con problemas de contaminación atmosférica y ecosistemas montañosos.

113 El concepto de vulnerabilidad se define como: “Propensión o predisposición a ser afectado negativamente. La vulnerabilidad comprende una variedad de conceptos que incluyen la sensibilidad o susceptibilidad al daño y la falta de capacidad de respuesta y adaptación”. IPCC (2019b), p. 92.

114 URQUIZA *et al.* (2020), pp. 25-32.

C) *La preocupación por la transición justa*

En tercer lugar, el principio de acción climática supone también incorporar la idea de transición justa en los procesos de adaptación y mitigación al cambio climático, específicamente cuando se trata de transitar hacia modelos productivos bajos en emisiones GEI.

La transición justa es un concepto complejo¹¹⁵. No existe acuerdo sobre su contenido ni una definición unívoca. Sin embargo, es posible considerar que implica, al menos, la necesidad de asegurar condiciones equitativas en el proceso de migrar hacia un sistema económico bajo en carbono.

Tradicionalmente, la transición justa supone asegurar un empleo digno y sostenible en el tiempo para aquellas personas que se verán afectadas laboralmente por el cambio de matriz energética y, en general, por las acciones de mitigación y adaptación. Esta ha sido la conceptualización adoptada por instituciones como la Organización Internacional del Trabajo¹¹⁶, y de esa manera fue mencionada en el preámbulo del Acuerdo de París al tener en cuenta “los imperativos de una reconversión justa de la fuerza laboral y de la creación de trabajo decente y de empleos de calidad”¹¹⁷. En Chile, el Estado, al referirse a la transición justa, lo ha hecho desde esta perspectiva. Por ejemplo, la NDC se enfoca en la generación de nuevos empleos, la erradicación de la pobreza y el cambio de la matriz energética.

En la actualidad, el concepto de transición justa ha ido incorporando más aristas. En la COP 24 del año 2018, se acordó abordar el concepto no solo desde la arista laboral, sino también desde la producción y el consumo sostenibles, además de considerar la inclusión de grupos particularmente afectados como las mujeres, niñas y niños o discapacitados¹¹⁸.

La ampliación del contenido del concepto considera políticas públicas que contemplen un componente social y ecológico, en el sentido de, por ejemplo, la restauración de ecosistemas afectados por las industrias intensivas en emisiones y la instauración de mecanismos que aseguren que las comunidades no se verán afectadas de nuevo por otras industrias contami-

115 Para profundizar en la comprensión y facetas del concepto, ver TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021).

116 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), pp. 11 y 13.

117 Acuerdo de París (2015), preámbulo.

118 GLYNN *et al.* (2020), p. 13.

nantes¹¹⁹. En economías que se basan principalmente en la extracción de recursos naturales –como la chilena–, los conflictos se ven acentuados por el cambio climático¹²⁰ en tanto estos recursos son susceptibles a los efectos del cambio climático. Considerando aquello, la transición justa contempla, a su vez, una mirada dirigida hacia los conflictos territoriales que generan estas industrias, planteando la necesidad de generar mecanismos de prevención y reparación.

Además, una visión más profunda de la problemática aboga por la incorporación de la transformación, que según el IPCC, supone “la alteración de los atributos fundamentales de un sistema (entre ellos, los sistemas de valores; los regímenes normativos, legislativos o burocráticos; las instituciones financieras, y los sistemas tecnológicos o biológicos)”, enfatizando en la complejidad que supone para un país vulnerable y con baja capacidad de adaptación tenga, enfrentar los efectos del cambio climático sin un proceso de transformación¹²¹.

Así, bajo un prisma más amplio, la transición justa adopta un sentido relacionado con los conflictos socioambientales que se viven en los territorios¹²² y proyecta la necesidad de modificar las diferentes estructuras que sustentan el actual modelo. Tanto el concepto de transformación como la idea de mirar hacia un modelo post extractivista que no perpetúe las mismas dinámicas de explotación de la naturaleza en pos de un desarrollo económico sin límites, con exclusión de las comunidades en la toma de decisiones respecto de su forma de desarrollo local, ponen de relieve el especial contexto de las economías latinoamericanas versus las economías del norte global, desde las que han surgido tradicionalmente las propuestas de transición¹²³.

Entendemos, por tanto, el principio de acción climática como aquel que comprende tanto la mitigación de las emisiones de GEI como adaptación a los efectos del cambio climático con especial énfasis en los sectores de la población que más ven vulnerados sus derechos humanos. Todo ello con un enfoque de transición justa que permita no solo asegurar empleos dig-

119 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), p. 28.

120 DENTON (s.f.), (s.p.).

121 IPCC (2012), pp. 2 y 20.

122 En 2020 un estudio científico identificó 283 conflictos socioambientales en 15 años en Chile. CARRANZA *et al.* (2020), pp. 46-59.

123 FUENTES *et al.* (2020), pp. 18 y ss.

nos y que respondan a un modelo económico sostenible, sino que también se enfoque en la reparación socioterritorial y ecológica y en garantías de no repetición para las comunidades.

3.2. Principio de justicia climática como expresión de la justicia ambiental

A partir de la construcción del principio de acción climática, es que cabe mencionar también el principio de justicia climática a la hora de hacer frente al cambio climático, en tanto posiciona el aspecto social de sus efectos.

Cuando hablamos de justicia climática nos referimos a una manifestación del principio de justicia ambiental. Este último apela a la igualdad y pone de relieve, por un lado, la necesidad de crear condiciones que eviten la desigual distribución entre las cargas ambientales –como la contaminación, la destrucción o degradación de los ecosistemas– y los beneficios ambientales –como los servicios ecosistémicos– para la población¹²⁴, y, por el otro, la virtud de garantizar la participación de la comunidad en la toma de decisiones susceptibles de afectar el medio ambiente y los territorios¹²⁵.

En línea con lo anterior, la justicia climática se manifiesta como un principio de igualdad que apela a la necesidad de equiparar las condiciones y dotar de mejores herramientas a quienes se vean mayormente impactados por el cambio climático. Este principio sería observable entre Estados y al interior de las comunidades.

Entre Estados, el principio de justicia climática asume la misma lógica que el “principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas” desarrollado a nivel internacional. Este último reconoce que los países han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial y al cambio climático, siendo los países desarrollados los mayores responsables y los que, a su vez, cuentan con mejor capacidad tecnológica y recursos económicos para hacer frente a sus efectos adversos¹²⁶. Al contrario,

124 HERVÉ (2019), p. 1.

125 Ídem.

126 La Declaración de Río fue el primer instrumento internacional que dispuso explícitamente el principio. Luego, la CMNUCC lo menciona propiamente en materia de

pese a que su contribución al cambio climático ha sido menor, los países menos desarrollados son y serán los principales afectados –debido a sus economías altamente dependientes de los recursos naturales y a la carencia de financiamiento para implementar una adaptación suficiente–. La justicia climática exige considerar esta realidad a la hora de imponer obligaciones a los estados y de establecer responsabilidades, siendo importante que los países que más han contribuido al problema mundial tengan obligaciones más intensas y contribuyan a mejorar las condiciones de adaptación y resiliencia de los países más desaventajados, con el fin de equiparar las cargas que impone el cambio climático.

Por su parte, al interior de las comunidades el principio de justicia climática muestra que serán las personas más vulnerables y con menos capacidad de adaptación y resiliencia las que reciban los mayores impactos del cambio climático, con independencia del nivel de desarrollo del país¹²⁷ y a pesar de ser quienes menos contribuyen a agravar este fenómeno. Por ello, desde el principio de justicia climática, se insta a los Estados a “adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades”¹²⁸.

Atendiendo a las razones de igualdad y tal como sucede con la justicia ambiental, desde el principio de justicia climática se aboga también por la incorporación de la comunidad en la toma de decisiones relacionadas con las medidas para afrontar el cambio climático. Desde las Naciones Unidas se ha reconocido que los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en materia ambiental¹²⁹, son esenciales a la hora de “combatir la desigualdad y construir estrategias de resiliencia climática”¹³⁰. Permiten generar una gobernanza en base a procesos deci-

cambio climático, siendo el Protocolo de Kyoto el que lo implementó, al establecer obligaciones de reducción de emisiones solo para los países “desarrollados”, que históricamente han tenido más incidencia y responsabilidad en el estado climático actual (arts. 3 y 10).

127 IPCC (2014), p. 16.

128 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018a), p. 17.

129 Los derechos de acceso se recogen en el Principio 10 de la Declaración de Río y en el Acuerdo de Escazú.

130 NACIONES UNIDAS (2016), p. 87.

sorios justos¹³¹, en que las particularidades y necesidades de los territorios vulnerables y afectados desproporcionadamente por el cambio climático se tomen en cuenta.

En este sentido, se sostiene que la transición justa hacia un modelo económico bajo en carbono y respetuoso de los límites de la naturaleza debe considerar garantías relativas a los derechos de acceso, además de avanzar hacia una mayor descentralización del poder y autonomía de las localidades en la toma de decisiones sobre el desarrollo local. Ello con el fin de gestar estructuras que no vuelvan a generar las mismas dinámicas de exclusión y vulnerabilidad que se han generado en el actual modelo¹³².

Finalmente, la justicia climática se manifiesta como un principio que tiene tanto una faceta intrageneracional como intergeneracional. El primer concepto se refiere a la justicia aplicada a las generaciones presentes, mientras que, el segundo, a la justicia en pos de las generaciones futuras¹³³. Reconocer la equidad intergeneracional en materia climática es comprender que las decisiones que tomemos hoy repercutirán a largo plazo sobre las generaciones venideras.

Contar con un principio constitucional que haga referencia a la justicia climática permitiría orientar al Estado, en sus esfuerzos para hacer frente al cambio climático, hacia un enfoque que busque revertir las injusticias ambientales-climáticas y su desigual carga para la población, y que procure la creación de políticas y estrategias enfocadas en los grupos vulnerables con los recursos y capacidad necesaria para su implementación¹³⁴, sin olvidar la necesidad de tomar decisiones participativas que atiendan a las generaciones presentes y futuras.

3.3. El clima seguro como parte del derecho a un medio ambiente sano

Por último, incluir el clima seguro como elemento del derecho a un medio ambiente sano busca relevar la interdependencia que existe entre cambio climático, la degradación del ambiente y los derechos humanos.

131 ACNUDH (2011), p. 7.

132 TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021), pp. 37 y ss.

133 CISTERNA (2020), p. 41.

134 SARASWAT Y KUMAR (2016), pp. 67-74.

La incorporación constitucional del derecho a un medio ambiente sano¹³⁵ comenzó a ser una práctica recurrente desde mediados de la segunda mitad del siglo XIX, debido al impulso de movimientos sociales como el ecologismo y a la influencia de declaraciones internacionales como la Declaración de Estocolmo en el año 1972 y la Declaración de Río en el año 1992. En la actualidad, más de 150 países han incluido el derecho a un medio ambiente sano en sus sistemas jurídicos¹³⁶. No obstante, la consideración expresa del clima seguro como parte del contenido del derecho al medio ambiente sano es muy reciente. Esta se ha ido elaborando al alero del desarrollo que el derecho al medio ambiente sano ha alcanzado en el ámbito internacional en el contexto de crisis ecológica y climática, y del impulso que la sociedad civil ha realizado a través de diversos litigios climáticos sustanciados a lo largo del planeta.

En primer lugar, si bien el vínculo entre la degradación del medio ambiente y el cambio climático estuvo presente en las primeras reflexiones internacionales sobre degradación del medio ambiente en el contexto de la Primera Cumbre de la Tierra del año 1972, recién en 2019 el relator especial de la ONU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, David Boyd, emitió el Informe A/74/161, en que analiza el clima seguro como parte del derecho a un medio ambiente sano.

En dicho informe desarrolla la urgencia de accionar para garantizar un clima seguro para la humanidad, en cuanto “resulta absolutamente esencial para la vida y el bienestar de los seres humanos”¹³⁷, explicando los efectos que el cambio climático tiene en los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y saneamiento, en los derechos de los niños, en el derecho a un medio ambiente saludable y sobre las poblaciones vulnerables. Considerando aquello, enfatiza que es una obligación sustantiva de los Estados no violar el derecho a un clima seguro y evitar su violación por parte de terceros (especialmente empresas), mediante la implementación de legislación que haga efectivo el ejercicio de dicho derecho¹³⁸. De este

135 Diferentes expresiones se han utilizado para referirse a la misma idea de fondo. Al respecto, ver HERVÉ (2021), pp. 10 y ss.

136 BOYD *et al.* (2019), p. 156.

137 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2019a), p. 31.

138 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2019a), p. 22.

informe se entiende que mientras más estable sea el clima y menos riesgos suponga, más resguardado y protegido se encontrará el derecho humano al medio ambiente sano y los derechos humanos relacionados con él.

En el año 2020, otro informe del mismo relator –A/HRC/43/53– incluye de forma expresa el clima sin riesgos como contenido sustantivo del derecho a un medio ambiente sano, además de otros elementos, como el aire puro, contar con alimentos sanos y producidos de manera sostenible, el acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado, poder vivir, trabajar y jugar en entornos no tóxicos, contar con ecosistemas y biodiversidad saludables¹³⁹.

Una reciente e importante resolución del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas vino a confirmar lo anterior, al declarar formalmente –después de años de formulación y desarrollo– el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible¹⁴⁰ como un derecho humano, reconociendo explícitamente que el cambio climático interfiere en su ejercicio y que es una de las amenazas “más acuciantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar de los derechos humanos”¹⁴¹.

Por otro lado, la protección del clima seguro como parte del derecho a un medio ambiente sano se ha levantado como una demanda ciudadana a través de la jurisprudencia comparada y los llamados “litigios climáticos”, los que se han duplicado en 4 años según la ONU¹⁴². Mediante estos se ha buscado, precisamente, que se reconozca una obligación estatal de otorgar protección a la población más vulnerable y al medio ambiente ante el cambio climático, así como mejorar los esfuerzos de mitigación¹⁴³. En ese sentido, el frente judicial dentro de la acción climática comienza a consolidarse, y el clima seguro se posiciona como un bien jurídico demandado por las comunidades a lo largo del mundo: casos ejemplificadores son el de la “Fundación Urgenda con el Gobierno Holandés”¹⁴⁴ y “Juliana con Estados

139 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020c), p. 9.

140 ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS (2021), p. 3.

141 ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS (2021), p. 2.

142 UNEP (2020), p. 2.

143 UNEP (2020), p. 9.

144 The Hage District Court (2015), “The Urgenda Foundation v. The state of The Netherlands”, Case N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

Unidos”¹⁴⁵ en 2015; “Futuras Generaciones con Ministerio del ambiente de Colombia”¹⁴⁶ y “Comité Ciudadano sobre la Central Eléctrica a Carbón con Japón”¹⁴⁷ en 2018, o bien “Asociación Oxfam Francia y otros con el Estado de Francia” en 2021¹⁴⁸.

Considerando lo anterior, y que en Chile no existe mayor desarrollo sobre el clima seguro como parte del derecho al medio ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución –ni en su desarrollo legislativo en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente–, es que resulta deseable que, en una nueva Constitución, se contemple expresamente el clima seguro como parte del derecho al medio ambiente sano.

Un derecho constitucional adquiere mayor fuerza que uno de nivel legal, en tanto se extiende a todos los niveles del actuar estatal y no solo al de la ley en específico. Así, incluir el clima seguro expresamente como parte del derecho al medio ambiente sano permitiría elevar la temática del cambio climático y sus efectos sobre los derechos humanos a rango constitucional y posicionarlo al mismo nivel de importancia que otros derechos.

4. REFLEXIONES FINALES

El cambio climático es una realidad que tiene efectos negativos para los ecosistemas y las comunidades humanas a nivel planetario. La gravedad de sus impactos ha motivado diversas iniciativas para minimizarlos y adaptarse a ellos, que han dado lugar a la creación de organismos internacionales especializados en la materia –como el Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático– y a tratados internacionales vinculantes para los países adherentes, como la Convención Marco de las Naciones

145 United States District Court of Oregon (2015), “Juliana v. United States”, Case N° 6:15-cv-01517-TC.

146 Corte Suprema de Justicia de Colombia (2018), “Futuras generaciones vs. Minambiente”. Sentencia 4360-2018.

147 Osaka District Court (2018), “Citizen’s Committee on the kobe coal-fired power plant v. Japan”. En NACIONES UNIDAS (2020b), p. 21.

148 Tribunal Administratif de Paris (2021), Association Oxfam France, Association Notre Affaire a Tous, “Fondation por la Nature et l’Homme et Association Greenpeace France v. État Français”. N°s. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

Unidas para el Cambio Climático, el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París. Asimismo, entendiendo el impacto del cambio climático en los derechos humanos, recientemente el Consejo de Derechos Humanos designó un relator especial para la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático.

Chile ha tenido una activa participación en el escenario internacional, formando parte de la CMNUCC y, en el contexto de las obligaciones del Acuerdo de París, elaborando sus Contribuciones Nacionales Determinadas en las que ha establecido una serie de compromisos en materia de mitigación y adaptación al cambio climático. Asimismo, ha impulsado planes y políticas nacionales vinculadas al cambio climático. Sin embargo, el desarrollo legislativo ha sido escaso y no ha tenido la fuerza suficiente para que el cambio climático sea una materia de consideración transversal en el sistema jurídico chileno. Ejemplo de ello es que la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, que desarrolla el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consagrado en la Constitución Política de 1980, no es expresa en considerar el cambio climático al interior de los instrumentos de gestión ambiental, lo que ha llevado a interpretar que no existe un deber de considerar este elemento al tomar importantes decisiones ambientales.

En este escenario, y considerando que Chile es un país particularmente vulnerable al cambio climático, proyectándose riesgos para sus frágiles ecosistemas e impactos para los derechos humanos de la población, es que el actual proceso constituyente y la redacción de una nueva Constitución aparecen como una oportunidad para incluir el cambio climático como una preocupación central para la comunidad y para dotar de mejores herramientas para minimizar sus impactos, adaptarnos a ellos y respetar los derechos humanos de las personas.

La forma de incluir el cambio climático en la Constitución es un tema en construcción, existiendo países que lo han incorporado en el preámbulo como principio o directamente como una obligación. Desde la ONG FIMA, en línea con las propuestas para una Constitución ecológica se propone contemplar el cambio climático a través de tres elementos: 1) el principio de acción climática; 2) el principio de justicia climática, y 3) el clima seguro.

El principio de acción climática se enfocaría, en primer lugar, en la urgencia de mitigar las emisiones de GEI, entendiendo que aquello es parte de un esfuerzo colectivo por el bienestar global. Además, incorpo-

raría la necesidad de la adaptación, relevando la importancia de atender las diferentes capacidades de resiliencia ante la incertidumbre de un clima inestable y riesgoso para los sistemas de vida. Por último, este principio contemplaría la preocupación por una transición justa hacia un modelo económico bajo en carbono, reconociendo la importancia de generar tanto políticas públicas orientadas a la regeneración de empleos, como una mirada más omnicomprendensiva de la problemática, que incluya no repetir las mismas dinámicas de explotación de la naturaleza, de vulneración de derechos humanos y de exclusión de la participación de las comunidades en las decisiones acerca de su desarrollo local, que nos han llevado a este punto.

Por su parte, la incorporación de un principio de justicia climática permitiría hacerse cargo de que los efectos del cambio climático impactan mayormente a las personas más vulnerables y con menos capacidad de adaptación y resiliencia; las que, a su vez, son las que menos han contribuido a la generación del problema. Asimismo, entendiendo que este principio contempla una dimensión participativa y de equidad intergeneracional, este principio permitiría incorporar una dimensión orientada a la participación de las comunidades en la toma de decisiones que puedan afectarles, así como considerar el impacto que tendrán las decisiones de hoy en las generaciones presentes y futuras.

Finalmente, reconocer expresamente el clima seguro como parte del derecho al medio ambiente sano, limpio y equilibrado significaría un avance importante en el reconocimiento de los derechos humanos de las comunidades afectadas por el cambio climático. Este derecho permitiría a los ciudadanos exigir medidas concretas para protegerse contra el cambio climático, y a su vez expresaría un deber concreto para el Estado y los demás particulares en la materia, en tanto los derechos fundamentales tienen como contracara, por un lado, la obligación de garantía y respeto del Estado y, por el otro, de no afectación de los demás particulares.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACNUR (s.f.): Cambio climático y desplazados por desastres. Disponible en línea: <<https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>>.

- BOYD, David *et al.* (2019): *Environmental Rule of Law. First Global Report* (Nairobi: United Nations Environment Programme).
- BUSSO, Matías y MESSINA, Julián (eds.) (2020): *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada* (Banco Interamericano de Desarrollo-BID). Disponible en línea: <<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-crisis-de-la-desigualdad-America-Latina-y-el-Caribe-en-la-encrucijada.pdf>>.
- CARRANZA, Daniela *et al.* (2020): “Socio-environmental conflicts: An underestimated threat to biodiversity conservation in Chile”, en *Environmental Science & Policy*, vol. 110.
- CHILE 21 (2019): Impuestos verdes y modernización tributaria. La Justicia Ambiental NO puede esperar. Disponible en línea: <https://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2019/09/CHILE_21_IMPUESTO-VERDE-y-MODERNIZACION-TRIBUTARIA_AL-GRANO.pdf>.
- CISTERNA, Pedro (2020): “La esencialidad del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el régimen internacional del cambio climático”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 13. Disponible en: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/54248/61534>>.
- CISTERNA, Pedro y COSTA, Ezio (2021): “Derechos humanos para la incorporación del cambio climático en la Nueva Constitución”, en CONTRERAS, Valentina *et al.* (eds.), *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile. Perspectivas globales y locales para el debate constitucional* (Santiago: Global Initiative for Economic-Social and Cultural Rights-Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex-Universidad de Concepción).
- CLIMÁTICA (2 de agosto de 2021): “81 países ‘pasan’ del Acuerdo de París”. Disponible en línea: <<https://www.climatica.lamarea.com/onu-acuerdo-de-paris-ndc-81-paises-pasan/>>.
- COMISIÓN DE ALTO NIVEL SOBRE LOS PRECIOS DEL CARBONO (2017): Informe de la Comisión de Alto Nivel sobre los Precios del Carbono. Disponible en línea: <https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53deccfb4c/t/59b7f2cbe9bfdfbcc6401095/1505227469557/CarbonPricing_SpanishSummary.pdf>.

- COMISIÓN ECONÓMICA PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (2021): La igualdad de género ante el cambio climático: ¿qué pueden hacer los mecanismos para el adelanto de las mujeres de América Latina y el Caribe? Disponible en línea: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46996/4/S2100332_es.pdf>.
- COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO (2018): Manual de adaptación: el cambio climático en la pequeña agricultura: zona norte. Disponible en línea: <<http://bibliotecadigital.ciren.cl/handle/123456789/29228>>.
- CONAF (2016): Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales. Disponible en línea: <https://www.conaf.cl/cms/editorweb/ENCCRV/ENCCRV-3a_Edicion-17mayo2017.pdf>.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO HUMANO (1973): Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano. Disponible en línea: <<https://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>>.
- CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (4 de octubre de 2021): Convención se declara en estado de emergencia climática y ecológica. Disponible en línea: <https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/convencion-se-declara-en-estado-de-emergencia-climatica-y-ecologica/>.
- CONVENCIÓN DE RAMSAR SOBRE LOS HUMEDALES (2018): Perspectiva mundial sobre los humedales: Estado de los humedales del mundo y sus servicios a las personas. Disponible en línea: <https://www.ramsar.org/sites/default/files/flipbooks/ramsar_gwo_spanish_web.pdf>.
- COSTA, Ezio (2021): *Por una Constitución ecológica. Replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*, 1ª edición (Santiago: Catalonia).
- DENTON, Fatima (s.f.): *El cambio climático y los conflictos: ¿cola que mueve al perro o nuevas tensiones y desigualdades en cascada?* (Naciones Unidas-Crónica ONU). Disponible en línea: <<https://www.un.org/es/chronicle/article/el-cambio-climatico-y-los-conflictos-cola-que-mueve-al-perro-o-nuevas-tensiones-y-desigualdades-en>>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2021): 2021: el año con más Decretos de Escasez Hídrica. Disponible en línea: <<https://dga.mop.gob.cl/noticias/Paginas/DetalladeNoticias.aspx?item=796>>.
- DIRECCIÓN METEOROLÓGICA DE CHILE (2021): Reporte anual de la evolución del clima en Chile. Disponible en línea: <<https://cambioclimatico>>.

mma.gob.cl/wp-content/uploads/2021/06/ReporteClimatico2020-ed-may2021.pdf>.

ELECTRICIDAD (30 de julio de 2021): “Impuesto verde: Acera señala que ‘no ha tenido efecto en la reducción de emisiones’”. Disponible en línea: <<https://www.revistaei.cl/2020/07/30/impuesto-verde-acera-senala-que-no-ha-tenido-efecto-en-reduccion-de-emisiones/>>.

EL MOSTRADOR (9 de junio de 2021): “Luces y sombras a dos años del Plan de Descarbonización”. Disponible en línea: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/09/luces-y-sombras-a-dos-anos-del-plan-de-descarbonizacion/>>.

FUENTES, Claudia *et al.* (2020): *Transición justa desafíos para el proceso de descarbonización, la justicia energética y climática en Chile* (Santiago: Chile Sustentable). Disponible en línea: <<http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2020/12/Transicion-Justa-baja.pdf>>.

FUNDACIÓN TERRAM (2019): *Cartilla ciudadana sobre el cambio climático*. Disponible en línea: <<https://cl.boell.org/sites/default/files/cartilla-ciudadana-sobre-cambio-climatico.pdf>>.

GALILEA, Sergio (2020): *Cambio climático: Acciones para enfrentar las catástrofes en Chile* (Santiago: Instituto de Asuntos Públicos).

GLYNN, Peter *et al.* (2020): *Reflection paper: Incorporating just transition strategies in developing country Nationally Determined Contributions* (Climate Strategies). Disponible en línea: <<https://climatestrategies.org/publication/justtransitionndc/>>.

HERVÉ, Dominique (2010): “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 23, N° 1.

——— (2019): “Justicia ambiental y recursos naturales”, en *Policy Brief* N° 11. Disponible en línea: <<https://leycambioclimatico.cl/wp-content/uploads/2019/11/Dominique-Herv%C3%A9-Justicia-y-recursos-naturales.pdf>>.

——— (2021): *Hacia una constitución ecológica: herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección al medio ambiente* (FIMA-UDP Facultad de Derecho-OCEANA). Disponible

en línea: <https://chile.oceana.org/wp-content/uploads/sites/19/informe_constitucionescomparadas_0.pdf>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2019): Informe Anual de Medio Ambiente. Disponible en línea: <https://www.ine.cl/docs/default-source/variables-basicas-ambientales/publicaciones-y-anuarios/informe-anual-de-medio-ambiente/informe-anual-de-medio-ambiente-2019.pdf?sfvrsn=32224137_2>.

IPCC (1990): “Primer Informe de Evaluación”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2020/02/ipcc_90_92_assessments_far_overview_sp.pdf>.

——— (2012): “Managing the risks for extreme events and disasters to advance climate change adaptation”. Special Report. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/SREX_Full_Report-1.pdf>.

——— (2014): “Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5_wgII_spm_es-1.pdf>.

——— (2019a): “Calentamiento global de 1,5°C”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf>.

——— (2019b): *Glosario*. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/10/SR15_Glossary_spanish.pdf>.

——— (2020): “El cambio climático y la Tierra. Informe especial del IPCC sobre el cambio climático, la desertificación, la degradación de las tierras, la gestión sostenible de las tierras, la seguridad alimentaria y los flujos de gases de efecto invernadero en los ecosistemas terrestres”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/06/SRCCL_SPM_es.pdf>.

——— (2021a): Comunicado de prensa. “El cambio climático es generalizado, rápido y se está intensificando”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2021/08/IPCC_WGI-AR6-Press-Release-Final_es.pdf>.

——— (2021b): “Summary for Policymakers: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Chan-

- ge”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf>.
- (2021c): “Climate change 2021: The physical science basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change”. Disponible en línea: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf>.
- JACKSON, Peter (s.f.): De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático. Crónica ONU. Naciones Unidas. Disponible en línea: <<https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico>>.
- LEGUINA, Jesús (1987): “Principios generales del derecho y constitución”, en *Revista de Administración Pública* N° 114.
- LLANOS, Hugo (2018): *El derecho internacional del cambio climático*, 1ª edición (Santiago: Thomson Reuters).
- LUCAS, Andreas (2019): *Cambio climático en Chile. El escenario nacional frente al acuerdo de París* (Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae).
- MENA, Marcelo (4 de mayo de 2020): “Comentarios al Informe de Reformas Legales para alcanzar la carbono neutralidad al año 2050” (Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2 y el Centro de Derecho Ambiental CDA). Disponible en línea: <<https://leycambioclimatico.cl/policy-brief-comentarios-al-informe-de-reformas-legales-para-alcanzar-la-carbono-neutralidad-al-ano-2050/>>.
- MIGRANTES CLIMÁTICOS (s.f.): “Desterrados del agua. Migrantes del cambio climático en Chile”. Disponible en línea: <<https://www.migrantes-climaticos.cl/home.html>>.
- MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN (2019a): Biodiversidad y cambio climático en Chile: Evidencia científica para la toma de decisiones. Informe de la mesa de Biodiversidad. Disponible en línea: <https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/d2/ce/d2ce-6fb0-272d-4f6c-aa95-7dd275c32b6b/libro-biodiversidad.pdf>.
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2019): Plan de Retiro y/o Conversión de Unidades a Carbón. Disponible en línea: <https://energia.gob.cl/sites/default/files/plan_de_retiro_y_o_reconversion_centrales_carbon.pdf>.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2014): Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. Disponible en línea: <<https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Plan-Nacional-Adaptacion-Cambio-Climatico-version-final.pdf>>.

——— (2016): Guía de Calidad del Aire y Educación Ambiental. Disponible en línea: <<https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/08/Guia-para-Docentes-Sobre-Calidad-del-Aire-003.pdf>>.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017): Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf>.

——— (2019a): Resumen ejecutivo. Determinación del riesgo de los impactos del cambio climático en las costas de Chile (Santiago: Ministerio del Medio Ambiente).

——— (2019b): Sexto Informe Nacional de Biodiversidad de Chile ante el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/6NR_FINAL_ALTA-web.pdf>.

——— (2020a): Resumen del Estado del Medio Ambiente. Disponible en línea: <<http://bibliotecadigital.ciren.cl/bitstream/handle/123456789/32332/Resumen-Ejecutivo-IEMA2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

——— (2020b): 4to Informe de actualización de Chile sobre el Cambio Climático. Disponible en línea: <https://www4.unfccc.int/sites/SubmissionsStaging/NationalReports/Documents/574160_Chile-BUR4-1-Chile_4th%20BUR_2020.pdf>.

——— (2020c): Contribución Determinada a Nivel Nacional. Disponible en línea: <https://cambioclimatico.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/NDC_2020_Espanol_PDF_web.pdf>.

——— (2020d): Informe del Inventario Nacional de Chile 2020. Disponible en línea: <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/7305681_Chile-BUR4-1-2020_IIN_CL.pdf>.

MORAGA, Pilar (2009): *El nuevo marco legal para el cambio climático. Centro de Derecho Ambiental* (Santiago: LOM Ediciones).

- (31 de enero de 2020): “Comentarios al Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático (1ra parte)” (Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2 y el Centro de Derecho Ambiental CDA). Disponible en línea: <<https://leycambioclimatico.cl/policy-brief-comentarios-al-proyecto-de-ley-marco-de-cambio-climatico-1ra-parte/>>.
- NACIONES UNIDAS (2016): World Economic and Social Survey 2016. Climate Change Resilience: An Opportunity for Reducing Inequalities. Disponible en línea: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/WESS_2016_Report.pdf>.
- OCEANA (2016): Tres razones por las que el cambio climático afecta a los océanos. Disponible en línea: <<https://chile.oceana.org/blog/tres-razones-por-las-que-el-cambio-climatico-afecta-los-oceanos/>>.
- (2020): Obstáculos de la Constitución Política de la República para el avance de la protección de los océanos. Análisis jurisprudencial y legislativo. Disponible en línea: <https://chile.oceana.org/wp-content/uploads/sites/19/informe_propiedad.pdf>.
- OLMEDO, Pamela (2018): “Una comprensión del enfoque de género en el cambio climático en contextos actuales”, en NOVILLO, Natalia *et al.* (eds.), *Aproximaciones al estudio de la relación entre ciudades y cambio climático. Proyecto “Construyendo liderazgo en ciudades de América Latina y el Caribe frente al cambio climático”* (Quito: FLACSO Ecuador).
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (2019): *Boletín de la OMM sobre los Gases de Efecto Invernadero*. Disponible en línea: <https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=10127>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2008): La economía invisible y las desigualdades de género. La importancia de medir y valorar el trabajo no remunerado. Disponible en línea: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/6034/LA%20ECONOMIA%20INVISIBLE.pdf?sequence=1>>.
- PNUD (2017): “Biodiversidad en Chile. Propuestas para financiar su conservación y uso sostenible”. Disponible en línea: <https://www.cl.un-dp.org/content/chile/es/home/library/environment_energy/biodiversidad-en-chile--propuestas-para-financiar-su-conservacio.html>.
- PRADENAS, Karen y ZAMBRA, Antonia (2020): “Género y NDC: Un enfoque transversal a las acciones para enfrentar el cambio climático”,

en SALINAS, Fernanda (ed.), *Análisis de la Contribución Determinada a Nivel Nacional de Chile (NDC) y Propuestas desde la Sociedad Civil por la Acción Climática* (Sociedad Civil por la Acción Climática). Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/08/libro-ndc-V2.pdf>>.

PROGRAMA NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2008): *Guía Recursos de género para el cambio climático* (México). Disponible en línea: <<https://www1.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/environment-energy/resource-guide-on-gender-and-climate-change-in-latin-america-.html>>.

RECABARREN, Oscar (2016): “El derecho de aguas chileno desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 8.

RUIZ, Cristian y MORENO, Leonardo (2019): “La línea de base y el manejo adaptativo como herramientas para enfrentar el desafío del cambio climático en la evaluación de impacto ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 12.

SARASWAT, Chitresh y KUMAR, Pankaj (2016): “Climate justice in lieu of climate change: a sustainable approach to respond to the climate change injustice and an awakening of the environmental movement”, en *Energy, Ecoogy and Environment*, vol. 1, N° 2.

TRANSICIÓN JUSTA LATINOAMERICANA (2021): *Transición Justa en Latinoamérica. De la descarbonización a la Transformación* (coordinado por ONG CEUS Chile, ONG Ceres y ONG FIMA). Disponible en línea: <<https://transicionjusta.com/informe-transicion-justa-en-latinoamerica-de-la-descarbonizacion-a-la-transformacion/>>.

UNEP (2020): *Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020*. Disponible en línea: <<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

UNFCCC (2006): *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: Manual* (Bonn: Secretaría del Cambio Climático). Disponible en línea: <<https://cambioclimatico.ineter.gob.ni/bibliografia/Documentos%20Convencion%20Cambio%20Clim%C3%A1tico%20e%20IPCC/cambio%20climatico20%20conv.pdf>>.

——— (2017): Unidos por el Clima. Guía de la Convención sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto. Disponible en línea: <https://unfccc.int/resource/docs/publications/unitingonclimate_spa.pdf>.

——— (2021): La crisis climática es una crisis de los derechos de la infancia. Presentación del índice de riesgo climático de la infancia. Disponible en línea: <https://www.unicef.org/media/105541/file/UNICEF_climate%20crisis_child_rights_crisis-summary-ES.pdf>.

——— (s.f.): What do adaptation to climate change and climate resilience mean? Disponible en línea: <<https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/the-big-picture/what-do-adaptation-to-climate-change-and-climate-resilience-mean>>.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE (s.f.): ¿Qué significa adaptación al cambio climático y resiliencia al clima? Disponible en línea: <<https://unfccc.int/es/topics/adaptation-and-resilience/the-big-picture/que-significa-adaptacion-al-cambio-climatico-y-resiliencia-al-clima>>.

URQUIZA, Anahí *et al.* (2020): “Cambio climático y desigualdades sociales: desafíos y oportunidades para la coordinación y gobernanza global-local”, en *Revista de Justicia Ambiental*, año XI, N° 11.

VIVANCO, Enrique (2019): “Biodiversidad global, Impacto del cambio climático en el reporte de Biodiversidad”, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Asesoría Técnica Parlamentaria, N° SUP: 121124. Disponible en línea: <https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=74749>.

NORMATIVA NACIONAL E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Acuerdo de París (2015): Disponible en línea: <<https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/que-es-el-acuerdo-de-paris>>.
- Acuerdos de Marrakech (2001): Disponible en línea: <<https://unfccc.int/resource/docs/spanish/cop7/cp713a01s.pdf>>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014): Historia de la Ley N° 20.780, Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4406/HLD_4406_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf>.

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018): Implementación del Impuesto Verde en Chile. Disponible en línea: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26723/1/BCN___Implementacion_de_Impuesto_Verde_en_Chile.pdf>.
- Boletín N° 13.191-12, Proyecto de Ley iniciado en mensaje de S. E. el presidente de la República, que fija Ley Marco de Cambio Climático.
- Constitución Política de Ecuador de 2008.
- Constitución Política de República Dominicana de 2015.
- Constitución Política de Túnez de 2014.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) (1992). Disponible en línea: <<https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-convention/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico>>.
- Declaración sobre el Medio Humano (1972): Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>>.
- Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1998): Disponible en línea: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>>.

RESOLUCIONES INTERNACIONALES

- ACNUDH (2009): Resolución 10/61. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos. Disponible en línea: <<https://undocs.org/sp/A/HRC/10/61>>.
- ACNUDH (2011): Resolución 19/34 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Disponible en línea: <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session19/a-hrc-19-34_sp.pdf>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1998): Resolución 43/53 sobre Protección del Clima Mundial para las Generaciones Presentes y Futuras. 70ª sesión plenaria. 6 de diciembre de 1988. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/RES/43/53>>.

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2021): A/HRC/48/L.23/Rev. 1 sobre “El derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”. Disponible en línea: <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2239887/NN%20UU%20G2127018%20%281%29.pdf.pdf>>
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2009): Resolución 10/4 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2014): Resolución 26/27 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/26/27>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015): Resolución 29/15 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/RES/29/15>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2016): Resolución 32/33 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/RES/32/33>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2017): Resolución 35/20 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/RES/35/20>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018a): Resolución 37/59. Informe del relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018b): Resolución 38/4 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/RES/38/4>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2019a): Resolución 74/161. Informe del relator especial David Boyd sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en línea: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/74/161>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020a): Resolución A/75/161. Informe del relator especial David Boyd sobre la cuestión de las obligacio-

nes de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en línea: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/75/161>>.

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020b): Resolución 44/7 sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/RES/44/7>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2020c): Resolución 43/53. Informe del relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en línea: <<https://undocs.org/es/A/HRC/43/53>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2021): Resolución 48/L.27. Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change. Disponible en línea: <<https://undocs.org/a/hrc/48/l.27>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (s.f.): Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y el cambio climático. Disponible en línea: <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/Resolutions.aspx>>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema (2021): “Jara Alarcón Luis con Servicio de Evaluación Ambiental”, sentencia Rol N° 8573-2019.
- Tercer Tribunal Ambiental (2019): “Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Comité de Ministros”, sentencia Rol N° 42-2016.
- Tercer Tribunal Ambiental (2019): “Gabriela Simonetti Grez y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, sentencia Rol N° 77-2018.
- The Hage District Court (2015): “The Urgenda Foundation v. The state of The Netherlands”, Case N° C/09/456689 / HA ZA 13-1396.
- Tribunal Administratif de Paris (2021): “Association Oxfam France, Association Notre Affaire a Tous, Fondation por la Nature et l’Homme et Association Greenpeace France v. État Francais”, N°s. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.
- United States District Court of Oregon (2015): “Juliana v. United States”, Case N° 6:15-cv-01517-TC.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): Opinión Consultiva 23-17. Medioambiente y Derechos Humanos. Disponible en línea: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 66. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, en ALBAR, Magdalena *et al.* (2020), Cambio climático y los Derechos de Mujeres, Pueblos Indígenas y Comunidades Rurales en las Américas. Disponible en línea: <https://sv.boell.org/sites/default/files/2020-05/hbs_Cambio_climatico%20en%20las%20Americas_web.pdf>.
- Osaka District Court (2018): “Citizen’s Committee on the kobe coal-fired power plant v. Japan”.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia (2018): “Futuras generaciones v. Minambiente”, Sentencia Rol N° 4360-2018.

